

VOLUME

2



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO AMAZONAS

CONSOLIDAÇÃO DE ENTENDIMENTOS TÉCNICOS

Decisões em Consultas

APOSENTADORIA

CONSOLIDAÇÃO DE ENTENDIMENTOS TÉCNICOS

Decisões em Consultas

A obra que se apresenta visa suprir uma enorme lacuna presente no controle administrativo no Estado do Amazonas, relativo ao entendimento da Corte Estadual de Contas quanto a relevantes questões de ordem pública administrativas, servindo assim de grande valia aos jurisdicionados, operadores do direito administrativo e escritórios de contabilidade pública no Estado, que agora contam com esta literatura consultiva.

Em abordagem direcionada, clara e em formato de artigo (texto), o Tribunal de Contas do Amazonas lança esta Consolidação com o escopo de não só apresentar o seu posicionamento a respeito de diversos temas que envolvem o controle administrativo, mas também de facilitar a leitura e compreensão através do formato apresentado.

São 4 exemplares que compreendem a obra, cada um trazendo distinta e corriqueira temática colacionada pelos próprios jurisdicionados do TCE, através dos processos de Consulta, e são elas: Agentes Públicos, Aposentadoria, Licitações e Contratos Administrativos e Finanças Públicas. O diferencial é que cada artigo traz na página inicial uma leitura dinâmica sobre o que será abordado, com a delimitação temática e a síntese do questionamento do consulente e do Tribunal.



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO AMAZONAS

CONSOLIDAÇÃO DE ENTENDIMENTOS TÉCNICOS

Decisões em Consultas

APOSENTADORIA

ORGANIZADOR	Érico Xavier Desterro e Silva
PESQUISA, TEXTO E EDIÇÃO GERAL	Harleson dos Santos Arueira Alexandre Costa Dantas de Moura
PESQUISA DE TEXTOS	Laís Regina Lima Paixão e Silva Solange Barrella Mansan Leonardo de Araújo Bezerra Caroline Basílio Klenke Andréia Vilela de Oliveira Cruz
DIAGRAMAÇÃO	Aquarius Publicidade
CAPA E PROJETO VISUAL	Aquarius Publicidade
TIRAGEM	1000 Exemplares

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica feita pelo autor

Tribunal de Contas do Estado do Amazonas.
 Consolidação de Entendimentos Técnicos: Decisões em Consultas / Tribunal
 de Contas do Estado do Amazonas. - Manaus: 2013.
 104 p. ; 145x210 mm

1. Entendimentos Técnicos em Consultas. 2. Direito Público: Administrativo
 e Financeiro. I. Agentes Públicos. II - Aposentadoria. III - Licitações e Contratos
 Administrativos. IV - Finanças Públicas.

Missão

Exercer o controle da gestão dos recursos públicos, orientando e fiscalizando sua correta e efetiva aplicação em benefício da sociedade amazonsense.

Visão

Ser instituição de excelência no controle e no aprimoramento da gestão pública, garantido a devida visibilidade e credibilidade de suas ações à sociedade amazonense.

Valores

Ética, independência, efetividade, comprometimento, visibilidade e orientação.



CORPO DELIBERATIVO INSTITUCIONAL

PRESIDENTE	CONSELHEIRO ÉRICO XAVIER DESTERRO E SILVA
VICE-PRESIDENTE	CONSELHEIRO JOSUÉ CLAUDIO DE SOUZA FILHO
CORREGEDOR	CONSELHEIRO ARI JORGE MOUTINHO DA COSTA JÚNIOR
OUVIDOR	CONSELHEIRO LUCIO ALBERTO DE LIMA ALBUQUERQUE
COORDENADOR GERAL DA ESCOLA DE CONTAS PÚBLICAS	CONSELHEIRO JÚLIO ASSIS CORRÊA PINHEIRO
CONSELHEIRO	ANTONIO JULIO BERNARDO CABRAL RAIMUNDO JOSÉ MICHILES
AUDITORES	YARA AMAZÔNIA LINS RODRIGUES DOS SANTOS MÁRIO JOSÉ DE MORAES COSTA FILHO ALÍPIO REIS FIRMO FILHO
PROCURADOR GERAL	CARLOS ALBERTO SOUZA DE ALMEIDA
PROCURADORES	FERNANDA CANTANHEDE VEIGA MEDONÇA EVANILDO SANTANA BRAGANÇA ADEMIR CARVALHO PINHEIRO EVELYN FREIRE DE CARVALHO ROBERTO CAVALCANTI KRICHANÃ DA SILVA ELIZANGELA LIMA COSTA MARINHO JOÃO BARROSO DE SOUZA RUI MARCELO ALENCAR DE MEDONÇA ELISSANDRA MONTEIRO FREIRE
SECRETÁRIOS	FERNANDO ELIAS PRESTES GONÇALVES SECRETÁRIO GERAL DE ADMINISTRAÇÃO PEDRO AUGUSTO OLIVEIRA DA SILVA SECRETÁRIO GERAL DE CONTROLE EXTERNO MIRTYL FERNANDES LIMA JUNIOR SECRETÁRIO DO TRIBUNAL PLENO
ESCOLA DE CONTAS PÚBLICAS TCE-AM	JOSETITO DUTRA LINDOSO DIRETOR GERAL DA ESCOLA DE CONTAS PÚBLICAS

Palavra do Presidente

À frente da Presidência do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, parece-me razoável afirmar que, diante de diversos avanços experimentados, fruto da soma dos talentos, da inteligência e do comprometimento do nosso corpo técnico, esta Corte de Contas tem consolidado o seu papel de órgão de controle em uma sociedade marcada por mudanças.

Nessa senda, visando ao enfrentamento de desafios e à abertura de caminhos, apraz-me apresentar à sociedade amazonense, em especial aos agentes públicos, ordenadores de despesas e operadores do direito administrativo no Estado do Amazonas esta obra, que definimos apenas como as primícias ou o primeiro ensaio desta Corte de Contas de propagar seus entendimentos técnicos, ou seja, seu posicionamento a respeito das questões administrativas consideradas relevantes para o trato com a coisa pública, que por algum motivo jurídico ou prático gerou dúvida no jurisdicionado em relação ao modo de agir.

Assim, confrontados com as inúmeras consultas feitas anualmente por nossos jurisdicionados, oriundos das dúvidas que se fazem constantemente presentes na vida daqueles que lidam no dia a dia com a coisa pública, seja na administração direta ou indireta, no Estado ou nos 62 municípios que o compreendem, constatamos a necessidade de lançar esta obra exatamente para que esses gestores públicos tenham um norte célere e substancial sobre diversos temas administrativos já enfrentados por esta Corte, advindos de questionamentos muitas vezes corriqueiros em toda Administração e já levantados por seu colega de pasta ou município vizinho.

Desta feita, desejo a todos que manusearem as páginas dos 4 volumes desta obra sucesso em sua pesquisa e, principalmente, no resultado, ao aplicar as orientações aqui presentes na gestão da *res* pública.

Conselheiro **Érico Xavier Desterro e Silva**
PRESIDENTE DO TCE-AM

SUMÁRIO

	Apresentação.....	9
1	Desmembramento da Certidão de Tempo de Contribuição (CTC) do INSS, para fins de averbação em dois sequenciais do mesmo regime previdenciário	11
2	Possibilidade de Legislativo Municipal, que não possua regime próprio de previdência, efetuar pagamento de proventos a título de aposentadoria a servidores inativos, sem lei complementar prévia que institua previdência própria	15
3	Nomeação de servidor, detentor de duas aposentadorias legalmente acumuláveis, para cargo em comissão	21
4	Efeitos na aposentadoria da Inclusão de vantagens referentes a proventos correspondentes ao vencimento da classe imediatamente superior e Bonificação de 20% de fim de carreira	33
5	Efeitos no cálculo dos proventos de aposentadoria do valor contribuído em razão de gratificação instituída por lei declarada inconstitucional.....	39
6	Possibilidade de determinação de retificação de ato aposentatório por intermédio de despacho monocrático do Conselheiro-Relator.....	45
7	Aposentadoria e abono de permanência no tocante às regras de transição trazidas pelas EC 20/1998 e 41/2003.....	51

8	Recebimento de Gratificação de Produtividade após a inativação, sem que o servidor tenha a recebido quando da atividade	63
9	Reajustes nas aposentadorias quanto às vantagens auferidas pelos servidores	73
10	Composição das parcelas dos proventos de aposentadoria e a proporcionalização, quando da aposentadoria proporcional	83
11	Inclusão da Gratificação de Atividades Técnico-Administrativas na Aposentadoria por invalidez, quando decorrente de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, assegurada a percepção de proventos integrais	97

Apresentação

A presente obra visa suprir uma enorme lacuna presente no controle administrativo no Estado do Amazonas, relativo ao entendimento da Corte Estadual de Contas quanto a relevantes questões de ordem público-administrativas.

Esse primeiro ensaio de preenchimento de lacunas pelo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCE-AM) pretende alcançar principalmente seus jurisdicionados, que são aqueles que se dedicam à gestão da coisa pública, mas também os operadores do direito administrativo e os escritórios de contabilidade pública no Estado, que agora podem contar com esta literatura consultiva.

A obra compreende uma Consolidação de Entendimentos Técnicos do TCE-AM, por intermédio de Decisões em Consultas, todavia em formato de artigo. São 4 (quatro) volumes que a compreendem, cada um trazendo distinta e corriqueira temática colacionada pelos próprios jurisdicionados do TCE, que são: Agentes Públicos, Aposentadoria, Licitações e Contratos Administrativos e Finanças Públicas.

O diferencial é que cada artigo traz na página inicial uma leitura dinâmica sobre o que será abordado, com a delimitação temática e a síntese do questionamento do consulente e do Tribunal. Desse modo, a obra não tem por objetivo somente apresentar uma consolidação de decisões, tais como constam na instrução processual, mas a de facilitar a leitura e compreensão de todos que a manuseiam, como um guia prático, onde o leitor irá procurar na obra, o tema: por volume; e no volume, a delimitação desse tema. Ao se deparar com a delimitação do tema, de pronto observa o cerne do questionamento do autor e da decisão, prosseguindo assim com o seu desenvolvimento.

Desse modo, alinhada ainda a uma linguagem clara, simples e objetiva, extraindo da decisão somente aquilo que se melhor utiliza, busca-se todas as classes de leitores, desde os não versados em direito, e que por dever funcional devem gerir recursos públicos, ordenando despesas, aos que tem *expertise* na área. Eis o que levou o TCE-AM a compilar essas Decisões, da forma em que se apresenta.

Assim, observando uma das funções primordiais das Cortes de Contas, a pedagógica, o TCE-AM desenvolve esta obra buscando a prevenção de impropriedades formais nos processos de sua natureza e responsabilidade, tanto para si quanto para o próprio jurisdicionado, que ao identificar um artigo que busca um prévio posicionamento do

Tribunal sobre determinada questão, pode livra-se da impropriedade, e assim, de uma recomendação ou sanção. Pois, não obstante o Tribunal reconheça certas dificuldades dos gestores públicos, não pode eximir-se nem eximi-los de suas responsabilidades.

Dito isto, vejamos a seguir um breve esboço do que encontraremos em cada volume da obra.

O *volume I* trata do tema *Agentes Públicos*, um dos principais gargalos de dúvidas dos gestores, exatamente porque trata do bem mais precioso da Administração Pública, ou seja, seus agentes ou simplesmente "pessoas". São 17 artigos retirados de consultas reais feitas pelos próprios jurisdicionados, e dentre as delimitações temáticas presentes nesses artigos veremos a exemplo: "Vantagens pessoais, parcelas indenizatórias e teto remuneratório constitucional dos servidores públicos" ou ainda o "Alcance das restrições a obrigações e aumento de despesas com pessoal contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal".

O *volume II* já traz o tema *Aposentadoria*, que também atinge diretamente os agentes públicos sob um novo prisma, a sua aposentadoria e seus entornos. São 11 artigos e dentre as delimitações temáticas presentes nesses artigos veremos a exemplo: "Reajustes nas aposentadorias quanto às vantagens auferidas pelos servidores" ou ainda "Aposentadoria e abono de permanência no tocante às regras de transição trazidas pelas EC 20/1998 e 41/2003".

O *volume III*, na sequência, trata do tema *Licitações e Contratos Administrativos*, tema este de grande importância para o controle dos gastos públicos e a preservação do princípio constitucional da impessoalidade, dentre outros não menos importantes. São 16 artigos e em meio às delimitações temáticas presentes nesses artigos veremos: "Momento em que o contratado deve apresentar e estar com a certidão de regularidade fiscal em dia" ou ainda "Contratação de serviços artísticos pela Administração Pública". Ressaltamos apenas os dois últimos artigos do volume, que não tratam especificamente do tema, mas auxiliam ao tratar de atos administrativos gerais.

O *volume IV*, por fim, traz o tema *Finanças Públicas*, tema muito delicado aos gestores públicos, principalmente nos quesitos Lei de Responsabilidade Fiscal, transferências de receitas e princípios que regem as finanças públicas. São 12 artigos e em meio às delimitações temáticas presentes nesses artigos encontramos: "A integração das contribuições CIDE e COSIP na transferência de receita do município para fins do duodécimo da Câmara Municipal" ou ainda "Receitas que constituem a base de cálculos para investimento em educação".

Desmembramento da Certidão de Tempo de Contribuição (CTC) do INSS, para fins de averbação em dois sequenciais do mesmo regime previdenciário:

Consulta autuada sob Processo n. 3442/2012.

Relatora: Conselheira Convocada

Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos

Consulente:

Possibilidade de desmembramento da Certidão de Tempo de Serviço (CTC) do INSS, para fins de averbação em dois sequenciais do mesmo regime previdenciário.

Tribunal Pleno:

“Responder ao MANAUSPREV perante objeto da consulta em exame sobre a impossibilidade de desmembramento de CTC única para fins de averbação em dois sequenciais, devendo o segurado, nesses casos, optar qual cargo irá levar, para fins aposentatórios, o tempo de contribuição acumulado no regime de origem, e, desse modo, almejar a aposentadoria requerida nos termos do art. 94, caput, da Lei n.º 8.213/91.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pela Diretora Presidente do MANAUSPREV, Sra. Danielle Vasconcelos Corrêa Lima Leite, acerca do desmembramento a Certidão de Tempo de Ser-

viço (CTC) do INSS, para fins de averbação em dois sequenciais do mesmo regime previdenciário.

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, fundamentada na doutrina, e na Constituição federal, entende pela impossibilidade de desmembramento da CTC única do INSS, referente ao tempo na iniciativa privada para fins de averbação em dois sequenciais do mesmo regime previdenciário do órgão consulente, por ausência de fundamento legal. Sugere, outrossim, que deve ser observado para os casos de servidores oriundos do RGPS, o disposto nos arts. 3º a 8º da Portaria MPS nº 154/2008, cabendo ainda, as seguintes considerações:

- a) verificar nos casos de solicitação de emissão de CTC única, possíveis irregularidades que possam ser sanadas antes do processo de aposentação;
- b) verificar os dispositivos constitucionais que tratam de matéria previdenciária.
- c) verificar a legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, como a Portaria MPS nº 154/2008, Decreto Lei nº 3048/1999 e instruções normativas do INSS acerca do tema.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto Souza de Almeida, emitiu seu Parecer nos autos.

O parecer ministerial, fundamentado em jurisprudência do STJ, assim se manifestou: A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afirmado ser permitido ao INSS emitir certidão de tempo de serviço para período fracionado, possibilitando ao segurado da Previdência Social levar para o regime de previdência próprio dos servidores públicos apenas o montante de tempo de serviço que lhe seja necessário para obtenção do benefício almejado naquele regime. Tal período, uma vez considerado no outro regime, não será mais contado para qualquer efeito no RGPS. O tempo não utilizado, entretanto, valerá

para efeitos previdenciários junto à Previdência Social¹, hipótese que se afigura diversa da debatida na Consulta formulada.

E conclui, na linha do relatório conclusivo da Consultec, pela impossibilidade, em tese, de desmembramento de Certidão de Tempo de Contribuição do INSS, Regime Geral de Previdência Social – RGPS, para fins de averbação em dois seqüenciais do mesmo regime previdenciário, Regime Próprio de Previdência Social – RPPS.

Assim sendo, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria da Excelentíssima Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, a doutra Relatora levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde adotando as razões do pronunciamento da Consultec, fls. 8/16, e concordando com o Parquet, votou no sentido de que: *o Colendo Tribunal Pleno, no exercício de sua competência (art. 1º, XXIII, da Lei nº 2423/96, c/c o art. 11, IV, “f”, do Regimento Interno), delibere no sentido de responder ao MANAUSPREV perante objeto da consulta em exame sobre a impossibilidade de desmembramento de CTC única para fins de averbação em dois seqüenciais, devendo o segurado, nesses casos, optar qual cargo irá levar, para fins aposentatórios, o tempo de contribuição acumulado no regime de origem, e, desse modo, almejar a aposentadoria requerida nos termos do art. 94, caput, da Lei nº 8.213/91².*

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, nos termos do Voto condutor, emitiu PARECER ao Consultente, em Sessão Ordinária de 27 de setembro de 2012, presidida pelo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva; presentes a Conselheira Convocada Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos (Relatora) e o representante ministerial, Procurador Carlos Alberto Souza de Almeida.

1. REsp 687.479/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 30/05/2005, p. 410).
2. Art. 94. Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social ou no serviço público é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.98)

Possibilidade de Legislativo Municipal, que não possua regime próprio de previdência, efetuar pagamento de proventos a título de aposentadoria a servidores inativos, sem lei complementar prévia que institua previdência própria.

Consulta autuada sob Processo n. 689/2011.

Relator: Auditor Mário José de Moraes Costa Filho

Consulente:

Possibilidade de Legislativo Municipal, que não possua regime próprio de previdência, efetuar pagamento de proventos a título de aposentadoria a servidores inativos, sem lei complementar prévia que institua previdência própria, e se há direito adquirido no caso de se já haver feito tal pagamento.

Tribunal Pleno:

“8.1 - Responder à Câmara Municipal de Parintins os dois questionamentos feitos da seguinte forma:

8.2.1 - Que não existe possibilidade de a Câmara Municipal arcar com a despesa relativa aos benefícios previdenciários sem a existência de um regime jurídico próprio, cabendo tal tarefa ao regime geral de previdência social – RGPS; e

8.2.2 - *Que não haveria que se falar em direito adquirido do beneficiário caso este já estivesse percebendo proventos de aposentadoria concedidos pela Câmara Municipal.*

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de Parintins, Vereador Juscelino Melo Manso, acerca da possibilidade de Legislativo Municipal, que não possua regime próprio de previdência, efetuar pagamento de proventos a título de aposentadoria a servidores inativos sem Lei Complementar prévia que institua previdência própria.

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, fundamentada na doutrina, na Constituição Federal e na lei federal n. 8.213/1991, de alcance nacional, assim se manifesta:

1. *quanto à primeira questão: servidor público titular de cargo efetivo que não esteja amparado por regime próprio de previdência, deverá ser regido pelo regime geral, e, quando da inativação, receber proventos de aposentadoria pelo INSS, tudo isso nos termos do art. 12 da Lei Federal n.º 8.213/1991; e,*
2. *quanto ao segundo questionamento: não existe direito adquirido à percepção de proventos de aposentadoria pelas regras do art. 40 da CF/88 para o servidor que, ainda que titular de cargo efetivo, esteja enquadrado na exceção prevista no referido art. 12 da Lei Federal n.º 8.213/1991 mas venha recebendo como se de regime próprio fizesse parte.*

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Carlos Alberto Souza de Almeida, emitiu seu Parecer nos autos e concluiu nos seguintes termos:

É evidente que, na ausência de regime próprio de previdência não pode o servidor aposentado receber seus proventos por meio de recursos orçamentários do próprio órgão a que serviu.

A Lei n. 8.213/91, em seu art. 12, é clara em impor aos servidores efetivos dos entes da Federação, que ainda não tenham regime próprio de previdência, a adesão ao regime geral da previdência social previsto nos arts. 195 e seguintes da Constituição Federal.

Nesse contexto, vale ressaltar, na linha do Parecer da CONSULTEC, que caberia ao Município de Parintins a iniciativa para a criação do regime próprio de previdência para pagamento dos servidores, por intermédio de órgãos o de entidade especialmente criada para esse fim, tendo em vista o disposto nos arts. 18 e 40 da Constituição Federal c.c. o art. 1º, III, da Lei n. 9.717/1998, com suas alterações.

Por óbvio não se pode, ante a ausência do regime próprio instituído, pensar em consolidação de situações fáticas hipotéticas ao argumento de eventual direito adquirido, na linha do que preceitua o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, pois não se pode incorporar definitivamente ao patrimônio jurídico de quem quer que seja aquilo que não existe, por absoluta ausência de previsão legal.

Nesse contexto, acolho a pertinente conclusão contida no Relatório Conclusivo n. 004/2011, da Consultoria Técnica, respondendo, por conseguinte negativamente aos questionamentos formulados na presente Consulta.

Assim sendo, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Auditor Mário José de Moraes Costa Filho.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde adotando as razões do pronunciamento da Consultec, fls. 8/16, e concordando com o Parquet, votou no sentido de responder à Câmara Municipal de Parintins os dois questionamentos feitos da seguinte forma:

2.1. Que não existe possibilidade de a Câmara Municipal arcar com a despesa relativa aos benefícios previdenciários sem a existência de um regime jurídico próprio, cabendo tal tarefa ao regime geral de previdência social – RGPS; e

2.2. Que não haveria que se falar em direito adquirido do beneficiário caso este já estivesse percebendo proventos de aposentadoria concedidos pela Câmara Municipal.

A seguir apresentamos alguns trechos do voto condutor:

“Portanto, é incorreto o Poder Legislativo Municipal, que não possui regime próprio de previdência, efetuar pagamento de proventos a título de aposentadoria a servidores inativos, devendo o benefício ser arcado pelo regime geral de previdência social, órgão para o qual o servidor deve estar vinculado e contribuindo.

(...)

Vale aqui ainda ressaltar que a criação de previdência própria fica a cargo do ente federado, tendo em vista sua autonomia política e administrativa, na forma como mencionado no último parágrafo do texto acima transcrito.

O segundo questionamento versa sobre a existência de direito adquirido à manutenção no recebimento do benefício de aposentadoria daqueles que já a estivessem percebendo.

Nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXVI, in verbis, prevê o instituto do direito adquirido.

Constituição da República de 1988

Art. 5º Omissis

(...)

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

O ilustre doutrinador Pedro Lenza¹ nos lembra o preceituado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC – Lei de Introdução ao Código Civil).

“(...)

Como regra, conferindo estabilidade às relações jurídicas, o constituinte originário dispôs que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato

1. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Saraiva: São Paulo, 2010.

jurídico perfeito e a coisa julgada.

O art. 6º da LICC assim define os institutos:

- *direito adquirido: direito que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aquele cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”*

Com relação a este ponto devemos notar que o direito adquirido vem para impedir que uma situação nova altere maleficamente uma preexistente e mais benéfica.

Todavia, para que se fale em impossibilidade de alteração prejudicial de um direito, este necessita existir antes de qualquer coisa, ou seja, o direito ao benefício deve primeiro existir para que se possa falar em aquisição e permanência do direito.

Na situação hipotética levantada pelo consulente, qual seja, da concessão de aposentadoria pelo próprio ente Poder Legislativo, sem que este possua regime próprio de previdência, não há que se falar em direito adquirido pelo simples fato de que o direito nunca chegou a existir.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, nos termos do Voto condutor, emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 31 de agosto de 2011, presidida pelo Conselheiro Júlio e Assis Corrêa Pinheiro; presentes o Auditor Mário José de Moraes Costa Filho (Relator) e o representante ministerial, Procurador Carlos Alberto Souza de Almeida.

Nomeação de servidor, detentor de duas aposentadorias legalmente acumuláveis, para cargo em comissão:

Consulta autuada sob Processo n. 2785/2009.

Relator: Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva.

Consulente:

Nomeação de servidor detentor de duas aposentadorias de médico (*entenda-se profissionais de saúde, com profissões regulamentadas*), na forma do art. 37, XVI, da CF/88, para o exercício de cargo em comissão. Existência ou não de impedimento de servidor receber tripla remuneração no caso hipotético.

Tribunal Pleno:

“Responder ao Sr. José Antônio Ferreira de Assunção que, a qualquer tempo, um servidor detentor de duas aposentadorias de médico, na forma do art. 37, XVI, da Constituição Federal, estaria impedido para o exercício de cargo em comissão, tendo em vista que a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma do art. 37, XVI e XVII e de acordo com a jurisprudência unânime do STF”.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Secretário Municipal de Planejamento e Administração de Manaus, Sr. José

Antônio Ferreira de Assunção, acerca da nomeação de servidor detentor de duas aposentadorias de médico, na forma do art. 37, XVI, da CF/88, para o exercício de cargo em comissão, existindo ou não impedimento do servidor receber tripla remuneração, como segue:

01 - O servidor detentor de duas aposentadorias de médico, na forma do artigo 37, XVI, da Constituição Federal estaria impedido para o exercício de cargo em comissão, em razão da impossibilidade de receber tripla remuneração;

02 - Ou, estando as duas aposentadorias regulares, não haveria impeditivo para assumir o referido cargo comissionado, tendo em vista que entre as ressalvas legais, encontram-se os cargos acumuláveis na forma da Constituição e os cargos em comissão.

Todavia, antes de darmos sequência aos embates jurídicos que brilhantemente nortearam essa tese, peço vênias para fazer uma citação que creio relevante, extraída do voto do Relator, Conselheiro Érico Desterro e Silva:

No âmbito das competências, cabe ressaltar a função deste Tribunal de Contas de decidir sobre consulta formulada no tocante à dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares nas matérias de sua competência, com fulcro no art. 1º, XXIII, da Lei n. 2.423/96 e art. 274 e seguintes da Resolução n. 04/02-TCE/AM.

Tal função desta Corte de Contas está relacionada ao princípio constitucional da eficiência, vez que nada melhor para aqueles que lidam com finanças públicas do que terem previamente a interpretação do órgão de controle externo. Para esses, a ação preventiva resultante tem mais largo alcance, visto que o controle orientador é mais eficiente do que o repressivo.

Retomando nossa análise, admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado em jurisprudência do STF, posiciona-se pela impossibilidade de acúmulo de dois proventos de aposen-

tadoria e mais a remuneração de um cargo comissionado. Destacou, contudo, que, embora a regra seja a impossibilidade de acumulação remunerada com proventos, há situações em que a tríplice acumulação encontra abrigo constitucional, quais sejam, os casos em que os três vínculos com o Estado forem anteriores ao advento da EC 20/98. Assim vejamos:

(...) Entretanto, a partir de 16/12/1998, a proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas estendeu-se aos proventos, uma vez que foi acrescido o § 10 ao art. 37, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 37 (...)

§ 10º. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 **com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis** na forma desta constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

A redação deste dispositivo veda o acúmulo remunerado de qualquer cargo, emprego ou função dos servidores civis, exceto daqueles acumuláveis com os proventos de regimes próprios de previdência, sejam estes do serviço civil ou militar.

A regra é, portanto, a não acumulação e a exceção é a acumulação, de dois cargos. Tanto assim, que o texto constitucional primeiramente veda o acúmulo. Após excetua algumas hipóteses de acumulação. Portanto, na dúvida ou no caso de cargos não mencionados nos incisos XVI e XVII da CF, há de se concluir pela impossibilidade de acumulação.

(...)

Dentre os fundamentos do citado Parecer, destaca-se que, muito embora a regra seja a impossibilidade de acumulação remunerada de dois cargos, empregos ou funções públicas com proventos, **há situações em que a tríplice acumulação encontra abrigo constitucional:** (grifo não constante no original)

Trata-se daquelas em que os **três vínculos com o Estado são anteriores ao advento da EC 20/98**, quando o ordenamento positivo maior **não estabelecia tal limitação**. Nestes casos, depara-se com o direito adquirido dos servidores que se beneficiam do tríplex acúmulo, conforme acórdão unânime do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa reza:

SERVIDOR PÚBLICO – ACUMULAÇÃO DE CARGOS. A vedação do art. 37, § 10, da CF-88, **não se aplica aos inativos que tenham ingressado novamente no serviço público por concurso de prova e títulos até 15 de dezembro de 1998**. Inteligência do art. 11 da EC nº 20-98. Situação da impetrante típica da acumulação possibilitada pela regra nova. Segurança concedida.

(MS70003323235, Rel. Des. Nelson Antonio Monteiro Pacheco).

No entanto, para **aqueles que já possuíam dupla vinculação remuneratória ou uma remuneratória** e outra previdenciária anteriormente à Emenda Constitucional 20/98, **a partir do advento desta restaram proibidos de estabelecer a terceira fonte de rendimentos no serviço público**.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Roberto Cavalcanti Krichanã, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procurador-Geral, em fundamentação distinta da Consultoria Técnica sustentando a possibilidade de acumulação da percepção dos proventos decorrentes da aposentadoria dos dois cargos de médico – fato permitido pelo artigo art. 37, XVI, “c”, da Constituição Federal de 1988 – com o exercício de cargo em comissão – permitido pelo §10 do mesmo dispositivo - desde que haja a observância do teto constitucional.

Assim, sucintamente extraímos:

Em se tratando do acúmulo desses dois proventos com o exercício de cargo em comissão, entende-se ser totalmente possível

tal situação, eis que o artigo 37, § 10, da CF/88 abarca o caso em seu bojo:

“É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração”. (grifo meu)

Dessa feita, a simples leitura do dispositivo transcrito acima deixa claro que os **cargos em comissão, bem como os eletivos e os acumuláveis na forma da Constituição (art. 37, XVI), são exceções à regra da vedação** de acumulação de proventos de aposentadoria do regime peculiar com remuneração de cargo, emprego ou função pública.

Dessa forma, a situação descrita na consulta em tela não constitui uma vedação, ao contrário, está literalmente permitida pelo texto constitucional atual.

Ora, o § 10 supracitado foi acrescentado pela EC n. 20/98, que é dotada de espírito limitador de desembolso de valores dos cofres públicos para o pagamento de benefícios previdenciários. Entretanto, o legislador constitucional elegeu algumas **exceções taxativas** à regra da não-cumulação, quais sejam os cargos acumuláveis na forma da Constituição (art. 37, XVI), os cargos em comissão e os cargos eletivos.

Vale ressaltar que com relação à nomeação em função comissionada de servidores aposentados compulsoriamente aos 70 anos de idade, com base no art. 40, § 1º, II, da CF, o texto do § 10 permite essa situação, pois a aposentadoria compulsória por implemento de idade não deriva de presunção absoluta de incapacidade, mas sim da necessidade de se renovarem os quadros.

A única hipótese proibitiva seria a acumulação de proventos de aposentadoria por invalidez com a remuneração do exercício de cargo em comissão, pois aí estar-se-ia ferindo o Princípio Constitucional da Moralidade Pública, eis que neste caso o motivo ensejador da aposentadoria seria o impedimento ao trabalho, ligado à saúde do servidor.

Ressalta-se que em qualquer hipótese em que a acumulação é permitida há de ser atendido o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, que estabelece: *“a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal”*.

O questionamento objeto da consulta suscita a controvérsia concernente à possibilidade, ou não, de acumulação remunerada de proventos de aposentadoria com vencimentos de cargo comissionado.

Tal questão é facilmente dirimida pela Reforma Previdenciária implantada pela EC n. 20/98, que acrescentou o § 10 do art. 37, consagrando aquilo que já era entendimento do Supremo Tribunal Federal e que constava da Lei n. 8112/90, com redação dada pela Lei n. 9527/97. O dispositivo veio tornar expressa a vedação de percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 – servidores civis –, do art. 42 – servidores militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios –, e do art. 142 – servidores militares das Forças Armadas – com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, **ressalvados os cargos acumuláveis na forma da Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão** declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Cita-se, por oportuno, que os cargos comissionados ou de provimento em comissão detêm natureza de ocupação provisória, caracterizados pela confiança depositada pelos administradores em seus ocupantes, podendo seus titulares, por conseguinte, ser afastados *ad nutum*, a qualquer momento, por conveniência da autoridade nomeante. Não há que se falar em estabilidade em cargo comissionado.

Fica, portanto, vedada a acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de outro cargo efetivo, **salvo** aque-

les casos em que a própria Constituição admite a acumulação, dentre eles os cargos em comissão.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifestou:

“Acórdão que concedeu mandado de segurança contra ato administrativo que afirmou a inviabilidade de triplice acúmulo no serviço público. Alegação de ofensa ao art. 37, XVI e XVII, da CF/88, e art. 99, § 2º, da CF pretérita. A acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida na Constituição. Precedente do Plenário RE 163.204. Entendimento equivocado no sentido de, na proibição de não acumular, não se incluem os proventos.” (RE 141.376, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 22/02/02). (grifo meu)

Assim sendo, com as divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde ao se confrontar com a polêmica tese jurídica concluiu por “*considerar que, a qualquer tempo, um servidor detentor de duas aposentadorias de médico, na forma do artigo 37, XVI, da Constituição Federal, estaria impedido para o exercício de cargo em comissão, tendo em vista que a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma do art. 37, XVI e XVII e de acordo com a jurisprudência unânime do STF*”.

Como foi a tese acolhida pelo colegiado daremos maior atenção a esta peça, no presente Capítulo, onde a seguir apresentamos os pontos altos do voto condutor:

A redação deste dispositivo constitucional enseja duas distintas interpretações, fato esse que gerou os questionamentos ora formulados.

As duas leituras possíveis se pautam na possibilidade, ou não, de conjugação das exceções dispostas no texto constitucional supracitado, quais sejam: a- os cargos acumuláveis na forma da Constituição; b- os cargos eletivos, e; c- os cargos em comis-

são. Mostra-se, pois, necessário definir se as referidas exceções constitucionais são **cumulativas** - o que possibilitaria um servidor, detentor de duas aposentadorias de médico, assumir cargo comissionado vez que tais modalidades (cargos acumuláveis na forma da Constituição e cargos em comissão) estão consubstanciados nas exceções da regra de não acumular proventos e vencimentos - ou **alternativas** - o que implicaria a inadmissibilidade de acumulação de dois proventos de aposentadoria com vencimentos de um terceiro cargo, tornando impossível a um servidor receber tripla remuneração.

Antes de tudo, mister que se invoque o princípio da unidade da Constituição, segundo o qual não se pode tomar uma norma como suficiente em si mesma. Sobre o assunto, preceitua Zulmar Fachin¹ :

O princípio da unidade da Constituição sugere que as normas constitucionais não podem ser interpretadas isoladamente. Exemplificando: a intervenção federal deve ser interpretada, levando em consideração a autonomia dos membros do pacto federativo; (...) a ordem econômica não pode estar apartada da proteção do meio ambiente; (...) a igualdade de direitos entre brasileiro nato e naturalizado deve ser confrontada com a restrição imposta a este, para ocupar certos cargos públicos.

Vê-se, assim, que a Constituição deve ser interpretada globalmente, o que, conforme Gomes Canotilho², implica "*considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios*".

Não obstante todas as normas constitucionais sejam dotadas da mesma natureza e grau hierárquico, algumas acabam por servir como vetores que guiam a compreensão e a aplicação das demais normas, devendo-se buscar sua compatibilização.

Nessa extensão, a não acumulação de proventos e vencimentos deve ser interpretada em conjunto com a proibição de acumulação de cargos públicos.

1. Curso de Direito Constitucional, 3ª edição, Ed. Método, 2008

2. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6. ed., Coimbra, 2002

Acerca da acumulação de cargos públicos, preceitua os incisos XV e XVII do Diploma de 1988:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Grifos Nosso)

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

Verifica-se que a Constituição só permite o acúmulo de dois cargos ou empregos públicos de profissionais de saúde, o que, no caso em tela, configuram-se em dois cargos de médicos. Diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro³ que *“as exceções somente admitem dois cargos, empregos ou funções, inexistindo qualquer hipótese de tripla acumulação, a não ser que uma das funções não seja remunerada.*

Logo, a regra é a não acumulação remunerada, e a exceção é a acumulação, **de dois cargos**, sendo inconcebível aceitar uma tríplice cumulatividade funcional.

A Emenda Constitucional nº 20/98, ao introduzir o parágrafo 10 no artigo 37 da Constituição da República, apenas transformou o entendimento jurisprudencial consubstanciado na interpretação do artigo 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República em texto constitucional, firmado no sentido de que é vedada a acumulação de proventos e vencimentos, salvo em relação a cargos acumuláveis na atividade. Vejamos:

EMENTA: - Recurso extraordinário. Administrativo. Funcionalismo Público. **Acumulação de cargos**. 2. Acórdão que

3. Direito Administrativo, 20ª edição, Ed. Atlas, 2007

concedeu mandado de segurança contra ato administrativo que afirmou a **inviabilidade de triplice acúmulo no serviço público**. 3. **Alegação de ofensa ao art. 37, XVI e XVII, da CF/88, e art. 99, § 2º, da CF pretérita**. 4. **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**. Precedente do Plenário RE 163.204. Entendimento equivocado no sentido de, na proibição de não acumular, não se incluem os proventos. RE 141.734-SP 5. Recurso conhecido e provido, para cassar a segurança.

(RE N. 141.376/RJ, rel. Ministro Néri da Silveira. Segunda Turma. Julgamento em 02/10/2001 – Grifos Nosso)

EMENTAS: 1. RECURSO. Extraordinário. **Inadmissibilidade. Acumulação de dois proventos com vencimentos relativos a terceiro cargo público. Inconstitucionalidade**. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. **Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo**. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.

(AG. RG. no AG Instr. N.565.422/PR, rel. Min. Cezar Peluso. Primeira Turma. Julgamento em 21/03/2006 – Grifos Nosso)

(...)

Ora, se na atividade não é devido acumular dois cargos de médico com um cargo comissionado, gerando uma tripla remuneração, tampouco é possível depois da inativação nos dois cargos efetivos.

(...)

Assim sendo, no princípio da inacumulatividade de cargos pú-

blicos está compreendida a acumulação de aposentadoria em cargo público, vedação que se aplica a todas as espécies de acumulações, submetida a uma única exceção: quando se trata de cumulação que também seria lícita na atividade.

(...)

Conquanto tenha a CONSULTEC (Consultoria Técnica) opinado pela impossibilidade de acúmulo de dois proventos de aposentadoria e mais a remuneração de um cargo comissionado, expôs que há situações em que a tríplice acumulação encontra abrigo constitucional, quais sejam, nos casos em que os três vínculos com o Estado forem anteriores ao advento da EC 20/98, situação em que deve ser resguardado o direito adquirido.

Não me impressiona, todavia, tal fundamento, por acreditar que, mesmo antes da EC 20/98, já era proibida a tríplice acumulação de cargos públicos. Pouco importava se o servidor estava na ativa ou aposentado nesses cargos, salvo exceções na própria Constituição (art. 37, XVI e XVII). Não se aplica no caso em tela o disposto no art. 11⁴ da referida Emenda, que trouxe ressalvas à vedação do art. 37, §10, da Constituição, posto que a vedação constitucional à percepção cumulativa de três cargos públicos, entre proventos e vencimentos, sempre existiu, pelo que não há falar em violação qualquer de direito adquirido no ato que exonera um servidor de cargo comissionado, que já ostenta duas aposentadorias, em acúmulo inconstitucional. Sobre o tema, colacionam-se as seguintes ementas:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSOR. **TRÍPLA ACUMULAÇÃO DE CARGOS. INVIABILIDADE. TRANSCURSO DE GRANDE PERÍODO DE TEMPO. IRRELEVÂNCIA. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA.** 1. **Esta Corte já afirmou ser inviável a trípla acumulação de cargos públicos.** Precedentes: RE 141.376 e AI 419.426-AgR. 2. Sob a égide da Constituição anterior, o Plenário desta Corte,

4. Art. 11 - A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.

ao julgar o RE 101.126, assentou que “as fundações instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público”. Por isso, aplica-se a elas a proibição de acumulação indevida de cargos. 3. Esta Corte rejeita a chamada “teoria do fato consumado”. Precedente: RE 120.893-AgR 4. Incidência da primeira parte da Súmula STF n.º 473: “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos”. 5. **O direito adquirido e o decurso de longo tempo não podem ser opostos quanto se tratar de manifesta contrariedade à Constituição.** 6. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(STF: RE 381.204/RS, Segunda Turma, Relat. Min. Ellen Gracie, DJ 11/11/2005)

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 14 de abril de 2010, presidida pelo Conselheiro Júlio Pinheiro; presentes os Conselheiros Érico Desterro (Relator), Lúcio Albuquerque, Julio Cabral, Raimundo Michiles, Josué Filho e Yara Amazônia Lins, bem como o representante ministerial, Procurador Roberto Krichanã.

Efeitos na aposentadoria da Inclusão de vantagens referentes a proventos correspondentes ao vencimento da classe imediatamente superior e Bonificação de 20% de fim de carreira:

Consulta autuada sob Processo n. 871/2009.

Relator: Auditora Yara Amazônia Lins.

Consulente:

Inclusão de vantagens (art. 139 da Lei 1.762/86 e art. 140 da Lei n. 1.778/87) referentes a proventos correspondentes ao vencimento da classe imediatamente superior e Bonificação de 20% de fim de carreira.

Tribunal Pleno:

“Reconhecer a legalidade da incorporação das vantagens elencadas no art. 139, da Lei 1.762/86 e art. 140, da Lei 1.778/87, por servidores que até a data da Emenda Constitucional nº 20/98 tenham se aposentado ou adquirido direito a título pessoal de incorporação das referidas vantagens não vislumbrando impedimento a sua percepção. Quanto aos servidores que pleiteiem tais vantagens em data superior a promulgação da Emenda Constitucional Federal nº 20/98, que ainda não estavam aposentados ou não haviam adquirido tal direito a título pessoal, não há como sustentar a percepção dessas vantagens,

por expressa vedação constitucional.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Diretor Presidente do Amazonprev, Sr. Silvestre de Castro Filho, acerca de determinadas inclusões de vantagens na aposentadoria, como segue:

01 - Inclusão de vantagens do art. 139 da Lei n. 1.762/86 e art. 140 da Lei n. 1.778/87, referentes a proventos correspondentes ao vencimento da classe imediatamente superior e Bonificação de 20% de fim de carreira.

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, posiciona-se pela possibilidade de incorporação das referidas vantagens por aqueles servidores que até a data da Emenda Constitucional n. 20/98 tenham se aposentado ou adquirido direito a título pessoal de incorporação. Assim vejamos:

Importa ressaltar ainda, que a Instrução Normativa n.001/97-CSP/SEAD, em seu art.2º impõe:

“2º- Esclarecer que, em observância ao princípio de direito adquirido (art.5º,XXXVI, da CF), ficam ressaltadas as situações daqueles servidores que já haviam comprovadamente reunido o requisito temporal para obter a inatividade voluntária, com as vantagens vigentes até o dia 13.06.96”

Ante o exposto, esta Consultec entende que àqueles servidores que até a data da Emenda Constitucional Federal n.20/98 tenham se aposentado ou adquirido direito a título pessoal de incorporação das referidas vantagens não se vislumbra impedimento a sua percepção. Quanto aos servidores que pleiteiam tais vantagens em data posterior à da promulgação da Emenda Constitucional Federal n.20/98 que ainda não estavam aposentados ou não haviam adquirido tal direito a título pessoal, não há como sustentar a percepção dessas vantagens, por expressa vedação constitucional.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Roberto Cavalcanti Krichanã, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procuradora-Geral, em fundamentação consonante à Consultoria Técnica, onde concluiu:

O assunto em análise não enseja grandes considerações a respeito, uma vez que, conforme fundamentação do Parecer da Consultoria Técnica, já houve manifestação desta Corte de Contas nos autos do Processo nº 2933/90, no qual se decidiu questão de relevância acerca da legalidade do inciso XXII, do art. 109, da Constituição Estadual de 1989, sugerindo representar ao Procurador Geral da República, no sentido de que promovesse, por ação direta, a inconstitucionalidade do referido dispositivo constitucional, orientando, ainda, que as Egrégias Câmaras considerassem legais quaisquer acréscimos pecuniários previstos na legislação estadual que devam integrar os proventos dos servidores estaduais por ocasião da inativação, desde que preenchidos os requisitos da lei, observando-se na apreciação dos atos de aposentadoria e congêneres, as decisões prolatadas nos processos TC nº 996/88 (Anexos nº 1869/87) e TC nº 1531/88, datas de 08.05.90 e 31.05.90.”

O Ilustre Procurador de Contas desta Corte, Dr. Miguel Barrella, hoje aposentado, emitiu Parecer que serviu de base para a supracitada decisão com o seguinte teor:

“O inciso XXII do art. 109 da Constituição do Estado do Amazonas é inconstitucional por restringir o que a Constituição Federal não restringiu (§4º, do art. 40) e por se tratar de dispositivo inconstitucional não está a Administração Pública obrigada a cumpri-lo, podendo o Tribunal de Contas negar-lhe aplicação e julgar a legalidade do ato de aposentadoria ou congêneres, bem como representar ao Douto Procurador Geral da República no sentido de que promova, por ação direta, a inconstitucionalidade do referido dispositivo perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal.”

Vale destacar, ainda, que a Instrução Normativa nº 001/97 – CSP/SEAD, em seu art. 2º determina:

“Art. 2º Esclarecer que, em observância ao princípio de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF), ficam ressalvadas as situações daqueles servidores que já haviam comprovadamente reunido o requisito temporal para obter a inatividade voluntária, com as vantagens vigentes até o dia 13.06.96.”

Pelo exposto, concordando com a Consultoria Técnica desta E. Corte de Contas, sou do entendimento de que é legal a incorporação das vantagens elencadas nos artigos 139, da Lei nº 1.762/86 e 140 da Lei nº 1.778/87, por servidores que até a data da Emenda Constitucional Federal nº 20/98 tenham se aposentado ou adquirido direito a título pessoal dos referidos benefícios. Já os servidores que pleiteiam tais vantagens em data posterior a da promulgação da Emenda Constitucional Federal nº 20/98 quando ainda não estavam aposentados ou não haviam adquirido tal direito a título pessoal, não tem direito à percepção dessas vantagens, por expressa vedação constitucional.

Assim sendo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria da Excelentíssima Auditora Yara Amazônia Lins Rodrigues dos Santos.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, a douta Relatora levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, sem que tenha havido discordância de seus antecessores. Desse modo, apresentamos a seguir a conclusão do voto condutor, que assim salientou:

De acordo com o ilustre Órgão Técnico e o Douto Órgão Ministerial, VOTO nos sentido da Legalidade da incorporação das vantagens elencadas nos artigos art. 139 da Lei n.º 1762/86 e 140 da Lei 1778/87, por servidores que até a data da Emenda Constitucional n.º 20/98 tenham se aposentado ou adquirido direito líquido a título pessoal de incorporação das referidas vantagens não vislumbrando impedimento a sua percepção. Quanto, aos servidores que pleiteiam tais vantagens em data posterior a promulgação da Emenda Constitucional Federal n.º

20/98 que ainda não estavam aposentados ou não haviam adquirido tal direito a título pessoal, não há como sustentar a percepção dessas vantagens, por expressa vedação constitucional.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 10 de setembro de 2009, presidida pelo Conselheiro Raimundo Michiles, tendo como signatários além do presidente, a Auditora Yara Lins (Relatora) e o representante ministerial, Roberto Krichanã.

Efeitos no cálculo dos proventos de aposentadoria do valor contribuído em razão de gratificação instituída por lei declarada inconstitucional.

Consulta autuada sob Processo n. 1301/2008.

Relator: Conselheiro Júlio de Assis Corrêa Pinheiro.

Consulente:

Possibilidade de se computar, para fins de cálculo dos proventos de aposentadoria, contribuição previdenciária proveniente de gratificação instituída por lei declarada inconstitucional.

Tribunal Pleno:

RESOLVE, por entendimento unânime, julgar pelo conhecimento da presente consulta, apresentando as seguintes orientações ao Consulente:

- a)** os valores descontados dos servidores públicos municipais, a título de contribuição previdenciária, que tenha havido como base de cálculo a gratificação instruída na citada Lei declarada inconstitucional, não poderão ser considerados para cálculos de proventos de aposentadoria pelos fundamentos narrados nos autos;
- b)** as referidas contribuições descontadas dos servidores lhes sejam devolvidas, monetariamente corrigidas até a data do seu

efetivo pagamento, atualizado, seguindo o mesmo índice de correção utilizado pela fazenda pública municipal na correção de seus créditos, tudo apurado até a data de sua efetiva devolução;

c) que sejam encaminhadas ao consulente as informações contidas no presente voto, acompanhando cópia do Parecer Ministerial, conforme dispõe o art. 1º, XXIII, da e, c/c o art. 278, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Diretor-Presidente da MANAUSPREV, Sandro Breval Santiago, acerca do procedimento a ser adotado no cálculo dos proventos de aposentadoria, quando incidir gratificação julgada inconstitucional.

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, observa que *se a referida contribuição foi feita à época, em que sobre a lei não pesava a referida inconstitucionalidade, ou seja, se recolhida em conformidade com a Carta Maior, deverá ser restituído o valor contribuído até a declaração da inconstitucionalidade da lei/ gratificação em comento, sob pena de enriquecimento indevido, por parte da Administração.*

E conclui no sentido de que não poderá ser levado para cômputo dos proventos, gratificação considerada inconstitucional.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Roberto Cavalcanti Krichanã da Silva, emitiu parecer nos autos, nos seguintes termos:

Ao compulsar os autos, pude observar que o tema principal da consulta diz respeito ao efeito que deve ser aplicado a uma norma considerada inconstitucional. Dessa forma, entendo que o efeito da norma declarada inconstitucional é “*ex tunc*”, senão vejamos:

Quando o STF concede efeitos retroativos a decisão de inconstitucionalidade, necessariamente tal decisão possui efeitos declaratórios. Para sintetizar o conteúdo declaratório, cabe trazer à baila a pena de Cândido Dinamarco: Como afirmação que é, toda declaração tem sempre por objeto fatos passados ou direitos e obrigações também preexistentes a ela (supra nn,5 e 889), sendo natural que a eficácia das sentenças declaratórias se reporte a situação existente no momento em que o fato ocorreu ou seu efeito jurídico-material se produziu. Elas têm eficácia ex tunc, colhendo a realidade desse passado e assim prevalecendo quanto aos atos e fatos ocorridos depois.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001. VI 3, p. 27

A respeito do tema, ou seja, do valor contribuído a título de gratificação instituída por lei que foi declarada inconstitucional, devem ser ressarcidos àqueles que contribuíram até a data da declaração de inconstitucionalidade os valores corrigidos monetariamente, uma vez que o efeito da inconstitucionalidade é “ex tunc” e tendo em vista que a Administração não pode se locupletar.

Tendo em vista que a lei desta gratificação foi retirada do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido, não poderá ser levada para cômputo dos proventos a gratificação considerada inconstitucional.

Assim sendo, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Júlio de Assis Corrêa Pinheiro.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde votou no seguinte sentido:

De acordo com entendimento doutrinário, a “Declaração de Inconstitucionalidade (procedência da ação) ou a constitucionalidade (improcedência da ação) da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá como regra efeitos retroativos (ex tunc), gerais (erga omnes), repristinatórios e vinculante”. (Alexandre de Moraes- Constituição do Brasil Interpretada – Ed. 2007).

No caso específico verifiquei que o artigo 16, § 1º, da Lei Municipal n. 349/1996 e a Lei Municipal n. 082/2002, **instituíram aos servidores públicos municipais cedidos a SEMEF, gratificação de produtividade, e, ao passarem para inatividade, tendo percebido tal benefício por mais de 60 (sessenta) meses, fariam jus a referida vantagem.** Tais dispositivos foram declarados inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça do Amazonas na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2003.001411-0 movida pelo Ministério Público Estadual.

No entendimento do Professor Dr. Ives Gandra da Silva Martins, “O Processo na Constituição” – São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2008, p. 535, assim expõe:

“Do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade resulta a total nulidade dos atos emanados do Poder Público, desamparando as situações constituídas sob a égide e inibindo a possibilidade de invocação de qualquer direito (cf. STF – RTJ, 146/461)”.

No caso em análise, cuida-se de questões previdenciárias, onde o Consultor questiona qual o procedimento que deverá ser adotado por aquele Fundo, “se o valor contribuído em razão de uma gratificação instituída por lei declarada inconstitucional pode ser considerada para cálculo dos proventos de aposentadoria a despeito do efeito *ex tunc* inerente a essa decisão”?

A Lei declarada inconstitucional, referida no parágrafo anterior foi retirada do mundo jurídico como se nunca tivesse existido, ou seja, já nasceu morta. Neste sentido, entendo que as gratificações não poderão ser levadas para o cômputo dos proventos de aposentadoria.

Assim sendo, concordando com parecer Ministerial n. 2008/2008, (fls. 21/23) e ratificado no parecer n. 921/2009-MP/RCKS, (fls. 36/38), **VOTO** no sentido de que o Egrégio Tribunal Pleno adote as seguintes providências:

1. Conheça da presente consulta, apresentando as seguintes orientações ao Consulente:
 - a) os valores descontados dos servidores públicos municipais, a título de contribuição Previdenciária, que tenha havido como base de cálculo, a gratificação instituída na citada Lei declarada inconstitucional, **não poderão ser considerados para cálculo dos proventos de**

aposentadoria pelos fundamentos aqui narrados;

- b) *as referidas contribuições descontadas dos servidores lhes sejam devolvidas, monetariamente corrigidas até a data do seu efetivo pagamento, atualizado, seguindo o mesmo índice de correção utilizada pela fazenda pública municipal na correção dos seus créditos, tudo apurado até a data de sua efetiva devolução.*

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, nos termos do Voto condutor, emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 23 de julho de 2009, presidida pelo Conselheiro Raimundo José Michiles; presentes o Conselheiro **Júlio de Assis Corrêa Pinheiro** (Relator) e o representante ministerial, Procurador Roberto Cavalcanti Krichanã da Silva.

Possibilidade de determinação de retificação de ato aposentatório por intermédio de despacho monocrático do Conselheiro-Relator.

Consulta autuada sob Processo n. 2772/2008.

Relator: Conselheiro Júlio Cabral.

Consulente:

Dúvidas acerca de que procedimento deverá ser adotado na retificação das aposentadorias quando determinadas pelo Conselheiro-Relator, antes da apreciação final da legalidade do ato aposentatório.

Tribunal Pleno:

“8.1 – TOMAR CONHECIMENTO da presente Consulta, com fulcro no artigo 1º, inciso XXIII, da Lei Estadual nº 2423/96-TCE (Lei Orgânica) c/c art. 5º, inciso XXIII, da Resolução nº 04/2002/TCE/AM| (Regimento Interno);

8.2 – REVER O POSICIONAMENTO DESTA CORTE, adotado no ano de 1992, quanto à forma de determinar aos órgãos jurisdicionados, inclusive o AMAZONPREV, para que procedam à retificação dos atos aposentatórios eivados de vícios de ilegalidade, sendo a forma mais viável, célere e econômica aquela decorrente de decisão monocrática do Conselheiro Relator, leia-se, despacho,

quando da análise preliminar dos fatos, **com a ressalva** sugerida pelo Conselheiro Érico Xavier Desterro e Silva, para que se faça monocraticamente apenas nos casos em que haja posição firmada sobre a matéria, ficando os demais casos submetidos à decisão da Câmara por proposta do relator.

8.3 – ENCAMINHAR cópia do Parecer Ministerial juntamente com esta Decisão ao Consulente;

8.4 – COMUNICAR a todos os órgãos jurisdicionados afins sobre o teor desta decisão, considerando a repercussão geral da presente matéria.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Diretor-Presidente da AMAZONPREV, Silvestre de Castro Filho, acerca do procedimento a ser adotado na retificação das aposentadorias quando determinadas pelo Conselheiro-Relator, antes da apreciação final da legalidade do ato aposentatório.

Após admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, considerando *que os tribunais de contas analisam as aposentadorias sob três prismas constitucionais, prerrogativas inquestionáveis por qualquer poder ou órgão, quando versam no tema de aposentadoria*, assim se manifesta:

1. Por força constitucional, pode o Tribunal determinar ao órgão jurisdicionado, em qualquer momento, correções de eventuais vícios sanáveis.
2. As determinações do Tribunal de Contas não detém meramente caráter sugestivo, e sim, compulsório para sua aplicação.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador-Geral na forma regimental, tendo como signatário o Dr. Roberto Cavalcanti Krichanã da Silva, emitiu parecer nos autos, nos seguintes termos:

“Feitas tais considerações, e não existindo mais dúvidas acerca da competência desta Corte para apreciar a legalidade dos atos aposentatórios dos servidores públicos e oferecer prazo para que os órgãos ou entidades sujeitos a sua jurisdição sanem eventuais ilegalidades, em 1992 o TCE/AM, nos autos de n. 390/92, regulamentou a forma de notificação da SEAD para que esta procedesse à retificação de tais atos, conforme se abstrai das fls. 28 do processo em tela:

“DECISÃO: À unanimidade, de acordo com o voto do Cons. Relator e parecer da Assessoria Jurídica, recomendar às Auditorias que somente solicitem à SEAD retificação dos atos de aposentadoria após estes haverem sido objeto de decisão nesse sentido, por parte das Câmaras ou do Plenário do Tribunal.”

(...)Entretanto, há de se frisar, neste ponto, que a decisão desta Corte para que as retificações de aposentadoria junto à SEAD, ou melhor, ao AMAZONPREV, hoje, sejam precedidas de decisão colegiada, mostra-se obsoleta, tendo em vista o Princípio da Celeridade Processual, consagrado no artigo 62, inciso VII, do Regimento Interno desta Casa.

(...)Atenção. Não se está aqui a dizer que a decisão proferida em 1992 não vigora mais, ao contrário, está-se a aproveitar o ensejo da Consulta formulada pelo AMAZONPREV para sugerir a este Tribunal que derogue tal preceito, eis que, conforme demonstrado, o mesmo somente causa entraves à celeridade processual, não existindo nenhum óbice capaz de impedir que o Conselheiro Relator do processo profira despacho monocrático determinando ao AMAZONPREV ou outro órgão da Administração a retificação de ato aposentatório que contenha ilegalidade

Isto posto, opino que o Egrégio Plenário decida, caso também seja do seu entendimento:

1. Tomar conhecimento da presente consulta, com fulcro no artigo 1º, inciso XXIII. Da Lei Estadual nº 2.423/1996 - LEI ORGÂNICA DO TCE/AM c/c artigo 5º, inciso XXIII, da Resolução nº 04/2002 - REGIMENTO INTERNO DO TCE/AM, remetendo cópia deste parecer ao Consulente.

2. Rever o posicionamento desta Casa, adotado no ano 1992, quanto à forma de determinar aos órgãos gestores, inclusive ao AMAZONPREV, para que procedam à retificação dos atos aposentatórios eivados

de vício de legalidade, sendo a forma mais viável e célere aquela decorrente de decisão monocrática do Conselheiro Relator quando da análise preliminar dos fatos.

Assim sendo, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Julio Cabral.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde votou no sentido de que o Tribunal **Reveja o posicionamento desta Casa, adotado no ano de 1992, quanto à forma de determinar aos órgãos jurisdicionados, inclusive o AMAZONPREV, para que procedam à retificação dos atos aposentatórios eivados de vícios de legalidade, sendo a forma mais viável, célere e econômica aquela decorrente de decisão monocrática do Conselheiro Relator, leia-se, despacho, quando da análise preliminar dos fatos.**

A seguir apresentamos alguns trechos do voto condutor:

“(...)

20. Feitas tais considerações, e inexistindo dúvidas acerca da competência desta Corte tanto para apreciar a legalidade dos atos concessórios de aposentadoria dos servidores públicos como para oferecer prazo aos órgãos ou entidade sujeitas a sua jurisdição visando sanar eventuais ilegalidades, faz-se mister analisar o procedimento utilizado por esta colenda corte de contas no que tange à retificação de atos aposentatórios.

21. Em 1992 este Tribunal de Contas, nos autos de n. 390/92, regulamentou a forma de solicitação da SEAD para que esta procedesse à retificação de tais atos, conforme se observa às fls. 28 do processo em tela, da seguinte forma:

“Decisão: À unanimidade, de acordo com o voto do Cons. Relator e parecer da Assessoria Jurídica, recomendar às Auditorias que somente solicitem à SEAD retificação de atos de aposentadoria após estes haverem sido objeto de decisão, nesse sentido, por parte das Câmaras ou do Plenário do Tribunal.” (D.O.E de 25 de maio de 1992)

22. Constata-se que decisão supramencionada não foi revogada, estando, portanto, em pleno vigor, razão pela qual, o ato procedimental para

que o Tribunal de Contas determine a retificação de atos de aposentadoria deveria ser por intermédio de Decisão Colegiada.

23. Todavia, é importante frisar, que tal procedimento demonstra-se, atualmente, moroso e obsoleto, tendo em vista o Princípio da Celeridade Processual, consagrado no artigo 62, inciso VII, do Regimento Interno desta Casa. Além disso, essa forma procedimental mostra-se Onerosa para esta Corte, posto que suas decisões devam ser publicadas na Imprensa Oficial.

24. Analisando a presente questão sob o enfoque regimental, esclareço, inicialmente, que o despacho é um ato praticado no curso do processo (vide artigo 89, inciso I) por Conselheiros e Auditores, qualquer que seja o objeto do ato, exceto quando seja definido regimentalmente como decisão, acórdão ou sentença.

25. Assim, ao examinar a Seção V do capítulo VI do Regimento Interno desta Corte (art. 138 a 141), que trata da forma das deliberações do Tribunal Pleno, das câmaras e do Conselheiro Julgador, verifico que estas terão a forma de **decisão** (vide art. 138, inciso III) nos casos em que o Tribunal: a) apreciar e julgar a regularidade ou a legalidade de atos da administração; b) apreciar e julgar os assuntos administrativos internos, inclusive contenciosos, e de economia interna; e c) julgar contas, à unanimidade, sem que haja condenação.

26. Destarte, após análise dos referidos dispositivos legais, verifiquei que não existem óbices no Regimento Interno desta Casa que impossibilitem o despacho monocrático recomendando a retificação de decretos aposentatórios, guia financeira e documentos afins.

27. Quanto à questão suscitada pela Consultoria Jurídica desta Casa em relação à necessidade de arguição de inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 39, da Lei Complementar n. 30/2001, comungo do entendimento do i. parquet no sentido de que inexistente qualquer afronta constitucional.

28. Isto posto, acolho o entendimento do d. Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas e, **VOTO**, no sentido de que o Egrégio Colegiado desta Corte, nos usos de suas atribuições constitucionais e legais:

28.1 **Tôme conhecimento** da presente consulta, com fulcro no artigo 1º, inciso XXIII, da Lei Estadual ne 2.423/96-TCE (Lei Orgânica)

c/c art. 5º, inciso XXIII, da Resolução nº 04/2002-TCE/AM (Regimento Interno);

28.2 Reveja o posicionamento desta Casa, adotado no ano de 1992, quanto à forma de determinar aos órgãos jurisdicionados, inclusive o AMAZONPREV, para que procedam à retificação dos atos aposentatórios eivados de vícios de legalidade, sendo a forma mais viável, célere e econômica aquela decorrente de decisão monocrática do Conselheiro Relator, leia-se, despacho, quando da análise preliminar dos fatos;

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, nos termos do Voto condutor, com a ressalva sugerida pelo conselheiro Érico Desterro, emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 13 de novembro de 2008, presidida pelo Conselheiro Raimundo José Michiles; presentes o Conselheiro Julio Cabral (Relator) e o representante ministerial, Procurador Roberto Cavalcanti Krichanã da Silva.

Aposentadoria e abono de permanência no tocante às regras de transição trazidas pelas EC 20/1998 e 41/2003:

Consulta autuada sob Processo n. 4904/2007.

Relator: Conselheiro Josué Cláudio de Souza Filho.

Consulente:

Servidor que tenha ingressado no serviço público antes de 1998 e não tenha preenchido um dos requisitos do art. 2º da EC 41/2003, até a data de sua publicação, em 31 de dezembro de 2003, vindo a preencher somente em 2007, terá direito ao abono de permanência, ou esse direito subsiste somente até a data da publicação da Emenda Constitucional 41/2003?

Tribunal Pleno:

“Comunicar ao Dr. **Evandro Paes de Farias**, atual Procurador Geral de Justiça, a possibilidade jurídica de concessão do abono de permanência aos membros do Ministério Público que preencham aos requisitos estipulados na Constituição da República e das Leis esparsas apenas em 2007”.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. Mauro Luiz Campbell Marques, acerca de aposentadoria e abono de permanência no tocante às regras de transição trazidas pelas EC 20/1998 e 41/2003, como segue:

01 - O servidor que tenha ingressado no serviço público antes de 1998 e não tenha preenchido um dos requisitos do art. 2º da EC 41/2003, até a data de sua publicação, em 31 de dezembro de 2003, vindo a preencher somente em 2007, terá direito ao abono de permanência, ou esse direito subsiste somente até a data da publicação da Emenda Constitucional 41/2003?

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, posiciona-se pela concessão do abono de permanência a quem tenha preenchido os requisitos em 2007. Assim vejamos:

O abono de permanência in casu será devido em duas Hipóteses:

1º caso – A prevista no art. 40, § 19, da Constituição Brasileira, que estabelece que o servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecida no §1º, III, a (aposentadoria voluntária com proventos integrais) e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no §1º, II (aposentadoria compulsória).

Portanto, o servidor que, após EC 41/2003, implemente todos os requisitos para aposentar-se voluntariamente com proventos integrais e mesmo assim decida permanecer em atividade, fará jus ao abono de permanência, até completará idade para aposentadoria compulsória.

2º caso – Está previsto no art. 2º, § 5º da EC 41/2003, que estabelece que o servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus ao abono de permanência equivalente ao valor da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsó-

ria contidas no art. 40, §1º, II, da Constituição de 1988, cumprindo o pedágio de 20%.

Verifica-se neste último caso, a primeira regra de transição tratada pela EC 41/2003, deste modo, o servidor que tenha ingressado em cargo efetivo até 16/12/98 (data de publicação da EC n. 20) e tenha implementado os requisitos elencados no caput do art. 2º da EC 41/2003, terá direito a perceber o abono de permanência, desde que permaneça na ativa, pelo menos até que implemente a idade de 70 anos, quando sairá compulsoriamente.

Pelo exposto, são estas as possibilidades de concessão do referido benefício constitucional, dos servidores que ingressaram até a data da publicação da EC 41/2003. Desta forma, fica verificado se respeitados critérios supramencionados, poderá sim, o referido Órgão Ministerial, conceder o abono de permanência em a quem tenha preenchido os requisitos em 2007.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por sua Procuradora-Geral na forma regimental, tendo como signatária a Dra. Fernanda Cantanhede Mendonça, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu a Procuradora-Geral, em fundamentação consonante e complementar à Consultoria Técnica sustentando a possibilidade dos servidores que se encontrem na situação narrada pelo Consulente poderem perceber o benefício, desde que preenchidos alguns requisitos, como segue:

O abono de permanência constitui uma forma de motivação oferecida pelo Estado aos seus servidores para que continuem suas atividades laborais, mesmo após o implemento das condições necessárias à aposentadoria voluntária, em prol do adiamento à despesa referente ao pagamento dos proventos ao servidor aposentado e da remuneração ao que o substituiria.

O abono de permanência foi instituído pela Emenda Constitucional n. 41 de 19.12.2003, com o intuito de substituir a isenção da contribuição previdenciária, prevista na EC n. 20/98, concedendo ao servidor, que cumprir às exigências constitucionais para aquisição de aposentadoria voluntária e optar por perma-

necer em atividade, benefício na mesma proporção dos valores pagos a título de contribuição previdenciária.

Ressalte-se, neste ponto, que tal pagamento será efetuado pelo Tesouro do Estado, continuando o servidor a contribuir para o regime próprio de previdência, ao qual está vinculado, restando aos cofres públicos o encargo de pagar-lhe o referido abono.

Adentrando-se à questão pertinente às hipóteses em que deverá ser implementado o abono de permanência, observa-se a existência de quatro, quais sejam:

1ª hipótese: artigo 40, § 19, da Constituição Federal de 1988;

2ª hipótese: artigo 2º, § 5º, da Emenda Constitucional n. 41/2003;

3ª hipótese: artigo 3º, § 1º, da Emenda Constitucional n. 41/2003;

4ª hipótese: esta última situação trata da conversão da isenção previdenciária¹ em abono.

Acerca da 1ª hipótese acima citada, tem-se a previsão constitucional no seguinte sentido:

“Art. 40 Omissis

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II”.

O § 1º, inciso III, acima citado no bojo do artigo 40, trata da aposentadoria voluntária com proventos integrais, desde que cumprido o tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se dará sua aposentadoria, observando-se, ainda, que se homem

1. Art. 3º, § 1º, EC n. 20/98 – O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, a, da Constituição Federal.

o mesmo deverá ter completos 60 (sessenta) anos de idade de 35 (trinta e cinco) de contribuição e, se mulher 55 (cinquenta e cinco) anos e 30 (trinta) de contribuição.

Já o inciso II do § 1º, a que também faz remissão o § 19, refere-se à aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Na mesma esteira, segue a Resolução SEPLAG n. 60 de 08.07.2004, que assim dispõe:

“Art. 1º O servidor titular de cargo de provimento efetivo que tenha completado as exigências para as aposentadorias voluntárias estabelecidas no art. 40, § 1º, III, ‘a’, da Constituição Federal e no art. 2º, I, II e III da Emenda à Constituição Federal nº 41, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor de sua contribuição previdenciária até completar as exigências para a aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II da Constituição Federal.”

E a Instrução Normativa n. 09/2004 do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul:

“Art. 1º Os membros do Ministério Público estadual e servidores dos Quadros de Pessoal da Procuradoria-Geral de Justiça que preencherem os requisitos para a aposentadoria voluntária, nos termos do artigo 40, § 1º, III, ‘a’ e ‘b’, da Constituição Federal, dos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional n. 47/2005, e que optem por permanecer em atividade, farão jus a um abono de permanência no valor correspondente à contribuição previdenciária, até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal. (Redação alterada pela Instrução Normativa de n. 02/2005)”

Portanto, logo, conclui-se que preenchidos os requisitos a que faz menção o inciso III, do artigo 40, não existem óbices a comprometer o deferimento do abono de permanência.

Em se tratando da segunda hipótese elencada nesta peça ministerial, colaciona-se a previsão do artigo 2º, § 5º, da Emenda Constitucional n. 41/2003:

“Art.2º Omissis

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, §1º, II, da Constituição Federal.”

Neste caso, observa-se que terá direito a receber o abono de permanência o servidor que ingressou em cargo efetivo até 16.12.1998 (data da publicação da EC n. 20/98) e implementou os requisitos do artigo 2º e incisos, da Emenda Constitucional n. 41/2003 e, permaneça na ativa até que complete a idade de 70 (setenta) anos.

O artigo 2º da EC n. 41/2003 e seus incisos dispõem que o servidor para aposentar-se voluntariamente deverá, cumulativamente, contar com 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos, se mulher; 5 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria; tempo de contribuição igual a 35 (trinta e cinco) anos, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher; e um período adicional de contribuição equivalente a 20% (vinte por cento) do tempo que, na data da publicação da EC n. 20/98, qual seja, 16.12.1998, faltaria para atingir o limite de tempo de contribuição de 35 anos (homem) e 30 anos (mulher).

Esta última situação supramencionada pode ser considerada como a primeira regra de transição da Emenda Constitucional n. 41/2003, facultando a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição com idade inferior àquelas previstas no artigo 40, § 1º, inciso III, alíneas *a* e *b*, da Constituição Federal de 1988, com proventos reduzidos na forma do artigo 2º, § 1º, da Emenda Constitucional 41/2003².

2. Art. 2º, § 1º, EC 41/03 – O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do *caput* terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, *a*, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:
I – três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do

Já acerca da terceira situação em que se mostra legal a concessão do abono de permanência, deve-se ressaltar que devem ser atendidas conjuntamente as seguintes condições:

- a) cumprimento dos requisitos para aposentadoria voluntária até 31.12.2003, data da publicação da EC n. 41/03; e
- b) contar com 30 (trinta) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, se homem ou mulher, respectivamente, desde que permaneçam trabalhando até o efetivo implemento da aposentadoria compulsória.

Tal situação se abstrai da letra do artigo 3º, § 1º, da Emenda Constitucional n. 41/2003;

“Art 3º Omissis

§1º O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus ao abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contida no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.”

Seguindo o mesmo raciocínio estipulado pelo dispositivo supracitado, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, dispôs regramento similar no artigo 2º, da Instrução Normativa n. 09/2004:

“Art. 2º Os membros do Ministério Público Estadual e servidores dos Quadros de Pessoal da Procuradoria-Geral de Justiça que preencherem os requisitos para a aposentadoria voluntária com proventos proporcionais ou integrais, nos termos do art. 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003, e que optem por permanecer em atividade, farão jus a um abono de permanência equivalente ao valor de sua contribuição previdenciária, desde que contem com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição,

caput até 31 de dezembro de 2005;

II – cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria, na forma do *caput* a partir de 1º de janeiro de 2006.

se homem, até implementar as exigências para a aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal”.

Comentando-se, aqui, a última hipótese, que diz respeito à conversão da isenção previdenciária em abono, tem-se que:

Os servidores públicos que gozavam da isenção da contribuição previdenciária com base no § 1º do artigo 3º e do § 5º do artigo 8º, da EC n. 20/98 e que com o advento da Lei n. 10887/2004 passaram a recolher a contribuição correspondente, fazendo, todavia, jus ao abono de permanência.

Em consonância com o § 1º, do artigo 3º, da EC n. 20/98 ficariam isentos da referida contribuição, os servidores que contavam com os requisitos para obtenção da aposentadoria com proventos integrais em 16.12.1998, porém optaram por permanecer em atividade, até completar as exigências para aposentadoria contidas no artigo 40, § 1º, III, *a*, da Constituição Federal.

Em consonância com o § 5º, do art. 8º, da EC n. 20/98, restou estabelecida a isenção para os servidores que ingressaram no serviço público até 16.12.98 a partir do momento em que completassem as condições para a aposentadoria, previstas no *caput* do referido artigo, de acordo com as regras de transição.

A Lei n. 10.887/04 em seu artigo 16, § 1º (lei que regulamenta a EC n. 41/2003) estabelece que a partir de 20.05.2004 (90 dias após a publicação da MP n. 167 de 20.02.2004), aqueles servidores abrangidos pela isenção de contribuição previdenciária, na forma dos artigos 3º, § 1º e 8º, § 5º, ambos da EC n. 20/98, perderam o referido direito, passando a contribuir para o regime próprio de previdência e, fazendo jus, na mesma proporção, a perceber o abono de permanência, fato denominado de “anterioridade nonagesimal”.

(...)

Encerro meus apontamentos, entendendo que os servidores que se encontrem na situação narrada pelo Procurador-Geral de Justiça podem sim perceber o benefício do abono de permanência desde que preenchidos todos os requisitos do artigo 2º

da Emenda Constitucional n. 41/03, quais sejam:

- a) ingresso no serviço público até 16.12.1998 (a data da publicação da EC n. 20/03);
- b) conter 53 anos de idade, 5 anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e 35 de contribuição (acrescidos, estes últimos, de um período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que, em 16.12.1998, faltaria para completar os 35 anos de contribuição), se homem;
- c) conter 48 anos de idade, 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria e 30 de contribuição (acrescidos, estes últimos, de um período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que, em 16.12.1998, faltaria para completar os 35 anos de contribuição), se mulher;

Assim sendo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Josué Cláudio de Souza Filho.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, sem que tenha havido discordância de seus antecessores. Desse modo, apresentamos a seguir os pontos altos do voto condutor, que assim salientou:

CONSIDERANDO o disposto na legislação pertinente (artigo 2º, § 5º, da Emenda Constitucional n. 41/2003), tem-se o entendimento que tal possibilidade está adstrita aos seguintes requisitos:

- Deve o servidor ter ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação da Emenda n. 20, ou seja, 15 de dezembro de 1998;
- Ter cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos, se mulher;
- Contar cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

- Contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher, e, ainda, um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação da Emenda n. 20, faltaria para atingir o limite de tempo constante deste item;
- Permanecer na ativa até completar o período determinado para a aposentadoria compulsória, ou seja, setenta anos.

CONSIDERANDO que a lei não vincula o preenchimento dos requisitos acima elencados à data de publicação da Emenda n. 41/2003, ou seja, até 19 de dezembro de 2003, é, portanto, possível que o referido preenchimento ocorra apenas em 2007, como indagou o consultante, desde que preenchidos todos os requisitos do art. 2º, da EC n. 41/2003;

CONSIDERANDO a inteligência do Expediente elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado do Piauí, que concluiu:

“O abono será devido aos servidores públicos em três situações distintas:

(...)

2º Hipótese - A prevista no art. 2º, § 5º da EC n. 41/03, que estabelece que o servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará “jus” ao um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da CF/88.

Aqui, estamos tratando da primeira regra de transição da EC nº 41/03. Assim, o servidor que ingressou em cargo efetivo até 16/12/98 (data de publicação da EC nº 20), e implementou os requisitos elencados no caput do art. 2º da EC nº 41/03, terá direito a perceber o abono de permanência, desde que permaneça na ativa, pelo menos até que implemente a idade de 70 anos, quando sairá compulsoriamente.

(...)

A Emenda Constitucional nº 41/03, não exige qualquer outro requisito formal para a concessão do abono, a não ser a implementação das condições para a aposentadoria.”

(...)

Comunique ao Dr. Evandro Paes de Farias, atual Procurador Geral de Justiça, a possibilidade jurídica de concessão do abono de permanência aos membros do Ministério Público que preencham aos requisitos estipulados na Constituição da República e das Leis esparsas apenas em 2007;

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 24 de julho de 2008, presidida pelo Conselheiro Raimundo Michiles, tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro Josué Cláudio Filho (Relator) e o representante ministerial, Roberto Krichanã.

Recebimento de Gratificação de Produtividade após a inativação, sem que o servidor tenha a recebido quando da atividade:

**Consulta autuada sob Processo n. 2910/2006.
Relator: Conselheiro Raimundo José Michiles.**

Consulente:

Recebimento de Gratificação de Produtividade após a inativação, por ocasião de ato normativo, sem que o servidor tenha a recebido quando da atividade.

Tribunal Pleno:

“Responder ao Presidente da Câmara Municipal de Manaus que quaisquer vantagens que venham a ser concedidas, tornando como parâmetro o caso em tese consultado, deverão observar:

a) a vantagem a título de produtividade outorgada mediante lei aprovada pelo legislativo e sancionada pelo executivo em caráter geral, a servidores em atividades, se estende aos inativos, sem necessidade de que lei a determine, com base nas regras constitucionais que permita a paridade remuneratória dos inativos com os servidores ativos, isto é, de acordo com as regras primitivas da Constituição da República/88 (§ 8º, do art. 40);

b) o servidor inativado com a vantagem a título de produtividade após a Emenda Constitucional nº 41/2003, terá direito a atualização dessa vantagem, desde que a Lei que a concedeu aos servidores ativos mencione, expressamente, que esta se estenderá aos servidores inativos, uma vez que a paridade foi banida do sistema constitucional vigente pela aludida EC nº 41/2003.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Presidente da Câmara Municipal de Manaus, Sr. Marco Antonio Souza R. da Costa, acerca da Gratificação de Produtividade, como segue:

1 - É possível que o servidor público, após ter passado para a inatividade venha a perceber vantagem intitulada PRODUTIVIDADE, em razão da aplicação de Ato Normativo (por exemplo, Decreto expedido pelo Chefe do Poder Executivo ou Ato da Mesa Diretora no caso do Poder Legislativo), sem, contudo, que o servidor aposentado tivesse percebido-a por ocasião da atividade?

2 - Considere-se positiva resposta é possível que o servidor público municipal, aposentado antes da EC/41, em cujos proventos se encontra incluída a GRATIFICAÇÃO PRODUTIVIDADE sem percentual expresse, mas em valores fixos, venha a ter a dita gratificação atualizada com base na paridade, ou até mesmo levando-se em consideração o percentual por ele percebido quando da atividade?

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei e na Doutrina, posiciona-se que deve o Agente Público respeitar sempre a legislação e os direitos assegurados pela mesma, na época em que o servidor público adquirir o direito de se aposentar. Assim vejamos:

Analisando as questões da consulta, destacamos Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 19ª ed., ed. Malheiros, São Paulo, 1994, p.389), que, ao comentar sobre o direito à aposentação registra : **“ é direito adquirido pelo servidor com satisfação dos requisitos exigidos pela lei da época da aposentação.”** Diógenes Gasparini (Direito Administrativo, 4ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1995, p.148), sobre o mesmo tema, completa, **registrando que nada poderá o servidor, se na oportunidade em que adquiriu o direito a se aposentar e não o fez e, após o referido período, começar a vigor uma nova lei, regulamentando de modo diverso a aquisição desse direito, pois respeitar-se-á o direito adquirido.** Neste sentido, RTJ, 64:408, 65:435 e 830; RDA, 114:188 e 116:171 (destaques nosso).

O jurista José Afonso da Silva em seu livro Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª edição, Malheiros Editora LTDA, pg. 621 e ss., ensina que devemos entender, sobre Autonomia, prevista na Constituição Federal, como **“a capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado por entidade superior. E é a Constituição Federal que se apresenta como poder distribuidor de competências exclusivas entre as três esferas de governo...”** Assim, as regras que regem os Servidores Públicos, na Constituição Federal, vão do artigo 39 ao 43, na Constituição Estadual do Amazonas, do artigo 108 até 113 e, na Lei Orgânica do Município de Manaus, Publicada no Diário Oficial do Município, nº 1.162 de 18/01/2005, do artigo 103 até o 126.

De acordo com as legislações supracitadas, encontramos resposta para as duas questões da consulta, através do disposto no artigo 40, §§ 3º e 8º, da Constituição Federal que dispõem:

“Art. 40 – (...)

...

§ 3º - os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, **serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.**

§ 8º - Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, **sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão na forma da lei.**"

O Estatuto dos funcionários Públicos de Manaus, Lei nº 1.118 de 01/09/1971, prevê:

Art. 172 – Além dos vencimentos ou remuneração serão desferidas as seguintes vantagens aos funcionários:

I – ajuda de custo;

II – transporte;

III – diárias;

(...)

IX – salário produtividade;

X...

Pelo exposto, entendemos que deve o Agente Público respeitar sempre a legislação e os direitos assegurados pela mesma, na época em que o servidor público adquirir o direito para se aposentar. Portanto, se o servidor tinha o direito em perceber o salário –produtividade, como qualquer outra vantagem, e não vinha recebendo por falha da administração, entendemos eu no ato da aposentadoria do mesmo, após o devido processo legal, deve o Agente Público reparar o erro da Administração, através de Ato pertinente, assegurando o direito adquirido. Por outro lado, se o servidor não detinha o direito de percepção da vantagem ora analisada, é evidente que pode o Agente Público proceder com a concessão, pois, se assim agir, estará cometendo crime contra a Administração.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por sua Procuradora Dra. Evelyn Freire de Carvalho, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu a Procuradora, em fundamentação consonante e complementar à Consultoria Técnica, onde concluiu:

A extensão aos inativos de determinada gratificação (questão 1) ou atualização do valor remuneratório (questão 2) concedido aos servidores em atividade denomina-se **paridade**. Esse direito veio inicialmente transcrito no parágrafo 4º, do artigo 40, da Constituição Republicana¹, sendo, posteriormente, através da Emenda Constitucional nº 20/1998, disposto no parágrafo 8º, do mesmo artigo².

Com o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, a regra de paridade foi banida do artigo 40, sendo o reajustamento dos proventos concedidos por lei que especificará os critérios a serem utilizados³.

Portanto, para que o inativo faça jus ao reajustamento de seus proventos ou a incorporação de determinada vantagem concedida aos servidores em atividade, é necessário, primeiramente, verificar se sua aposentadoria ocorreu com base nas regras constitucionais que permitia a paridade remuneratória dos inativos com os servidores em atividade, isto é, de acordo com as regras primitivas da Constituição (art. 40, § 4º) ou decorrentes das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 20/1998 (art. 40, § 8º) ou quando a aposentadoria foi concedida de acordo com os termos dos artigos 6º e 7º, da Emenda Constitucional nº 41/2003⁴ ou artigo 3º, da Emenda Constitucional

1. Art. 40, § 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei. (redação primitiva)
2. Art. 40, § 8º. Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei. (redação dada pela E.C. nº 20/1998)
3. Art. 40, § 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)
4. Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo

nº 47/2005⁵.

Posteriormente, em se tratando de extensão de vantagem concedida aos servidores em atividade, deverá verificar se esta vantagem foi concedida de forma generalizada, ou seja, tenha **caráter geral** e não específico.

Segundo o Supremo Tribunal Federal (RE-259258), **vantagem de caráter geral** é toda aquela que não se configura como gratificação de caráter pessoal ou de serviço.

RE-259258:

“Reformado acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para assegurar a servidores inativos do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo - DER/SP a Gratificação de Atividade Rodoviária - GAR, instituída pela Lei Complementar paulista nº 784/94, por ofensa ao art. 40, § 4º, da CF, que determina a extensão aos inativos de quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade. A Turma reconheceu o direito dos servidores inativos a terem incorporada em seus proventos a referida

de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

- I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;
- II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
- III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e
- IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Parágrafo único. Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

5. Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

- I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
- II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;
- III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea «a», da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

gratificação, tendo em vista tratar-se de vantagem deferida de forma geral, não se configurando como gratificação de caráter pessoal ou de serviço (enquanto no exercício de atividades específicas). Precedentes citados: AG (AgRg) 141.189-DF (RTJ 142/966); AG (AgRg) 185.106-RJ (DJU de 15.8.97). RE 259.258-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 13.6.2000. (RE-259258)”

Para o nosso saudoso professor Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 24ª edição, páginas 437/438), as gratificações de serviço ou pessoais “*não são liberalidades puras da Administração; são vantagens pecuniárias concedidas por mútuo interesse do serviço e do servidor, mas sempre vantagens transitórias, que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem geram direito subjetivo à continuidade de sua percepção. Na feliz expressão de Mendes de Almeida, são partes contingentes, isto é, partes que jamais se incorporam aos proventos, porque pagas episodicamente ou em razão de circunstâncias momentâneas*”.

Respeitados tais requisitos (regras de inativação permitindo a paridade e vantagem concedida em caráter geral), poderão os inativos fazer jus a tais benefícios, independentemente de serem concedidos por meio de lei. É neste sentido que vem se manifestando nossa Suprema Corte de Justiça, *in fine*:

“PROVENTOS DA APOSENTADORIA - VANTAGEM OUTORGADA AOS SERVIDORES EM ATIVIDADE. Uma vez constatado o caráter geral de certa vantagem outorgada aos servidores em atividade, a extensão aos inativos decorre, sem necessidade de lei específica, do disposto no § 8º do artigo 40 da Carta Política da República. (AI-AgR 429052 / SP)”

“1. Gratificação de encargos especiais atribuída a servidores, em atividade, da Fundação Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Rio de Janeiro pelo Decreto-lei 220/75: extensão aos inativos, por força do artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, em sua primitiva redação, dado o seu caráter geral: precedentes.
2. Proventos de aposentadoria: Constituição, art. 40, § 4º; regra de paridade com os vencimentos do cargo correspondente que tem precisamente o sentido de dispensar que a lei estenda ao inativo em cada caso,

o benefício ou vantagem que outorgue ao servidor em atividade. (RE-AgR 395186 / RJ)”

“CONSTITUCIONAL. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADES TRIBUTÁRIAS, INSTITUÍDA PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.915, DE 29/06/1999. EXTENSÃO AOS INATIVOS E PENSIONISTAS DE EX-OCUPANTES DO CARGO DE AUDITOR-FISCAL DO TESOUREO NACIONAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 40, § 8º, NA REDAÇÃO DECORRENTE DA EC 20/98. Vantagem de caráter geral, devida aos aposentados e pensionistas, nos termos da norma constitucional acima referida e em consonância com a jurisprudência desta Suprema Corte, firmada em torno de casos semelhantes. Além do mais, a primeira edição da MP 1.915/1999 contemplou indistintamente os proventos de aposentadoria e as pensões; por isso, ofendem o postulado da isonomia as reedições da Medida, que limitaram o pagamento do benefício aos servidores aposentados a partir de 1º/07/1999. Por outro lado, como tal restrição foi afastada pela Lei nº 10.593, de 06/12/2002, remanesce o interesse das partes com relação ao período regressivo, até a data da impetração. Recurso extraordinário conhecido e desprovido. (RE 397872 / DF)”

Assim sendo, sem divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro Raimundo José Michiles.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, sem que tenha havido discordância de seus antecessores. Desse modo, apresentamos a seguir a conclusão do voto condutor, que assim salientou:

Estando os autos devidamente instruídos, verifico assistir razão tanto à SUBTEC quanto ao douto MPE, explico porque assim entendo:

O caso em tese colocado pelo Presidente da Câmara de Manaus, leva-nos ao entendimento de que o Agente Político deva

sempre respeitar a legislação e os direitos assegurados ao servidor público que, ao se aposentar, já detinha o direito a perceber a vantagem objeto da consulta. Se a Administração da Câmara de Manaus não vinha pagando tal direito por falha administrativa, é curial que deva, por ocasião do ato da aposentadoria do mesmo, após o devido processo legal, reparar o erro pois, afinal, a Administração sempre poderá rever seus atos. Ao revés, se o servidor não detinha o direito de percepção da vantagem em atividade, ora analisada, é evidente que não pode o Agente Político realizar atos de liberalidade, concedendo direitos gratuitos sob pena de, assim agindo, cometer crime contra a Administração, respondendo depois em juízo pela concessão da liberalidade.

A situação colocada, conduz também ao entendimento de que tais requisitos, regras de inativação permitindo a paridade e vantagem concedida em caráter geral, que os inativos poderão fazer jus a tais benefícios, independentemente de serem concedidos por meio de lei.

A par destas constatações, **VOTO**, na competência prevista no artigo 1º, inciso XXII, da Lei 2423/96 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas) que o E. Tribunal Pleno:

1. **Tome conhecimento** da presente consulta, com arrimo no artigo 1º, inciso XXIII, da Lei Estadual nº 2.423/1996 (LEI ORGÂNICA DO TCE/AM), c/c os artigos 5º, inciso XXIII, 274, inciso li, e seu § 1º, todos da Resolução nº 04/2002 (REGIMENTO INTERNO DO TCE/AM);
2. **Responda** ao Presidente da Câmara Municipal de Manaus que quaisquer vantagens que venham a ser concedidas, tomando como parâmetro o caso em tese consultado, deverão observar:
 - 2.1 A vantagem a título de produtividade outorgada mediante lei aprovada pelo legislativo e sancionada pelo executivo, em caráter geral, a servidores em atividade, se estende aos inativos, sem necessidade que lei a determine, com base nas regras constitucionais que permitia a paridade remuneratória dos inativos com os servidores ativos, isto é, de acordo com as regras primitivas da Constituição da Re-

pública/88 (§ 4º, do art. 40) ou decorrente das alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 20/1998 (§ 8º, do art. 40);

- 2.2 O servidor inativado com a vantagem a título de produtividade **após** a Emenda Constitucional nº 41/2003, terá direito a atualização dessa vantagem, desde que a Lei que a concedeu aos servidores ativos mencione, expressamente, que esta se estenderá aos servidores inativos, uma vez que a paridade foi banida do sistema constitucional vigente pela aludida EC nº 41/2003;

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 26 de outubro de 2006, presidida pelo Conselheiro Júlio Cabral; tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro Raimundo Michiles (Relator) e a representante ministerial, Procuradora Fernanda Mendonça.

Reajustes nas aposentadorias quanto às vantagens auferidas pelos servidores.

Consulta autuada sob Processo n.1040/2005.

Relator: Conselheiro João dos Santos Pereira Braga.

Consulente:

- 1) as vantagens auferidas na aposentadoria, como adicional por tempo de serviço, tempo integral, produtividade, risco de vida, adicional noturno, gratificação de procuratório, horas extras, insalubridade, diária de campo, gratificação de zonas local, dentre outras, deverão ser reajustadas somente com base no vencimento base (Lei nº 1.869, de 7 de outubro de 1998), ou com base no vencimento mais representação (Lei nº 1.821/87)?;
- 2) o atual reajuste deverá incidir sobre a Bonificação de 20% de final de carreira, ou seu valor deverá permanecer congelado como antes?
- 3) O servidor que se aposentou com proventos proporcionais, mas levou os Jetons (hoje representação) integrais, terá no cálculo atual todas as suas parcelas proporcionalizadas, inclusive os Jetons (representação)?;
- 4) Quando ao piso salarial dos Engenheiros (6 salários mínimos), instituído pelo Decreto Estadual nº 14.547, de 07 de abril de 1992 – quais gratificações devem ser deduzidas desse montante?

Tribunal Pleno:

“(...) ao Consulente na forma apresentada no Voto do Conselheiro-Relator”:

1 - (...) o cálculo das vantagens referidas é de ser feito com base no vencimento e representação do cargo efetivo de que era titular o servidor, pois foi no exercício desse cargo que o servidor preencheu os requisitos para a sua percepção. Dessa forma, no caso de aposentadoria com base no art. 140, da Lei 1762/86, o valor das gratificações “pro labore” não pode ser calculado com base no cargo em comissão, mas sim no cargo efetivo”.

2 - Os servidores que se aposentam com base no art. 140 do Estatuto não fazem jus à percepção do chamado prêmio de aposentadoria previsto no art. 139 do mesmo diploma legal. Isso porque a referida vantagem foi instituída com a finalidade de premiar o servidor que se aposentasse por tempo de serviço de perceber proventos correspondentes ao vencimento da classe imediatamente superior ou acrescidos de 20% quando ocupante da última classe da carreira.

3 - (...) não cabendo, como demonstrado, proporcionalizar a parcela original relativa à representação ou jeton, certo porque, além de todos os argumentos jurídicos expendidos, além de não haver determinação legal neste sentido, estas parcelas não são proporcionalizadas em nenhuma hipótese, quando o servidor está em atividade.

4 - (...) se o Decreto assegurou aos engenheiros a percepção mínima de 06 (seis) salários mínimos, devem ser deduzidas, para

esse fim, todas as parcelas percebidas pelo servidor, exceto o adicional por tempo de serviço e pelo exercício de cargo em comissão ou função gratificada.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Diretor Presidente do Amazonprev, Sr. Silvestre de Castro Filho, solicitando orientações acerca do reajuste dado aos Secretários de Estado e Titulares de Cargos de Alta Direção, integrantes da estrutura do Poder Executivo, consubstanciados através da Lei nº 2.859/03 e da Lei Delegada nº 01/03, e estendido aos servidores inativos do Estado, na forma do artigo 140 da Lei nº 1762/86, gerando com isso as seguintes indagações:

a) as vantagens auferidas na aposentadoria, como adicional por tempo de serviço, tempo integral, produtividade, risco de vida, adicional noturno, gratificação de procuratório, horas extras, insalubridade, diária de campo, gratificação de zonas local, dentre outras, deverão ser reajustadas somente com base no vencimento base (Lei nº 1.869, de 7 de outubro de 1998), ou com base no vencimento mais representação (Lei nº 1.821/87)?;

b) o atual reajuste deverá incidir sobre a Bonificação de 20% de final de carreira, ou seu valor deverá permanecer congelado como antes?

c) O servidor que se aposentou com proventos proporcionais, mas levou os Jetons (hoje representação) integrais, terá no cálculo atual todas as suas parcelas proporcionalizadas, inclusive os Jetons (representação)?;

d) Quando ao piso salarial dos Engenheiros (6 salários mínimos), instituído pelo Decreto Estadual nº 14.547, de 07 de abril de 1992 – quais gratificações devem ser deduzidas desse montante?

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Rela-

tório Conclusivo fundamentado na Lei e na jurisprudência, posiciona-se pelo não conhecimento da presente consulta, por se tratar de caso concreto, porém argumentando:

a) as vantagens auferidas na aposentadoria, como adicional por tempo de serviço, tempo integral, produtividade, risco de vida, adicional noturno, gratificação de procuratório, horas extras, insalubridade, diária de campo, gratificação de zonas local, dentre outras, deverão ser reajustadas somente com base no vencimento base (Lei nº 1.869, de 7 de outubro de 1998), ou com base no vencimento mais representação (Lei nº 1.821/87);

(...) as gratificações são concedidas pela Administração a seus servidores em razão das condições excepcionais em que está sendo prestado um serviço comum (as chamadas gratificações *propter laborem*) ou em face de situações individuais do servidor (*propter personam*) diversamente dos adicionais, que são atribuídos em face do tempo de serviço (*ex facto officii*). Daí porque a gratificação é, por índole, vantagem transitória e contingente.

A gratificação não é vantagem inerente ao cargo ou à função, sendo concedida em face das condições excepcionais do serviço ou do servidor.

Transportando ao caso ora em análise, percebe-se que o AMAZONPREV faz referência às várias vantagens e gratificações, não discriminando a natureza das mesmas e assim não podemos precisar a possibilidade da incorporação das mesmas aos proventos do servidor.

As leis estaduais somente criaram restrição aos aposentados, quanto aos novos valores estabelecidos, mas estendeu os valores das vantagens dos cargos comissionados, já pagas naquela data, aos inativos.

Tal procedimento que admite distinções entre os estipêndios dos servidores públicos tem amparo em decisão do STF:

“Proventos de aposentadoria: a regra de extensão aos inativos das me-

lhorias da remuneração dos correspondentes servidores em atividade (CF, art. 40, § 8º, CF. EC 20/98) não implica a permanente e absoluta paridade entre proventos e vencimentos, dado que nos últimos se podem incluir vantagens pecuniárias que, por sua natureza, só podem ser atribuídas ao serviço ativo." (ADI 575, Rel. Min. Sepúlveda Perence, DJ 25/06/99)

Assim, segundo o artigo 140 da Lei nº 1762/86, o servidor que ao se aposentar, optar pelo cargo comissionado, também levará as vantagens do mesmo, depreendendo-se assim, que os reajustes posteriores ora comentados, apesar de diferenciados, também incidirão sobre os vencimentos mais vantagens e não só no vencimento base dos inativos.

b) o atual reajuste deverá incidir sobre a Bonificação de 20% de final de carreira, ou seu valor deverá permanecer congelado como antes?

O Art. 5º da ADCT da Constituição do Estado do Amazonas assim expressa:

Art. 5º. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição da República e com esta Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, nesse caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso à qualquer título.

Assim, podemos vislumbrar que a referida vantagem a partir da publicação da Lei nº 2531, de 16/04/1999, foi expressamente excluída de todas as aposentadorias, cumprindo assim os ditames constitucionais. No entanto, àquelas que já haviam sido concedidas permaneceu o prêmio dos 20%, mas sem qualquer incidência de qualquer reajuste porventura dado posteriormente.

c) O servidor que se aposentou com proventos proporcionais, mas levou os Jetons (hoje representação) integrais, terá no cálculo atual todas as suas parcelas proporcionalizadas, inclusive os Jetons (representação)?;

(...) o artigo 140 da Lei nº 1762/86, foi claro ao estabelecer que o servidor ao se aposentar, optar pelo cargo comissionado, também levará as vantagens do mesmo, depreendendo-se assim, que os reajustes posteriores porventura havidos também incidirão sobre as vantagens e não só no vencimento base dos aposentados.

d) Quanto ao piso salarial dos Engenheiros (6 salários mínimos), instituído pelo Decreto Estadual nº 14.547, de 07 de abril de 1992 -quais gratificações devem ser deduzidas desse montante?

Entendemos que este questionamento está num âmbito muito genérico, onde sua análise passaria pela averiguação de cada caso em particular, pois as gratificações são concedidas individualizadas e aqui não estão sendo especificadas, logo prejudicando a análise.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador Dr. Evanildo Santana Bragança, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procurador, em fundamentação parcialmente divergente à Consultoria Técnica, e fundamentando seu Parecer na Lei e na Jurisprudência, assim concluiu:

1. Para determinar a base de cálculo de vantagens, não basta a aplicação coordenada do art. 90, § 1º, da Lei estadual nº 1.762/86 (com a redação dada pelo art. 11 da Lei estadual nº 1.869/88) com o art. 9º da Lei estadual nº 1.821/87, sendo necessário ainda o exame do que estabelece cada Lei, quanto a cada regime remuneratório de cada cargo ou carreira;
- 1.2. assim, se a norma específica de cada cargo ou carreira dispõe sobre a base de cálculo da vantagem em questão referindo-se apenas ao vencimento ou vencimento-base, não há como ser aplicada a regra do art. 9º da Lei estadual nº 1.821/87;

(...)

4. sendo a bonificação de fim de carreira um percentual (20%), ela continua a incidir sobre as parcelas constantes da guia financeira da aposentadoria e, se houver variação de alguma destas parcelas, o percentual da bonificação a fará variar também;
- 4.1. isso porque, diversamente do disposto no citado art. 1º da Lei estadual nº 2.531/99 (revogação das regras dos quintos), não há regra estadual que determine ser a bonificação do art. 139 uma parcela congelada com natureza de vantagem pessoal nominalmente identificada;
5. são de observância obrigatória pelos constituintes e legisladores infraconstitucionais estaduais e municipais as regras previdenciárias inscritas no art. 40 da Constituição Federal e nas Emendas constitucionais nacionais que lhe são correlatas;
 - 5.1. onde o constituinte nacional não excepcionou, não é dado ao legislador infraconstitucional fazê-lo, uma vez que deve ater-se aos ditames da Constituição e não inovar sobre eles;
 - 5.2. atenta contra o disposto no art. 40, § 1º, inc. I, II e III, alínea "b", da Constituição da República (com a redação dada pela Emenda nº 20/98, vigente à época) a legislação infraconstitucional estadual que cria exceções à regra da proporcionalização de proventos na medida em que as normas constitucionais nacionais sobre o tema não faz distinções de parcelas;
 - 5.3. devem ser proporcionalizadas todas as parcelas incorporadas nas aposentadorias e pensões, se estas ferem baseadas em contagem de tempo de serviço/contribuição *inferior* aos padrões (35 anos para homens /30 anos para mulheres, na regra geral);
 - 5.4. deve evoluir a interpretação deste Tribunal de Contas, que mandava pagar integralmente, como parcela de proventos, os adicionais por tempo de serviço e os quintos incorporados;

6. o piso salarial de engenheiros, previstos nas Leis federais nº 5.194/66 e 4.950-A/66, representam o mínimo a ser percebido pelo profissional e não o salário-base sobre o qual se calculem outras parcelas, cabendo tão-somente a complementação da remuneração (ou proventos) quando não alcançado o total bruto equivalente a seis salários-mínimos;
- 6.1. a vinculação do piso salarial da categoria a salários-mínimos é constitucional por decorrer exclusivamente de Lei federal que se limitou a regular remuneração e não indexar outras parcelas estranhas ao regime laboral;
- 6.2. as Leis federais nº 5.194/66 e 4.950-A/66 aplicam-se tão somente a profissionais regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Representação nº 745-DF/1968 e reiterado após a Constituição de 1988 (Recurso extraordinário nº 164.715-MG/1996);
- 6.3. é inconstitucional norma estadual infralegal que fixe este piso salarial para servidores estatutários;

Assim sendo, com as divergências parciais de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro João dos Santos Pereira Braga.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde ao se confrontar com a tese jurídica concluiu:

Item 01:

(...) o cálculo das vantagens referidas é de ser feito com base no vencimento e representação do cargo efetivo de que era titular o servidor, pois foi no exercício desse cargo que o servidor preencheu os requisitos para a sua percepção. Dessa forma, no caso de aposentadoria com base no art. 140, da Lei 1762/86, o valor das gratificações "pro labore" não pode ser calculado com base no cargo em comissão, mas sim no cargo efetivo".

Item 02:

Os servidores que se aposentam com base no art. 140 do Estatuto não fazem jus à percepção do chamado prêmio de aposentadoria previsto no art. 139 do mesmo diploma legal. Isso porque a referida vantagem foi instituída com a finalidade de premiar o servidor que se aposentasse por tempo de serviço de perceber proventos correspondentes ao vencimento da classe imediatamente superior ou acrescidos de 20% quando ocupante da última classe da carreira.

Optando pela aposentadoria com base no art. 140, da mesma lei já referida, o servidor deixa de fazer jus à percepção dessa vantagem, exatamente por haver optado pela remuneração do cargo em comissão. Conforme referido, no âmbito federal, a Lei estabelecia que “a aplicação do disposto neste artigo exclui as vantagens previstas no art. 192” artigo este correspondente ao 139 do Estatuto local.

Item 03:

(...) não cabendo, como demonstrado, proporcionalizar a parcela original relativa à representação ou jeton, certo porque, além de todos os argumentos jurídicos expendidos, além de não haver determinação legal neste sentido, estas parcelas não são proporcionalizadas em nenhuma hipótese, quando o servidor está em atividade.

Item 04:

O abono complementar, concedido por pura liberalidade do Chefe do Executivo, com base na Lei nº 15178 de 06.01.93, é devido aos ocupantes de cargo ou emprego de engenheiro, cujas funções e condições de capacidade se enquadrem nas exigências estabelecidas na referida Lei, ao visio de garantir-lhes a percepção de remuneração compatível com a assegurada pelo art. 5º da Lei nº 4.950 – A, que se refere ao salário –base mínimo de 05 (cinco) ou 6 (seis) vezes o maior salário mínimo comum vigente.

(...)

Os Decretos referentes à concessão de abono complementar aos engenheiros destinam-se a assegurar a esses servidores a “remuneração mínima” prevista na Lei nº 4950 – A. Ora, se foi assim, está claro que, no caso de um servidor perceber o abono concedido aos engenheiros, aí deverão estar incluídas, também para efeito do cálculo do abono, todas as vantagens que ele perceber, exceto o adicional por tempo de serviço e o pelo exercício de cargo em comissão ou função gratificada, uma vez que o objetivo de todos os atos legais acerca da matéria é de natureza complementar, com a finalidade única de atingir a “remuneração mínima”.

CONCLUSÃO GERAL:

Vale ressaltar que as respostas apresentadas no Voto, e acolhidas pelo Tribunal, respondendo às indagações formuladas em tese, como devem ser, no exercício do papel pedagógico que incube ao TCE desempenhar igualmente a fiscalização e controle externo das contas públicas, por imposição constitucional, em todos os casos, devem guardar sintonia com o direito adquirido individualmente de cada servidor ou aposentado, o que só poderá ser examinado em cada caso concreto, quando for o caso concreto, quando for o caso, e no tempo certo, de modo que atos constituídos e transitados em julgado que por ventura possam divergir da orientação ora expandida podem e devem ser revistos, observado o direito individual de cada um e o direito e dever da Administração de rever seus atos quando assim entender, observados os atos prazos legais e a forma competente.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 23 de fevereiro de 2006, presidida pelo Conselheiro Júlio Cabral; tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro João Braga (Relator) e o representante ministerial, Érico Desterro.

Composição das parcelas dos proventos de aposentadoria e a proporcionalização, quando da aposentadoria proporcional.

Consulta autuada sob Processo n. 231/2005.

Relator: Conselheiro João dos Santos Pereira Braga.

Consulente:

Questiona sobre a Composição das parcelas dos proventos de aposentadoria e quais devem ser proporcionalizadas.

Tribunal Pleno:

“ao Consulente na forma apresentada no Voto do Conselheiro-Relator”:

“1) A opção pelo vencimento do cargo em comissão como base de proventos inibe a percepção das gratificações e adicionais relativos ao cargo de provimento efetivo?
A opção pelo vencimento do cargo em comissão com base dos proventos, não inibe a percepção das gratificações adicionais relativas ao cargo de provimento efetivo.

2) No caso de aposentadoria proporcional os jetons devem ser proporcionalizados?
No caso de aposentadoria proporcional os jetons ou representação não devem ser proporcionalizados.

E mais: é sabido e ressabido que as normas legais aplicáveis aos servidores públicos, são e deverão ser sempre aquelas existentes ao tempo de aquisição do direito, reajustáveis quanto ao aspecto remuneratório, sempre que se der com os servidores iguais da ativa, conforme imposição constitucional e decisões consagradas dos tribunais. Isto se faz a título de orientação didática como dever do TCE.”

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Diretor Presidente do Amazonprev, em exercício, Sr. Sandro Breval Santiago, acerca da composição e proporcionalização das parcelas dos proventos de aposentadoria, como segue:

01 - A proporção pelo vencimento do cargo em comissão como base dos proventos inibe a percepção das gratificações e adicionais relativos ao cargo de provimento efetivo?

02 - No caso de aposentadoria proporcional, os Jentons devem ser proporcionalizados?

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, posiciona-se pelo não conhecimento da presente consulta, por se tratar de caso concreto, porém argumentando:

No mérito, a questão de fundo envolve o esclarecimento sobre:

- a) a possibilidade de serem pagas gratificações e adicionais, relativas ao cargo efetivo, aos optantes pelo vencimento de cargos em comissão, que está sedimentada no art. 140, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Amazonas, in verbis:

Art. 140 – O funcionário ao se aposentar passará a inatividade:

I – Com vencimento do cargo em comissão, da função de confiança ou função gratificada que houver exercido sem interrupção, por no mínimo cinco anos;

II – Com as vantagens do item anterior, desde que o exercício de cargo ou função de confiança tenha somado um período de dez anos, consecutivos ou não;

§1º - No caso do item II deste artigo, quando mais de um cargo ou função tenha sido exercido, serão atribuídas as vantagens do cargo ou função de maior valor, desde que lhe corresponda o exercício de um ano.

- b) se os jetons devem seguir a proporcionalidade da aposentadoria.

Tal indagação já foi razão de consulta formulada pela Procuradoria Geral do Estado no processo nº 4868/01, onde se questionou quais as vantagens ou parcelas que deveriam ser proporcionalizadas, nas aposentadorias proporcionais, bem como quais aquelas que deveriam ser incorporadas integralmente e este Tribunal de Contas, através de Despacho da Presidência, datado de 09/07/2001, **concluíram pelo caso concreto** e a título de colaboração, no entanto, apesar da clareza do art. 1º, da Lei nº 2633//2001, sugeriu, com o maior respeito, que a SEAD, através de Instrução Normativa, indicasse, exemplificadamente, as vantagens que, por imposição legal ao poderiam ser proporcionalizadas.

IV – CONCLUSÃO

Por tratar a presente consulta de **caso concreto**, cujas previsões encontram-se claramente normatizadas, como apontado neste Relatório Conclusivo, esta SUBTEC, sugere ao Egrégio Tribunal Pleno, ouvido antes o Douto Ministério Público, que decida pelo não conhecimento da presente consulta como preceitua o p. 2º, do art. 274 *cx/c* p. 2º e 3º, do art. 278 da Resolução nº 04/2002 – TCE.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador Dr. Evanildo Santana Bragança, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procurador, em fundamentação divergente à Consultoria Técnica, e fundamentando seu Parecer na Lei, na Doutrina e na Jurisprudência, assim concluiu:

Hei de repartir o exame das questões trazidas pela consulente em quatro campos:

- a) natureza da vantagem regulada pelo art. 140 da Lei estadual nº 1.762/86;
- b) constitucionalidade e âmbito temporal de validade da norma;
- c) métodos de cálculo da vantagem e suas incidências, com as opções do servidor e parcelas incluídas;
- d) regime dos proventos e proporcionalização da vantagem.

1) Natureza da vantagem regulada pelo art. 140 da Lei estadual nº 1.762/86.

Passo à primeira parte.

O art. 140 da Lei estadual nº 1.762/86 é o seguinte:

Art. 140. O funcionário ao se aposentar passará à inatividade:

I - Com vencimento do cargo em comissão, da função de confiança ou função gratificada que houver exercido, sem interrupção, por no mínimo cinco anos.

II - Com as vantagens do item anterior, desde que o exercício de cargo ou função de confiança tenha somado um período de dez anos, consecutivos ou não.

§ 1º No caso do item II deste artigo, quando mais de um cargo ou função tenha sido exercido, serão atribuídas as vantagens o cargo ou da função de maior valor, desde que lhe corresponda o exercício mínimo de um ano.

§ 2º (VETADO)

Esta disposição, rama do tronco de onde brotou também a regra do art. 139 da mesma Lei, criou para o servidor em processo de inativação um direito que ampliava seus proventos, sem que, necessariamente, ele viesse percebendo em atividade tal vantagem.

Observo que, nesta matéria, o Estado não inovou, limitando-se mesmo a copiar (aliás, copiar mal), as redações dos artigos 180 e 184 da Lei federal nº 1.711/52, o estatuto dos funcionários públicos federais, depois revigorados pelos art. 193, 194 e 250 da Lei federal nº 8.112/90 (que duraram, em certa medida, até as edições das Leis federais nº 8.911/94 e nº 9.527/95).

Deve, então, esta disposição do art. 140 da Lei estadual ser enfeixada juntamente com todas aquelas que são denominadas *bonificações de aposentadoria*, que podem ser definidas, em poucas linhas, como vantagens agregadas aos proventos do aposentado, tendo por fato gerador justamente a aposentação, como o adicional trintenário em alguns Estados, os 20% de fim de carreira, a elevação à classe imediatamente superior, a gratificação natalina em duodécimos e a incorporação de pró-labores no Estado do Amazonas, ou, mais recentemente, o abono correspondente à contribuição previdenciária, pago aos servidores que permaneçam em atividade depois de completar o tempo mínimo de contribuição, regulado pelas Emendas constitucionais nacionais nº 20/98 e 41/2003.

Em resumo: vantagens que o servidor, enquanto em atividade, não teria como perceber e, sobrevindo a possibilidade da inativação, fica premiado.

As razões para estes *prêmios de aposentadoria* sempre foram as mais variadas, isso se não se levar em conta a pura e simplista sanha protetiva do legislador ao atribuir aos servidores ganhos os mais variados. Mas, no campo jurídico, especificamente previdenciário, estas vantagens sempre se caracterizaram como *retribuição ao servidor pelos seus longos anos de dedicação ao serviço público*.

2. Constitucionalidade e âmbito temporal de validade

da norma.

(...)

Calha, por fim e de toda forma, afirmar que o texto do art. 140, que já perderá validade em 15.12.1998, com a Emenda nacional nº 20/98 (por força das redações dadas aos §§ 2º, 10, 12 e 13 do art. 40 da Carta nacional), foi finalmente extirpado por força do art. 122 da Lei complementar estadual nº 30/2001 (que, de resto, revogou todas as disposições ordinárias sobre aposentadorias em toda a legislação estadual e não apenas na Lei nº 1.762/86).

Em síntese, o art. 140 da Lei estadual nº 1.762/86 teve força normativa entre 28.10.1986 (art. 213) e 15.12.1998.

3) Métodos de cálculo da vantagem e suas incidências, com as opções do servidor.

(...)

Portanto, caso a função comissionada ou de confiança seja aquela que melhor pagou, a vantagem pecuniária a ela vinculada pela Lei será lançada sobre o sistema remuneratório do cargo efetivo, ex-surgindo o único caso de hibridismo possível entre os sistemas remuneratórios, diante da redação mais rígida da primeira parte do artigo (cargo comissionado), comparado com a segunda (funções comissionadas).

4) Regime dos proventos e proporcionalização da vantagem.

(...)

Mas, na jurisprudência do Pretório Excelso, já se julgou, aliás, recentemente, nos termos seguintes:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA PROPORCIONAL PREVISTA ALÍNEA "C" DO INCISO III DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA, REDAÇÃO ANTERIOR À EC 20/98. <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph->

-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=proporcionais+e+proventos&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/ - h0http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=proporcionais+e+proventos&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/ - h2PROVENTOS PROPORCIONAIS. BASE DE CÁLCULO DA PROPORCIONALIDADE - VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA, PELO ENTE FEDERADO, DAS NORMAS DE APOSENTADORIA CONSTANTES DO MAGNO TEXTO. PRECEDENTES.

A **proporcionalidade da aposentadoria** prevista na alínea “c” do inciso III do art. 40 da carta de outubro, com a redação anterior à EC 20/98, **deve incidir sobre o total da remuneração do servidor**, e não apenas sobre o vencimento básico do cargo.

*Este é o sentido da expressão “<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=proporcionais+e+proventos&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> - h1<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=proporcionais+e+proventos&l=20&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/> - h3**proventos proporcionais**” (no plural), lançada no dispositivo.*

É assente nesta colenda Corte o entendimento de que as regras estaduais de concessão de aposentadoria devem pautar-se pelos critérios estabelecidos no art. 40 da Lei das Leis. Precedentes: ADIs 101, 369 e 755.

Recurso provido.

(STF-1ª T., REx nº 400.344-CE, rel. Ministro Carlos Britto, j. 15.02.2005, DJU 09.09.2005; grifos meus)

Se todas as parcelas agregadas aos proventos por ocasião da inativação devem ser proporcionalizadas, forçoso é concluir-se que o prêmio do art. 140 terá seu montante proporcionalizado pela mesma fração decorrente da contagem de tempo de serviço.

Assim sendo, com as divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro João dos Santos Pereira

Braga.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde ao se confrontar com a tese jurídica concluiu:

1) A opção pelo vencimento do cargo em comissão como base dos proventos inibe a percepção das gratificações e adicionais relativos ao cargo de provimento efetivo?

Com base no art. 140 da Lei 1762/86 – Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Amazonas, os proventos de servidor que preencheu os requisitos para a aposentadoria podem ter por base: os vencimentos do cargo ou função de confiança exercido por pelo menos cinco anos consecutivos ou, o de maior expressão financeira que o servidor houver exercido por pelo menos um ano, sempre que o exercício de mais de um cargo ou função dessa espécie houver somado 10 anos.

Tomado por exemplo a Lei nº 8112/90, referida pelo ilustre Procurador de Contas, o então p. 2º do art. 193 da Lei estabelecia que “ a aplicação do disposto neste artigo exclui as vantagens previstas no art. 192 bem como a incorporação de que trata o art. 62, ressalvado o direito de opção.”

Vê-se então que, a Lei Federal, ao cuidar da aposentadoria com as vantagens financeiras de cargo em comissão ou função de confiança, exclui a percepção, pelo servidor que optasse por esse regime, apenas das parcelas relativas aos “quintos” (art. 62) e ao prêmio de aposentadoria – padrão da classe imediatamente superior (art. 192).

As demais vantagens percebidas pelo servidor e relativas ao cargo de provimento efetivo (gratificações e adicionais) devem ser incorporadas aos proventos, quando preenchidos os requisitos legais para a incorporação, até mesmo porque a aposentadoria se dará no cargo efetivo e não no cargo em comissão, como aliás é manso e pacífico, e a Administração assim tem procedido e deve proceder sempre.

De se ressaltar, por oportuno, que quando em atividade, o exercício de cargo em comissão não impede a percepção das

vantagens relativas ao cargo efetivo, não devendo sê-lo, de conseguinte, quando se tratar de proventos de aposentadoria.

Assim, no âmbito estadual, ao optar pela aposentadoria com base no at. 140 da lei nº 1762/86, o servidor faz jus à incorporação das demais vantagens relativas ao cargo de provimento efetivo, deixando de perceber, apenas, o vencimento e a representação deste cargo, esta última se houver. Do cargo em comissão, então, o servidor fará jus à percepção do vencimento e da representação sendo devidas as demais parcelas relativas ao cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

Este Tribunal tem apreciado matéria deste teor, e, seguidamente, decidido que o servidor que se aposentar com vencimento do cargo em comissão, na forma de previsão legal, preenchidas as exigências fixadas na lei logicamente, pode perceber nos seus proventos, gratificações e adicionais do cargo em comissão cumuladas com as do cargo efetivo, desde que na efetividade, fossem perfeitamente acumuláveis entre si. Neste sentido veja-se as decisões 024/2004 – TCE – Segunda Câmara, em 03.02.2004; Decisão, nº 440/2004 – TCE Segunda Câmara, em 07.12.2004.

Neste sentido também aduz esclarecimentos a Subsecretaria de recursos Técnicos do Tribunal, nos presentes autos, em manifestação de 4 de fevereiro de 2005.

No mesmo sentido tem sido a orientação formulada pela Procuradoria Geral do Estado no âmbito da Administração do Poder Executivo, como se vê inclusive de parecer acostado aos autos de fls. 10 a 21. A mesma Procuradoria Geral do Estado segundo se colhe dos autos, fls. 15, já firmou entendimento a respeito da matéria e assim tem orientado adequadamente a Administração do Poder Executivo, deste Parecer 144/96 – PRE – PGE, no sentido que a opção pelo vencimento do cargo em comissão como base dos proventos não inibe a percepção das gratificações e dos adicionais relativos ao cargo de provimento efetivo do aposentado.

Ademais, diga-se, não há falar-se em interpretação da lei ou entendimento jurisprudencial. Na espécie verifica-se, direta e objetivamente, a aplicação da regra legal prevista nos artigos

142 e 143 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Amazonas, razão porque, de certa forma, é de estranhar a consulta formulada.

Objetivamente pode-se responder a indagação esclarecendo que ao servidor aposentado com base em vencimento de cargo em comissão, que é possível perceber igualmente nos proventos de aposentadoria, as gratificações do seu cargo efetivo, com a aposentadoria do Secretário de Estado ou dirigente de órgão da Administração indireta, por exemplo.

A segunda indagação, em tese do AMAZONPREV, é a seguinte:

2) No caso de aposentadoria proporcional os jetons devem ser proporcionalizados?

A consulta formulada pelo AMAZONPREV, refere-se à proporcionalização, ou não da verba denominada de jetons, que durante muito tempo foi paga aos ocupantes dos cargos de Secretário ou Subsecretário de Estado e Dirigentes de Autarquias e Fundações, do Poder Executivo estadual.

Com o advento da Lei Delegada nº 02, foi fixada a nova remuneração desses cargos, havendo sido suprimidos os jetons e fixados novos valores para o vencimento e representação, visto não haver mais, para aqueles cargos, o pagamento de jetons.

No que se refere ao vencimento, diga-se, valor base da remuneração do cargo efetivo, deve mesmo ser proporcionalizadas esta parcela, com fundamento no que dispõe a Carta Federal a respeito da proporcionalização de proventos.

No que diz respeito, porém, à verba de representação, isto é, aquela parcela que correspondia aos antigos jetons, depois designada novamente de representação e destinada a distinguir o servidor dos demais ocupantes de cargos públicos, pelo nível de responsabilidade e encargos especiais de chefia e direção, inclusive direção superior e de alto escalão, esta deve ser paga no valor integral que estiver fixado para os titulares dos mesmos cargos ou cargos assemelhados, na ativa. E assim deve ser por tratar-se de gratificação indivisível, já que não é devida a proporção do tempo de serviço prestado, ou melhor, não

constitui paga de trabalho efetivamente realizado. A propósito, deve-se lembrar que na atividade, ao servidor que exercer temporariamente, cargo em comissão, no qual exista parcela de representação, este receberá também o correspondente em parcela integral.

Tomada a afirmativa acima, como pergunta, pode-se responder que o servidor mesmo aposentado receberá integralmente a parcela correspondente à representação do cargo exercido, ou pelo qual se aposentou, mesmo que em regra de aposentadoria proporcional, pela invisibilidade de tal parcela remuneratória. Ou seja, não há hipótese de proporcionalização do pagamento da representação do cargo quando em atividade, e, portanto, não pode haver na aposentação.

De outro lado, no caso das aposentadorias com base no art. 140 do Estatuto, não há dispositivo legal que determine a proporcionalização dessa parcela, justo porque para fazer jus à aposentação com base no referido artigo legal, o servidor há que preencher os requisitos ali fixados, ou seja, o exercício de cargo em comissão ou função de confiança por no mínimo cinco anos, sem interrupção ou se o exercício houver somado um período de dez anos consecutivos ou não. Assim sendo, não havendo imposição legal não cabe a ninguém fazê-lo, em substituição ao legislador.

A vantagem adquirida com base no art. 140, então, se deu pela satisfação individual dos atributos específicos previstos em lei. Sendo assim, mesmo no caso de aposentadorias proporcionais, conservam-se integralmente nos proventos daqueles que a tenham validamente adquirido.

Nesse sentido são os enunciados das Súmulas ns. 100 e 108 d Egrégio Tribunal de Contas do Distrito Federal:

Súmula n. 100: As vantagens pessoais são mantidas na sua integridade, mesmo no caso de aposentadoria com proventos proporcionais, ainda que concedida já na vigência da Ec n. 20/98.

Súmula: n. 108: Nos proventos de aposentadoria, as vantagens de natureza pessoal e suas frações, ainda que incorporadas após a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, devem ser cal-

culadas em sua integralidade, independente da modalidade de inativação.

Na mesma direção, marcha a Súmula 03 do Egrégio Tribunal de Contas do Estado da Bahia: "APOSENTADORIA. GRATIFICAÇÃO. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. CÁLCULO DA INCORPORAÇÃO. Mesmo nos casos de aposentadoria com proventos proporcionais a gratificação adicional que tenha por base o vencimento do cargo efetivo será incorporada integralmente."

Dessa mesma forma, inexistindo regra restritiva acerca da proporcionalização da verba de representação, como de fato não existe, não pode o interprete ou o aplicador da lei extrapolar-la, nem os atos de aposentadoria fixarem de forma diversa sob pena de revisão obrigatória, nem os cálculos previdenciários, sob pena de serem recalculados, muito menos instituí-la, sob pena de nulidade. Como se dá, de fato e de forma, com qualquer outro direito individual no Estado Democrático de Direito. Não bastasse isso, a vantagem adquirida com base no art. 140 se dá pela satisfação individual dos atributos específicos previstos em lei razão pela qual, mesmo no caso de aposentadorias proporcionais, conservam-se integralmente nos proventos daqueles que a tenham validamente adquirido, tendo em vista a cláusula constitucional do direito adquirido.

Assim, de forma didática, deve-se responder ao consulente, dirimindo de vez todas as dúvidas a respeito da matéria e cumprindo um dos papéis mais importantes do Tribunal de Contas, qual seja o de orientador dos procedimentos administrativos, que sanciam processo, contribuem para a agilidade das práticas de gestão, reduzem a pressão sobre matérias cuja solução esteja consagrada, deve-se responder da seguinte forma:

1) A opção pelo vencimento do cargo em comissão como base de proventos inibe a percepção das gratificações e adicionais relativos ao cargo de provimento efetivo?

A opção pelo vencimento do cargo em comissão com base dos proventos, não inibe a percepção das gratificações adicionais relativas ao cargo de provimento efetivo.

2) N caso de aposentadoria proporcional os jetons devem ser proporcionalizados?

No caso de aposentadoria proporcional os jetons ou representação não devem ser proporcionalizados.

E mais: é sabido e ressabido que as normas legais aplicáveis aos servidores públicos, são e deverão ser sempre aquelas existentes ao tempo de aquisição do direito, reajustáveis quanto ao aspecto remuneratório, sempre que se der com os servidores iguais da ativa, conforme imposição constitucional e decisões consagradas dos tribunais. Isto se faz a título de orientação didática como dever do TCE.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulsou, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consultante, em Sessão Ordinária de 23 de fevereiro de 2006, presidida pelo Conselheiro Júlio Cabral; tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro João Braga (Relator) e o representante ministerial, Érico Desterro.

Inclusão da Gratificação de Atividades Técnico-Administrativas na Aposentadoria por invalidez, quando decorrente de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, assegurada a percepção de proventos integrais.

Consulta autuada sob Processo n. 305/2005.

Relator: Conselheiro João dos Santos Pereira Braga.

Consulente:

Inclusão da Gratificação de Atividades Técnico-Administrativas na Aposentadoria por invalidez, quando decorrente de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, assegurada a percepção de proventos integrais.

Tribunal Pleno:

“ao Consulente na forma apresentada no Voto do Conselheiro-Relator”:

“(…) quando se tratar de invalidez permanente, decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei (art. 40 § 1º, I, da CF, com redação dada pela EC nº 41, de 19.12.2003), as vantagens percebidas pelo servidor à data da aposentação integra-

rão os respectivos proventos, qualquer que seja a denominação e o eventual período de carência”

(...)

“A exigência temporal de 05 (cinco) anos não se aplica à aposentadoria por invalidez permanente que decorra de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável na forma de lei. Logo, nesta hipótese, o servidor terá os seus proventos constituídos das gratificações “pro labore” percebidas à data da inativação.”.

Apresenta-se neste Capítulo a consulta formulada pelo Diretor Presidente do Amazonprev, Sr. Silvestre de Castro Filho, acerca da Inclusão da Gratificação de Atividades Técnico-Administrativas na Aposentadoria por invalidez, como segue:

01 - (...) na hipótese de aposentadoria por invalidez permanente com proventos integrais, quando decorrente de moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, assegurando a percepção de proventos integrais, ou seja, a mesma retribuição pecuniária que o servidor percebia quando declarada a incapacitação, incluindo nos proventos do segurado, a Gratificação de Atividades Técnico-Administrativas, qual seja, o valor correspondente ao que ele percebia quando se deu a inativação.

Admitida a CONSULTA pela Presidência da Corte, esta foi encaminhada à Consultoria Técnica para instrução inicial, na forma regimental.

A Consultoria Técnica ao compulsar os autos, Mediante Relatório Conclusivo fundamentado na Lei, posiciona-se pelo não conhecimento da presente consulta, por se tratar de caso concreto, porém argumentando:

O inciso I, do art. 40 da Constituição federal, com nova redação dada pela EC nº 41 de 19/12/2003, estabelece que quando a aposentadoria se der por invalidez permanente, os proventos

serão proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente e serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei.

(...)

Analisando os preceitos legais e o Parecer da PGE, somos do entendimento que a lei foi explícita ao indicar que comprovado que o servidor contraiu doença grave e incapacitante, que o deixe total e definitivamente impossibilitado para exercer atividades laborativas, a aposentadoria por invalidez deve dar-se com proventos integrais, recebendo também as vantagens que ganhava quando na ativa.

Ato contínuo, o Ministério Público especial de Contas, representado por seu Procurador Dr. Evanildo Santana Bragança, emitiu seu Parecer nos autos.

Arguiu o Procurador, em fundamentação divergente à Consultoria Técnica, e fundamentando seu Parecer na Lei, na Doutrina e na Jurisprudência, assim concluiu:

7. já decidiu o Tribunal que nos proventos do aposentado por invalidez, com contagem integral de tempo de serviço/contribuição, são calculados pelo valor total das parcelas, incorporáveis por Lei, que data do evento invalidante estiverem sendo percebidas;

7.1. as gratificações de atividade técnica, que se destinam à remuneração de trabalho certo, por tempo certo ou por meta, não são, por natureza, incorporáveis;

7.2. não podem ser concedidas gratificações de atividade técnica sem prévia lei que a defina, não sendo suficiente o comando constante do art. 90, inc. X, da Lei estadual nº 1.762/86, diante de sua generalidade;

7.3. são inconstitucionais as concessões de gratificações de atividade técnica por Decreto ou outro ato normativo, sem a Lei prévia especificadora acima referida;

7.4. deve o Tribunal tomar as medidas para correção deste

modo de agir disseminado no Estado.

Assim sendo, com as divergências de tese jurídica entre os órgãos técnico e ministerial, a presente CONSULTA foi encaminhada à Relatoria do Excelentíssimo Conselheiro João dos Santos Pereira Braga.

Ao analisá-la e entender pelo seu conhecimento, o douto Relator levou seu VOTO para a deliberação do Tribunal Pleno, onde ao se confrontar com a tese jurídica concluiu:

O ato da aposentadoria é um ato jurídico perfeito, protegido, constitucionalmente, contra as violações do legislador ordinário contra a prepotência das autoridades públicas.

São três as modalidades de aposentadoria: invalidez, compulsória e voluntária.

A aposentadoria por invalidez decorre da impossibilidade de continuidade no exercício das atividades decorrentes do cargo, emprego ou função, dando direito a proventos proporcionais ao tempo de contribuição, ou integrais, quando a limitação física ou mental provier de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável.

É o que determina o art. 40 §1º, I, Constituição:

“por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei” (redação dada pela EC nº 41 de 19.12.2003).

Para a SUBTEC,

“a lei foi explícita ao indicar que comprovado o que o servidor contraiu doença grave e incapacitante, que o deixe total e definitivamente impossibilitado para exercer atividades laborativas, a aposentadoria por invalidez deve dar-se com proventos integrais, recebendo também vantagens que ganhava quando na ativa.” (fls. 15/17) (grifos no original).

Lembro que no Parecer ofertado pela douta Procuradoria Geral do Estado encontra-se transcrita a ementa de acórdão da lavra do eminente Ministro Célio Borja, no julgamento, pelo STF, do RE nº 115505/RS:

“Aposentadoria por doença grave especificada em lei. Incorporação aos proventos, por isso, de vantagem recebida pela servidora quando em atividade, embora por período inferior aos 5 (cinco) anos consecutivos exigidos pela legislação estadual” (DJ de 16.9.1998, p. 23318) (fls.05/10).

Infere-se daí que, quando se tratar de invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei, as vantagens recebidas pelo servidor em atividade, qualquer que seja sua denominação e período de carência, integrarão os respectivos proventos.

Veja-se a propósito, o art. 132, I, b, da Lei 1762/86, invocado pela SUBTEC (fls. 15/17).

Caracterizada a hipótese do art. 40 § 1º, da CF, ao que adverte a PGE, na manifestação de fls. 05/10, “não há que se discutir o tempo de serviço ou de percepção de uma determinada vantagem para a atribuição de proventos integrais, já que a administração aposenta o servidor tendo por pressuposto apenas a doença grave ou incapacitante que assegura proventos integrais, ou seja, a mesma retribuição pecuniária que o servidor percebia quando declarada a incapacitação, além das vantagens cuja incorporação já constituía direito adquirido” (grifos no original).

Diante do exposto, e aqui respondo a primeira indagação, quando se tratar de invalidez permanente, decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei (art. 40 § 1º, I, da CF, com redação dada pela EC nº 41, de 19.12.2003), as vantagens percebidas pelo servidor à data da aposentação integrarão os respectivos proventos, qualquer que seja a denominação e o eventual período de carência.

Passo ao segundo questionamento.

O Consulente, tal como se encontra escrito, deseja que esta Corte “manifeste o seu entendimento acerca da aplicação do art. 90, da Lei n.º 1762, de 14 de novembro de 1986, para efeito de incorporação das Gratificações, nos proventos dos servidores aposentados por invalidez com proventos integrais” (fls. 02/03).

O tema tem sido objeto de inúmeros pronunciamentos da douta Procuradoria Geral do Estado e de várias decisões desta Corte de Contas.

O art. 90 do Diploma Estatutário relaciona as Gratificações que podem ser concedidas aos funcionários em número de 12 (doze).

A Lei 1762/86 manda acrescentar

“aos proventos da aposentadoria o valor correspondente às gratificações “pro labore” desde que o funcionário venha percebendo dita vantagem há mais de cinco anos” (art. 142).

A exigência temporal de 05 (cinco) anos não se aplica à aposentadoria por invalidez permanente que decorra de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável na forma de lei. Logo, nesta hipótese, o servidor terá os seus proventos constituídos das gratificações “pro labore” percebidas à data da inativação.

O Egrégio TRIBUNAL PLENO, por fim, a compulso, conheceu e nos termos do Voto condutor emitiu PARECER ao Consulente, em Sessão Ordinária de 23 de fevereiro de 2006, presidida pelo Conselheiro Júlio Cabral; tendo como signatários além do presidente, o Conselheiro João Braga (Relator) e o representante ministerial, Érico Desterro.



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO AMAZONAS