

## **A noção de continuidade administrativa na Lei Estadual 9.826/74, para fins de pagamento de verbas rescisórias a servidor público exclusivamente comissionado\*.**

ADMINISTRATIVO. DIREITO DE PESSOAL. CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO E NOVA NOMEAÇÃO. LEI ESTADUAL 9.826/74 – ESTATUTO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. CONTINUIDADE DO VÍNCULO ADMINISTRATIVO.

Pagamento de verbas oriundas de exoneração de servidor público exclusivamente comissionado. Posterior nomeação em cargo comissionado. Descontinuidade temporal apenas aparente. Necessidade de revisão do conceito de continuidade administrativa adotado por este Tribunal. Restrições de ordem jurídica e de natureza fática que inspiram a aplicação de novo entendimento a partir de casos futuros. Parecer pela legalidade da assinatura nas notas de empenho. Recomendações.

### **I**

01. Tratam os autos de Ordem Pagamento em favor das Interessadas acima nominadas. O fato gerador do pagamento consiste na exoneração das Interessadas de cargos de provimento em comissão em unidade administrativa deste Tribunal de Contas (Ministério Público Especial). Tal fato deflagrou a providência requerida na f. 01 destes autos: pagamento proporcional de 13º salário, bem como a indenização por férias não gozadas.

\*Parecer 1147/2017 (Processo 04170/2017-1)

\*\*Nome Fictício.

02. Encaminhados os autos para assinatura dos empenhos, o Presidente do Tribunal de Contas do Estado achou por bem colher o pronunciamento deste órgão de assessoramento jurídico, considerando o fato de que uma das Interessadas, a servidora Maria\*\*, foi exonerada em 25/07/2017 de cargo de provimento em comissão de simbologia TCE-02, sendo novamente nomeada em 01/08/2017 em cargo também de provimento em comissão, só que de simbologia TCE-04. Ambos os cargos com lotação na mesma unidade: o Ministério Público Especial deste Tribunal de Contas (Despacho de f. 16)

03. Ao nos depararmos com a situação, expedimos, em 02/08/2017, encaminhamento à Secretaria de Administração, de próprio punho no rosto do Despacho de f. 16, pelo qual solicitamos que fosse acostado documento que evidenciasse o histórico de nomeações e exonerações da servidora Maria. A mesma providência não foi requerida em relação à outra Interessada, tendo em conta que a mesma não fora novamente renomeada em cargo em comissão, sendo inconteste que o pagamento das verbas rescisórias se fazem devidas.

04. À f. 18, a Secretaria de Administração cumpriu a diligência rogada, acostando rol com o histórico de nomeações e exonerações.

É o que basta relatar.

## II

Passo a opinar.

05. A preocupação do Senhor Presidente deste Tribunal de Contas é procedente. É certo que, em regra, a atuação do administrador pauta-se pelo regime da legalidade estrita (vinculação

positiva à lei) e seu consectário princípio da competência, que orienta a ação do Poder Público<sup>1</sup>. Eduardo Garcia de Enterría prelecionada com a maestria costumeira:

“Este mecanismo essencial coloca os outros poderes na posição de vinculados à Lei e como executores de seus mandatos abstratos, que estes particularizam, seja em sede processual, quando se suscita qualquer litígio entre partes, seja em sede política ou administrativa, quando o Executivo administra os interesses gerais. É essa situação de executores da Lei – enquanto decisão previamente estabelecida – que dá aos titulares que exercem as funções do Poder Executivo ou do Poder Judiciário o caráter de simples ‘agentes’ a Lei. Não podem ordenar o que a Lei não manda, não podem proibir aquilo que a Lei não proibiu; são executores daquilo que já foi ordenado antecipadamente por ela.”<sup>2</sup>

06. Não obstante essa explicação genealógica do princípio da legalidade, é bem de ver que o mesmo fez sentir sensível evolução. Atualmente, a moderna teoria do direito administrativo preconiza por uma leitura ampliada do princípio da legalidade estrita, cujo fundamento e resultado consiste no **princípio da juridicidade**<sup>3</sup>. Por meio dele, torna-se possível até mesmo o afastamento de um ato normativo (primário ou secundário) em prestígio à aplicação direta – sem interposição legislativa/normativa – da Constituição Federal, em situações em que a aplicação desse critério normativo infraconstitucional resulte em violação do texto maior. Trata-se de uma releitura do princípio da legalidade, mas não de seu abandono; consubstancia utilização da técnica da **interpretação conforme à Constituição no âmbito administrativo** e que leva a

1 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 163.

2 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. 2ª Ed. Madrid: Editorial Civitas, 1996, pp. 52-53.

3 BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 125 e ss.

sério a supremacia da Constituição<sup>4</sup>.

07. O que quer significar: o gestor público não precisa – e nem deve – ser refém das formas normativas quando o seu frio e literal cumprimento levar, paradoxalmente, à violação do direito.

08. Dessa forma, com esteio no princípio da juridicidade, seria bem possível ao Presidente deste Tribunal de Contas **negar os efeitos anexos da exoneração** sob análise, o pagamento das verbas proporcionais; forte no fundamento de que a nomeação e exoneração da Interessada em questão é fato corriqueiro em sua história funcional, como evidencia a f. 18. Bem explicado, não se trata de “invalidar” ou “revogar” a exoneração: apenas de não acolher alguns de seus efeitos financeiros, acessórios e por isso anexos, ao efeito jurídico **principal** da exoneração, qual seja o rompimento do vínculo funcional.

09. Isso porque a nenhum servidor é dado auferir seu 13º salário antes do termo certo. Tampouco se afigura lícito ter acesso a uma conversão em pecúnia de estoque de férias por potestativo ato de vontade. Se é assim, inevitável concluir que por meio de uma via lícita – a exoneração – se chegue a um resultado vedado pelo ordenamento jurídico.

10. Em outra chave, seria até possível cogitar de aplicação da teoria do desvio de finalidade (*détournement de pouvoir*) – forjado na França a partir do caso Pariset (CE, 26.11.1875, PARISET, Recueil 934) – que encerra a noção de que, quando determinado ato de agente público, conquanto investido pelo poder estatal, atinge um fim que não aquele previsto pela regra de direito habilitante,

---

4 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 161: “Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”.

pronuncia-se a invalidade do expediente. Afinal:

“A administração, à diferença do particular que escolhe livremente os objetivos de seus atos, se vê obrigada ao fim que sua ação deve perseguir. (...) O desvio de finalidade é o vício que mancha um ato pelo qual a administração, ignorando tais regras, persegue um objetivo diferente àquele que o direito lhe assinala, desviando (*détournant*) de seu fim legal, com isso, o poder que lhe foi confiado”<sup>5</sup>.

11. O caso, entretanto, não autoriza que se chegue à conclusão peremptória de ter havido um desvio de finalidade – pelo que consta dos autos.

12. Mormente porque, no atual entendimento da Administração deste Tribunal de Contas, o mero interregno superior a 1 dia entre uma exoneração e uma posterior exoneração é condição suficiente para consubstanciar solução de continuidade no sistema administrativo estadual. O que justificaria o pagamento das verbas consequentes à ruptura do vínculo funcional. Tanto que, em decorrência disso, foi informado a este parecerista, em 16 de agosto de 2017, que a Guia de recolhimento relativo à contribuição previdenciária das verbas em questão já foi gerada e seu vencimento acontecerá no dia 18 de agosto de 2017. Ou seja, o fato gerador do tributo já ocorreu e até o seu lançamento (por homologação).

13. Assim, não se pode desconsiderar que se, de um lado, há constante exoneração e “renomeação” da Interessada, por um outro lado isso tem o suporte em um entendimento interno da Administração que instaura, no caso, uma confiança legítima.

14. Todos os poderes do Estado, e com este Tribunal não é diferente, têm a obrigação de respeitar a necessidade que o homem tem de conduzir e planificar a sua vida a partir das evidências

que lhes são disponíveis. A consequência jurídica usualmente atribuída a um comportamento jurídico deve sempre ter aplicação *pro futuro*. Assim, o Professor J. J. Gomes Canotilho:

“Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexionada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **protecção da confiança** se rende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. (...) Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial”<sup>6</sup>

15. Esse cuidado orientou o Supremo Tribunal Federal, quando do recente julgamento da **ADI 5127/DF** (em 15.10.2015), no qual foi assentado que “É incompatível com a Constituição a apresentação de emendas sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida a sua apreciação”. A despeito da tese, o Plenário do STF eximiu-se de declarar a inconstitucionalidade do artigo atacado. Doravante, entretanto, consignou que não mais aceitará, aquela Corte Superior, a inclusão de emenda parlamentar com objeto heterogêneo ao da Medida Provisória, ao seguinte argumento:

“Em primeiro lugar, seria a primeira oportunidade de a Corte enfrentar o tema, e compreensão diversa subtrairia a possibilidade de diálogo entre os diversos ramos do Estado sobre a matéria. Em segundo lugar, essa prática alusiva à conversão de medidas provisórias estaria arraigada, a resultar em diversas normas produzidas de acordo com o procedimento. Assim, a decisão da Corte não poderia provocar insegurança jurídica, de modo que estariam preser-

6 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257.

vadas as leis fruto de conversão de medida provisória, no que diz respeito à inconstitucionalidade formal.” (ADI 5127/DF, Rel. designado Min. Edson Fachin, Decisão de 15 de outubro de 2015, DJe 94 de 10/05/2016)

16. Postura que, muito antes de encerrar qualquer singularidade nacional, encontra suporte no direito comparado. Quer no direito norteamericano, a partir do caso *SEC vs. Chenery* [332 U.S. 194 – (1947)], no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reputou constitucional a adjudicação em âmbito administrativo, ao mesmo tempo em que condicionou essa legitimidade a uma aplicação prospectiva do entendimento adotado em tal julgamento. Seja no direito alemão, cristalizado pelo princípio da “proibição da decisão surpresa” (*Überraschungsentscheidung*)<sup>7</sup>. Seja, recentemente, no âmbito do Direito Comunitário, como atesta a Corte Europeia de Direitos Humanos de Estrasburgo, que em 21/10/2013 proclamou a tese de que a aplicação retroativa de novo entendimento jurisprudencial viola o princípio da segurança jurídica<sup>8</sup>.

17. Dessa forma, na ausência de norma positiva sobre o assunto que limite situações como a presente nestes autos, propomos, **prospectivamente**, o seguinte posicionamento:

(i) O atual cenário de recursos escassos – dramatizado pela Emenda à Constituição Estadual nº 88 de 2016, que impõe severo limite ao aumento de despesas primárias correntes aos poderes e órgãos constitucionais autônomos – inspira a valorização do princípio da programação orçamentária. Valor, ademais, tutelado, perseguido e fomentado pela LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

7 NERY JR., Néilson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, pp. 231-233

8 Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso “Del Río Prada v. Spain” (Application 42750/09), julgado em 21.10.2013 (Grande Câmara).

(ii) Por isso, é de se valorizar a **competência mensal** como critério para a configuração de descontinuidade para fins de pagamento de verbas indenizatórias a favor de servidor ocupante de cargo exclusivamente de comissão.

Não se desconhece os entendimentos do Ministério da Previdência Social relativos à continuidade para fins de preservação de regime jurídico de regras de transição. Mas os mesmos não precisam ser trasladados para a matéria sob análise, que cuidam de matéria e problema diversos, a inspirar equacionamento igualmente diferente.

(iii) Na ausência de norma de direito positivo sobre o assunto, faz-se possível a **aplicação analógica dos arts. 39 a 42 da Lei Estadual nº 9.826 de 1974**, que preconizam intervalo mínimo 30 dias para autorizar a substituição de cargo em comissão (matéria por nós abordada no Parecer 38/2017).

(iv) Dessa forma, **apenas e tão somente as nomeações que ocorram a prazo superior a 30 dias da última exoneração autorizam o pagamento de verbas rescisórias**. Qualquer intervalo inferior ou igual a esse lapso configura continuidade no sistema administrativo, a tornar ilegítima e indevida a percepção de tais verbas, sob pena de: (a) as condições e termos declinados pela legislação serem relativizados mediante simples ato de vontade do interessado – transformando um requisito legal em um direito potestativo formativo em favor do particular; e (b) a programação financeira do Tribunal de Contas ficar sujeita a eventos contingentes oriundos da vontade de terceiros.

(v) **Apenas e tão somente** na eventualidade do referido entendimento chocar com o critério temporal da hipótese de incidência dos tributos pertinentes, bem como com as datas de recolhimento, fixados pela legislação tributária (nisto incluídos os normativos da Receita Federal, art. 96,

CTN), autoriza-se a relativização desse entendimento e o pagamento das referidas verbas ao interessado que for “renomeado” em intervalo inferior à competência de 1 mês. Nesse caso, é medida de rigor que se proceda, no mês seguinte, ao desconto de tais quantias nos vencimentos do servidor comissionado, salvo melhor análise da matéria, que sequer foi objeto de consulta.

### III

Perante todo o exposto:

- 1) Em observância ao princípio da confiança legítima, opinamos pela assinatura dos empenhos de ff. 12-15.
- 2) De modo **prospectivo**, sugerimos que seja adotado o seguinte entendimento em futuras situações análogas:
  - a) O critério para configurar **descontinuidade** no âmbito do Sistema Administrativo Estadual, para fins de pagamento de verbas indenizatórias a favor de servidor ocupante de cargo exclusivamente de comissão, na ausência de norma de direito positivo sobre o assunto, é fornecido mediante aplicação analógica dos arts. 39 a 42 da Lei Estadual nº 9.826 de 1974, que preconizam **intervalo mínimo 30 dias** para autorizar a substituição de cargo em comissão (matéria por nós abordada no Parecer 38/2017).
  - b) Nomeações que ocorram com prazo inferior a 30 dias configuram **continuidade** no sistema administrativo, a tornar ilegítima e indevida a percepção de tais verbas, sob pena de: **(i)** as condições e termos declinados pela legislação serem relativizados mediante simples ato de

vontade do interessado – transformando um requisito legal em um direito potestativo formativo; e **(ii)** a programação financeira do Tribunal de Contas ficar sujeita a eventos contingentes oriundos de terceiros.

c) Apenas e tão somente na eventualidade do referido entendimento chocar com o critério temporal da hipótese de incidência dos tributos pertinentes, bem como com as datas de recolhimento, fixados pela legislação tributária (nisto incluídos os normativos da Receita Federal, art. 96, CTN), autoriza-se a relativização desse entendimento e o pagamento das referidas verbas ao interessado que for “renomeado” em intervalo inferior à competência de 1 mês. Nesse caso, é medida de rigor que se proceda, no mês seguinte, ao desconto de tais quantias nos vencimentos do servidor comissionado – salvo melhor análise da matéria, que sequer foi objeto de consulta, ocasião em que esta Procuradoria Jurídica poderia ser instada a se pronunciar sobre a questão.

É o que nos parece, salvo melhor juízo.  
À consideração superior.

Fortaleza, 17 de agosto de 2017.

**Paulo Sávio N. Peixoto Maia**  
Procurador-Geral

Procuradoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará