

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Entendo que, na esteira dos precedentes desta Corte, o dispositivo impugnado, por exceder o limite temporal de excepcionalidade preconizado pelo art. 22 do ADCT, fere o art. 37, II, da Constituição Federal.

O entendimento firmado em Plenário é no sentido de que servidores investidos na função de defensor público até a data em que foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte têm direito à opção pela carreira, independentemente da forma da investidura originária, desde que cumpridos os requisitos definidos pelo texto constitucional.

Sucedem que as formas derivadas de investidura em cargos públicos são inadmissíveis à luz da Constituição do Brasil de 1988, de forma que as constituições estaduais não podem ampliar a excepcionalidade admitida pelo artigo 22 do ADCT.

Neste caso, o dispositivo impugnado estabeleceu o marco temporal da instalação da Assembleia Constituinte do Estado de Sergipe, posterior àquela da Assembleia Nacional Constituinte, para facultar o direito de opção pela carreira da Defensoria Pública, dilatando os efeitos de norma constitucional de eficácia transitória e restrita.

Não subsiste, portanto, o direito de opção estabelecido. Confirmam-se os seguintes precedentes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 140, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, E ARTIGO 141 DA LEI COMPLEMENTAR N. 65. ARTIGO 55, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 15.788. ARTIGO 135, CAPUT E § 2º, DA LEI N. 15.961. LEIS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INVESTIDURA E PROVIMENTO DOS CARGOS DA CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL. SERVIDORES ESTADUAIS INVESTIDOS NA FUNÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO E NOS CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DE PENITENCIÁRIA E DE ANALISTA DE JUSTIÇA. TRANSPOSIÇÃO PARA A RECÉM CRIADA CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO ESTADUAL SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, II, E 134, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Os preceitos objeto da ação direta de inconstitucionalidade

disciplinam a forma de investidura e provimento dos cargos da carreira de Defensor Público Estadual. 2. Servidores estaduais integrados na carreira de Defensor Público Estadual, recebendo a remuneração própria do cargo de Defensor Público de Primeira Classe, sem o prévio concurso público. Servidores investidos na função de Defensor Público, sem especificação do modo como se deu a sua investidura, e ocupantes dos cargos de Assistente Jurídico de Penitenciária e de Analista de Justiça. 3. A exigência de concurso público como regra para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas confere concreção ao princípio da isonomia. 4. Não-cabimento da transposição de servidores ocupantes de distintos cargos para o de Defensor Público no âmbito dos Estados-membros. Precedentes. 5. A autonomia de que são dotadas as entidades estatais para organizar seu pessoal e respectivo regime jurídico não tem o condão de afastar as normas gerais de observância obrigatória pela Administração Direta e Indireta estipuladas na Constituição [artigo 25 da CB/88]. 6. O servidor investido na função de defensor público até a data em que instalada a Assembléia Nacional Constituinte pode optar pela carreira, independentemente da forma da investidura originária [artigo 22 do ADCT]. Precedentes. 7. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais o caput e o parágrafo único do artigo 140 e o artigo 141 da Lei Complementar n. 65; o artigo 55, caput e parágrafo único, da Lei n. 15.788; o caput e o § 2º do artigo 135, da Lei n. 15.961, todas do Estado de Minas Gerais. Modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Efeitos prospectivos, a partir de 6 [seis] meses contados de 24 de outubro de 2007.” (ADI 3.819, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 28.08.2008).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 12 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE RONDÔNIA, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI ATRIBUÍDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35. SERVIDOR PÚBLICO. ASSISTENTES JURÍDICOS CONTRATADOS E EM EXERCÍCIO ATÉ A DATA DA INSTALAÇÃO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. DIREITO DE OPÇÃO PELA CARREIRA DE DEFENSOR PÚBLICO. INVESTIDURA DERIVADA. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E NO ARTIGO 22 DO ADCT. 1. A hipótese descrita no artigo 12 do ADCT da Constituição estadual, que assegura aos assistentes jurídicos amparados pelo decreto n. 2.778 o direito de optar pela carreira de defensor público, consubstancia investidura derivada nos quadros da Defensoria Pública do Estado de Rondônia. 2. As formas derivadas de investidura em cargos públicos são inadmissíveis à luz da Constituição do Brasil de 1988. Precedentes. 3. Este Tribunal, interpretando o artigo 22 do ADCT, entendeu que servidores investidos na função de defensor público até a data em que foi

instalada a Assembléia Nacional Constituinte têm direito à opção pela carreira, independentemente da forma da investidura originária, desde que cumpridos os requisitos definidos pelo texto constitucional. Precedentes. 4. As Constituições estaduais não podem ampliar a excepcionalidade admitida pelo artigo 22 do ADCT da CB/88. Precedentes. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI 3.603, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ 02.02.2007).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR 55/1994 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. DEFENSORES PÚBLICOS. ADMISSÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. REGRA DE TRANSIÇÃO. Ampliação indevida da exceção prevista no art. 22 do ADCT da Constituição federal. Precedentes. Ação direta julgada procedente.” (ADI 1.199, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 16.06.2006).

Nesse mesmo sentido: ADI 112, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, DJ 09.02.1996; ADI 175, Rel. Min. Otávio Galotti, Pleno, DJ 08.10.1993; ADI 1.267, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, DJ 10.08.2006; ADI 4.363-AgR, de minha relatoria, Pleno, DJe 19.12.2018.

Ainda que o *amicus curiae* tenha sustentado que não se aplicariam os precedentes, porque, no caso, as opções foram exercidas antes da promulgação da Constituição da República, entendo que não há distinção a ser feita, uma vez que a regra da Constituição Estadual lide é posterior e convalidou, inconstitucionalmente, a situação.

É certo, porém, que dessa norma inconstitucional derivaram atos de nomeação que já contavam com cerca de 25 anos na data da propositura desta ADI, estando os defensores prestando o serviço público e, inclusive, recolhendo as respectivas contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração do cargo.

Nestes casos, o art. 27 da lei n.º 9.868/99 autoriza, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, a restrição dos efeitos da declaração de sua inconstitucionalidade.

Foi assim que houve modulação quando do julgamento da ADI n. 3819, acima transcrita, e no julgamento da ADI n. 4873:

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Norma que tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na

administração pública sem concurso público, englobando servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988. Ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e ao art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Modulação dos efeitos. Procedência parcial. 1. Desde a Constituição de 1988, por força do seu art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público. As exceções a essa regra estão taxativamente previstas na Constituição. Tratando-se, no entanto, de cargo efetivo, a aprovação em concurso público se impõe. 2. O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tornou estáveis os servidores que estavam em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Constituição de 1988. A estabilidade conferida por essa norma não implica a chamada efetividade, que depende de concurso público, nem com ela se confunde. Tal dispositivo é de observância obrigatória pelos estados. Precedentes: ADI nº 289/CE, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 16/3/07; RE nº 199.293/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 6/8/04; ADI nº 243/RN-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 24/8/01; RE nº 167635/PA, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 7/2/97. 3. Com exceção do inciso III (que faz referência a servidores submetidos a concurso público), os demais incisos do art. 7º da Lei Complementar nº 100, de 2007, do Estado de Minas Gerais tornaram titulares de cargo efetivo servidores que ingressaram na Administração Pública com evidente burla ao princípio do concurso público (art. 37, II, CF/88). 4. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para**, i) em relação aos cargos para os quais não haja concurso público em andamento ou com prazo de validade em curso, dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população; ii) quanto aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente. Ficam, ainda, ressalvados dos efeitos da decisão **(a) aqueles que já estejam aposentados e aqueles servidores que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores, uma vez que a sua permanência no cargo deve, necessariamente, observar os prazos de modulação acima;** (b) os que foram nomeados em virtude de aprovação em concurso público, imprescindivelmente, no cargo para o qual foram aprovados; e (c) a

estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição Federal. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente.

(ADI 4876, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014, grifei)

Durante a deliberação, houve discussão quanto a esses efeitos a partir da teoria do funcionário de fato:

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (...). Por quê? Porque nós separamos os planos. Um é o plano da validade ou invalidade da lei, outro é do ato concreto. O que o Ministro Toffoli está buscando é harmonizar, aqui, tendo em vista a modulação de efeitos e a aposentadoria que já se deu no modelo anterior.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Eu penso que é, realmente, mais adequado, na medida em que isso vai evitar uma plêiade de ações de eventual anulação ou confirmação dessas aposentadorias, trazendo desassossego a pessoas que, talvez, já estejam em situação consolidada há muitos anos, as quais pagariam o preço de uma desídia da qual não foram elas, ao fim e ao cabo, as causadoras.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E relegar isso para a lei local, Presidente. Qualquer lei local que divirja do núcleo do seu voto é uma lei inconstitucional.

(...)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ministro Toffoli, Vossa Excelência me permite? A observação do Ministro Teori Zavascki me fez pensar - e estou pensando em voz alta, ainda sem pronunciar voto - que existe a situação dos aposentados que, de boa-fé e ao abrigo de uma legislação que aparentava ser legítima, prestaram um serviço público como se efetivos fossem. E existe, na teoria do Direito Administrativo, o chamado funcionário público de fato, quer dizer, ele preencheu todo aquele tempo da sua carreira, funcionou naquele "cargo" que a lei lhe deferiu e aposentou-se regularmente. E esses, a meu ver, pelo menos pensando em voz alta, merecem a proteção do Supremo Tribunal Federal, porque isso é de justiça, porque senão nós vamos criar, realmente, um pandemônio, daqui para frente, em situações consolidadas.

(...)O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): O Ministro Teori fez uma proposição quanto ao meu voto - penso que eu já esclareci o meu voto para o Ministro Barroso, realmente eu preservo os aposentados, todos eles, na situação em que eles se aposentaram -

com relação àqueles que já tenham alcançado as condições de aposentadoria. Até que período? Até a data deste julgamento?”

Assim, tendo em vista que a situação assemelha-se ao precedente, entendo que também aqui devem-se preservar as aposentadorias e pensões dos defensores nomeados pelos atos derivados da norma inconstitucional.

Ante o exposto, julgo procedente a presente Ação Direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 15 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado de Sergipe, ressaltando, nos termos do art. 27 da lei n.º 9.868/99, os servidores que já estejam aposentados (ou seus dependentes estejam em gozo de pensão por morte) ou que, até a data desse julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/05/2020 00:00