

TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: CONSEQUÊNCIAS E ASPECTOS RELEVANTES

Transposition of public positions: consequences and relevant aspects

Tatiane Ribeiro Melo¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Transposição de cargos públicos: conceito e distinções. 2. Recusa de aplicação administrativa de lei que estabeleça transposição de cargos públicos. 3. As consequências do ato de transposição de cargos públicos para seus titulares. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo expor as formas de ingresso no serviço público e analisar as consequências decorrentes do advento de lei que, ao reestruturar o plano de cargos, carreiras e remuneração do quadro de pessoal do serviço público, promove a transposição de cargos públicos, conferindo ao novo cargo atribuições diversas das estabelecidas ao primeiro. Considerando a presunção de constitucionalidade das leis e o dever do administrador público de observá-las, é relevante analisar a possibilidade de recusa de aplicação de lei que preveja essa transformação. Além disso, é de crucial importância averiguar as consequências dessa lei para o servidor público. Para desenvolver o presente estudo, foi adotada a técnica de pesquisa bibliográfica, tendo como base livros, publicações em revistas e análise jurisprudencial.

Palavras-chaves: Transposição de cargos públicos. Servidor público. Presunção de constitucionalidade das leis e segurança jurídica.

ABSTRACT

The purpose of this article is to explain the forms of entry into the public service and to analyze the consequences resulting from the enactment of a law which promotes the transposition of public positions by restructuring the plan for posts, careers and remuneration of the staff of the public service, and gives to the new position assignments which are different from those established to the first one. Considering the presumption of constitutionality of the laws and the duty of the public administrator to observe them, it is relevant to analyze the possibility of refusing to apply the law which provides for this transformation. In addition, it is crucial to ascertain the consequences of this law for the civil servant. To develop the present study, the bibliographic research technique was adopted, based on books, publications in magazines and jurisprudential analysis

Keywords: Transposition of public offices. Public server. Presumption of constitutionality of laws and legal certainty.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê que, em regra, o ingresso no serviço público ocorre por meio de aprovação em concurso público e os cargos públicos devem ser criados por lei.

¹ Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj). Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Procuradora na Procuradoria-Geral da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Ocorre que, por vezes, uma lei que reestrutura plano de cargos, carreira e remuneração de servidores públicos transforma um cargo em outro com atribuições diversas.

A questão é estabelecer o tratamento a ser dispensado à lei que promove a irregular transposição de cargos públicos, se é possível a recusa de sua aplicação pelo administrador público ou se esse, em razão do princípio da legalidade, não poderia assim proceder.

Vale ressaltar que esse exame perpassa pelo avanço democrático da Constituição Federal de 1988, que ampliou o rol de legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Além disso, pretende-se analisar o tratamento que o Poder Judiciário está conferindo ao tema, notadamente em razão dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, bem como da teoria do fato consumado.

Por fim e não menos importante, objetiva-se examinar os efeitos decorrentes de uma eventual declaração de inconstitucionalidade de lei que prevê irregular transposição de cargos públicos em relação ao servidor público, sendo necessário averiguar a relevância de sua boa-fé e a natureza jurídica da verba remuneratória, a fim de verificar a possibilidade de se exigir a devolução da diferença remuneratória por ele auferida.

O presente trabalho é fruto de elaborada pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista seu caráter teórico, e tem por objetivo minimizar as celeumas que circundam o tema e auxiliar os operadores do direito, notadamente os administradores públicos, na tomada de decisões que guardem pertinência com as questões propostas.

1. TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: CONCEITO E DISTINÇÕES

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura o livre acesso aos cargos públicos, que ocorre, em regra, mediante aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (artigo 37, inciso II).

A exigência de concurso público abrange tanto a Administração direta, quanto a Administração indireta, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que são pessoas jurídicas de direito privado, devendo ser precedido de edital a ser publicado com antecedência mínima necessária para que todos os interessados tenham possibilidade de tomar conhecimento do certame.

Essa garantia atende aos princípios da impessoalidade e da igualdade, tendo em vista que dispensa tratamento isonômico a todos os participantes.

O ingresso no serviço público pode ocorrer também de forma excepcional, por meio de nomeação em cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, exclusivamente para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, como também pela realização de contratação temporária, cujos requisitos constitucionais são: temporariedade da

contratação, necessidade temporária, excepcional interesse público, prévia criação de lei pelo ente federativo.

Por temporariedade da contratação compreende-se que os contratos celebrados com esses agentes devem ter prazo determinado. Já a necessidade temporária significa que a carência no serviço público não está relacionada com o exercício de funções ordinárias e permanentes, tendo por pressuposto, portanto, a transitoriedade. Além disso, a necessidade a ser atendida deve ter duração determinada e identificável no tempo.

Quanto ao excepcional interesse público, conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de

imediate suprimento temporário de uma necessidade (nesse sentido, necessidade temporária), por não haver tempo hábil para realizar concurso sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar².

Não obstante a contratação temporária não exigir prévia realização de concurso público, é necessário que sejam observados critérios objetivos e impessoais, bem como a realização de processo seletivo simplificado, tendo em vista o princípio da impessoalidade.

Vale destacar que a Constituição Federal prevê outras hipóteses em que é dispensada a realização de concurso público, tais como o provimento em funções de confiança (art. 37, incisos II e V), a investidura dos integrantes do quinto constitucional nos tribunais judiciais (art. 94), a investidura dos membros dos tribunais de Contas (art. 73, §§ 1º e 2º), a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único), do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111, § 2º), do Tribunal Superior Eleitoral (art. 119, II), do Superior Tribunal Militar (art. 123), e dos juizes do Tribunal Regional Eleitoral (art. 120, III).

No tocante à criação de cargos públicos, é importante ressaltar que pressupõe a existência de lei de iniciativa privativa do chefe do Executivo, conforme disposto no artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal. Trata-se do princípio constitucional da reserva de administração.

Logo, não se admite a ingerência dos demais Poderes, de forma que a sanção do chefe do Executivo ao projeto de lei iniciado pelo Poder Legislativo não supre o vício de inconstitucionalidade formal relativo à iniciativa de lei (vício formal subjetivo)³.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 263.

³ Ação Direta de Inconstitucionalidade – Promoção de Praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros – Regime jurídico dos servidores públicos – Processo Legislativo – Instauração dependente de iniciativa constitucionalmente reservada ao chefe do Poder Executivo – Diploma legislativo estadual que resultou de iniciativa parlamentar – Usurpação do Poder de Iniciativa – Sanção tácita do Projeto de Lei – Irrelevância – Insubsistência da Súmula 5/STF – Inconstitucionalidade formal – Eficácia re-

Ocorre que, por vezes, a Administração Pública altera a estrutura de órgãos, criando novos cargos sem previsão legal, o que afronta o ordenamento jurídico.

De acordo com o ilustre doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, a reorganização administrativa deve contar com limites, de modo que o administrador não altere profundamente a estrutura funcional do órgão a ponto de gerar desfiguração. Ressalta que sem a existência de lei formal

não pode um ato administrativo mudar atribuições dos cargos para os quais seus titulares se habilitaram por concurso: isso refletiria desvio de finalidade e, indiretamente, retrataria transformação do cargo⁴.

Quanto à atividade legislativa, é vedado ao legislador, no intuito de reestruturar plano de cargos, carreiras e remuneração de quadro de pessoal de servidores públicos, transportar determinados cargos com seus titulares para outra carreira ou transformar cargo anterior em um novo, com atribuições diversas das do primeiro.

Trata-se da chamada transformação ou transposição de cargos públicos, que parece ser apenas uma reestruturação administrativa, quando, na verdade, corresponde a um novo provimento de cargo público efetivo com dispensa de realização de concurso específico, o que é inconstitucional.

Isso porque a Constituição Federal, no inciso II do artigo 37, prevê que a regra é o ingresso no serviço público por meio de aprovação em concurso público. Logo, é proibida a transformação de cargos ou ascensão vertical, de maneira que para exercer cargo diverso daquele em que foi admitido por concurso público, o servidor deverá submeter-se à realização de outro concurso.

Tal proibição está fundamentada nos princípios da isonomia e da impessoalidade, não podendo o funcionário ser beneficiado em detrimento dos demais cidadãos que possuem interesse em assumir um cargo público.

Dessa forma, a exigência de concurso público não se refere apenas à primeira investidura, alcançando também os provimentos derivados⁵. Entendimento em sentido contrário permitiria o acesso a cargo distinto mediante mera seleção interna.

Nesse sentido, o Enunciado nº 685 da Súmula do STF, segundo o qual:

é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

pristinatória da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle normativo abstrato – Ação Direta julgada procedente. Os princípios que regem o processo legislativo impõem-se à observância dos Estados-Membros (...). (STF ADI 2.867. Tribunal Pleno. Rel. min. Celso de Mello – Julgado em 3/12/2003.)

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 28ª ed., rev., atual. Até 31/12/2014 – São Paulo: Atlas, 2015, p. 638.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.

Em contrapartida, é possível a transposição do servidor para cargo de mesma natureza, em um novo sistema de classificação de cargos, mas mantidas as atribuições e demais requisitos exigidos no concurso público por ele prestado. Trata-se do reenquadramento.

É lícito que a Administração Pública, por meio de lei, reorganize seu quadro de pessoal. Isso porque sua estrutura não é estanque, devendo o administrador público proceder às alterações necessárias no aparelho estatal a fim de melhor realizar suas atividades, as quais são de interesse público.

Sobre o tema, as palavras de Cristiana Fortini⁶, *verbis*:

Ademais, não há como ignorar que a estrutura da administração pública não é estanque. O aumento de velhas demandas e o surgimento de novas fazem com que o interesse público seja volátil. Cabe ao agente público atentar para tais circunstâncias, adotando as medidas imperiosas, sob pena de destruir a baliza sobre a qual se assenta o direito administrativo, qual seja, o princípio da indisponibilidade do interesse público. Impõe-se ao administrador, com apoio do legislador, atentar para as alterações que se fazem imperiosas, ajustando o aparelho estatal de forma a extrair o máximo proveito da mão de obra ali situada.

Não é demais lembrar que a matéria guarda pertinência com o princípio da eficiência, que está previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição da República⁷, devendo ser entendido como dever de “boa administração”, o que abrange produtividade e adequação técnica para que sejam alcançados os melhores resultados.

Situação distinta é a que ocorre no aproveitamento. Em havendo extinção de cargos ocupados por integrantes de duas carreiras semelhantes, tais servidores, caso sejam estáveis, terão direito à disponibilidade remunerada, até que sejam aproveitados em outro cargo, conforme disposto no art. 41, § 3º, da Constituição Federal. Com a extinção dos cargos, cria-se outra carreira que absorve as anteriores, sendo os servidores aproveitados nos novos cargos.

Conforme explicam Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta e Luciano de Araújo Ferraz, a unificação de determinadas carreiras costuma acontecer quando há semelhanças entre elas e, “nessas situações, a lei respectiva visa apenas a racionalizar uma simbiose gradativa que vem ocorrendo, de fato, ao longo do tempo”⁸.

⁶ FORTINI, Cristiana (org.). **Servidor Público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 269.

⁷ Artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “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:” (Redação dada pela EC 19/98.)

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Servidores Públicos na Constituição Federal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 78.

O Supremo Tribunal Federal já proferiu diversas decisões nesse sentido, como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.713/DF, julgada em 12/12/2002, cuja relatora foi a ministra Ellen Gracie⁹.

Insta salientar que a reorganização administrativa independe da anuência do titular do cargo público, uma vez que o servidor não tem direito adquirido a regime jurídico, considerando que não há imutabilidade de suas atribuições e tampouco direito à continuidade de suas funções originárias.

Todavia, as alterações devem observar a natureza da função desempenhada, sem prejuízo do valor da remuneração¹⁰, valendo ressaltar que, enquanto subsistir o cargo, seu titular faz jus ao exercício nas condições previstas no respectivo estatuto¹¹.

A reestruturação administrativa não se confunde com o chamado desvio de função, que é caracterizado pelo irregular exercício de funções atinentes a outro cargo. Nesse caso, o servidor faz jus a perceber a remuneração correspondente ao cargo para o qual foi desviado, mas não será reenquadrado, pois isso caracterizaria violação à regra do concurso público¹².

Dessa forma, é importante a distinção entre transposição de cargo público e transposição de servidor público para cargo que possui as mesmas características do cargo no qual se deu o provimento originário.

Vale destacar que a Administração deve se limitar a agrupar numa mesma denominação cargos cujas atribuições, remuneração, requisitos de escolaridade ou habilitação profissional exigidos para ingresso sejam os mesmos ou essencialmente semelhantes.

⁹ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11 E PARÁGRAFOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 43, DE 25.06.2002, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.549, DE 13/11/2002. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM CARGOS DE ADVOGADO DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131, *CAPUT*; 62, § 1º, III; 37, II E 131, § 2º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* afastada por tratar-se a Associação requerente de uma entidade representativa de uma categoria cujas atribuições receberam um tratamento constitucional específico, elevadas à qualidade de essenciais à Justiça. Precedentes: ADI nº 159, rel. min. Octavio Gallotti, e ADI nº 809, rel. min. Marco Aurélio. Presente, de igual modo, o requisito da pertinência temática, porquanto claramente perceptível a direta repercussão da norma impugnada no campo de interesse dos associados representados pela autora, dada a previsão de ampliação do quadro a que pertencem e dos efeitos daí decorrentes. Não encontra guarida, na doutrina e na jurisprudência, a pretensão da requerente de violação ao art. 131, *caput* da Carta Magna, uma vez que os preceitos impugnados não afrontam a reserva de lei complementar exigida no disciplinamento da organização e do funcionamento da Advocacia-Geral da União. Precedente: ADI nº 449, rel. min. Carlos Velloso. Rejeição, ademais, da alegação de violação ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II, e 131, § 2º). É que a análise do regime normativo das carreiras da AGU em exame aponta para uma racionalização, no âmbito da AGU, do desempenho de seu papel constitucional por meio de uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso. Precedente: ADI nº 1.591, rel. min. Octavio Gallotti. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

¹⁰ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**, 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 75.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 520.

¹² MADEIRA, *op. cit.*, p. 76-77.

Todavia, a experiência demonstra que não é incomum que um projeto de lei que contenha a inconstitucional transposição de cargos públicos seja aprovado pela Casa Legislativa e sancionado pelo chefe do Executivo, entrando em vigor com tal vício e, por consequência, vinculando seus respectivos destinatários.

A questão é saber se tal norma jurídica deve ser necessariamente observada pela Administração Pública ou se sua aplicação pode ser afastada sem prévia declaração judicial de inconstitucionalidade.

2. RECUSA DE APLICAÇÃO ADMINISTRATIVA DE LEI QUE ESTABELEÇA TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

A Constituição Federal ocupa grau máximo na hierarquia normativa. É a lei suprema do Estado, pois nela está prevista sua estruturação, a organização de seus órgãos e suas normas fundamentais.

Da supremacia da Constituição resulta o princípio da compatibilidade vertical das normas jurídicas, de maneira que as normas de grau inferior somente são consideradas válidas se compatíveis com a de grau superior, que é a Constituição.

De acordo com José Afonso da Silva, no dizer de Pinto Ferreira, o princípio da supremacia da Constituição “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”.¹³

Fato é que as leis nascem com presunção de constitucionalidade e mantêm essa qualidade até que porventura sejam declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Nesse ponto, impende ressaltar que a interpretação constitucional é atividade desenvolvida pelos três Poderes e, embora se tenha reservado ao Judiciário o papel de intérprete último e qualificado das normas constitucionais, ele não é o dono da Constituição, de modo que o sentido e o alcance das normas constitucionais são estabelecidos pela interação com os outros Poderes e com a sociedade.

É esse o brilhante ensinamento do ministro do STF, Luís Roberto Barroso¹⁴, *in verbis*:

Merece registro incidental, antes de encerrar o presente trabalho, fenômeno conhecido como *diálogo constitucional* ou *diálogo institucional*. Embora a Corte Constitucional ou Corte Suprema seja o intérprete final da Constituição em cada caso, três situações dignas de nota podem subverter ou atenuar essa circunstância, a saber: a) a interpretação da Corte pode ser superada por ato do Parlamento ou do Congresso, normalmente mediante

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Centro Universitário de Brasília – Uniceub. Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 24-51.

emenda constitucional; b) a Corte pode devolver a matéria ao Legislativo, fixando um prazo para a deliberação; ou c) a Corte pode conclamar o Legislativo a atuar, o chamado ‘apelo ao legislador’.

Sendo assim, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário encontram-se em plano de igualdade, de maneira que os atos de cada Poder nascem dotados de presunção de validade.

Na verdade, a chamada “separação de poderes” é decorrente de uma divisão funcional do poder político que tem por base a descentralização no plano horizontal e leva em conta a repartição do exercício do poder político entre órgãos públicos distintos. Essa divisão é feita em conformidade com as funções do Estado legislativa, administrativa e judicial e constitui cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal).

Ademais, o federalismo brasileiro conta com o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), segundo o qual há um controle recíproco entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, a fim de impedir eventuais excessos, garantindo-se o equilíbrio constitucional.

Nesse contexto, vale ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma é atividade que deve ser exercida com autolimitação pelo Judiciário (*judicial self-restraint*), por conta da deferência que deve ter em relação aos demais Poderes, especialmente em se tratando de ato emanado de um Poder cuja atividade precípua é legislar.

Acerca da possibilidade de não aplicação de uma lei pelo chefe do Executivo sob o fundamento de inconstitucionalidade, primeiramente, cumpre observar que antes do advento da Constituição Federal de 1988 era majoritário o entendimento pela possibilidade de recusa motivada¹⁵. Os fundamentos dessa posição se baseavam na supremacia da Constituição e na obrigação de todos os Poderes de respeitá-la.

Sob a égide constitucional anterior, apenas o procurador-geral da República possuía legitimidade para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no entanto, dentro do seu inequívoco intuito democrático, atribuiu ampla legitimidade para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Além do procurador-geral da República, o rol de legitimados foi composto pelo presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados, pela Mesa de Assembleia Legislativa, pelos governadores de Estado, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de Constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, nº 134, abr./jun. 1997, p. 18.

Com a previsão de legitimidade ativa do chefe do Executivo, a questão relacionada à recusa da aplicação de lei por inconstitucionalidade passou a ser reanalisada. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes¹⁶ afirmou:

É certo que a questão perdeu muito do seu apelo em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, no plano estadual e federal, o direito de instaurar o controle abstrato de normas. A possibilidade de se requerer liminar que suspende imediatamente o diploma questionado reforça ainda mais esse entendimento. Portanto, a justificativa que embasava aquela orientação de enfrentamento ou quase desforço perdeu a razão de ser na maioria dos casos.

Na Medida Cautelar da ADI nº 221, cujo relator foi o ministro Moreira Alves, julgada em 29/3/1990, portanto, após o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela possibilidade de recusa de aplicação de lei inconstitucional pelo Poder Executivo. Senão, vejamos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA. REVOGAÇÃO. PEDIDO DE LIMINAR. – POR SER A MEDIDA PROVISÓRIA ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI, NÃO É ADMISSÍVEL SEJA RETIRADA DO CONGRESSO NACIONAL A QUE FOI REMETIDA PARA O EFEITO DE SER, OU NÃO, CONVERTIDA EM LEI. – EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, NÃO SE ADMITE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU DE ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POR LEI OU POR ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POSTERIORES. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI OU DOS ATOS NORMATIVOS É DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO. OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO, POR SUA CHEFIA – E ISSO MESMO TEM SIDO QUESTIONADO COM O ALARGAMENTO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE –, PODEM TÃO-SÓ DETERMINAR AOS SEUS ÓRGÃOS SUBORDINADOS QUE DEIXEM DE APLICAR ADMINISTRATIVAMENTE AS LEIS OU ATOS COM FORÇA DE LEI QUE CONSIDEREM INCONSTITUCIONAIS. – A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 175, PORÉM, PODE SER INTERPRETADA (INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO) COMO AB-ROGATÓRIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS Nºs 153 E 156. SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS DO DIREITO BRASILEIRO. – REJEIÇÃO, EM FACE DESSE SISTEMA DE AB-ROGAÇÃO, DA PRELIMINAR DE QUE A PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTÁ PREJUDICADA, POIS AS MEDIDAS PROVISÓRIAS Nºs 153 E 156, NESTE MOMENTO, SÓ ESTÃO SUSPENSAS PELA AB-ROGAÇÃO SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA, AB-ROGAÇÃO QUE SÓ SE TORNARÁ

¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

DEFINITIVA SE A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 175 VIER A SER CONVERTIDA EM LEI. E ESSA SUSPENSÃO, PORTANTO, NÃO IMPEDE QUE AS MEDIDAS PROVISÓRIAS SUSPENSAS SE REVIGOREM, NO CASO DE NÃO CONVERSÃO DA AB-ROGANTE. – O QUE ESTÁ PREJUDICADO, NESTE MOMENTO EM QUE A AB-ROGAÇÃO ESTÁ EM VIGOR, E O PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR, CERTO COMO É QUE ESSA CONCESSÃO SÓ TEM EFICÁCIA DE SUSPENDER *EX NUNC* A LEI OU ATO NORMATIVO IMPUGNADO. E, EVIDENTEMENTE, NÃO HÁ QUE SE EXAMINAR, NESTE INSTANTE, A SUSPENSÃO DO QUE JÁ ESTÁ SUSPENSO PELA AB-ROGAÇÃO DECORRENTE DE OUTRA MEDIDA PROVISÓRIA EM VIGOR. PEDIDO DE LIMINAR JULGADO PREJUDICADO *SI ET IN QUANTUM*. (grifo nosso.)

Vale trazer à baila as palavras de Gustavo Binbenbojm:

reafirmo aqui a possibilidade de repúdio à lei havida por inconstitucional pelo Poder executivo (bem como pelos demais poderes, quando no exercício de funções administrativas), independentemente de qualquer pronunciamento judicial prévio¹⁷.

Ressalta-se o ônus político da decisão da autoridade máxima do Executivo que deixa de aplicar uma lei, observando que eventual ausência de endosso pelo Supremo Tribunal Federal a tal recusa, eventualmente, pode gerar a condenação do Estado a indenizar os prejudicados. Nesse sentido, o ministro Luís Roberto Barroso¹⁸ faz o seguinte alerta:

O descumprimento ou a não aplicação da lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, antes que o vício haja sido pronunciado pelo órgão competente, sujeita a vontade insubmissa às sanções prescritas pelo ordenamento. Antes da decisão judicial, quem subtrair-se à lei o fará por sua conta e risco.

Também merece ser mencionado o fato de que o descumprimento de norma reputada inconstitucional é medida que se coloca em tensão com o princípio da separação de poderes, pois se tem na verdade uma decisão administrativa que se sobrepõe à decisão do órgão legiferante. Logo, faz-se necessário parcimônia e cautela, além da adoção de critérios para assim proceder.

São dignos de registro os parâmetros apontados pela conselheira do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, dra. Mariana Montebello Willeman¹⁹:

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 174.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 178.

¹⁹ WILLEMANN, Mariana Montebello. Controle de Constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, nº 30, jun./jul./ago. de 2012.

Assim, o primeiro parâmetro importante a balizar a atuação administrativa *contra legem* – mas segundo a Constituição – reside na afirmação dos direitos fundamentais. Com efeito, diante de leis violadoras de direitos fundamentais, impõe-se à Administração o dever de negar-lhes aplicação, dando preferência à Constituição, de forma que as normas sobre direitos fundamentais se aplicam contra a lei e em seu lugar.

Igualmente, em se tratando de legislação violadora dos princípios expressos na CRFB – de vinculação direta e imediata da Administração Pública –, impõem-se tranquilamente a atuação *contra legem*, devendo os órgãos administrativos desaplicar tais leis e pautar sua atuação por uma normatividade que reverencie os princípios reitores da Administração.

Por fim, também a lei que vulnere os fundamentos da República Federativa do Brasil ou seus objetivos (artigos 1º e 3º, respectivamente, da CRFB) deve ter sua execução recusada pela Administração Pública.

(...)

Por sua vez, em hipóteses diversas daquelas a que se aludiu anteriormente, entende-se que a Administração Pública somente poderá afastar-se da aplicação da lei por considerá-la inconstitucional (i) se houver contrariedade flagrante e manifesta a dispositivo constitucional ou (ii) se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já tiver consolidado, em hipóteses semelhantes, tese no sentido da inconstitucionalidade da normatividade versada na lei, com reiterados precedentes firmando posição exegética contrária à sua validade.

Dessa forma, não obstante a observância obrigatória da legalidade (art. 37, CF/88), a atuação do chefe do Executivo deve guardar consonância com a juridicidade e a eventual recusa de aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade deve observar parâmetros, como os expostos acima.

Destaca-se que somente o chefe do Executivo tem atribuição para negar a aplicação de lei sob o fundamento de inconstitucionalidade²⁰ – ato que deve ser publicado em diário oficial para fins de transparência e segurança jurídica –, de modo que entidades da Administração indireta em geral, apesar de possuírem personalidade jurídica própria, podem apenas constatar a inconstitucionalidade, via de regra por meio de suas procuradorias ou assessorias jurídicas, e comunicá-la à Chefia do Executivo a fim de que decida sobre recusa ou aplicação da respectiva lei ou, até mesmo, para que proponha Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal ou representação de inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça.

²⁰ No Parecer nº 01/2011 - ARC, prolatado em 25/8/2011, o ilustre procurador do Estado do Rio de Janeiro, André Rodrigues Cyrino, afirmou tratar-se de ônus do governador do Estado, por razões de responsabilidade política, de gestão administrativa e de manutenção de um ambiente de segurança jurídica, tendo afirmado também a interpretação da Lei Complementar nº 15/1980, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e da Constituição Federal.

Em se tratando de lei que disponha sobre transformação de cargo público, é evidente a violação direta à Constituição Federal, que estabelece o ingresso no serviço público, em regra, por concurso público, o que atende ao princípio da impessoalidade.

Sendo assim, considerando que há violação frontal a princípios constitucionais, deve o chefe do Executivo recusar a aplicação de lei que estabeleça transformação de cargo público e, a fim de garantir maior segurança jurídica, é aconselhável a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de representação de inconstitucionalidade.

3. AS CONSEQUÊNCIAS DO ATO DE TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS PARA SEUS TITULARES

Conforme já exposto, a lei que promove transposição de cargo público padece de vício de inconstitucionalidade material por violar a regra do concurso público. Ocorre que, muitas vezes, há considerável mora na tomada de decisão administrativa para afastar a aplicação dessa lei ou na propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ou representação de inconstitucionalidade), casos em que a situação funcional dos servidores já está estabelecida pelo decurso do tempo.

Em algumas situações, a transposição de cargo só é constatada no ato da aposentadoria do servidor na análise que o Tribunal de Contas realiza no exercício do controle externo, nos moldes do artigo 71, III, da Constituição Federal²¹.

Como sabido, os atos de aposentadoria são registrados se estiverem em conformidade com a legislação, respeitados os princípios e procedimentos administrativos para sua consecução. Consoante com o entendimento do Supremo Tribunal Federal²², o ato de aposentadoria possui natureza jurídica de ato complexo formado pela manifestação de vontade do órgão administrativo acrescida da vontade do Tribunal de Contas.

Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal criou a Súmula Vinculante nº 3, segundo a qual

nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

²¹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.861, 2ª Turma, relator ministro Marco Aurélio Mello. Data de julgamento: 17 de outubro de 1997.

Fato é que o decurso do tempo enseja discussões relativas à segurança jurídica e à boa-fé do administrado.

Nesse contexto, é importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro prestigia a segurança jurídica, de maneira a evitar que as discussões se protraiam no tempo, fazendo com que as situações jurídicas permaneçam instáveis.

O princípio da segurança jurídica compreende dois sentidos: o sentido objetivo, que se refere à estabilização do ordenamento jurídico (certeza do direito), e o sentido subjetivo, relativo à proteção da confiança das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas e atos estatais²³.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, com fulcro na segurança jurídica, já proferiram decisões convalidando atos de nomeação de agentes públicos que não foram precedidos de concurso público, quando ultrapassado longo período de tempo²⁴.

Todavia, não se pode perder de vista que decisões como essa são excepcionais, considerando a necessidade de observância das normas constitucionais, o que decorre do princípio da supremacia da Constituição.

De acordo com esse princípio, a Constituição veicula normas jurídicas de máxima hierarquia no sistema do direito positivo, figurando como fundamento de validade de todo ordenamento normativo²⁵.

Ocorre que, em razão do decurso do tempo no exercício das funções em cargo que foi objeto de transposição, é comum que o servidor argumente a aplicação da teoria do fato consumado, segundo a qual as situações jurídicas consolidadas não devem ser desconstituídas em razão do princípio da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais.

São hipóteses em que a manutenção do ato, embora viciado, atenderá mais ao interesse público do que sua invalidação, considerando que o ordenamento jurídico elegeu a segurança jurídica à qualidade de princípio, o qual, como sabido, é um vetor de interpretação a ser utilizado pelos operadores do direito.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho²⁶ nos ensina que:

²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p. 54.

²⁴ RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE 20 ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI Nº 9.784/99, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO (...). (STJ). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 25.652/PB. 5ª Turma. relator ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em: 16/9/2008.

²⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 120.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 28ª ed., rev., atual. Até 31/12/2014 – São Paulo: Atlas, 2015, p. 38.

É certo que a jurisprudência aponta alguns casos em que foram convalidadas situações jurídicas ilegítimas, justificando-se a conversão pela *'teoria do fato consumado'*, isto é, em certas ocasiões melhor seria convalidar o fato do que suprimi-lo da ordem jurídica, hipótese em que o transtorno seria de tal modo expressivo que chegaria ao extremo de ofender o princípio da estabilidade das relações jurídicas. Com a positivação do princípio, tornou-se de maior densidade a sustentação do fato ilegítimo anterior; por mais que se esforçassem os intérpretes, a fundamentação do fato consumado não se afigura muito convincente.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento é no sentido de que a teoria do fato consumado deve ser aplicada *"apenas em situações excepcionalíssimas, nas quais a inércia da administração ou a morosidade do Judiciário deram ensejo a que situações precárias se consolidassem pelo decurso do tempo"*, conforme explica o ministro Castro Meira no Recurso em Mandado de Segurança nº 34.189²⁷.

Em se tratando de transposição de cargo público, há diversas decisões pela inaplicabilidade da teoria do fato consumado, conforme ementas abaixo colacionadas relativas ao Mandado de Segurança nº 1132929-0²⁸, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e à Apelação Cível nº 1003475-93.2015.8.26.0624²⁹, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, respectivamente:

DECISÃO: ACORDAM Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto. EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO PARANÁ – ATO 274/2005 DA COMISSÃO EXECUTIVA – ENQUADRAMENTO FUNCIONAL – HIPÓTESE DE TRANSPOSIÇÃO – PASSAGEM DE CARGO DE NÍVEL MÉDIO PARA CARGO DE NÍVEL SUPERIOR – FORMA DE PROVIMENTO EM CARGO PÚBLICO VEDADA PELA ORDEM CONSTITUCIONAL – OFENSA AO ART. 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – POSSIBILIDADE DE REVISÃO ADMINISTRATIVA DO ATO – AUTOTUTELA – DECADÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SE CONVALIDA COM O DECURSO DO TEMPO – INAPLICABILIDADE DO ART. 54, CAPUT, DA LEI FEDERAL Nº 9.784/1999 – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO ANTE SITUAÇÃO INCONSTITUCIONAL – SEGURANÇA DENEADA. (grifo nosso).

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 34.189. relator ministro Castro Meira. Data de Julgamento: 2/12/2011.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mandado de Segurança nº 1132929-0, do Órgão Especial. relator desembargador Clayton de Albuquerque Maranhão. Data do julgamento: 2 mar. 2015.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1003475-93.2015.8.26.0624, da 3ª Câmara de Direito Público. relator desembargador Maurício Fiorito. Data do julgamento: 12 abr. 2016.

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS – Tatuí – Suposta ilegalidade no reenquadramento dos servidores municipais nos cargos que ocupavam antes da transposição de cargos promovida por lei municipal declarada inconstitucional – Inocorrência – *Inconstitucionalidade da transposição de cargos* – Súmula 685 do STF e Súmula Vinculante nº 43 – Declaração de inconstitucionalidade dos arts. 3º e 4º da Lei municipal nº 3.706/2005 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2133805-30.2014.8.26.0000 do Órgão Especial do TJSP – Inexistência de redução de vencimentos – *Mera correção de transposição de cargos feita ilegalmente* – *Inaplicabilidade da teoria do fato consumado* – *Impossibilidade de consolidação de situação jurídica inconstitucional* – *Ausência de direito líquido e certo a ser amparado* – Ordem denegada – Sentença mantida – Recurso improvido. (grifo nosso)

Em contrapartida, também é possível encontrar decisão que prestigia o servidor, como a proferida no Mandado de Segurança nº 00029620420128180000³⁰, do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, na qual se compreendeu que a concessão da aposentadoria no cargo referente ao concurso prestado caracterizaria enriquecimento ilícito para a Administração Pública.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ATO DE TRANSPOSIÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO *EX NUNC*. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, BOA-FÉ E LEGALIDADE. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA PELO DECURSO DO TEMPO. 1. Julgado em que se concluiu pela impossibilidade de a Administração Pública, após decurso de longo período de tempo, rever o ato de transposição do servidor público em decorrência da declaração de inconstitucionalidade da LC nº 37/2004. Acaso acolhido entendimento contrário, estar-se-ia desconsiderando a boa-fé do servidor, bem como o fato de que a irregularidade existente e afastada por decisão judicial seria imputável ao próprio Poder Público. 2. Questão que evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica consagrado na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo, tanto em seu art. 2º, que estabelece que a administração pública obedecerá ao princípio da segurança jurídica, quanto em seu art. 54, que fixa o prazo decadencial de 5 anos, contados da data em que o ato administrativo fora praticado, para que a administração possa anulá-lo. 3. *Trata-se de situação em que administração se beneficiou do trabalho desenvolvido pelo impetrante ao longo de mais de 10 (dez) anos como Agente da Polícia Civil e não como Motorista, tendo esse, inclusive, incorporado efeitos financeiros em seu patrimônio, possuindo o administrado boa-fé, notadamente quando estabelecida relação entre ele e o Poder Público sob a égide de norma ainda não declarada inconstitucional. Por essa razão, o ato ilegal da*

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Mandado de Segurança nº 00029620420128180000, do Tribunal Pleno. Relator desembargador José Ribamar Oliveira. Data do julgamento: 24/6/2015.

autoridade coatora de conceder a aposentadoria do autor no cargo de Motorista caracteriza verdadeiro enriquecimento ilícito, o que não é aceito no ordenamento jurídico vigente. 4. Segurança Concedida. (grifo nosso)

Do exame das decisões expostas, verifica-se que não é pacífica a aplicação da teoria do fato consumado aos casos de transposição de cargos públicos e a análise é casuística.

De outro ângulo, é necessário analisar a questão relacionada à boa-fé do servidor público que teve sua situação funcional alterada por força da aplicação de lei que previu transposição de cargo e, por consequência, violou a Constituição.

Como sabido, em razão do princípio da legalidade, a partir da vigência da lei, o administrador público tem o dever de implementá-la, o que pode gerar considerável alteração na esfera funcional dos servidores, aos quais cabe o dever de obediência, tendo em vista a hierarquia administrativa.

Vale ressaltar que a hierarquia é um instrumento de organização do serviço público e a inobservância de ordens administrativas pelo servidor pode caracterizar insubordinação e ensejar a instauração de processo administrativo disciplinar, por meio do qual o servidor pode ser penalizado após o trâmite regular do processo.

Nos casos em que há declaração de inconstitucionalidade da lei que previu a transposição de cargos públicos e a consequente nulidade do ato administrativo que a implementou, surge a seguinte indagação: é possível exigir do servidor público o pagamento da diferença remuneratória decorrente da transposição inconstitucional de cargos?

Nesses casos, não se pode imputar má-fé ao servidor, tendo em vista que foi alcançado por uma decisão administrativa decorrente da aplicação de uma lei que produziu seus normais efeitos por força de sua natural presunção de constitucionalidade.

Além disso, de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores, a remuneração do servidor público possui natureza de verba alimentar, a qual é irrepetível nas hipóteses em que presente a boa-fé.

Vejamos a decisão proferida nos Embargos de Declaração em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.884 - RS, pelo Tribunal Pleno do STF, em 20/9/2018, cuja relatora foi a ministra Rosa Weber:

EMENTA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OMISSÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 27 DA LEI Nº 9.868/1999. VANTAGEM REMUNERATÓRIA RECEBIDA DE BOA-FÉ POR SIGNIFICATIVO LAPSO TEMPORAL. PRECEDENTES. 1. Verificadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, nos moldes do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, cumpre ao Supremo Tribunal Federal harmonizar o princípio da nulidade da norma inconstitucional com a exigência de preservação, considerado o aspecto temporal, histórico e irreversível da realidade, de preceitos outros da Lei Maior que, sem essa providência, seriam feridos caso atribuída eficácia retroativa ou plena à decisão: notadamente a segurança jurídica, a confiança legítima e a boa-fé objetiva. 2. O caráter alimentar da vantagem remuneratória recebida

de boa-fé, por significativo lapso temporal, impõe a incidência do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 64, parágrafo único, da Lei nº 13.417/2010 do Estado do Rio Grande do Sul, assentando a inexigibilidade de devolução dos valores recebidos, a título de adicional de dedicação exclusiva, pelos servidores extranumerários em exercício na Secretaria de Saúde estadual, até a data da publicação do Acórdão embargado (31/5/2017). Precedentes. 3. Embargos de Declaração acolhidos em parte para fins de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça, por meio do Tema 531 (tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73), estabeleceu que

é indevida a devolução ao erário de valores recebidos de boa-fé, por servidor público ou pensionista, em decorrência de erro administrativo operacional ou nas hipóteses de equívoco ou má-interpretação da lei pela administração pública.

Vale destacar que a jurisprudência do STJ é firme nesse sentido, conforme mencionado no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.445.132 - MG, julgado em 29/4/2019, pela Primeira Turma, cujo relator foi o ministro Sérgio Kukina.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. DEVOLUÇÃO. DESCABIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de não ser devida a restituição de valores recebidos de boa-fé por servidor público em decorrência de erro da Administração. Precedentes. 2. Agravo interno não provido.

A doutrina, por sua vez, também compartilha o entendimento de que se deve prestigiar a boa-fé do servidor público, sendo plenamente cabível a aplicação do princípio da proteção à confiança (ou da confiança legítima).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, ao tratar do princípio da confiança legítima, afirma que esse pode ser aplicado à atividade normativa se presentes os seguintes requisitos: demonstração de surpresa do administrado com a mudança súbita e imprevisível do regime normativo, comprovação de prejuízo do administrado com a mudança súbita e imprevisível do regime normativo, comprovação de prejuízo do administrado com a alteração da norma, boa-fé do administrado e ponderação entre a confiança legítima do administrado e o interesse público que a nova norma pretende concretizar³¹.

No tocante especificamente à transposição de cargos públicos, vale citar o Recurso Extraordinário nº 667.903/DF³², que teve seu seguimento negado pelo

³¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p. 58-59.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 667.903/DF Ministro relator Gilmar Mendes. Data de julgamento: 28 de fevereiro de 2012.

ilustre ministro relator Gilmar Mendes, tendo sido, por consequência, mantido o Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal na Apelação Cível nº 20020110067567, cuja ementa abaixo se transcreve:

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – SERVIDORES PÚBLICOS – TRANSPOSIÇÃO DE CARGO – CARREIRAS DE TÉCNICO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE TÉCNICO DE ORÇAMENTO – INADMISSIBILIDADE – LEI DISTRITAL Nº 99/90 E DECRETO Nº 12.466/90 – INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO ART. 37, II, DA CF/88 – IRREPETIBILIDADE DOS VALORES PERCEBIDOS DE BOA-FÉ POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO – NATUREZA ALIMENTAR. 1. A CF/88, no art. 37, inc. II, ao cuidar da investidura dos cargos públicos, exigiu para tal prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvantes os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. 2. *A Lei distrital nº 99/90, ao autorizar a transposição de um cargo público para outro diverso do originariamente investido – forma derivada de provimento de cargo público –, hostiliza a regra constitucional acima transcrita, ressentindo-se, pois, do vício de inconstitucionalidade material.* 3. *Embora correta a assertiva de que o erro administrativo não gera nenhum direito em favor do servidor, como a remuneração desse tem caráter alimentar, a irrepetibilidade deve ser colocada como regra e a devolução como exceção.* 4. *A boa-fé no recebimento de valores afasta, portanto, a possibilidade de desconto automático na remuneração dos servidores, por se tratar de verba de natureza alimentar.* 5. Recurso parcialmente provido. (grifo nosso)

Vários julgados seguiram o mesmo entendimento pela irrepetibilidade da verba alimentar percebida de boa-fé pelo servidor público, como o Acórdão proferido na Apelação Cível nº 2000.01.00.030210-1, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, da lavra do juiz federal da 1ª Turma Suplementar, Hélio Camelo Ferreira, julgado em 9/2/2012.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INDEVIDA TRANSPOSIÇÃO DO CARGO DE ASSESSOR DE COMUNICAÇÃO JÚNIOR PARA O DE ADVOGADO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. VERBA ALIMENTAR PERCEBIDA DE BOA-FÉ.

1. Remessa oficial tida por interposta, nos termos da Súmula 423/STF.
2. Com o advento da Constituição da República de 1988, a ascensão funcional pela promoção com transposição de um cargo a outro, sem concurso público, foi abolida como forma de provimento de cargo ou emprego público no âmbito da administração pública direta ou indireta. O banimento da promoção impediu que o servidor tivesse acesso a cargo diferente daquele que ocupa, salvo com prévia aprovação em concurso público. O reenquadramento que operou a promoção da impetrante se configura ato administrativo eivado de insanável vício de inconstitucionalidade e ilegalidade.

3. É legítimo afastar o ônus de repor ao erário a verba recebida indevidamente, quando da ocorrência simultânea de três circunstâncias, a saber: a) que o servidor tenha percebido as sobreditas verbas de boa-fé; b) que ele não tenha concorrido para a sua percepção; e c) que o pagamento efetuado tenha decorrido de erro da administração na interpretação da norma aplicável ao caso concreto.

Precedentes.

4. Remessa Oficial, tida por interposta, e Apelação da União desprovidas. (grifo nosso).

Como se percebe, o ordenamento jurídico brasileiro é uníssono quanto à inconstitucionalidade de leis que preveem transposição de cargos público, tendo em vista a flagrante violação à regra do concurso público.

No que tange à devolução dos valores recebidos pelos servidores públicos alcançados pela aplicação dessas leis, a doutrina e a jurisprudência são firmes no sentido de que, considerando a boa-fé do servidor e a natureza alimentícia da verba, não se pode exigir a devolução do acréscimo remuneratório.

CONCLUSÃO

De acordo com o exposto, o ingresso no serviço público ocorre, em regra, por meio de concurso público, sendo os aprovados providos em cargos públicos que são criados por lei.

Ao dispor sobre reestruturação de plano de cargos, carreiras e remuneração de quadro de pessoal de servidores públicos é vedado que uma lei transforme cargo anterior em um novo, com atribuições diversas das do primeiro, praticando a chamada transposição de cargos públicos, o que viola frontalmente a regra constitucional do concurso público.

Ocorre que não é incomum que um projeto de lei que contenha referida previsão seja aprovado pela Casa Legislativa e sancionado pelo chefe do Executivo, entrando em vigor com tal vício e, por consequência, vinculando seus respectivos destinatários.

Não obstante a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, o princípio da separação de poderes e a vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade, é possível a recusa de aplicação de lei inconstitucional pelo chefe do Executivo em se adotando parâmetros para isso, como no caso de leis que violem direitos fundamentais, princípios constitucionais expressos, os fundamentos da República Federativa do Brasil ou seus objetivos.

Além disso, a Administração Pública pode deixar de aplicar lei inconstitucional diante de flagrante violação a dispositivo constitucional ou nos casos em que já existe jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Isso porque o administrador público está vinculado ao princípio da juridicidade.

Por vezes, a lei que promove a irregular transposição de cargos públicos tem sua constitucionalidade arguida após considerável decurso de tempo de sua vigência, em muitos casos no ato da aposentadoria do servidor.

A esse respeito, o ordenamento jurídico brasileiro é uníssono quanto à inconstitucionalidade de leis que preveem transposição de cargos público, como também acerca da irrepetibilidade da diferença remuneratória, tendo em vista a boa-fé do servidor público.

Não obstante a solução apresentada, o ideal é que projetos de lei que contenham essa previsão sejam extirpados ainda no curso do processo legislativo. Para tanto, é necessária uma atuação séria e comprometida dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo, os quais são comprometidos com a Constituição Federal tanto quanto os membros do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. Centro Universitário de Brasília – Uniceub. Brasília, v. 5, número especial, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 6ª. ed, São Paulo, Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 174.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 28ª ed., rev., atual. até 31/12/2014 – São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Servidores Públicos na Constituição Federal**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

FORTINI, Cristiana (org.). **Servidor Público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público na atualidade**, 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**, 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de Constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, nº 134, abr./jun. 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro – Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

WILLEMANN, Mariana Montebello. Controle de Constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, nº 30, jun./jul./ago. 2012.