



Voto do Relator 02374/2021-1

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 02170/2020-3

Classificação: Consulta

Setor: GAC - Luiz Carlos Ciciliotti - Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Criação: 12/05/2021 16:28

UG: PMM - Prefeitura Municipal de Marilândia

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Consulente: GEDER CAMATA

CONSULTA - MUNICÍPIO DE MARILÂNDIA - EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019 - SERVIDORES ESTATUTÁRIOS NO EXERCÍCIO DO CARGO E APOSENTADOS PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – RESPONDER NOS TERMOS PROPOSTOS PELA ÁREA TÉCNICA – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

Se houver servidores estatutários no exercício do cargo cujo regime previdenciário seja o Regime Geral de Previdência Social e sejam nesse regime aposentados, esses devem ser colocados em vacância, visto que o art. 6º, da Emenda Constitucional 103/2019, não possui efeitos práticos em relação aos jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, pois nesses jurisdicionados não era possível haver regularmente servidores estatutários em atividade nos seus cargos após a aposentadoria no RGPS, conforme mandamento dos Pareceres em Consulta 32/2003, 15/2015 e



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

21/2016, exceto se por força de decisão judicial.

No caso de haver decisão judicial determinando que o servidor permaneça em atividade mesmo aposentado, a decisão deve ser cumprida, mantendo-se o servidor laborando.

A existência de servidor estatutário aposentado em atividade sem o respaldo de decisão judicial implica irregularidade.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo **Sr. Geder Camata, Prefeito Municipal de Marilândia**, solicitando resposta para a seguinte indagação:

Os servidores que se encontravam no exercício do cargo no regime estatutário, porém aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social, até a publicação da Emenda Constitucional 103/2019 (na data de 12 de novembro de 2019), devem permanecer em seus respectivos cargos?

Junto à consulta, foi trazido o Parecer Jurídico da Procuradoria Geral de Marilândia.

Após autuação, o Conselheiro Relator conheceu a consulta, conforme **Decisão Monocrática 367/2020-8**. Em seguida, a consulta foi encaminhada ao Núcleo de Jurisprudência e Súmula - NJS, o qual, por meio do **Estudo Técnico de Jurisprudência 20/2020-3**, registrou a inexistência de decisões desta Corte específicas sobre o tema sob a EC 103/2019, mas a existência dos Pareceres em Consulta a respeito da aposentadoria de servidor estatutário submetido ao RGPS.

Após, foram os autos encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, que procedeu à Instrução Técnica de Consulta 00022/2020. O *Parquet* de Contas, por meio do Parecer 01915/2021, anuiu ao posicionamento



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Cicillotti da Cunha

técnico.

É o relatório.

VOTO

2. FUNDAMENTAÇÃO

Na Instrução Técnica de Consulta 00022/2020, a Área Técnica se manifestou em relação ao mérito da questão formulada. Adotamos esse posicionamento como razões de decidir, com um pequeno ajuste redacional que constará no dispositivo e na ementa do presente voto, a fim de melhor aclarar o posicionamento em questão, sem que se altere o seu sentido, conforme será explicado alhures. Abaixo, segue transcrição do entendimento técnico:

Como se verifica da petição inicial, a presente consulta pretende obter um entendimento deste TCE-ES, atualizado com base na EC 103/2019, de um assunto que já foi objeto de outras consultas, qual seja, a vacância ou não do cargo público decorrente de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Analisando o teor da emenda que procedeu à reforma da previdência, dos Pareceres em Consulta 32/2003, 15/2015 e 21/2016, e da jurisprudência, verifica-se que o entendimento já firmado por esta Corte não merece reparos, como se passa a expor. A EC 103/2019, além de mudanças nas regras previdenciárias, veio trazer o peso constitucional a alguns pontos que já eram previstos na jurisprudência e em legislações locais. Dentre esses, tem-se a questão da vacância de cargos estatutários cujo regime previdenciário era o geral. Até a edição da EC 103/2019, a Constituição não tratava expressamente desse tema, ou seja, não



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaziz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Cicillotti da Cunha

dispunha se ocorreria ou não a vacância do cargo no caso de o servidor se aposentar pelo RGPS.

Ante o silêncio constitucional, ficava a cargo da legislação local estabelecer a ocorrência ou não dessa vacância. Ilustram essa afirmação diversos julgados do STF, nos quais o Pretório Excelso elucidou que a controvérsia deveria ser resolvida pela legislação infraconstitucional. Desse modo, quando a legislação local previa a vacância do cargo em virtude da aposentadoria pelo INSS, essa previsão deveria prevalecer, pois não havia dispositivo constitucional violado. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes arestos:

ARE 1231507 AgR / ES - ESPÍRITO SANTO

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES

Julgamento: 29/11/2019

Publicação: 11/12/2019

Órgão julgador: Primeira Turma

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-274 DIVULG 10-12-2019 PUBLIC 11-12-2019

Ementa

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDORA PÚBLICA ADMITIDA NO REGIME CELETISTA, POSTERIORMENTE CONVERTIDO EM ESTATUTÁRIO. EXERCÍCIO DE CARGO PÚBLICO DE PROVIMENTO EFETIVO. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. HIPÓTESE DE VACÂNCIA DO CARGO, SEGUNDO A LEGISLAÇÃO ESTADUAL. PRETENSÃO DE RETORNO AO CARGO, AO FUNDAMENTO DE QUE A APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – INSS É CUMULÁVEL COM OS VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO AO MESMO CARGO PÚBLICO APÓS APOSENTADORIA, SEM APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Cicillioti da Cunha

1. A legislação estadual dispõe que a aposentadoria é causa de vacância do cargo público, o que determina o afastamento do servidor dos quadros da Administração.

2. O acesso a cargos públicos rege-se pela Constituição Federal e pela legislação de cada unidade federativa. Se o legislador estadual estabeleceu que a aposentadoria é causa de vacância, o servidor não pode, sem prestar novo concurso público, ser reintegrado ao mesmo cargo depois de se aposentar. Com efeito, antes mesmo da EC 20/1998, quando não havia a vedação de acumulação de proventos com vencimentos de cargo público, esta CORTE já proclamava a inarredável necessidade do concurso público para o provimento do cargo público após a aposentadoria. Precedentes.

3. No caso em análise, a servidora intenta ser reintegrada no mesmo cargo após a aposentadoria, sem se submeter a concurso público, o contraria a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

4. Além disso, a orientação jurisprudencial desta SUPREMA CORTE firmou-se no sentido de que a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição (RE 163.204, Rel. Min. CARLOS VELLOSO).

5. Agravo Interno ao qual se nega provimento.

RE 1238957 AgR-segundo / MS - MATO GROSSO DO SUL

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 04/05/2020

Publicação: 22/05/2020

Órgão julgador: Primeira Turma

Consoante asseverado, o Tribunal a quo não divergiu do entendimento atual desta Suprema Corte de que, se a legislação do ente federativo estabelece a aposentadoria como causa de vacância, o servidor não pode, sem prestar novo concurso público, manter-se ou ser reintegrado ao mesmo cargo depois de se aposentar, ainda que a aposentadoria se dê no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Ademais, a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade.

Nesse sentido, em casos análogos ao dos autos, destaco julgados de ambas as Turmas desta Corte:



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Cicillotti da Cunha

"AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL, OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO DE PROVIMENTO EFETIVO. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. HIPÓTESE DE VACÂNCIA DO CARGO, SEGUNDO A LEGISLAÇÃO DO MUNICÍPIO. PRETENSÃO DE RETORNO AO CARGO, AO FUNDAMENTO DE QUE A APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – INSS É CUMULÁVEL COM OS VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REINTEGRAÇÃO AO MESMO CARGO PÚBLICO APÓS APOSENTADORIA, SEM APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO.

1. Panorama de fato do caso:

- servidora municipal ocupa cargo público de provimento efetivo;

- requer aposentadoria perante o Instituto Nacional do Seguro Social INSS, pois o Município não possui regime próprio de previdência;

- a legislação municipal dispõe que a aposentadoria é causa de vacância do cargo público, o que, em tese, determina o afastamento da servidora dos quadros da Administração;

- a servidora propõe ação judicial com pedido de tutela inibitória, postulando a manutenção no cargo mesmo depois de aposentar-se, ao fundamento de que é cabível a percepção simultânea de vencimentos de cargo público com proventos de aposentadoria pagos pelo Regime Geral de Previdência Social.

2. O acesso a cargos públicos rege-se pela Constituição Federal e pela legislação de cada unidade federativa. Se o legislador municipal estabeleceu que a aposentadoria é causa de vacância, o servidor não pode, sem prestar novo concurso público, manter-se ou ser reintegrado ao mesmo cargo, depois de se aposentar. Com efeito, antes mesmo da EC 20/1998, quando não havia a vedação de acumulação de proventos com vencimentos de cargo público, esta CORTE já proclamava a inarredável necessidade do concurso público para o provimento do cargo público após a aposentadoria. Precedentes.

3. No caso em análise, a servidora municipal intenta ser reintegrada no mesmo cargo após a aposentadoria, sem se submeter a certame público, o que contraria a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

4. Agravo Interno ao qual se nega provimento." (ARE 1.235.997-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 19/12/2019, grifei).

[...]

Ex positis, DESPROVEJO o agravo interno.

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 24.4.2020 a 30.4.2020.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Cicillotti da Cunha

RE 1235905 AgR / MS - MATO GROSSO DO SUL

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 20/03/2020

Publicação: 31/03/2020

Órgão julgador: Segunda Turma

Diversamente do que sustenta o agravante, o caso em exame não se enquadra na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de acumulação de proventos decorrentes de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social com vencimentos de outro cargo público. Com efeito, a hipótese em análise trata de servidor municipal que, ante a ausência de regime próprio de previdência no Município de Aneurilândia/MS, requer aposentadoria perante o regime geral e, após a concessão, pleiteia o retorno ao mesmo cargo sem realização de novo concurso público. Desse modo, o propósito do autor é, reintegrado no cargo anteriormente ocupado, acumular proventos do Regime Geral de Previdência Social com vencimentos da ativa, ambos decorrentes do mesmo cargo público. Essa pretensão, conforme assinalado na decisão agravada, não encontra abrigo na jurisprudência desta Corte, como se verifica no julgamento do ARE 1.235.997-AgR/RS, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, cuja ementa segue transcrita:

[...]

No voto condutor do referido julgamento, o relator bem esclareceu as peculiaridades da controvérsia em exame e afastou a aplicação da jurisprudência que permite a acumulação de proventos oriundos do Regime Geral de Previdência com vencimentos de cargo público: "[...] não há qualquer problema em que alguém ocupe um cargo público e, simultaneamente, receba proventos de aposentadoria obtida pelo exercício de outra atividade.

Mas, neste caso concreto, e naqueles muitos outros, praticamente idênticos, tem-se um quadro insólito:

- o servidor ocupa um cargo público;
- não está vinculado a regime próprio de Previdência;
- aposentado, manifesta intenção de voltar a ocupar o mesmo cargo público.

Com a devida vênia, o acesso aos cargos públicos rege-se pela Constituição e pelo Estatuto de cada unidade federativa.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Cicillotti da Cunha

Estabelecido pelo legislador municipal que a aposentadoria é causa de vacância, não há como tolerar o reingresso do servidor ao mesmo cargo, sem prestar novo concurso público.

Não se desconhece que esta CORTE tem reiteradamente admitido a cumulação de proventos de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS com a percepção de vencimentos de cargo, emprego ou função pública. Todavia, essa histórica jurisprudência jamais teve como pano de fundo a hipótese de fato retratada nesta nova leva de casos, como o ora analisado.

Enfim, cumpre definir, aqui, se o servidor que ocupava cargo na administração municipal pode a ele ser reintegrado depois de se aposentar, sem prestar novo concurso público e à revelia da legislação municipal que estabelece a aposentadoria como causa de vacância do cargo.

Penso que tal prática é inconstitucional.

A Constituição Federal veda a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvadas as hipóteses de cargos acumuláveis na forma da CARTA MAGNA, cargos eletivos e cargos em comissão (art. 37, § 10, da Constituição).

Além disso, a orientação jurisprudencial desta SUPREMA CORTE firmou-se no sentido de que a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida pela Constituição (RE 163.204, Rel. Min. CARLOS VELLOSO). [...]

Registro, em reforço a todas as considerações acima alinhavadas, que, mesmo antes da EC 20/1998, quando não havia a vedação de acumulação de proventos com vencimentos de cargo público, esta CORTE já proclamava a inarredável necessidade do concurso público para o provimento do cargo público após a aposentadoria. [...]

No caso em análise, a rigor, **o recorrido, servidor público municipal em atividade, não busca só a acumulação de proventos com vencimentos; quer, também continuar no mesmo cargo após a aposentadoria, sem submeter a certame público.**

A jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL há muito já assentou que qualquer ato de reingresso no cargo somente pode ocorrer por prévia aprovação em concurso público. [...]” (grifos no original).

No mesmo sentido, cito as seguintes decisões, entre outras: RE 1.235.897/MS, Rel. Min. Roberto Barroso; ARE 1.172.739-AgR/RS, de minha relatoria; e ARE 1.238.065/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Cicillotti da Cunha

Como se verifica dos excertos acima reproduzidos, o STF vem afirmando a autonomia do ente federativo de dispor sobre a relação estatutária com seus servidores. Nisso, é seguido pelo TJ-ES, que afirma que a lei do ente que rege o regime estatutário deve ser respeitada, como o ilustra o julgado abaixo:

ACÓRDÃO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (INSS) INEXISTÊNCIA DE REGIME DE PREVIDÊNCIA PRÓPRIO APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA VACÂNCIA DO CARGO PÚBLICO PREVISÃO NORMATIVA ESTATUTÁRIA COMPLEMENTAÇÃO RECURSO DESPROVIDO.

1. A Lei Federal nº 8.212/91 autoriza, em caráter excepcional, a vinculação do servidor civil ocupante de cargo efetivo (da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios), ao Regime Geral da Previdência Social RGPS, quando não amparado por regime próprio de previdência social.
2. **O Poder Público Municipal, nos limites de sua autonomia administrativa, pode estabelecer dentre as hipóteses de vacância do cargo público a aposentadoria.**
3. **A inexistência de vedação à cumulação de proventos com vencimentos, por serem distintas as fontes pagadoras, não retira do Poder Público Municipal a autonomia para estipular as hipóteses de vacância do cargo público e, assim procedeu o Município de Muniz Freire, ao tratar das situações que ensejariam a vacância do cargo público.**
4. A ausência de vedação à cumulação de proventos da aposentadoria voluntária requerida junto ao RGPS, com a percepção de vencimentos do servidor público, incide apenas em relação àqueles sujeitos ao regime celetista.
5. Optando por aposentar-se voluntariamente, a servidora pública municipal fez romper o vínculo estatutário mantido com a Administração Pública, de modo que a sua permanência nas funções públicas implicaria em afronta ao Princípio Constitucional do Concurso Público.
6. O Município de Muniz Freire não tem o dever de complementar a aposentadoria deferida pelo INSS à autora, porquanto não instituiu regime próprio de aposentadoria, tampouco regime complementar em favor de seus servidores.
7. Recurso desprovido.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaziz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Cicilliotti da Cunha

(TJ-ES. TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Processo: 0001635-13.201.8.08.0037. Relator TELEMACO ANTUNES DE ABREU FILHO Publicado em 14/02/2020.)

Assim, de acordo com a jurisprudência do STF e do TJ-ES, se a legislação local (municipal ou estadual) estabelece a aposentadoria como causa de vacância do cargo, não há como o servidor permanecer laborando, seja a aposentadoria sob o regime próprio ou geral de previdência. Desse modo, o efeito prático da EC 103/2019 sobre os entes federativos depende das regras então vigentes em cada um deles, havendo duas possibilidades distintas.

Por um lado, os entes federativos que já previam a vacância nos casos de aposentadoria não são afetados pela previsão, pois suas normas convergem com a nova disposição constitucional. Por outro, não foi recepcionada a regra dos entes federativos que permitiam a continuidade do labor após a aposentadoria. A esses entes, aplica-se a disposição transitória do art. 6º, EC 103/19. Isto é, no momento de publicação da emenda, os seus servidores que já estavam aposentados e continuaram trabalhando, podem permanecer nessa situação. Contudo, doravante, a regra há de ser modificada no sentido de determinar a vacância dos cargos para as futuras aposentadorias. Ou seja, a disposição transitória que admite a permanência no exercício do cargo é direcionada aos entes em que era legal a continuidade, não aos entes em que isso somente poderia ocorrer em situação de ilegalidade.

No caso do Espírito Santo, tanto o estado quanto todos os municípios capixabas se enquadram na categoria dos entes que não foram afetados pela EC 103/2019. Isso porque, independentemente das previsões nas legislações estatutárias estadual e municipal (que, a propósito, em sua maioria já previam a vacância, inclusive a do



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Cicillioti da Cunha

órgão consulente), todos estão sujeitos aos Pareceres em Consulta que determinavam a vacância do cargo na hipótese de aposentadoria pelo regime próprio ou geral. Ao proferir Pareceres em Consulta 32/2003, 15/2015 e 21/206 sobre esse tema, este TCE-ES normatizou a questão, impondo a seus jurisdicionados o respeito ao entendimento ali fixado.

A esse propósito, é necessário ressaltar que quando a LC 621/2012 aduz que os Pareceres em Consulta possuem caráter normativo (art. 122, §4º), ela não está fazendo uma declaração retórica, sem efeitos concretos. Ao contrário, ela está a conferir força cogente, imperatividade aos comandos que resultam desses pareceres. É por isso que, como as leis, os Pareceres em Consulta não tratam de casos concretos, confluindo à característica de generalidade das normas. Além disso, para responder às perguntas trazidas por seus jurisdicionados, este TCE-ES movimenta toda a sua máquina para expor o entendimento adequado, gerando custos para si e para a sociedade, no afã de expedir a melhor norma, com base na doutrina, jurisprudência, hermenêutica, etc. Não se trata de atividade trivial, mas do fruto de uma profunda reflexão realizada no âmbito deste Tribunal. Tudo isso demonstra que os jurisdicionados desta Corte não podem simplesmente ignorar a posição adotada em um Parecer em Consulta por este TCE-ES, assim como não se pode descumprir um comando advindo de lei em sentido estrito.

Cabe, ainda, destacar que a norma deste TCE-ES a respeito foi expressa de forma clara e inequívoca, tendo sido, inclusive, reiterada. Ou seja, não havia margem para dúvidas aos jurisdicionados quanto à conduta a adotar quanto aos servidores aposentados pelo RGPS: todos deveriam vagar seus cargos.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Cicillotti da Cunha

Tendo tudo isso em vista, não se pode admitir que os gestores que vêm há anos descumprindo o trabalho desta Corte e a lei sejam premiados por uma interpretação que dê ao art. 6º, EC 103/2019, uma possibilidade de funcionar como abolitio criminis. Esse dispositivo não se dirige ao administrador negligente em cumprir as normas expressas, mas àqueles que não estavam submetidos a normas que previam a vacância. Portanto, o administrador do ente jurisdicionado deste TCE-ES onde servidores aposentados pelo INSS permaneceram laborando incorreu em irregularidade. E, incorrendo em irregularidade, sujeita-se às sanções da lei.

INDEBENTÍSSIMO

Nesse sentido, é que a Procuradoria Jurídica do ente consulente, tendo em vista esse arcabouço jurídico e visualizando uma possível penalidade, corretamente recomendou a vacância do cargo caso houvesse algum servidor aposentado, mas ainda em atividade:

RECOMENDAMOS, caso haja algum servidor na situação descrita - aposentado pelo tempo de serviço no serviço público e permanece no mesmo cargo - seja providenciada a vacância do cargo, a fim de atender a legislação municipal citada, bem como os entendimentos jurisprudenciais e as orientações dos órgãos de controle.

Portanto, verifica-se que a regra do art. 6º, EC 103/2019, não se dirige aos servidores cujo estatuto e/ou a legislação previa a vacância, mas aos instrumentos normativos omissos ou que estabeleciam o contrário. Destarte, no Espírito Santo, a referida disposição transitória resta inócua, uma vez que não poderia haver, regularmente, servidores aposentados laborando até a publicação da EC 103/2019. Se havia servidores em tal situação, era irregularmente, devendo i) os servidores desocuparem seus cargos, e ii) o administrador omissos em cumprir os Pareceres desta Corte ser penalizado, na forma da lei.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Cicillotti da Cunha

Há, porém, uma exceção possível: a existência de decisão do Judiciário ordenando o servidor a permanecer no cargo mesmo aposentado. Nessas situações, ainda que a legislação e a Constituição prevejam a vacância do cargo, o servidor pode permanecer em atividade, amparado na sentença, acórdão, liminar, etc. Essa manutenção somente pode ser modificada em razão de outra decisão judicial, a exemplo das oriundas de recursos, mandados de segurança, etc. Não havendo decisão proferida pelo Poder Judiciário que suporte a permanência do servidor aposentado no cargo, essa manutenção será irregular e sujeita às consequências legais.

O entendimento técnico não merece reparos. Procedo, entretanto, a um ajuste na redação da resposta para esclarecer que essa é atinente aos cargos cujo regime previdenciário seja o geral. Isso merece ser explicado diante da eventualidade de determinado servidor público exercer cargo cujo regime previdenciário seja o regime próprio, e também exercer atividade laboral na iniciativa privada, situação que não estaria enquadrada no questionamento formulado.

Quanto à sugestão constante do item III.2 da Instrução Técnica de Consulta 00022/2020, para a realização de fiscalização no município consulente, vejo que essa questão fica ao alvedrio da própria Área Técnica, que possui competência para o planejamento das suas fiscalizações, sendo a Secretaria Geral de Controle Externo a responsável pela centralização das decisões nesse sentido.

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, acompanhando o posicionamento da Área Técnica e do Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de **Acórdão** que submeto à sua apreciação.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

ACÓRDÃO:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1. RESPONDER a presente consulta, no mérito, nos seguintes termos:

Se houver servidores estatutários no exercício do cargo cujo regime previdenciário seja o Regime Geral de Previdência Social e sejam nesse regime aposentados, esses devem ser colocados em vacância, visto que o art. 6º, da Emenda Constitucional 103/2019, não possui efeitos práticos em relação aos jurisdicionados do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, pois nesses jurisdicionados não era possível haver regularmente servidores estatutários em atividade nos seus cargos após a aposentadoria no RGPS, conforme mandamento dos Pareceres em Consulta 32/2003, 15/2015 e 21/2016, exceto se por força de decisão judicial.

No caso de haver decisão judicial determinando que o servidor permaneça em atividade mesmo aposentado, a decisão deve ser cumprida, mantendo-se o servidor laborando.

A existência de servidor estatutário aposentado em atividade sem o respaldo de decisão judicial implica irregularidade.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Luiz Carlos Cicillotti da Cunha

2. ENCAMINHAR ao consulente cópia do Parecer Consulta em questão.

3. ARQUIVAR os autos, após o trânsito em julgado.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913