

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR):

1. Preliminar de desistência

Cumpre enfrentar, em preliminar, o requerimento de desistência da ação mandamental originária deste recurso extraordinário.

Os requerentes afirmam que “a jurisprudência desta Excelsa Suprema Corte, se firmou no sentido de que é lícito ao impetrante desistir, a qualquer tempo, de mandado de segurança, independentemente de anuência da parte contrária”. Citam jurisprudência.

Entendo, porém, que, em que pese tal argumento ser válido do ponto de vista subjetivo, não cabe, na espécie, a desistência.

Explico.

Tão logo reconhecida a repercussão geral da questão constitucional suscitada, ocorre a objetivação do processo, pelo que referida questão é afastada do âmbito de disposição subjetiva da parte. Desse modo, obsta-se a manipulação do processo e da jurisdição ao mesmo tempo que se evita a má-fé e a fraude processual.

O próprio Código de Processo Civil, em seu art. 998, dispõe que, mesmo ocorrendo desistência do recurso, a questão cuja repercussão geral foi reconhecida continuará a ser analisada. Transcrevo o teor do dispositivo:

Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. **A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida** e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

Nesse mesmo sentido manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar questão de ordem no REsp 1.063.343, Relatora a ministra Nancy Andrighi, cuja ementa é a seguinte:

Processo civil. Questão de ordem. Incidente de Recurso Especial Repetitivo. Formulação de pedido de desistência no Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, § 1º, do CPC). Indeferimento do pedido de desistência recursal.

No âmbito do Supremo, por ocasião do exame da questão de ordem no RE 693.456 RG, fixou-se tese no sentido da impossibilidade de desistência de qualquer recurso, e até de ação, se manifestada após o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional. O acórdão ficou assim resumido:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. **Questão de ordem. Formulação de pedido de desistência da ação no recurso extraordinário em que reconhecida a repercussão geral da matéria. Impossibilidade.** Mandado de segurança. Servidores públicos civis e direito de greve. Descontos dos dias parados em razão do movimento grevista. Possibilidade. Reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Recurso do qual se conhece em parte, relativamente à qual é provido.

1. O Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido **de não se admitir a desistência do mandado de segurança, firmando a tese da impossibilidade de desistência de qualquer recurso ou mesmo de ação após o reconhecimento de repercussão geral da questão constitucional.**

2. A deflagração de greve por servidor público civil corresponde à suspensão do trabalho e, ainda que a greve não seja abusiva, como regra, a remuneração dos dias de paralisação não deve ser paga.

3. O desconto somente não se realizará se a greve tiver sido provocada por atraso no pagamento aos servidores públicos civis ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão da relação funcional ou de trabalho, tais como aquelas em que o ente da administração ou o empregador tenha contribuído, mediante conduta recriminável, para que a greve ocorresse ou em que haja negociação sobre a compensação dos dias parados ou mesmo o parcelamento dos descontos.

4. Fixada a seguinte tese de repercussão geral: “A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos,

em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público”.

5. Recurso extraordinário provido na parte de que a Corte conhece.

Na oportunidade, o ministro Roberto Barroso fez ver que, “se o Tribunal, ao atribuir repercussão geral, entendeu que a matéria transcende ao interesse das partes, o fato de a parte não ter mais interesse não retira o interesse do Tribunal em prosseguir no julgamento”.

Dessa forma, levando em conta a tese fixada pelo Plenário desta Corte no precedente mencionado, rejeito preliminarmente a desistência pretendida.

2. Dos fatos

Em 17 de novembro de 2016, foi publicada a Lei n. 13.360, que alterou a de n. 12.783, de 11 de janeiro de 2013, de modo a outorgar à União a competência para leiloar a Companhia de Eletricidade do Estado do Amapá (CEA) quando essa fosse transferida ao Governo Federal.

Receando a demissão em massa de funcionários concursados que poderia ocorrer depois da privatização, a Assembleia Legislativa do Estado do Amapá promulgou a Emenda Constitucional n. 55/2017, que acrescentou o art. 65-A à Carta estadual. O novo dispositivo garantiu aos empregados concursados a possibilidade de ingressarem no quadro de pessoal da Administração Pública estadual em caso de extinção, incorporação ou transferência da empresa, quer para a iniciativa privada, quer para a União. Confira-se a redação do preceito:

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 55, de 03.05.2017)

A disposição contida na Emenda foi disciplinada por meio da Lei n. 2.281, de 29 de dezembro de 2017, que estipulou os cargos e salários dos funcionários optantes pela transferência para o quadro do Governo do Estado e condicionou a opção à renúncia expressa, em caráter irrevogável e irretratável, de quaisquer direitos, valores ou indenizações relacionadas a fatos anteriores à data de formalização do Termo de Opção.

Sobreveio norma regulamentadora, o Decreto n. 286, de 31 de janeiro de 2018, no qual fixado, como prazo final para a entrega da documentação e do termo de renúncia de direitos trabalhistas, o dia 28 de março de 2018.

Importa registrar que, até a presente data, o Estado do Amapá não regulamentou a extinção, fusão, incorporação ou transferência de propriedade da Companhia de Eletricidade do Amapá para a iniciativa privada ou para a União. Isto é, o fato gerador para a transposição dos empregados da empresa ao quadro de servidores estaduais ainda não ocorreu.

Nesse contexto, segundo o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas do Estado do Amapá (STIUAP), *amicus curiae* neste processo:

Dos 300 (trezentos) “empregados públicos” que poderiam fazer opção pela “transposição” para o Quadro de Servidores Públicos (em extinção), 123 (cento e vinte e três), empregados públicos (concursados) que tinham a faculdade de “transpor”, ajuizaram 54 (cinquenta e quatro) MANDADOS DE SEGURANÇA, requerendo que lhes fossem concedidos – apenas – a garantia de permanecerem no Quadro de Empregados da Companhia CEA até que esta fosse – definitivamente – adquirida pelo Capital Financeiro privado.

Esse o cenário, Gerson Pereira de Souza e outros, empregados da CEA, impetraram mandado de segurança contra o referido decreto estadual.

Pretendiam ver garantido que a transposição para o quadro de pessoal do Estado do Amapá somente se desse quando presentes os motivos previstos no art. 65-A da Constituição estadual (extinção, fusão, incorporação ou transferência de propriedade para a iniciativa privada ou a União), desconsiderando-se, portanto, a data de 28 de março de 2018.

O Tribunal *a quo* conheceu da ação mandamental e, no mérito, concedeu a segurança para reconhecer o direito de opção dos impetrantes até que implementadas as situações jurídicas do art. 65-A da Constituição do Estado do Amapá. Entendeu, também, vigorar a impossibilidade da declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de mandado de segurança, por força do enunciado n. 266 da súmula do Supremo (“Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”).

Daí a interposição deste recurso extraordinário, no qual o Estado do Amapá sustenta, em síntese, a inconstitucionalidade do art. 65-A da Constituição do Estado do Amapá, acrescentado pela Emenda de n. 55/2017.

3. Do direito

A Constituição Federal, em seu art. 37, II, estabelece que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. Tal exigência encontra fundamento no postulado da isonomia de acesso a cargos públicos e na concretização dos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.

Nessa toada, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de ser necessária a observância da prévia aprovação em concurso público tanto no provimento originário quanto no derivado. Nessa linha foi o entendimento do Plenário ao apreciar a ADI 1.350 MC, ministro Celso de Mello. O acórdão ficou assim ementado:

ACÇÃO 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 – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 37, II, DA CARTA FEDERAL – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – CONVENIÊNCIA – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

– 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.

A matéria, inclusive, encontra-se sumulada no enunciado vinculante n. 43, cuja redação transcrevo:

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.

Assim, a transposição, a absorção ou o aproveitamento de servidores em outros órgãos ou entidades da Administração direta, autárquica e fundacional do mesmo Estado são figuras vedadas pela ordem constitucional vigente, por ofensa ao princípio do concurso público.

Tal situação é exatamente a dos autos.

Vale assinalar 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.

Em situações fronteiriças, o Tribunal de Contas da União vem se manifestando da seguinte forma:

Acórdão 1.618/2018. Plenário (Consulta Relator Ministro Vital do Rêgo). Pessoal. Concurso público. Aproveitamento. Requisito. Consulta. O aproveitamento de candidatos aprovados em concursos públicos por outros órgãos e entidades: (i) requer previsão expressa no

edital do concurso de onde serão aproveitados os candidatos; (ii) deve observar a ordem de classificação, a finalidade ou a destinação prevista no edital; (iii) deve ser devidamente motivado; (iv) deve se restringir a órgãos/entidades do mesmo Poder; (v) deve ser voltado ao provimento de cargo idêntico àquele para o qual foi realizado o concurso (mesma denominação e mesmos requisitos de habilitação acadêmica e profissional, atribuições, competências, direitos e deveres); (vi) somente poderá alcançar cargos que tenham seu exercício previsto para as mesmas localidades em que tenham exercício os servidores do órgão/entidade promotor do certame.

Ora, a carreira cuja transposição está prevista na Emenda de n. 55/2017 não existe no quadro de servidores públicos da Administração direta do Estado do Amapá. Sendo assim, é impossível absorvê-la.

Como bem ressaltado pelo Estado do Amapá nas razões recursais, a referida Emenda propõe as seguintes medidas, todas constitucionalmente ilegítimas: (i) assimilação de empregados não concursados para cargo público efetivo; (ii) transmutação de regime jurídico (de celetista para estatutário); (iii) impossibilidade de estágio probatório para avaliação da aptidão de novel agente público; (iv) inexistência de cargos assemelhados nas estruturas de uma empresa prestadora de serviço de fornecimento de energia elétrica, de um lado, e da Administração Pública estadual, de outro; (v) mudança de regime previdenciário, de forma a reduzir o tempo de contribuição para aposentadoria sem causa justificável; e (vi) inexistência de orçamento para acomodar as novas despesas com folha de pagamento (em um Estado que já parcela o pagamento dos servidores).

Ressalto, ademais, 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.

Ora, o pleito formulado no recurso extraordinário interposto nos autos do mandado de segurança é de denegação da ordem, ao passo que a causa de pedir é a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma, com o

fim de tornar impossível a pretensão da parte impetrante (formalizar termo de opção por transposição e prorrogar o prazo para realizar tal pedido). É dizer, no controle difuso, quando se alega, como fundamento da ação ou da defesa, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, a arguição é feita *incidenter tantum* e constitui sempre questão prejudicial. Para que a segurança seja concedida, é necessário superar a inconstitucionalidade suscitada pelo réu.

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.

Ante o exposto, **dou 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.

Proponho, ainda, a seguinte tese: “ *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.* ”

É como voto.