



EXCELENTÍSSIMO SENHOR AUDITOR-RELATOR DO PROCESSO TC N. 2877/2016

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo procurador abaixo subscrito, no uso de suas atribuições institucionais, manifesta-se nos seguintes termos.

Trata-se de exame, para fins de fiscalização e registro, do ato de **aposentadoria voluntária** concedida à servidora **Débora Magda Bittencourt Santos Sarcinelli** ocupante do cargo de Técnico Superior II.4, do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do Espírito Santo - IPAJM, nos termos do art. 40, § 1º, Inciso III, alínea "a", da CF/88.

O Núcleo de Controle Externo de Registro de Atos de Pessoal – NRP mediante a Instrução Técnica Conclusiva – ITC n. 3264/2017-7¹, opinou pelo registro do ato.

No entanto, apreciando o conteúdo do enfeixe, verificou-se que a servidora fora admitida no IPAJM na data de 27/02/2009, sem que houvesse nos autos qualquer informação acerca do exame do edital do concurso, bem como do respectivo ato de admissão, razão pela qual este *Parquet* de Contas pugnou pela realização de diligência², no que foi acatado pela eminente Conselheira Relatora³.

Ato contínuo, com a finalidade de subsidiar a homologação da aposentadoria em análise, a origem enviou, por meio eletrônico, o Resumo de Concursos do Exercício Anterior, conforme cópia do extrato de remessa (fls. 121/125), bem como as publicações dos Editais do Concurso IPAJM 2006, visando comprovar o procedimento de nomeação da servidora (fls. 126/147).

Após o retorno dos autos com as informações apresentadas, a Unidade Técnica, através da Instrução Técnica Conclusiva – ITC n. 01335/2018-8⁴, opinou pelo registro da Portaria nº 660/2016⁵.

No que se refere a análise da admissão da servidora, a Unidade Técnica considerou não ser mais possível a denegação de registro de admissão, pois já transcorrido mais de 10 anos entre a admissão e a sua análise. Ademais, tendo em vista o reconhecimento da estabilidade da servidora a partir de 8/3/2012, somado ao reconhecimento de sua boa-fé e em respeito ao princípio da segurança jurídica, sugere o corpo técnico pela impossibilidade de maiores questionamentos ou de eventual anulação do ato de admissão.

¹ Fls. 106/109.

² Conforme Paracer de fls. 112/113.

³ Fls. 116.

⁴ Fls. 149/153.

⁵ Fls. 101.



Em que pese a posição defendida pela Unidade Técnica, o entendimento que prevalece nos Tribunais Superiores acerca do tema em discussão, busca conferir força normativa ao disposto no artigo 37, inciso II, da CF/88, de modo a sobrepor o valor constitucional ao interesse meramente individual, não sendo possível aduzir, para tanto, o princípio da segurança jurídica ou da confiança legítima.

Com efeito, não se verifica possível reconhecer a convalidação da investidura no cargo público fora dos preceitos constitucionais e legais, bem como resta afastada a possibilidade de aplicação da denominada teoria do fato consumado, mesmo quando o exercício da função já ultrapassa os 10 anos, conforme se destaca:

[...]

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. 1. **Inaplicável a teoria do fato consumado em favor de candidato que permaneceu no cargo público por pouco mais de dois anos, ainda assim por força de medida cautelar cassada por Órgão Colegiado.** Precedente do Plenário. 2. Recurso a que se nega provimento.

(RE 534738 2ºJULG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)

[...]

Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. "TEORIA DO FATO CONSUMADO", DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. **Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.** 2. **Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima.** É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere. 3. Recurso extraordinário provido.

(RE 608482, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)



Outrossim, o entendimento consolidado do Pretório Excelso assenta na possibilidade de anulação de todo ato administrativo ilegal, pois não se verifica possível a convalidação de tais atos, uma vez que deles não decorrem direitos para serem convalidados. Nesse sentido, cumpre destacar os seguintes entendimentos sumulados pela Suprema Corte:

[...]

Súmula Vinculante 43 - 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.

[...]

Súmula 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ademais, é cediço o entendimento doutrinário no sentido de que o sistema normativo atribui às competências constitucionais, com ênfase naquelas conferidas aos órgãos estatais, as características de irrenunciabilidade, inderrogabilidade, imprescritibilidade e obrigatoriedade.

No que se refere à obrigatoriedade do exercício da competência, verifica-se que não se trata, portanto, de uma faculdade, mas de um poder-dever, o que implica um dever de agir, razão pela qual o Tribunal de Contas, nestas hipóteses, deve obrigatoriamente, atuar conforme determina o texto constitucional, não podendo desta competência renunciar ou declinar.

Portanto, não cabe falar em convalidação do ato administrativo ou decadência do exercício da competência constitucional de controle externo, nos termos do art. 71, inciso III, da CF/88, antes de aperfeiçoado o ato administrativo mediante registro perante o Tribunal de Contas.

[...]

O ato de aposentadoria configura ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas. Submetido à condição resolutiva, **não se operam os efeitos da decadência antes da vontade final da administração.** MS 24.997, MS 25.015, MS 25.036, MS 25.037, MS 25.090 e MS 25.095, rel. min. Eros Grau, j. 2-2-2005, P, DJ de 1º-4-2005.

Nesse sentido, antes de efetivado o registro pela Corte de Contas não há que se falar em ato administrativo perfeito e acabado, não sendo possível a verificação da decadência, apenas sendo exigido, segundo entendimento jurisprudencial atual, a observância do contraditório e da ampla defesa, mesmo assim, quando ultrapassado o prazo de 05 anos, contados da data de chegada ao Tribunal de Contas do processo administrativo de admissão, aposentadoria ou pensão para efeito de verificação da legalidade do ato.



[...]

Nos termos dos precedentes firmados pelo Plenário desta Corte, não se opera a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/1999 no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo TCU – que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (art. 71, III, CF). A recente jurisprudência consolidada do STF passou a se manifestar no sentido de exigir que o TCU assegure a ampla defesa e o contraditório nos casos em que o controle externo de legalidade exercido pela Corte de Contas, para registro de aposentadorias e pensões, ultrapassar o prazo de cinco anos, sob pena de ofensa ao princípio da confiança – face subjetiva do princípio da segurança jurídica. (...) Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, o prazo de cinco anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas. (**MS 24.781**, rel. p/ o ac. min. **Gilmar Mendes**, j. 2-3-2011, P, *DJE* de 9-6-2011). Precedentes: **MS 26.053 ED-segundos**, rel. min. **Ricardo Lewandowski**, j. 14-4-2011, P, *DJE* de 23-5-2011; **MS 26.560**, rel. min. **Cezar Peluso**, j. 17-12-2007, P, *DJE* de 22-2-2008.

Por fim, constata-se que a ausência de análise dos atos de admissão em razão do não encaminhamento dos processos administrativos pelo próprio órgão de origem, não pode ser utilizada como subterfúgio para obstar o exercício da competência constitucional de controle externo atribuída diretamente pela Constituição a essa Corte de Contas, afinal não se pode imputar os efeitos e as consequências pelo decurso do tempo quando a inércia é exclusivamente atribuída ao órgão de origem.

Por tais razões o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a necessidade de observar o contraditório e ampla defesa quando extrapolado o prazo de 05 anos para análise da legalidade e registro do ato administrativo, evoluiu no sentido de considerar como marco inicial a data da chegada ao Tribunal de Contas do processo administrativo, pois, com fundamento na teoria da *actio nata*, exige-se como termo inicial o conhecimento do direito controvertido pela parte interessada.

No entanto, ainda que mantida a posição aqui defendida, é possível extrair dos documentos em anexo, a comprovação mínima de que a servidora foi admitida por meio do Concurso Público do IPAJM – Edital nº 05/2006, no cargo de Técnico Superior, assim como a nomeação ocorreu dentro do número de vagas disponíveis.

Assim sendo, diante da excepcionalidade da situação em exame, e corroborando com o entendimento técnico expresso na Instrução Técnica Conclusiva – ITC nº 1335/2018-8⁶, apenas quanto ao aspecto da legalidade do ato administrativo concessivo da aposentadoria, evidencia-se que o registro postulado tem respaldo legal e constitucional, consoante aos dispositivos que regulam a matéria.

⁶ Fls. 149/153.



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

2ª Procuradoria de Contas

Posto isso, o **Ministério Público de Contas**, com fulcro no art. 71, inciso III, da CF c/c art. 117, inciso I, da LC n. 621/2012, manifesta-se pelo **registro** do ato de aposentadoria – **Portaria n. 660**, de 12/04/2016, com proventos fixados de acordo com o demonstrativo de fl. 94 no valor de **R\$ 4.276,08**.

Por fim, reserva-se este *Parquet* ao direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento, na forma do inciso III⁷ do art. 41 da Lei n. 8.625/1993, bem como no parágrafo único⁸ do art. 53 da LC n. 621/2012.

Vitória, 24 de abril de 2018.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR-GERAL
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

⁷ Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...] III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

⁸ Art. 53. São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído. Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, **observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.**
