



“(...) o desvio de função, ocorrido antes ou depois da vigência da Constituição Federal de 1988, mesmo quando autorizado ou anuído tacitamente por autoridade superior, é ATO NULO (...)”

Conselheiro Marco Antonio Barbosa de Alencar
Processo 250.330-4/99

2º VOTO REVISOR

Trata o presente processo dos atos de aposentadoria e fixação de proventos do servidor Helio Queiroz de Mello, no cargo de Fiscal de Rendas, matrícula 2.695-5, dos Quadros da Prefeitura Municipal de Campos dos Goytacazes.

Na sessão realizada em 7/10/1999, o Plenário desta Corte determinou DILIGÊNCIA EXTERNA para atendimento às exigências indicadas pelo Corpo Instrutivo às fls. 62 e 63 destes autos, em face do voto proferido pelo Relator, Conselheiro José Maurício de Lima Nolasco.

Verificado o não atendimento ao item que determinava a exclusão da parcela de auxílio-alimentação e a ocorrência de ascensão funcional, foi determinado pelo Plenário, na sessão realizada em 20/7/2000, com base no voto do mesmo relator, COMUNICAÇÃO à autoridade competente, através de DILIGÊNCIA EXTERNA, para adoção das medidas necessárias ao saneamento das falhas apontadas.

Ato contínuo, foi elaborada nova apostila de fixação de proventos (fl. 90), em atendimento à determinação de exclusão da parcela de auxílio-alimentação, e interpostos, pela municipalidade, em face da determinação de revisão de enquadramento, recursos de reconsideração e de revisão, respectivamente através dos processos TCE-RJ n°s 251.359-2/2000 e 250.493-3/2003, ambos não conhecidos por esta Corte, por não serem cabíveis recursos de decisão não definitiva.

Seqüencialmente, na sessão realizada em 5/5/2005, o Plenário desta Corte, acatando voto proferido pelo Conselheiro José Maurício de Lima Nolasco, determinou COMUNICAÇÃO à autoridade competente para: apresentação de razões e/ou justificativas de embasamento da legalidade da inativação de que se trata; e cientificação do interessado sobre os questionamentos relacionados ao seu enquadramento, possibilitando-o exercer o direito de defesa.

Considerando que não foram observados os itens determinados na comunicação acima mencionada, o Corpo Instrutivo sugere NOTIFICAÇÃO ao Prefeito do município, com base em dispositivos da Deliberação TCE-RJ n° 204, de 13/6/1996, e no Regimento Interno.

O Ministério Público Especial, representado pelo ilustre Procurador Dr. Diego Boyd Peçanha Costa, manifesta idêntica posição.

Na Sessão Plenária realizada em 3/5/2007, o presente processo foi relatado pelo Conselheiro Julio Lambertson Rabello, com conclusão pelo REGISTRO dos atos em apreço, em razão de seu conhecido posicionamento quanto à legalidade do Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o Ministério Público Estadual e o Município de Campos dos Goytacazes.

Na mesma assentada, foi deferida vista conjunta dos autos aos Conselheiros Aluisio Gama de Souza e José Gomes Graciosa, havendo este último apresentado o seguinte voto revisor, na sessão plenária de 14/6/2007:

"Assim, em desacordo com o Corpo Instrutivo e com o parecer do Ministério Público Especial, e concordando com o ilustre Relator apenas na conclusão,

VOTO:

- 1. Pelo REGISTRO dos atos de aposentadoria e conseqüente fixação de proventos;*
- 2. Pela CIÊNCIA da presente decisão à Subsecretaria de Controle de Pessoal - SUP;*
- 3. Pela REMESSA DE CÓPIA deste voto ao douto Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para conhecimento."*

Com fundamento no artigo 127 do Regimento Interno, aprovado pela Deliberação TCE-RJ nº 167, de 10/12/1992, solicitei vista do processo durante a votação, que me foi concedida pelo Excelentíssimo Senhor Presidente, com o intuito de avaliar em maior profundidade, sobretudo à luz do direito constitucional e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o reenquadramento do funcionário, tendo em vista que o servidor, inicialmente admitido no emprego de Contador, veio a aposentar-se no cargo de Fiscal de Rendas, em aparente ascensão sem concurso público.

É o Relatório.

De imediato, registro minha total concordância com o primeiro Revisor, no que concerne à interpretação dada em seu voto aos efeitos do Termo de Ajustamento de Conduta envolvendo várias leis editadas no Município de Campos dos Goytacazes em datas posteriores à promulgação da Constituição Federal, que ensejaram o reenquadramento de diversos servidores em dissonância com o disposto no inciso II do artigo 37 da Carta Federal.

Verifique-se a dicção da norma:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a

complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

De fato, já me manifestei, em numerosos votos, pela recusa do registro de atos de aposentadoria emanados daquela municipalidade, em decorrência do irregular enquadramento, em especial pelo fato de o referido TAC ter se dirigido a leis de efeitos concretos, pretendendo preservar os efeitos já ocorridos de normas exauridas em sua eficácia, dispondo assim de interesse do qual não eram titulares nem o MP e nem tampouco a administração.

Creio que o entendimento desta Corte sobre o tema em apreço, embora não unânime, seja hoje pacífico, servindo como paradigma, por todas as decisões análogas, o processo TCE-RJ n.º 205.761-8/97, relatado na Sessão Plenária de 12/5/2005 pelo Conselheiro Aluisio Gama de Souza.

Somente estas razões, diga-se a propósito, já são suficientes para que não me alinhe com o voto proferido pelo Relator, Conselheiro Julio L. Rabello, que optou, a despeito do TAC, pelo registro do ato.

Isto clarificado, passo a expor os aspectos que me levaram, neste caso concreto, a também discordar do entendimento manifestado pelo primeiro Revisor, Conselheiro José Gomes Graciosa.

Na realidade, a causa primordial da dissonância em nossas conclusões é uma decorrência direta dos diferentes pressupostos dos quais partimos: **onde o primeiro Revisor enxerga apenas a alteração tácita de um contrato de trabalho, vejo acima de tudo um caso típico de DESVIO DE FUNÇÃO.**

E assim o faço com esteio até mesmo no próprio Voto exarado pelo Conselheiro Jonas Lopes de Carvalho Junior nos autos da Inspeção Especial realizada no Município de Campos dos Goytacazes, mencionada pelo primeiro Revisor (processo TCE-RJ n.º 205.464-6/99).

Confirme-se:

*"Pelo cotejo da documentação supracitada pude constatar que **o problema de 'DESVIO DE FUNÇÃO' na Prefeitura Municipal de Campos dos Goytacazes remonta de longa data, antes mesmo da nova ordem constitucional que adveio com a CF/88.** Muitos daqueles que ingressavam nos quadros do Município nem sempre exerciam as funções para as quais foram contratados. Ressalte-se que menciono a palavra 'contratados' porque naquela época muitos eram admitidos sob regime celetista, uma vez que não existia a obrigatoriedade de adoção de um Regime Jurídico Único." (o grifo foi acrescentado aos originais)*

No mesmo Voto, o Relator transcreve parecer da lavra do Procurador Municipal Antonio Borba, datado de 9/7/82, cujo teor é o seguinte:

"Sr. Secretário:

Com referência ao processo em epígrafe, face à fala do Sr. Secretário de Governo, pelo presente, vimos bater na mesma 'tecla', o que já temos, repetidamente, feito, em muitos casos análogos.

*No regime Celetista, é livre a alteração de função ou alteração contratual, quando se trata de interesse das partes, para atender o bom andamento do serviço público. Porém, **este procedimento deve ser ordenado, na oportunidade do aproveitamento do servidor, para a mudança de função, é claro, ao contrário do que está acontecendo na Municipalidade, com este número enorme de servidores deslocados, de fato, em funções diferentes de seu contrato de trabalho.***

Assim, quanto ao caso em tela, com a informação, passou a gerar direito, sendo que há necessidade urgente de se por fim nesta confusão, nesta desordem, que só traz prejuízos à Municipalidade.

Daí, atendido ou não o presente pedido, é de se concluir por necessidade urgente de medida administrativa saneadora, objetiva, visando corrigir tal irregularidade, isto para o bem do próprio servidor, bem como para Administração Pública. É o parecer." (os destaques foram acrescentados)

Na minha ótica, **o desvio de função, ocorrido antes ou depois da vigência da Constituição Federal de 1988, mesmo quando autorizado ou anuído tacitamente por autoridade superior, é ATO NULO**, e, como tal, não gera nenhum direito subjetivo de reenquadramento para o servidor.

Socorre-me da valiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

*Concurso público (CF, art. 37, II): não mais restrita a exigência constitucional à primeira investidura em cargo público, tornou-se inviável toda a forma de provimento derivado do servidor público em cargo diverso do que detém, com a única ressalva da promoção, que pressupõe cargo da mesma carreira: **inadmissibilidade de enquadramento do servidor em cargo diverso daquele de que é titular, ainda quando fundado em desvio de função iniciado antes da Constituição.***

(RE 209174/ES — ESPÍRITO SANTO; Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 5/2/1998; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação DJ 13/3/1998 PP-00017 EMENT VOL-01902-06 PP-01140)

DESVIO DE FUNÇÃO - ENQUADRAMENTO. O fato de ocorrer o desvio de função não autoriza o enquadramento do servidor público em cargo diverso daquele em que foi inicialmente investido, mormente quando não estão compreendidos em uma mesma carreira. O deferimento do pedido formulado, passando o servidor de Motorista Diarista a Detetive de Terceira Classe sem o concurso público, vulnera o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

(RE 165128/RJ — RIO DE JANEIRO; Relator: Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 12/12/1996; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Publicação DJ 15/3/1996 PP-07209 EMENT VOL-01820-03 PP-00579)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41, XVI, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA, BEM ASSIM DOS ARTS. 1., 12, 14, 19 E 22 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA MESMA CONSTITUIÇÃO, E, AINDA, NO ART. 3. DE SEU ADCT, DAS EXPRESSÕES: "A CUJOS PROCURADORES AUTÁRQUICOS E FUNDACIONAIS E SERVIDORES ESTADUAIS, BACHARÉIS EM DIREITO, QUE ALI EXERÇAM ATRIBUIÇÕES DE NATUREZA JURÍDICA NA DATA DA PROMULGAÇÃO DESTA CONSTITUIÇÃO, E GARANTIDA, SEMPRE, ISONOMIA DE VENCIMENTOS E VANTAGENS COM OS PROCURADORES DO ESTADO"; BEM COMO, NO ART. 8., DO REFERIDO ADCT, DAS EXPRESSÕES: "RELATIVO ÀS CARREIRAS DISCIPLINADAS NO CAPÍTULO IV DO TÍTULO IV DESTA CONSTITUIÇÃO."

(omissis)

4. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DA BAHIA, AO ASSEGURAR AOS SERVIDORES ESTADUAIS ESTÁVEIS, EM DESVIO DE FUNÇÃO, ENQUADRAMENTO NO CARGO CORRESPONDENTE À ATIVIDADE QUE DE FATO VENHAM DESEMPENHANDO, HÁ MAIS DE DOIS ANOS, DESDE QUE TENHAM QUALIFICAÇÃO, INCLUSIVE DIPLOMA, QUANDO NECESSÁRIO, PARA O EXERCÍCIO. OFENSA AO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

(omissis)

10. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROCEDENTE.

(ADI 112/BA — BAHIA; Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA; Julgamento: 24/08/1994; Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO; Publicação DJ 9/2/1996 PP-02102 EMENT VOL-01815-01 PP-00001

(grifou-se)

Ainda sobre a matéria, colho ensinamento do ilustre constitucionalista Alexandre de Moraes:

"Importante ressaltar que, a partir da Constituição de 1988, a absoluta imprescindibilidade do concurso público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se às pessoas estatais como regra geral de observância compulsória, inclusive as hipóteses de transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos; constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido."

(Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Atlas, 1997, pg. 260).

Averbe-se que não vejo impedimento em aplicar, na espécie, os fundamentos de direito constantes dos julgados antes transladados, mesmo considerando referirem-se a "cargo" e não a "emprego".

E ainda que assim não o fosse, o Tribunal Superior do Trabalho deixou extreme de dúvidas que também os servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, e portanto detentores de emprego público, não podem ser reenquadrados em decorrência do mero desvio funcional, ainda que configurado antes da promulgação da nova Carta Magna.

Afira-se a Orientação Jurisprudencial n.º 125 do TST:

DESVIO DE FUNÇÃO. QUADRO DE CARREIRA.

*O SIMPLES DESVIO FUNCIONAL DO **EMPREGADO** NÃO GERA DIREITO A NOVO ENQUADRAMENTO, MAS APENAS ÀS DIFERENÇAS SALARIAIS RESPECTIVAS, **MESMO QUE O DESVIO DE FUNÇÃO HAJA INICIADO ANTES DA VIGÊNCIA DA CF/1988.***

(Orientação Jurisprudencial n.º 125 da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho;)

O enunciado foi aprovado a partir da prolação de multifários julgados como o que se segue:

"Desvio de Função iniciado antes da promulgação da atual Carta Política - Reenquadramento - Ofensa ao art. 896 da CLT.

O desvio de função, mesmo iniciado antes do advento da atual Constituição Federal, mas que se consumou na sua vigência, não gera o direito ao reenquadramento, porque implicaria, por um lado, a violação do princípio de que, na administração pública, os cargos e EMPREGOS só podem ser criados por lei (art. 48, X, da

CF/88) e, por outro lado, afrontaria a norma constante do art. 37, II, da CF/88, que exige para a investidura em cargo ou emprego público, a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. O que se pretende evitar com esse posicionamento é que, pela via do reenquadramento, seja forçada a criação de cargo que, na realidade, não existia no quadro do empregador público. Seguindo esse raciocínio, o reenquadramento pretendido ensejaria a criação de um cargo público pela via do desvio de função, situação inadmissível no ordenamento jurídico pátrio, que estabelece serem os cargos e empregos públicos, necessariamente, criados por lei."

(Tribunal: TST, Decisão: 18/6/2001, Processo: ERR 460968, Ano: 1998, Região: 02, Relator: Ministro Rider Nogueira de Brito)

A lição destacada se encaixa como uma luva no caso destes autos, pois é perfeitamente lícito presumir-se que, houvesse sido o servidor mantido como Contador, certamente não teria sido criado mais um cargo de Fiscal de Rendas no quantitativo do quadro funcional da municipalidade.

De outro lado, é óbvio que se já houvesse um cargo livre no quadro de Campos dos Goytacazes para Fiscal de Rendas, na época do enquadramento do servidor, essa vaga haveria de ser ocupada por cidadão que preenchesse os requisitos para tanto, a serem aferidos pela via democrática do concurso público, e não por aquele empregado que laborava em desvio de função, ao arrepio da regra constitucional.

Não se pode perder de vista que o equivocado privilégio poderia levar ao extremo do funcionário que postula aposentadoria como Fiscal de Rendas ser na realidade, por exemplo, um servidor de inferior categoria profissional, desviado funcionalmente.

A meu sentir, portanto, o servidor, originalmente contratado como Contador, foi alvo de **desvio de função**, ocorrido ainda antes de 1988, mas isto não lhe assegura **nenhum direito subjetivo a ser reenquadrado** como Fiscal de Rendas, sobretudo à luz do posicionamento erigido pelo STF e pelo TST ao redor do **inciso II do artigo 37 da Constituição Federal**.

Mas mesmo que fosse considerada a existência de um contrato de trabalho tácito, e válido, entre a prefeitura e o servidor — *pois admito que a interpretação do primeiro Revisor é revestida de total plausibilidade* — ainda assim me parece que a tardia ascensão do funcionário ao cargo de Fiscal de Rendas não poderia prosperar.

Veja-se bem: não há dúvidas que o contrato de trabalho (*tendo ele sido tacitamente alterado ou não; não importa*), se extinguiu no exato momento da transformação do emprego, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, em cargo, inserido no Regime Jurídico Único.

É como demonstra, mais uma vez, a posição mansa e pacífica do Excelso Pretório:

"... seus servidores celetistas passaram a ser servidores estatutários, modificando-se, assim, sem solução de continuidade, o vínculo de subordinação jurídica e de dependência econômica que os ligava com a criação de uma nova relação jurídica (a estatutária) para extinguir a anterior (a celetista decorrente de contrato de trabalho) numa verdadeira novação objetiva legal de direito público admitida pela Constituição, e em que as obrigações legais estatutárias se criam para extinguir as trabalhistas, o que implica, evidentemente, a extinção do contrato de trabalho." (Moreira Alves)

"... a substituição determinada pela Constituição, do vínculo contratual que ligava o servidor público ao Estado, pelo regime estatutário, teve por efeito a extinção do contrato de trabalho." (Min. Ilmar Galvão)

"Na verdade, o caso é de uma novação objetiva de regimes, envolvendo, necessariamente, a extinção do regime contratual anterior." (Sepúlveda Pertence)
(AgRg 313.149/DF, Relator Min. Moreira Alves, Plenário de 6.2.2002, DJ de 3.5.2002)

Ora, cabia então à municipalidade, quando do encerramento do contrato de trabalho (*leia-se: em 1991, no momento da substituição da CLT pelo RJU*), estabelecer o novo vínculo com o servidor, extirpando dele o vício anterior, em vez de perpetuá-lo, até a aposentadoria, como lastimavelmente ocorreu.

Por outras palavras, na mudança de regimes, o funcionário deveria ter sido nomeado no cargo de Contador, e não no cargo de Fiscal de Rendas, sanando-se ali, em definitivo, a erronia.

Finalmente, cumpre acrescentar que o primeiro Revisor também indica, como sustentáculo para seu posicionamento, as sugestões do Corpo Técnico exaradas no antes mencionado processo TCE-RJ n.º 205.464-6/99 (Inspeção Especial em Campos dos Goytacazes), como se lê:

"Nesse ponto, importante mencionar que esta E. Corte teve a oportunidade de verificar, in loco, a legalidade das transformações ocorridas no município de Campos dos Goytacazes, ao realizar Inspeção Especial cujo relatório foi protocolizado sob o n.º TCE-RJ n.º 205.464-6/99."

O escopo da inspeção se prendeu a apurar quantos e quais foram os beneficiários pelo disposto no artigo 6º da Lei Municipal n.º 4.890, de 15/9/1989, que cuidou do enquadramento de servidores do município, em face de determinação cons-

tante do processo em que foi recusado o registro do ato de aposentadoria do servidor José Candido, ocupante do cargo de motorista e beneficiado por enquadramento efetivado com amparo na precitada lei municipal.

A equipe que efetuou a referida inspeção, após o minucioso trabalho apresentado, acabou por entender legais os enquadramentos dos servidores que já exerciam, anteriormente à CR, as funções atribuídas ao cargo que passaram a ocupar."

Me parece, entretanto, que o Corpo Instrutivo, ao revés, posicionou-se também naquele administrativo, assim como no presente, pela inconstitucionalidade dos enquadramentos campistas.

Tanto mais que o próprio Relator, Jonas Lopes de Carvalho Junior, fez constar de seu Voto:

"A equipe de Inspeção constatou em seu relatório que um universo de 55 (cinquenta e cinco) servidores foram enquadrados com base no artigo 6º da Lei Municipal nº 4.890/89, que assim dispõe:

Art. 6º - Os ocupantes de outros cargos que estejam exercendo as funções citadas nesta lei deverão requerer, no prazo de 30 (trinta) dias, contados de sua publicação, o seu enquadramento.

*Este dispositivo, **segundo a instrução**, fere frontalmente o disposto no artigo 37, inciso II da CF/88, e, portanto, **todos os servidores elencados às fls. 18/20 deveriam ter seus atos de enquadramento desconstituídos pela Administração Municipal.**" (grifou-se)*

Não por outros motivos, aliás, tal Voto foi proferido pelo Relator "*EM DESCORDO com o Corpo Instrutivo e o douto Ministério Público*" (folha 38), sendo importante ressaltar que o caso do servidor a que se refere o presente processo não foi abarcado pela decisão do mencionado Processo TCE-RJ n.º 205.464-6/99, por não constar o seu nome do Relatório da respectiva Inspeção.

Finalmente, em que pese concordar com os fundamentos do Corpo Instrutivo e do Ministério Público Especial, observo que a notificação sugerida é incabível, pois não restou provado nos autos que o Prefeito Municipal de Campos dos Goytacazes tenha sido regularmente cientificado sobre o teor da decisão de fls. 105/106 e 107, por intermédio da qual também dar-se-ia oportunidade para que o servidor pudesse se manifestar nos autos.

Por todo o exposto, estou **em desacordo** com o Corpo Instrutivo, com o Minis-

tério Público Especial, com o Relator, Conselheiro Julio L. Rabello e com o primeiro Revisor, Conselheiro José Gomes Graciosa, razão pela qual,

VOTO:

I - Pela COMUNICAÇÃO ao **Sr. Alexandre Marcos Mocaiber Cardoso**, Prefeito do Município de Campos dos Goytacazes, com base no § 2º do artigo 6º da Deliberação TCE-RJ n.º 204/96, a ser efetivada na forma do artigo 3º da Deliberação TCE-RJ n.º 234/06, alterado pela Deliberação TCE-RJ n.º 241/07, ou, na impossibilidade, nos moldes do artigo 26 e seus incisos do Regimento Interno desta Corte de Contas, aprovado pela Deliberação TCE-RJ n.º 167/92, para que cumpra os itens I, II e III de fls. 106, sob pena de aplicação do disposto no art. 63, IV, da Lei Complementar n.º 63/90.

II - Pela DETERMINAÇÃO à SSE para que, ao efetivar a Comunicação supra, encaminhe o presente processo.

MARCO ANTONIO BARBOSA DE ALENCAR

Relator

