

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI :

Trata-se do julgamento de mérito do recurso representativo do Tema 1.128 da sistemática da Repercussão Geral , no qual se discute, à luz dos artigos 37, incisos I, II, III e IV, 41, 169 e 173 da Constituição Federal, a constitucionalidade da transposição, absorção ou aproveitamento de empregado público de sociedade de economia mista, para quadro estatutário da Administração Pública Estadual, com base no artigo 65-A da Constituição do Estado do Amapá, introduzido pela Emenda Constitucional nº 55/2017.

Rememoro o caso dos autos.

Na origem, os ora recorridos, empregados públicos concursados da Companhia de Eletricidade do Amapá - CEA, sociedade de economia mista, impetraram mandado de segurança visando a garantir o direito de opção de transposição para o quadro de pessoal da Administração Pública do Estado apenas quando se fizessem presentes os requisitos previstos no art. 65-A da Constituição estadual, *in verbis* :

“Art. 65-A. No caso de extinção, fusão, incorporação ou transferência de propriedade para iniciativa privada ou para a União Federal, de empresa pública ou sociedade de economia mista, que tenha sido constituída à época do extinto Território Federal do Amapá e que tenha passado a integrar o patrimônio do Estado do Amapá, por força do artigo 14, § 2º do ADCT da Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988 e do disposto no artigo 16, da Lei Complementar nº 41 de 22 de dezembro 1981, o empregado que tenha ingressado mediante prévio concurso público no quadro de pessoal de qualquer das pessoas jurídicas elencadas, poderá, mediante opção ser aproveitado no quadro de pessoal da administração pública estadual, nos termos da Lei.” (Inserido pela Emenda Constitucional nº 55, de 03/05/2017).

O Tribunal **a quo** concedeu a segurança pleiteada mediante acórdão assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – TRANSPOSIÇÃO DE SERVIDOR CELETISTA PARA

ESTATUTÁRIO – COMPANHIA DE ELETRICIDADE DO AMAPÁ – AUSÊNCIA DE IMPLEMENTAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREVISTAS NO ART. 65-A DA CONSTITUIÇÃO ESTATUAL – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – INVIABILIDADE DA VIA INCIDENTAL NO CASO CONCRETO – FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O DIREITO DE OPÇÃO – ILEGALIDADE – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA CONCEDIDA. 1) A declaração incidental de inconstitucionalidade pela via do mandado de segurança apenas se admite para enfrentar os efeitos concretos do ato normativo questionado, desde seja restritos à causa de pedir, não sendo viável a pretensão se os efeitos produzidos forem semelhantes aos que decorreriam de sentença de procedência em ação direta de inconstitucionalidade, com força *erga omnes*.

2) Se a norma de regência estabelece a forma como será efetuada a transposição de servidores, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade impedem a fixação de prazo para opção do exercício desse direito antes da implementação das respectivas condições, sob pena de haver negativa desse próprio direito pelo ente federativo que o instituiu.

3) Ordem concedida.”

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (eDoc. 1, fl. 306).

O Estado do Amapá interpôs recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual alega contrariedade ao artigos 37, incisos I a IV; 41; 169 e 173 da Constituição Federal, bem como à Súmula Vinculante nº 43.

Sustenta, em síntese, que a pretendida transposição se revela impossível, ainda que os recorridos sejam concursados, tendo em vista a ausência de compatibilidade entre o cargo que ocupam atualmente e qualquer cargo disponível na Administração Pública direta.

Aduz que o acórdão recorrido merece reforma também quanto à conclusão de que não seria possível a declaração incidental de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 55, a qual inseriu o art. 65-A na Constituição do Estado do Amapá.

Não foram apresentadas contrarrazões (eDoc. 1, fl. 347).

O Tribunal de origem admitiu o recurso.

Em 5 de março de 2021, o Plenário da Corte, por unanimidade, reputou constitucional a questão versada no presente recurso e, também por decisão

unânime, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada.

A douta Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso extraordinário, mediante parecer assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1128. EMPREGADO PÚBLICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. TRANSPOSIÇÃO, ABSORÇÃO OU APROVEITAMENTO. QUADRO ESTATUTÁRIO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO.

1. Recurso extraordinário *leading case* do Tema 1128 da sistemática da Repercussão Geral: ‘constitucionalidade da transposição, absorção ou aproveitamento de empregado público de sociedade de economia mista, para quadro estatutário da Administração Pública Estadual, com base no artigo 65-A, da Constituição do Estado do Amapá’.

2. A exigência constitucional de prévio concurso público para ingresso originário no serviço público direciona-se a Administração Pública direta e indireta e comporta como exceções apenas a nomeação para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF) e a contratação por tempo determinado, na hipótese de necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF).

3. 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, nos moldes do Enunciado 43 da Súmula Vinculante do STF.

4. Proposta de Tese de Repercussão Geral: É inconstitucional o art. 65-A da Constituição do Estado do Amapá ao permitir a transposição, absorção ou aproveitamento de empregado público para o quadro estatutário da Administração Pública Estadual sem a prévia aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal.

– Parecer pelo provimento do recurso extraordinário, com a fixação da tese sugerida.” (eDoc. 18, fls. 1-2).

Iniciado o julgamento na sessão virtual de 06/05 a 13/05/22, o atual Relator, o Ministro **Nunes Marques**, votou pelo provimento do recurso extraordinário, tendo assentado que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Corte é firme no sentido de ser necessária a observância da prévia

aprovação em concurso público tanto no provimento originário quanto no derivado.

O eminente Relator assinalou que, embora os ora recorridos sejam concursados, sua transposição já seria impossibilitada pela ausência de compatibilidade entre o cargo que ocupam atualmente e qualquer outro na Administração direta.

Destacou que a carreira cuja transposição está prevista na Emenda à Constituição do Estado (EC nº 55/2017) não existe no quadro de servidores públicos da Administração direta do Estado do Amapá, de modo que seria impossível absorvê-la.

Ressaltou que

“embora o Tribunal de origem tenha adotado como premissa a impossibilidade da declaração incidental de inconstitucionalidade em mandado de segurança por força do enunciado n. 266 da súmula do Supremo, a proibição constante desse verbete limita-se ao uso da impetração como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade; não alcança, portanto, *writ* que tenha a declaração de inconstitucionalidade como causa de pedir em vez de pedido.

(...)

No caso, o Estado do Amapá aponta a inconstitucionalidade da Emenda de n. 55/2017, que possibilitou aos ora recorridos serem aproveitados no quadro de pessoal da Administração Pública direta estadual.

Dessa maneira, não existe óbice à declaração incidental da inconstitucionalidade da aludida Emenda.”

Ao final, o Ministro **Nunes Marques** deu provimento ao recurso extraordinário para declarar, incidentalmente, inconstitucionais o art. 65-A da Constituição do Amapá e, por arrastamento, a Lei n. 2.281/2017 e o Decreto n. 286/2018 do mesmo Estado, reformando, em consequência, o acórdão recorrido, para denegar a ordem mandamental.

Propôs a seguinte tese de repercussão geral:

"É inconstitucional dispositivo de Constituição estadual que permite transposição, absorção ou aproveitamento de empregado

público no quadro estatutário da Administração Pública estadual sem prévia aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal".

As Ministras **Rosa Weber** e **Cármem Lúcia** acompanharam o voto do Relator.

Em seguida, pedi vista dos autos, para melhor examinar a controvérsia.

Restituo os autos a julgamento, ressaltando que, conforme reiteradamente decidido por esta Corte, é inconstitucional qualquer modalidade de provimento em cargo público diverso daquele para o qual o servidor foi admitido, sem prévia aprovação em concurso público.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes precedentes, dentre outros:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 46, § 1º, e 53, parágrafo único, da Lei Orgânica do Distrito Federal. Exigência de concurso público. Artigo 37, II, da Constituição Federal. Ausência de prejudicialidade. Iniciativa do Poder Executivo. Precedentes da Corte. 1. A inteira modificação do art. 39 da Constituição Federal não autoriza o exame do tema constitucional sob sua regência. 2. Não há alteração substancial do art. 37, II, da Constituição Federal quando mantida em toda linha a exigência de concurso público como modalidade de acesso ao serviço público. **3. É inconstitucional a lei que autoriza o sistema de opção ou de aproveitamento de servidores federais, estaduais e municipais sem que seja cumprida a exigência de concurso público.** 4. A Lei Orgânica tem força e autoridade equivalentes a um verdadeiro estatuto constitucional, podendo ser equiparada às Constituições promulgadas pelos Estados-Membros, como assentado no julgamento que deferiu a medida cautelar nesta ação direta. 5. Tratando-se de criação de funções, cargos e empregos públicos ou de regime jurídico de servidores públicos impõe-se a iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo nos termos do art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal, o que, evidentemente, não se dá com a Lei Orgânica. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI nº 980, Relator o Ministro **Menezes Direito**, Tribunal Pleno, DJe de 1º/08/2008 - grifei)

“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 Assembleia 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 nº 3.819, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Eros Grau**, DJe de 28/03/2008 - grifei)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE PERMITE A INTEGRAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO QUADRO DE PESSOAL DE AUTARQUIAS OU FUNDAÇÕES ESTADUAIS, INDEPENDENTEMENTE DE CONCURSO PÚBLICO (LEI COMPLEMENTAR Nº 67/92, ART. 56) - OFENSA AO ART. 37, II, DA CARTA FEDERAL - DESRESPEITO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO, ESSENCIAL À CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA

IGUALDADE - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. O CONCURSO PÚBLICO REPRESENTA GARANTIA CONCRETIZADORA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, QUE NÃO TOLERA TRATAMENTOS DISCRIMINATÓRIOS NEM LEGÍTIMA A CONCESSÃO DE PRIVILÉGIOS. - **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - tendo presente a essencialidade do postulado inscrito no art. 37, II, da Carta Política - tem censurado a validade jurídico-constitucional de normas que autorizam, permitem ou viabilizam, independentemente de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, o ingresso originário no serviço estatal ou o provimento em cargos administrativos diversos daqueles para os quais o servidor público foi admitido. Precedentes. - O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros. Precedentes. Doutrina.” (ADI nº 1.350, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 1º/12 /2006 - grifei)**

Mais recentemente, por ocasião do julgamento da ADI nº 351/RN, o Plenário desta Corte reafirmou esse entendimento, ao declarar a inconstitucionalidade de dispositivo do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Rio Grande do Norte, que assegurava aos servidores públicos estaduais que estivessem à disposição de órgão diferente daquele de sua lotação de origem o direito de optar pelo enquadramento definitivo no órgão que estivessem servindo, em cargo ou emprego que fosse equivalente quanto à remuneração, e assemelhado, quanto às atribuições.

O acórdão então proferido recebeu a seguinte ementa:

“SERVIDOR PÚBLICO – ESTABILIDADE – ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – ALCANCE. A norma do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias encerra simples estabilidade, **ficando afastada a transposição de servidores considerados cargos públicos integrados a carreiras distintas, pouco importando encontrarem-se prestando serviços em cargo e órgão diversos da Administração**

Pública. (ADI nº 351/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, DJe de 5/8/2014).

Ainda, na mesma linha, colaciono os recentes julgados:

“Agravamento regimental em recurso extraordinário com agravamento. 2. Administrativo. Servidor Público Estadual. Reenquadramento de cargo sem concurso público. Impossibilidade. 3. Inteligência do artigo 37, II, da Constituição Federal e do Enunciado 685 da súmula do STF. Precedentes. 4. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (ARE nº 772.134-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 26/03/2014).

“AGRAVAMENTO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO QUE DECIDIDO POR ESTA CORTE NOS AUTOS DA ADI Nº 837/DF. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO EM PERFEITA CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO POR ESTA CORTE. AGRAVAMENTO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **A transposição, transformação ou ascensão funcional, de servidores públicos de uma categoria para outra, posto consubstanciar modalidades de provimento derivado, sem prévia aprovação em concurso público de provas e títulos, não se coadunam com a nova ordem constitucional (CRFB/88, art. 37, II)**. 2. *In casu*, a decisão reclamada não divergiu dessa orientação, haja vista que anulou todos os atos de provimento de cargo público ancorados em disposições flagrantemente inconstitucionais, que estabeleciam a transposição, transformação ou ascensão funcional de uma categoria a outra, sem prévia aprovação em concurso público de provas e títulos. 3. Agravamento regimental desprovido.” (Rcl nº 8.222-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro **Luiz Fux**, DJe de 13/05/2015).

“EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. LEI COMPLEMENTAR N. 1.260/15 DO ESTADO DE SÃO PAULO. TRANSFORMAÇÃO E EXTINÇÃO DO CARGO DE AGENTE ADMINISTRATIVO JUDICIÁRIO EM ESCRIVENTE TÉCNICO JUDICIÁRIO. PROVIMENTO DERIVADO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ARTIGO 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTA SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE IMPEDE ASCENSÃO, TRANSFERÊNCIA, ENQUADRAMENTO, MUDANÇA OU TRANSFORMAÇÃO EM OUTRO CARGO. SÚMULA VINCULANTE

Nº 43 DESTA CORTE. PROCEDÊNCIA. 1. Alegação de inconstitucionalidade material da Lei Complementar 1.260/15 do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a transformação e extinção do cargo de Agente Administrativo Judiciário em Escrevente Técnico Judiciário, ambos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Uma vez aprovado em concurso e investido no cargo de Agente Administrativo Judiciário é vedado ao servidor galgar outro cargo – o de Escrevente Técnico Judiciário – sem a realização de prévio concurso público. Situação caracterizadora de transposição ou reenquadramento de cargos sem concurso público .** A Lei Complementar 1.260/15 do Estado de São Paulo realizou provimento derivado. **Inconstitucionalidade por afronta à exigência da prévia aprovação em concurso público para investidura em cargo público (art. 37, II, da Lei Maior) e ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, da Constituição da República). Incidência da jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal e da Súmula Vinculante nº 43 .** 2. Pedido da ação direta julgado procedente. “ (ADI nº 5.817, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Rosa Weber** , DJe de 12/05/2020 - grifei).

Tal orientação também já se encontrava consolidada na Súmula nº 685 deste Supremo Tribunal Federal, o qual, no intuito de conferir efeito vinculante ao enunciado, o converteu na **Súmula Vinculante nº 43** , *in verbis*:

“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.”

E, a **contrario sensu** , esta Corte já decidiu que:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme sobre a possibilidade de reestruturação administrativa quando esta não possibilita a transposição de servidores ou qualquer outro meio de provimento de cargos sem concurso público”. (ADI n. 4.883, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 28.05.2020).

In casu , o Tribunal de origem concluiu pela possibilidade de transposição de empregados públicos da CEA, sociedade de economia mista amapaense, para o quadro de servidores estatutários da Administração Pública direta do Estado do Amapá e determinou que o exercício dessa opção, prevista no art. 65-A da Constituição daquele Estado

(inserido pela Emenda Constitucional nº 55/2017), fosse garantido sem a fixação de prazo, nos termos do voto condutor do acórdão recorrido, do qual se destacam os seguintes trechos:

“(…)

‘Consoante relatado, a controvérsia reside quanto ao lapso temporal para que o impetrante, em razão do direito garantido pela EC nº 55/2017 (que introduziu o art. 65-A na Constituição do Amapá), possa optar em permanecer no quadro da CEA ou adentrar no quadro estadual, já que o art. 8º do Decreto nº 0286/2018 teria fixado como data limite o dia 28/03/2018.

(…)

Assim, muito embora o Estado não estivesse obrigado a incorporar parte dos funcionários da CEA, mas se assim o fez com a EC nº 55 e com a Lei nº 2.281, ambas de 2017, obviamente que criou direito subjetivo a todos àqueles que se enquadram nas suas disposições, as quais, também por óbvio, devem guardar correlação com as diretrizes da legislação federal que dispôs sobre a transferência de controle da pessoa jurídica prestadora do serviço público de energia elétrica.

Por isso, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, enquanto não existir de forma concreta atos que levem à extinção, fusão, incorporação ou transferência de propriedade da CEA, não se pode fulminar a possibilidade de opção, sob pena de haver negativa desse próprio direito pelo ente federativo que o instituiu.

(…)

Enfim, no momento não se pode obstaculizar o direito de opção, seja para permanecer no quadro da CEA, seja para adentrar no quadro do Estado, até porque o edital do certame poderá, em tese, conter cláusula que exija do novo controlador a assunção de determinado percentual ou da totalidade de empregados ou outras vantagens e condições que servirão para a decisão dos servidores (optantes). (...)

Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA para reconhecer o direito de opção do Impetrante até que sejam implementadas as situações jurídicas descritas no art. 65-A na Constituição do Amapá” (e-Doc. 1, fls. 246-248).

Ao assim decidir, a Corte *a quo* se afastou da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a transposição, por configurar modalidade de provimento derivado de cargo, **denota clara afronta à exigência da prévia aprovação em concurso público** de provas e títulos para investidura em cargo público, além de **ofensa aos princípios da igualdade,**

da **impessoalidade e da moralidade administrativa** , bem como ao enunciado da **Súmula Vinculante nº 43** , supracitado.

Quanto à possibilidade de declaração *incider tantum* de inconstitucionalidade da norma estadual, comungo do entendimento do relator, porquanto a vedação da Súmula n. 266/STF diz respeito ao manejo do *writ* como sucedâneo de ação direta de controle de inconstitucionalidade, não sendo este o objeto dos autos. *In casu*, a impetração foi ajuizada por empregados públicos concursados da Companhia de Eletricidade do Amapá - CEA, sociedade de economia mista, visando a garantir o direito subjetivo de opção de transposição para o quadro de pessoal da Administração Pública do Estado quando presentes os requisitos previstos no art. 65-A da Constituição estadual.

A propósito, cito precedente em que esta Corte já declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade de norma tributária em sede de mandado de segurança, com eficácia **erga omnes**, ao apreciar o mérito do Tema n. 201 da sistemática da Repercussão Geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. [...] 7. **Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado.** 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RE 593849, Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 05.04.2017).

Ante o exposto, registro que estou acompanhando o voto do eminente Relator em sua conclusão, pelo **provimento do presente recurso extraordinário** e também quanto à **fixação da tese de repercussão por ele proposta**.

Todavia, rogando vênias a Sua Excelência, **apresento divergência parcial** apenas para propor a **modulação dos efeitos deste acórdão**.

Em resguardo aos preceitos da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé objetiva dos que estavam amparados, à época, por preceito constitucional, legal e, ainda, pelo mencionado Decreto n. 0286/2018, entendo ser o caso de ressalvar dos efeitos da presente decisão **os empregados públicos da Companhia de Eletricidade do Amapá – CEA – que exerceram o direito de opção de aproveitamento para o quadro de pessoal da Administração Pública do Estado observando o critério temporal previsto no art. 8º do Decreto nº 0286/2018, que fixou como data limite o dia 28/03/2018 para o exercício de escolha**.

Há que se considerar, ainda, importante fato de interesse social cujo impacto não pode passar ao largo dos efeitos da presente decisão, qual seja, a privatização da CEA, cujo leilão foi vencido pela Equatorial Participações e Investimentos em 25 de junho de 2021, conduzida pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) com a participação dos ministérios de Minas e Energia e da Economia.

Com a privatização da empresa, os servidores optantes pela transposição do cargo, com esteio na boa-fé objetiva e amparados pela legislação vigente, não podem retornar ao **status** anterior, qual seja, a sua condição de empregados públicos, o que lhes causaria danos irremediáveis, os quais devem ser evitados por meio da modulação dos efeitos deste acórdão, mantendo-se a validade da opção pelo aproveitamento em relação àqueles que exerceram seu direito no prazo previsto no aludido decreto.

Urge, portanto, considerar a irreversibilidade dos fatos e a legítima confiança dos servidores, adequando-se os efeitos desta decisão à nova realidade, totalmente imprevisível à época do direito que lhes foi facultado, circunstância que recomenda a atribuição de efeitos **ex nunc** ao presente julgado. A propósito, colaciono os seguintes precedentes:

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.** (ADI 4884 ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 08-10-2018).

Embargos de declaração em recurso extraordinário. Repercussão Geral. Tema nº 779. Omissão. Modulação dos efeitos. Vantagem remuneratória recebida de boa-fé por significativo período. Precedentes. 1. Aplica-se o teto constitucional à remuneração de substitutos (interinos) designados para o exercício de função notarial e registral em serventias extrajudiciais. **2. Verificadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, cumpre ao Supremo Tribunal Federal considerar os preceitos da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé objetiva, para fins de modulação dos efeitos de acórdão proferido em sede de repercussão geral. Precedentes.** 2. Embargos de declaração conhecidos e parcialmente providos, modulando-se os efeitos do acórdão embargado a partir da data em que foi encerrada a sessão de julgamento virtual (21/8/20). (RE 808202 ED, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 16-12-2021);

Embargos de declaração nos embargos de declaração no mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Conselho Nacional de Justiça. Desconstituição dos atos de investidura de servidores do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Nomeações efetivadas após a Constituição Federal de 1988, sem aprovação em concurso público. 4. Inaplicabilidade do prazo decadencial de 5 anos, previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999. 5. **Possibilidade de mitigação dos efeitos de atos inconstitucionais em prol de razões de segurança jurídica.** Atos de nomeação em cargos públicos sem a realização de concurso público foram assinados por Presidente de Tribunal de Justiça há mais de 20 anos. Boa-fé dos impetrantes. 6. Proposta de modulação de efeitos acolhida. 7. **Embargos de declaração acolhidos em parte, tão somente para reconhecer a boa-fé dos embargantes e, assim, modular os efeitos**

da decisão para manter a validade dos atos inconstitucionais em relação a eles. (MS 27673 ED-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 10-11-2020).

Ademais, na linha da jurisprudência da Corte, é o caso de também ressaltar **os servidores que já se aposentaram e aqueles que já tenham reunido as condições para a aposentadoria na data da publicação da ata deste acórdão**.

Nesse sentido, colaciono precedentes desta Suprema Corte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRANSPOSIÇÃO DE REGIME JURÍDICO. A **TRIBUIÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME. INADEQUAÇÃO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. RESSALVAS. APOSENTADO. BENEFICIÁRIO DE PENSÃO . NOMEADOS MEDIANTE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. ESTABILIDADE DO ART. 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS.** 1. É inadequada a pretensão de conferir efeitos modificativos aos embargos de declaração, de modo a atribuir-se interpretação conforme à Constituição aos dispositivos impugnados. 2. O caráter alimentar da verba remuneratória recebida, por significativo lapso temporal, de boa-fé, sob o manto da presunção de constitucionalidade do respectivo quadro normativo, afasta o dever de devolução ou ressarcimento. 3. É compatível com a Constituição de 1988 a alteração do regime celetista para o estatutário em relação aos empregados públicos que, aprovados em concurso público, permaneceram no exercício do mesmo cargo no novo regime jurídico. Precedentes. **4. Acolhido, em parte, o pedido de modulação de efeitos da decisão, (a) ressalvam-se da declaração de inconstitucionalidade (a.1) os servidores aposentados ou que cumpriram os requisitos para a aposentadoria até a data da publicação do acórdão embargado – 31 de agosto de 2018 –, (a.2) os beneficiários de pensão decorrente do falecimento de servidor abrangido pela norma inconstitucional, (a.3) os servidores que, aprovados em concurso público, permaneceram no exercício do mesmo cargo no novo regime jurídico (a.4) e a estabilidade adquirida por servidores com fundamento no art. 19 do ADCT; bem como (b) afasta-se a necessidade da devolução dos valores recebidos a título de remuneração por ex-servidores alcançados pelos preceitos.** 5. Embargos de declaração conhecidos e providos em parte.(ADI 1476 ED, Rel Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, DJe de 19-04-2022);

Ação direta de inconstitucionalidade. **Lei do Estado do Amazonas que realizou a modificação do regime dos servidores do Instituto de Medicina Tropical de Manaus para o regime estatutário.**

Transformação dos empregos em cargos públicos. Ocupação automática dos cargos públicos pelos antigos servidores celetistas. Ausência de distinção entre servidores concursados e não concursados. Violação dos arts. 37, II; e 39 da Constituição Federal, e do art. 19, caput, e § 1º, do ADCT. **Parcial procedência. Interpretação conforme à Constituição. Modulação dos efeitos da decisão. Efeitos *ex nunc*.** [...] 2. A inconstitucionalidade do art. 1º da lei questionada aflora da extensão com que se promoveu a transposição do regime dos funcionários da autarquia estadual, uma vez que a norma não especificou a quais servidores se dirigia o comando. A expressão “atuais servidores sujeitos ao regime trabalhista” pode dizer respeito, sem dúvida, a servidores que foram contratados sem realização de concurso até a data de publicação da lei, no caso, 7 de maio de 1993. No entanto, esses servidores, se contratados antes do novo regime constitucional, poderiam não atender os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição, em especial o do exercício ininterrupto por cinco anos, e, ainda assim, serem todos aproveitados como servidores estatutários. É necessário se conferir interpretação conforme à Constituição à expressão “os atuais servidores sujeitos ao regime trabalhista” contida no art. 1º da Lei nº 2.205 do Estado do Amazonas, de 7 de maio de 1993, para excluir do âmbito de sua incidência os servidores que não foram admitidos por meio de concurso público e que não estavam em exercício há pelo menos 5 anos ininterruptos na data da promulgação da Constituição da República, nos termos do art. 19 do ADCT da Constituição Federal. 3. A Lei 2.205/93 determinou, ainda, em seu art. 2º, a transformação dos empregos ocupados pelos então servidores da autarquia em cargos públicos. A segunda parte da disposição (“mantidas as atuais situações funcionais de seus titulares, que passam a ser regidas pela Lei nº 1.762/86”) acabou por vincular a transformação à consequente titularização desses cargos pelos servidores beneficiários da modificação do regime. Essa transposição automática equivale ao aproveitamento de servidores, ainda que não concursados, em cargos efetivos, nos quais a investidura se devia dar, conforme a atual Constituição, mediante prévia submissão de tais servidores a concurso público, seja aquele previsto no art. 37, inciso II, de seu texto permanente, seja o concurso para fins de efetivação mencionado no § 1º do art. 19 do ADCT. 4. Mesmo os celetistas estabilizados pela regra do art. 19 do ADCT, e agora amparados pelo regime estatutário, não poderiam titularizar cargo de provimento efetivo sem a aprovação em concurso ao qual se refere o § 1º do art. 19 do ADCT. Esses possuem apenas o direito de permanecer na função para as quais foram admitidos, somente vindo a adquirir efetividade no cargo quando se submeterem a certame público. A interpretação a ser conferida ao art. 2º deve ser mais restritiva que a atribuída ao art. 1º da lei estadual, devendo-se excluir do âmbito de incidência da

expressão “mantidas as atuais situações funcionais de seus titulares, que passam a ser regidas pela Lei nº 1.726/86”, contida no art. 2º da Lei estadual nº 2.205/93, os servidores que não tenham se submetido ao concurso público previsto no art. 37, II, da Constituição Federal, ou ao concurso para fins de efetivação referido no § 1º do art. 19 do ADCT. 5. Igual interpretação conforme à Constituição deve ser conferida aos §§ 1º e 2º do art. 3º da Lei 2.205/93, restringindo-se o âmbito de sua incidência apenas àqueles servidores concursados. Não é cabível assegurar aos servidores não concursados – inclusive os estáveis na forma do art. 19 do ADCT que não realizaram concurso de efetivação (§ 1º) – a concessão de vantagens e deveres próprios dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos. **6. Considerando-se que a lei combatida está em vigor há mais de 28 anos e que, provavelmente, muitos dos servidores admitidos até sua edição estão, atualmente, recebendo proventos de aposentadoria, ou seus dependentes, pensões por morte, há de se modular os efeitos da decisão, com fundamento no art. 27 da Lei 9.868/99, para se conferir ao julgado efeitos ex nunc, ficando expressamente ressalvados dos efeitos da decisão os servidores que já estejam aposentados e aqueles que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria. Precedentes.** 7. Ação julgada parcialmente procedente. (ADI 3636, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 07-01-2022);

Direito constitucional e administrativo. ADPF. Lei estadual. **Transposição de regime celetista para estatutário. Inclusão de servidores públicos não concursados e detentores de estabilidade excepcional no regime próprio de previdência social.** I. Objeto 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental contra os arts. 8º e 9º da Lei nº 4.546/1992, do Estado do Piauí, que incluíram no regime próprio de previdência social daquele ente federativo servidores públicos não admitidos por concurso público e aqueles detentores da estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT. II. Preliminares 2. A ADPF é o instrumento processual adequado para impugnar dispositivos que antecedem a norma constitucional invocada como paradigma (art. 40, CF, na redação dada pela EC nº 20/1998), sendo possível que o parâmetro de inconstitucionalidade reúna normas constitucionais anteriores e posteriores ao ato questionado. 3. A Lei Complementar estadual nº 13/1994, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Piauí, não explicitou quais categoriais de servidores seriam abrangidas pelo regime estatutário nem criou qualquer regime de transição para os servidores admitidos no serviço público antes da Constituição de 1988 e da EC nº 20/1998. Não houve, portanto, revogação tácita da Lei Estadual nº 4.546/1992. 4. É possível afastar o óbice de ausência de impugnação do complexo normativo quando (i) houver relação de interdependência entre as

normas; e (ii) os dispositivos possuírem teor análogo e a causa de pedir for a mesma. Precedentes. III. Mérito 5. Consoante já decidido por esta Corte, admite-se a transposição do regime celetista para o estatutário apenas para os servidores admitidos por concurso público e para aqueles que se enquadrem na estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT. A criação do regime jurídico único previsto na redação original do art. 39 da CF não prescinde da observância à regra do concurso público. 6. A jurisprudência do STF é no sentido de que os beneficiados pela estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT não são detentores das vantagens privativas dos servidores ocupantes de cargo efetivo, o que afasta a possibilidade de participação no regime próprio de previdência social. A partir da EC nº 20/1998, o regime próprio é exclusivo para os detentores de cargo efetivo, os quais foram aprovados em concurso público. Precedentes. IV. Conclusão 7. Interpretação conforme a Constituição do art. 9º da Lei Estadual nº 4.546/1992, de modo a excluir do regime próprio de previdência social todos os servidores públicos não detentores de cargo efetivo, ou seja, aqueles servidores públicos admitidos sem concurso público, inclusive aqueles abrangidos pelo art. 19 do ADCT. Inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º, IV, da Lei Estadual nº 4.546/1992. **8. Modulação de efeitos da decisão para ressalvar os aposentados e aqueles que tenham implementado os requisitos para aposentadoria até a data da publicação da ata de julgamento, mantidos estes no regime próprio dos servidores daquele estado.** 9. Pedido julgado parcialmente procedente, com a fixação da seguinte tese: “1. É incompatível com a regra do concurso público (art. 37, II, CF) a transformação de servidores celetistas não concursados em estatutários, com exceção daqueles detentores da estabilidade excepcional (art. 19 do ADCT); 2. São admitidos no regime próprio de previdência social exclusivamente os servidores públicos civis detentores de cargo efetivo (art. 40, CF, na redação dada pela EC nº 20 /98), o que exclui os estáveis na forma do art. 19 do ADCT e demais servidores admitidos sem concurso público”. (ADPF 573, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 09-03-2023);

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO DE OPÇÃO AO CARGO DE DEFENSOR PÚBLICO. ADCT. PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. **MODULAÇÃO DE EFEITOS. APOSENTADOS. POSSIBILIDADE.** 1. 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. 2. O dispositivo impugnado estabeleceu o marco temporal da instalação da

Assembleia Constituinte do Estado de Sergipe, posterior àquele 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. Inconstitucionalidade. Precedentes. 3. **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.** 4. **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, devendo-se preservar as aposentadorias e pensões dos defensores nomeados pelos atos derivados da norma inconstitucional.** Precedente da ADI 4876, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26/03/2014. 5. Pedido na ação direta de inconstitucionalidade julgado procedente com modulação de efeitos. (ADI 5011, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe de 01-07-2020).

Ante o exposto, **acompanho o e. Relator** , para julgar procedente este recurso extraordinário, a fim de " *declarar, incidentalmente, inconstitucionais o art. 65-A da Constituição do Amapá e, por arrastamento, a Lei n. 2.281/2017 e o Decreto n. 286/2018 do mesmo Estado, reformando, em consequência, o acórdão recorrido, para denegar a ordem mandamental* " .

Acompanho também o Relator quanto à fixação da tese de repercussão por ele proposta , nos seguintes termos: " *É inconstitucional dispositivo de Constituição estadual que permite transposição, absorção ou aproveitamento de empregado público no quadro estatutário da Administração Pública estadual sem prévia aprovação em concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal* " .

Mas divirjo parcialmente de sua Excelência , apenas para propor, em razão dos preceitos da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé objetiva, a **modulação dos efeitos** do presente acórdão para **a) manter a validade do aproveitamento dos empregados públicos da Companhia de Eletricidade do Amapá – CEA – para o quadro de pessoal da Administração Pública do Estado que exerceram o direito de opção até a data prevista no art. 8º do Decreto nº 0286/2018 ; e para b) ressaltar da decisão os servidores que já se aposentaram e àqueles que já tenham reunido as condições para a aposentadoria quando da publicação da ata do presente julgamento.**

É como voto.