

PARECER 6/2007

**APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. Proventos. Exame de legalidade. Emenda Constitucional nº 41/2003.**

Trata-se de expediente de exame de legalidade de aposentadoria por invalidez com proventos integrais, concedida a Luiz Tadeu Serpa Pereira, servidor do Executivo Municipal de Guaíba (celetista desde 1985 e estatutário a partir de 01-09-90), atuado na forma regimental, encaminhado à Auditoria e a mim distribuído para emissão de Parecer.

O ato sob exame fundamenta-se no art. 40, I, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003. A data da aposentadoria, 03-11-2005, coincide com a data em que foi firmado o laudo médico, fls. 5 e 57.

O Serviço Técnico contestou a incorporação - na base de cálculo dos proventos - do valor equivalente à média de horas extras, efetivada nos termos do art. 1º da Lei Municipal nº 1.839/2004, fl. 52, e que não estava sendo percebido no momento da aposentadoria, fl. 20.

O valor contestado pela instrução e endossado pelo Parecer ministerial, no montante de R\$ 299,74, é resultante dessa inclusão, considerando que a última remuneração do servidor correspondia a R\$ 599,59, conforme se pode ver nas fls. 23 e 43, sendo que no ato concessor foi consignado o valor de R\$ 899,23, fl. 57.

É o relatório.

1. **O texto - a regra.** Dispõe o texto da Constituição Federal com a redação dada pela EC nº 41/2003:

*Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.*

*§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:*

*I - 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;*

*... omissis...*

*§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.*

*... omissis ...*

*§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.*

Note-se que o artigo 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 41/2003, como regra geral, se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, aos quais é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, tendo os seus proventos calculados com base na remuneração contributiva do servidor aos regimes de previdência próprio e geral, para os que

## Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

implementarem os requisitos a partir de 20-02-2004, por força da MP nº 167, publicada na mesma data e convertida na Lei Federal nº 10.887/2004.

**2. O contexto. A questão da vigência da lei no tempo. A necessária qualificação jurídica do tempo de serviço. A integralidade dos proventos.** O teor do dispositivo enseja questões atinentes à vigência da lei no tempo. Neste sentido consignou no Parecer Coletivo nº 4/2004, relatado por esta auditora e que consignou, no seu item 1.3:

*Cumpre, ainda, ressaltar a necessária qualificação jurídica do tempo de serviço, claramente estabelecida na jurisprudência brasileira, no sentido de que a qualificação jurídica desse tempo é regida pela lei vigente no momento em que ele é prestado.*

Especificamente quanto aos aspectos atinentes à reforma previdenciária promovida pela EC 41/2003 foi exarado o Parecer nº 11/2006 da lavra do Auditor Substituto de Conselheiro Alexandre Mariotti, nos autos do processo 4671-03.00/98-9 e cuja aprovação agregou elementos expressos no voto, em devolução de vista, do Conselheiro Helio Saul Mileski, *verbis*:

*Contudo, no caso da fixação de proventos, invariavelmente, houve desprezo de expectativa legítima, com quebra da segurança jurídica e violação do princípio da boa fé, com a administração induzindo o servidor acreditar em uma mudança, fazendo-o pagar contribuição para usufruir desse direito, para posteriormente romper com o estabelecido, modificando a forma de fixar os proventos de sua aposentadoria.*

*Na primeira reforma realizada pela EC nº 20/98, foi instituído um regime de previdência, de caráter contributivo, com obrigatoriedade de observância do equilíbrio financeiro e atuarial, quando a aposentadoria passou a ser concedida pelo tempo de contribuição e não mais pelo tempo de serviço. Por essa mudança constitucional, operaram-se procedimentos relevantes, quais sejam: a) o tempo de serviço até então exercido foi considerado como tempo de contribuição, o que significa reconhecimento ao direito até então existente, com o poder público arcando com o ônus decorrente; b) o servidor passou a realizar contribuição previdenciária calculada em percentual aplicado sobre a totalidade dos vencimentos, no sentido de fazer jus a proventos integrais (na Previdência Nacional a contribuição é feita tão somente sobre o limite de contribuição fixado legalmente, razão pela qual os proventos são calculados até esse limite).*

*No entanto, posteriormente, pela Emenda Constitucional nº 41/2003, na regra dada ao § 3º do art. 40 (por esta norma o cálculo dos proventos será realizado com base nas remunerações utilizadas para a contribuição do servidor, na forma da lei. A lei que passou a regular o cálculo dos proventos advém da Medida Provisória 167, de 19.02.2004, constituída na Lei nº 10.887, de 18.06.2004, que, no seu art. 1º, determina a seguinte forma de cálculo: será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor, correspondentes a 80% de todo o período contributivo) houve rompimento com o seguro social estabelecido pela EC 20/98, para o qual o servidor vinha contribuindo sobre a totalidade dos vencimentos há pelo menos 5 anos (1998 a 2003), causando um duplo prejuízo ao servidor contribuinte: houve pagamento de contribuição por um direito que está sendo negado e não haverá pagamento de aposentadoria com proventos integrais.*

*Portanto, a Lei nº 10.887/04, no tocante ao cálculo dos proventos, pratica inconstitucionalidade que rompe com o seguro previdenciário instituído, para o qual houve pagamento da respectiva contribuição e agora altera-se o direito regulado, por isto, viola o princípio da razoabilidade - não é razoável fazer pagar por um direito e depois suprimi-lo - ; o princípio da proporcionalidade - é totalmente desproporcional a forma de cálculo determinada frente a contribuição realizada - ; e fere os princípios da lealdade e da boa fé, que são intrínsecos à Administração, pois, como bem explicita Celso Antônio Bandeira de Mello, não pode a Administração utilizar-se de comportamento astucioso, produzido de maneira a confundir ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos" (1), e estabelecer um regime de previdência com contribuição para um tipo de direito (proventos integrais) e depois reduzir este direito (proventos calculados em média aritmética dos 80 últimas remunerações*

## Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

que deram base às contribuições), evidentemente que não atende aos pressupostos desses princípios.

Assim, sem querer adentrar em discussão sobre a aplicabilidade ou não da teoria contratualista no âmbito do direito público, o que não se pode negar é a existência de conceitos e definições jurídicas que, pelo seu caráter abrangente, possuem entendimento genérico e, por isto, de utilização em todos os campos do direito, seja público seja privado, como é o caso dos conceitos e definições do direito adquirido, da expectativa de direito e do direito expectado.

Conforme já procedi no presente voto, reporto-me novamente aos ensinamentos da atual eminente Ministra do STF, Cármen Lúcia Antunes Rocha (2), de que a contribuição previdenciária é pagamento obrigatório que é determinado ao servidor, por isto, conferindo-lhe o direito a aposentadoria nos requisitos e na forma remuneratória prevista. Em tal circunstância, não se pode negar a existência de um direito expectado, esperado de maneira legítima, uma vez que houve o pagamento antecipado - contribuição previdenciária - do direito a lhe ser concedido no futuro.

Em tal circunstância, indubitavelmente, foram preenchidos os pressupostos de entendimento do chamado direito expectado, razão pela qual o Poder Público não pode realizar mudanças, para os magistrados e servidores que se encontravam no serviço público por ocasião da modificação realizada, que alterem a forma de cálculo dos proventos, porque se trata, como adequadamente coloca o Assessor Jurídico da Presidência do TJ (fls. 227/230), de direito incorporado ao patrimônio do servidor pelo exercício do direito formativo, sendo, por isto, dever do Poder Público garantir e cumprir a usufruição do benefício pelo qual o magistrado ou servidor efetuou, antecipadamente, o pagamento da contribuição previdenciária correspondente.

Pelas razões jurídicas aqui assentadas, entendo que estão corretas as orientações que defluem do Parecer da Assessoria Especial do Tribunal de Justiça, juntamente com as que não são conflitantes e participam das demais conclusões postas no Parecer nº 11/2006, da Auditoria.

No sentido de melhor esclarecer o entendimento expressado, consolido as posições aqui analisadas, com adoção das seguintes conclusões:

a) como regra geral, deve ser aplicado o critério de cálculo dos proventos de aposentadoria previsto nos §§ 3º e 17º do art. 40 da Constituição Federal tão-somente para os magistrados e servidores que ingressaram no serviço público após 31.12.2003 - data da vigência da EC nº 41/2003, cuja aplicabilidade dá-se apenas a partir de 19.02.2004, data da Medida Provisória nº 167, que introduziu a nova forma de cálculo dos proventos e que foi transformada na Lei nº 10.887, de 18.06.2004, ou aos que não preencheram ainda os requisitos de inativação até essa data e optaram pelos novos critérios;

... omissis ...

d) aos magistrados e servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003 e vierem a sofrer inativação por invalidez permanente, deverão ser observados os anteriores critérios da integralidade e paridade dos proventos, salvo se houver opção expressa prévia pelo novo regime de previdência;

**3. A incorporação de vantagem no momento da aposentadoria.** Observe-se que, embora a EC nº 20/98 estabeleça o impedimento de que os proventos excedam a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, esta determina vinculação dos proventos em razão da contribuição, o que conduz à inserção de vantagem sobre a qual houve a respectiva contribuição - passando a constituir-se em direito do servidor que não pode ser suprimido, destacadamente nas situações de aposentadoria por invalidez.

Matéria similar foi objeto do Parecer Coletivo nº 4/2004, do qual foi relatora esta auditora, vencida em matéria em que houve divergência, cujo teor foi aprovado pelo Tribunal Pleno em sessão de 12-07-2006, e que consigna, em síntese, a possibilidade de incorporação de gratificação aos proventos quando da aposentadoria, não sendo necessário estar no exercício da

## Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

função gratificada para tê-la incorporada. Embora a posição divergente desta relatora, este aspecto resultou aprovado pelo Egrégio Tribunal Pleno e pode orientar a questão da incorporação - da vantagem em questão nestes autos - aos proventos, em que, da mesma forma, não há exigência de que o servidor esteja titulando a gratificação no momento da inativação.

Consigna a orientação aprovada:

*Considerando que a remuneração agrega, como se viu, os vencimentos e as vantagens atinentes ao cargo, nada obsta que a legislação infraconstitucional considere, na inativação, vantagens percebidas ao longo da relação estatutária e fixe os critérios para a sua agregação.*

*Não é demais lembrar que o sistema de aposentadoria é contributivo e que sobre a função incidiu a pertinente contribuição.*

*De qualquer forma, é possível que a lei, e só a lei, estabeleça presunções, para fins de admitir qual o tempo mínimo de exercício que será considerado para fins de incorporação ao patrimônio pessoal do servidor. O Estatuto Estadual fez isto ao considerar o exercício contínuo por cinco anos ou intercalado por dez, como o período adequado a gerar direito à incorporação.*

*A relação jurídica estatutária não é instantânea, mas sim a soma de situações fático-jurídicas ao longo dos diversos momentos da vida funcional do servidor. De tal sorte, embora não titulando função gratificada no momento de inativação, não significa que o servidor não possa ter, no momento da inativação, funções que titulou ao longo da vida funcional e que fazem parte do seu patrimônio funcional, desde que a lei assim admita.*

*A afastar tal entendimento, estaríamos a aceitar que servidor que durante longos anos exerceu função e sobre ela contribuiu, em vindo a ser dela destituído às vésperas da aposentadoria, não poderia computá-la na fixação dos respectivos proventos. Interpretação tal como esta afrontaria o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.*

No caso concreto em exame cabe observar que a legislação local prevê a incorporação da gratificação questionada aos proventos e cujos requisitos o servidor teria implementado, anteriormente à situação de invalidez.

4. Conclusivamente são esses os elementos que podem orientar a decisão na formação da convicção do Conselheiro-relator no exame da situação concreta do servidor aposentado por invalidez.

É o parecer.

Auditoria, 21 de fevereiro de 2007.

ROZANGELA MOTISKA BERTOLO

Auditora Substituta de Conselheiro

(1) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Curso de Direito Administrativo", 4ª edição, Revista, ampliada e atualizada do livro Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993, pag. 60.

(2) Op. cit. pag. 427.

**Processo nº 33-02.00/06-2**

**DECISÃO:** A Segunda Câmara, em sessão de 12-04-2007, à unanimidade, acolhendo o Voto do Senhor Conselheiro-Relator, por seus jurídicos fundamentos, determina o registro da Portaria nº 048, de 02 de dezembro de 2005, constante na folha 57. Em face da decisão supra, restitua-se o presente Processo à Origem.

**PARECER ACOLHIDO.**