

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

SESSÃO DO DIA 30.06.04

ASSUNTO: CONSULTA Nº 681054, ENCAMINHADA PELO SR. CARLOS EDUARDO VENTURELLI MOSCONI, PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO HOSPITALAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS - FHEMIG, SOBRE CÔMPUTO DE FÉRIAS-PRÊMIO EM DOBRO

RELATOR: CONSELHEIRO MOURA E CASTRO

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

I- RELATÓRIO

Carlos Eduardo Venturelli Mosconi, Presidente da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais - FHEMIG, encaminha a este Tribunal quatro consultas, conforme ofícios FHEMIG /DIPES /SMR /Aposentadoria nºs 04, 05, 06 e 07/2003, as quais, por envolverem matéria previdenciária, foram, por determinação do Conselheiro-Presidente, autuadas conjuntamente.

As dúvidas do consulente, que serão reproduzidas no exame de mérito, em número de onze, foram submetidas à Auditoria para parecer (art. 39, III, Regimental), e esta, por sua vez, manifestou-se apenas sobre a possibilidade de se contarem em dobro as férias-prêmio para fins de aposentação, vindo os autos a mim conclusos, no mês de abril do ano em curso, e, agora, coloco-os em mesa para discussão e votação.

II- FUNDAMENTAÇÃO

1 - Preliminar

Prefacialmente, cabe esclarecer que a matéria é pertinente a questões previdenciárias, não envolve caso concreto, e a autoridade tem legitimidade para formular dúvidas a este Tribunal, pressupostos de admissibilidade que me levaram a conhecer da consulta.

(OS DEMAIS CONSELHEIROS MANIFESTARAM-SE DE ACORDO COM O RELATOR.)

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

ACOLHIDA A PRELIMINAR, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

2 – Mérito

1º quesito: “Conforme posicionamento normativo aprovado por unanimidade na 28ª sessão ordinária do Tribunal Pleno de 09/10/02, que assegura aos servidores estaduais a contagem de férias-prêmio em dobro para fins de aposentadoria, questionamos se ao funcionário beneficiado por este direito, fica também assegurada a contagem para fins de adicionais (tais como quinquênios e adicional sobre a remuneração) conforme previsto no art. 31, inciso II, da CE/89 com redação dada pela EC nº 48 de 27/12/00.”

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

A minha dúvida, Conselheiro, é quanto a "e adicionais". Quero saber se se conta por dentro ou por fora.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Vou ler a minha decisão porque esclarece melhor.

O sistema nacional de aposentação, adotado pela Emenda à Constituição da República 20/98, que passou de tempo de serviço para tempo de contribuição, acabou por extinguir a possibilidade de cômputo de tempo ficto para fins de inatividade.

Entretanto este Tribunal, conforme jurisprudência, sedimentou entendimento uniformizado de que o não-cômputo, em dobro, do tempo da licença-prêmio para aquele fim aos servidores que, até 16/12/98, data da promulgação da citada Emenda, haviam preenchido todos os requisitos necessários à fruição dessa espécie de férias, vulnera a garantia constitucional do direito adquirido, o que é intolerável (Proc. 645926).

Esse direito, antes passível de dúvida pela doutrina, hoje pacificado, encontra-se previsto no art. 114, I, do ADCT da Constituição do Estado, em redação determinada pela EC 57/03, *in verbis*:

“Art. 114 – É garantida a contagem em dobro das férias-prêmio não gozadas:

I- para fins de concessão de aposentadoria, as férias-prêmio adquiridas até a data da publicação da Emenda à Constituição da República nº 20, de 15 de dezembro de 1998.”

Então pacificou.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Houve um divisor de águas.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Houve um divisor.

Então, no cálculo da aposentadoria, deve ser acrescido, em dobro, se requerido pelo aposentando, o tempo de férias-prêmio não utilizado para gozo ou transformado em espécie.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Até essa data?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Até essa data.

Continuo:

Também é do Superior Tribunal de Justiça – STJ, a seguinte orientação:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ADQUIRIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98.

O servidor-impetrante adquiriu o direito à pretendida conversão da licença-prêmio em tempo de serviço antes da vigência da Emenda Constitucional nº 20/98.” (5ª T do STJ. Proc. 20010098988-7, ROMS 13.556. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. *DOU* de 02/12/2002. p. 325)

Então, está pacificado.

Por conseguinte, excluindo a situação explicitada, a contagem de tempo ficto na aposentadoria é vedada expressamente pelo § 10 do art. 40 da Constituição Federal.

Por outro lado, o mesmo não se pode dizer com relação a adicionais sobre remuneração, pois o direito ao cômputo em dobro das férias-prêmio para esse fim foi banido do ordenamento jurídico mineiro somente a partir de 16/7/03, quando entrou em vigor a Emenda 57, uma vez que a proibição inserta no antedito § 10 do art. 40 só alcançou questões previdenciárias.

Nesse passo, mostra-se bastante adequada a transcrição, não só do texto atual, mas também da evolução da norma da Constituição Estadual que prevê a possibilidade do cômputo, dobrado, do período de licença-prêmio para percepção de adicionais remuneratórios.

Na redação originária, tínhamos:

“Art. 31 ...

II- férias-prêmio, com duração de 6 (seis) meses, adquiridas a cada período de 10 (dez) anos de efetivo exercício de serviço público, admitida a sua conversão em

espécie, por opção do servidor, ou, para efeito de aposentadoria, a contagem em dobro das não gozadas.”

A Emenda à Constituição Mineira 18/95, que entrou em vigor em 1º/01/96, alterando a redação original do inciso II do art. 31, assegurou ao servidor público estadual:

“II- férias-prêmio, com duração de 3 (três) meses, adquiridas a cada período de 5 (cinco) anos de efetivo exercício no serviço público do Estado de Minas Gerais, admitida a sua conversão em espécie, paga a título de indenização, quando da aposentadoria, ou a **contagem em dobro das não gozadas** para esse mesmo fim e **para a percepção de adicionais por tempo de serviço**”. (grifei)

Nova alteração foi implementada pela EC 48, de 28/12/00:

“II- férias-prêmio, com duração de 3 (três) meses a cada cinco anos de efetivo exercício no serviço público do Estado de Minas Gerais, admitida sua conversão em espécie, paga a título de indenização, quando da aposentadoria ou a **contagem em dobro das não gozadas para fins de percepção de adicionais por tempo de serviço**”. (destaquei)

E pela EC 57, de 15/7/03, publicada em 16/7/03, que introduziu novas alterações na Carta Política Estadual, as férias-prêmio encontram-se normatizadas no dispositivo a seguir transcrito:

“Art. 31 ...

§ 4º. Serão concedidas ao servidor ocupante de cargo de provimento efetivo e função pública férias-prêmio com duração de três meses a cada cinco anos de efetivo exercício público do Estado de Minas Gerais.”

O art. 114, II, em texto acrescido pela sobredita emenda, prevê a contagem em dobro das férias-prêmio não gozadas, *verbis*:

"Art. 114 ...

II- para fins de percepção de adicionais por tempo de serviço, quando da aposentadoria, ao servidor que tenha cumprido os requisitos para a obtenção de tal benefício."

Observa-se que o legislador da Emenda 57, a pretexto de regulamentar uma situação transitória, acabou impondo um limite temporal, antes não existente, para o servidor poder contar em dobro as férias não gozadas para fins de vantagens de adicional sobre a remuneração.

Ora, durante as vigências das EC 18 e 48, não havia imposição legal de o funcionário só poder usufruir tal benefício quando da aposentadoria.

Logo, o constituinte derivado não pode limitar o exercício de direito se ele, à época da pretendida restrição, já havia incorporado ao patrimônio jurídico do servidor, sob pena de, ato legislativo dessa espécie, esbarrar na garantia pétrea do direito adquirido, o que é intransponível.

Estou convicto de que, num embate entre uma emenda constitucional e a garantia de direito adquirido, esta sairá, da arena de luta do Supremo Tribunal Federal, ilesa e vitoriosa para o bem do país e da democracia implantada pela Constituição cidadã de 1988.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Acho que não altera propriamente o patrimônio jurídico, mas o patrimônio pessoal do servidor.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Patrimônio material, pessoal.

Com tais argumentos e acolhendo pontificações da Superior Corte de Justiça Federal, “não há como negar ao servidor a possibilidade de converter a licença-prêmio concedida em tempo de serviço, de modo a exercer direito que penetrou no seu patrimônio jurídico antes mesmo da edição da referida Emenda Constitucional” (*in* Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 13.556 anteriormente citado).

Nesse contexto, o momento temporal previsto na EC 57/03, disposição para o futuro, incide apenas sobre os direitos adquiridos após a sua edição, estando resguardados todos os atos jurídicos perfeitos completados antes de sua promulgação.

Como se pode constatar, no período de 1º/01/96 a 15/7/03, vigência das ECs 18/95 e 48/00, há que se reconhecer ao servidor público estadual, em qualquer tempo, com relação às férias-prêmio adquiridas sob a égide das emendas à Constituição mineira citadas, o direito da contagem delas em dobro para fins de adicionais.

Sobre o assunto, transcrevo parte do voto proferido pelo Desembargador Brandão Teixeira:

“A leitura do dispositivo constitucional acima transcrito espanta qualquer dúvida acerca da legalidade da aquisição dos adicionais por tempo de serviço, ou seja, os 6º e 7º quinquênios, que foram indevidamente decotados dos vencimentos do impetrante pela Administração Estadual, ao fundamento de que só poderiam ser concedidos no momento da concessão da aposentadoria (...) o dispositivo acima também permite a contagem em dobro das férias-prêmio não gozadas tanto para efeito de aposentadoria como para efeito de percepção de adicionais.” (2ª CC do TJMG. Proc. 1000000341219-4/000. Rel. Des. Brandão Teixeira. DJ de 06/02/04).

Dessa forma, entendo que, respeitados os limites acima elencados, o tempo fictício oriundo de férias-prêmio, considerado em lei como de serviço público, poderá ser computado tanto para fins de aposentadoria como adicionais aos servidores que adquiriram o respectivo direito antes das alterações ocorridas na legislação de regência porque acobertados pela garantia do direito adquirido.

Portanto urge salientar que o comando do inciso II do art. 114 da Emenda à Constituição Mineira nº 57 só alcança as férias-prêmio adquiridas após a sua vigência (16/7/03), pois a opção de transformação daquele descanso em tempo de serviço para as vantagens de adicionais, à época de publicação, já havia sido incorporada ao patrimônio jurídico do servidor e, desconsiderar esse direito, é vilipendiar a garantia do direito adquirido.

Logo, fora das hipóteses anteriormente citadas, não se admitirá a contagem de tempo fictício para aposentadoria ou adicionais.

Esse é o meu voto para o 1º quesito.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator, sem restrições.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Eu, também, Sr. Presidente, subscrevo, inteiramente, o judicioso voto do eminente Relator, porque S.Exa. está tratando da questão da contagem em dobro do tempo ficto. Mas acho que seria oportuno salientar — pelo menos na minha modesta avaliação, porque Consulta é orientação e aqui estamos a resguardar o direito adquirido — que, implementado o requisito que a Constituição impõe para conversão em espécie, que é ter tempo para aposentadoria, desde que o servidor complete o tempo para se aposentar ele também tem direito de converter em espécie as férias-prêmio.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Eu vou falar nisso.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Não posso adivinhar o voto de V.Exa., não é?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Concordo com V.Ex^a. Mais tarde vou tratar disso.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Esse é um item de suma importância, porque, se é a aposentadoria que legitima a conversão em espécie, quem tem tempo para se aposentar é como se fosse aposentar-se aos olhos do Constituinte. É o direito subjetivo de exercitar o direito. Penso que quem detém o direito subjetivo de exercitar o afastamento definitivo, que é a aposentadoria, tem o direito de usufruir dos benefícios que são próprios da aposentadoria. Mas, como o Relator já adiantou que vai tratar dessa matéria, vou aguardar.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Estou inteiramente de acordo. E ainda digo que ingressa no patrimônio do servidor.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Exatamente. Era isso que eu queria resguardar.

Fico satisfeito com essa antecipação que V.Exa. mencionou e espero acompanhar o Relator no momento próprio.

Agora, acompanho o voto de V. Exa., *in totum*.

CONSELHEIRO ELMO BRAZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, QUANTO AO 1º QUESITO, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

2º quesito: “Visto que os períodos referentes a férias-prêmio adquiridos em data posterior a 16/12/98 não poderão ser utilizados para contagem em dobro, a concessão do gozo de férias-prêmio (eventualmente solicitado pelo servidor) poderá privilegiar as férias adquiridas em período posterior a dez/98, de forma a resguardar a incorporação das anteriores ao patrimônio do funcionário para uma futura contagem por ocasião de sua aposentadoria?”

Aqui não há que falar em privilegiar determinada licença em detrimento de outra adquirida posteriormente, pois, diferentemente das férias regulamentares em que, a teor do art. 152 da Lei 869/52, não é permitida a acumulação, o direito àquela licença especial não tem prazo para ser exercitado, podendo as adquiridas estender-se além do período aquisitivo, ser gozadas a qualquer tempo ou contadas em dobro para fins de inatividade e vantagem, nos exatos termos do § 3º do art. 156 da Lei anteriormente citada, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais.

Lado outro, conforme precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o termo inicial da prescrição do direito às férias tem início com o ato de aposentadoria quando o servidor não poderá mais usufruí-las. (5ª T do STJ, Resp nº 36.500/SP. Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 22/9/99, p.118)

Assim, a solução é simplória, basta o servidor indicar em seu requerimento que deseja resguardar as férias-prêmio adquiridas antes da EC 20/98 para possível contagem em dobro quando de seu pedido de aposentadoria. Digo possível porque aquela licença poderá, ainda que resguardado o seu tempo, ser gozada, a qualquer momento, durante a atividade laboral do servidor, tendo-a, caso não utilizada no curso do trabalho (gozo ou vantagem dela decorrentes), automaticamente contada em dobro para fim de aposentação em face da inteligência do disposto no § 3º do art. 156 da antedita Lei 869/52.

(OS DEMAIS CONSELHEIROS MANIFESTARAM-SE DE ACORDO COM O RELATOR.)

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, QUANTO AO 2º QUESITO, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

3º quesito: "Para o cálculo do pedágio, as férias-prêmio deverão ser incluídas no cômputo de tempo até 16/12/98?"

Para melhor compreensão da matéria, convém esclarecer que "pedágio" é uma regra de transição consistente na obrigatoriedade de o servidor trabalhar um período adicional sobre o tempo que faltava para a sua aposentadoria.

É importante esse entendimento sobre o pedágio.

O cálculo, na forma de percentual, 20% para a aposentação integral e 40% na proporcional, é realizado no momento da entrada em vigor da EC 20/98, qual seja 16/12/98.

A dúvida do consulente, se o "pedágio" deverá ser computado antes de se adicionarem as férias-prêmio em dobro ou depois de acrescentadas, não é nova nesta Corte de Contas, tendo este Relator enfrentado idêntica questão na Consulta 00675897, oriunda da Fundação João Pinheiro, cuja cópia encaminharia à FHEMIG, não fosse o aperfeiçoamento de meu convencimento sobre o tema.

Assim, na assentada da Sessão de 12/3/03, este Pleno, ao acolher o meu voto, decidiu que o momento próprio para o cômputo do tempo fictício do descanso-prêmio é o da inativação, nunca antes, sob pena de se admitir o alargamento desse benefício com a indevida diminuição do período adicional imposto pelo art. 8º, III, "b", e § 1º, I, "b", da EC 20/98, o denominado "pedágio" exigido a todos os servidores que, à época da promulgação da referida Emenda, não podiam se aposentar, mas que já se encontravam no sistema previdenciário modificado.

Melhor refletindo sobre a dúvida ora renovada nestes autos, estou convicto de que a dobra do tempo das férias-prêmio para inativação deverá ocorrer no exato momento em que o servidor manifestar a sua opção pela conversão, pois, enquanto essa vontade não for exteriorizada pelo detentor do direito da licença-prêmio apropriada antes de 16/12/98, impossível à Administração agregar o correspondente tempo ficto ao tempo de serviço, hoje transformado em período contribuição (art. 4º da EC 20/98), pois, dependendo de quando foi ela adquirida, o servidor poderia optar por transformá-la em espécie, simplesmente gozá-la, contá-la para aposentação ou aproveitá-la para inativação e percepção de adicionais.

Observa-se que, uma vez contado em dobro para aposentadoria, o tempo fictício da licença-prêmio refletirá, também, para fins de percepção de adicional no período em que era permitido, o efeito aqui é conjunto e concomitante.

Diante disso, extrai-se da orientação exposta que o cálculo do pedágio será efetivado no momento da publicação da Emenda 20/98 e a agregação da conversão em dobro das férias-prêmio, não gozadas, para fins de tempo de serviço ocorrerá na data do requerimento do servidor, sendo este o exato momento em que a Administração tomaria conhecimento da manifestação de vontade do detentor do benefício que, até então, possuía mais de uma faculdade para fruição, competindo-lhe, portanto, a escolha da melhor opção que lhe aprouver.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

V.Exa. poderia me explicar sucintamente?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

O pedágio é aquele período que falta para o servidor completar. E quando ele vai fazer isso? No momento da Emenda.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Na hora da opção.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Na hora da opção. Porque ele podia fruir de várias maneiras.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Mas ele só poderá fazer isso nesse momento, mesmo tendo o direito?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Ele tem o direito. A que o pedágio equivale? Equivale a uma complementação do tempo, o quanto de tempo que ele vai acrescentar. Então, esse pedágio vai ser utilizado depois. A Emenda prevê. Quando ele optar, faz isso. Ele pode, a qualquer momento, requerer isso. Esse é o meu entendimento.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Embora o funcionário possa optar por contar em dobro, por gozar as férias ou por convertê-las, aqueles que optaram por contar em dobro, antes da Emenda 20, esse tempo parece-me que deve ser computado para efeito do total geral de prestação de serviço.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Mas quanto a isso, não tenho a menor dúvida. Ele já optou.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Mas eu gostaria que ficasse explícito porque a resposta à consulta é muito relevante. Quem já optou, e não pode voltar atrás, é claro... (interrompido)

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Não discordo, de jeito nenhum. Fica muito mais claro. Concordo com V.Ex^a.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Quem optou está optado.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

(interrompido) Fica agregado à minha resposta que, já tendo optado, fica definido...

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Essa opção é a qualquer tempo.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

A qualquer tempo.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Ele não pode é voltar atrás.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

A opção é um ato definitivo.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Se o servidor já manifestou desejo...

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Se ele já usufruiu disso, não pode voltar atrás. É isso que eu gostaria que ficasse bem registrado.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

A minha dúvida era essa.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Estou agregando a meu voto a colocação de V.Ex^a.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Acolho o voto de V.Ex^a., também.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Estou de acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Estou de acordo.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Eu não votei, Sr. Presidente.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

O Conselheiro Edson Arger ainda não votou. O Conselheiro Sylo Costa pediu uma explicação antes da votação.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Sr. Presidente, considero a consulta de extrema relevância e, pelo que já foi dito até aqui, por antecipação lembraria a hipótese, estando naturalmente todos de acordo, de que ela devesse inclusive ser publicada na íntegra.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Vamos fazer o seguinte: temos vários itens a ser examinados... (interrompido)

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Um momentinho, Excelência. Agora estou votando.

Então, que esta consulta possa ser publicada depois de revista nesses quesitos já lidos — senão na sua integralidade, porque ela é de extrema relevância, inclusive quanto à irreversibilidade da opção.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Sr. Presidente, não querendo acompanhar o Conselheiro, acho que devemos ir até o final da consulta. Depois vamos deixar um período de reflexão para que se decida se se vai publicar ou não. V.Ex^a. me perdoe, Conselheiro.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Não, absolutamente.

É porque essa inovação da irreversibilidade nunca ficou clara em nenhuma matéria trazida a este Tribunal, Sr. Presidente. Esta é uma matéria eminentemente nova, muito relevante. De modo que se entenderem prejudicada a publicação da consulta na íntegra, seja pelo menos este item para que sirva de orientação aos detentores do direito. É missão constitucional desta Corte de Contas esclarecer. Daí a minha antecipação nesse pedido.

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

(OS DEMAIS CONSELHEIROS MANIFESTARAM-SE DE ACORDO COM O RELATOR.)

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, QUANTO AO 3º QUESITO, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

4º quesito: “A contagem de férias-prêmio em dobro somente poderá ser feita referente ao período integral de 30 dias ou existe a possibilidade de utilização de período fracionado (apenas o necessário)?”

O fracionamento do gozo das férias-prêmio é perfeitamente possível desde que observada a conveniência e oportunidade da Administração e, também, a previsão legal.

Vale dizer, cada Poder, órgão ou entidade têm competência para regulamentar tal matéria, pois a conveniência e oportunidade de partição de férias do servidor, prêmio ou não, em dois iguais períodos, são singulares, tocando a especificidade dos serviços de cada uma daquelas parcelas da Administração Pública.

Somente para exemplificar, trago a lume a normatividade da referida faculdade que, no âmbito do Tribunal de Alçada de Minas, encontra-se assim regulamentada em seu Regimento Interno:

“Art. 30 ...

§ 3º - As férias-prêmio, quando parceladas, não serão concedidas por período inferior a 15 dias (quinze) dias...”

Nessa mesma linha, é o disposto no art. 7º da Resolução TC 06/95 ao permitir o parcelamento, por período nunca inferior a 15 dias, das férias-prêmio a serem gozadas pelo servidor deste Tribunal.

Nesse passo, certo é que o fracionamento de licença-prêmio adquirida se sujeita à peculiar conveniência e oportunidade de cada Poder, órgão ou entidade que devem, antes de permitir a divisão do período de gozo daquele descanso especial, regulamentar, previamente, a possível faculdade a ser conferida aos seus servidores, pois, na Administração Pública, não se faz o que se quer, mas o que está na norma legal.

Ante o exposto, considero a dúvida exposta neste quesito respondida.

O consulente, antes de formular a dúvida a seguir, pondera que “até a EC nº 20/98, a taxaço de proventos proporcionais era feita multiplicando-se o vencimento básico pelo nº de anos trabalhados e dividindo-se o resultado obtido pelo nº de anos que deveriam ter sido cumpridos para aposentadoria integral. A EC 20/98 dispõe em seu art. 8º, § 1º, inciso II, que ‘os proventos da aposentadoria proporcional serão equivalentes a setenta por cento do valor máximo que o servidor poderia obter de acordo com o *caput*, acrescido de 5% por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento”.

Então, as duas indagações ligadas às digressões acima transcritas são as de números quinta e sexta, a saber:

5º quesito...

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Conselheiro, na divisão das férias-prêmio, V.Exa. considera, também, as férias ordinárias, não é?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Sim, digo que podem, porque a questão-mor, a indagação, é se podem ou não. Estou dizendo que já existe isso.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Mas a legislação fixa as férias num período mínimo de 15 dias.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Sim, no mínimo. Isso tem que ser respeitado.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

A minha indagação é se, assim como nas férias-prêmio, esse critério também é adotado nas férias comuns.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Também. Acho que pode. Eu concordo que isso pode.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Isso está claro no voto?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Está claro. Acho que pode, não tenho a menor dúvida.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Nas férias normais e no período mínimo de 15 dias.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

O mínimo de 15 dias, o que não se admite em nenhum lugar.

5º quesito: “Todas as parcelas que compõem o provento do servidor deverão obedecer a esse critério percentual, inclusive abonos salariais e gratificação de chefia (apostilamento)?”

A resposta a este questionamento passa, obrigatoriamente, pelo enfrentamento da intrincada restrição inserta no § 3º do art. 40 da Constituição da República, em redação dada pela EC 20/98, quando menciona a expressão “remuneração de cargo efetivo” a saber:

“Art. 40 ...

§ 3º - Os proventos da 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.”

Ante o exposto, somente após se delimitar a aplicação desse comando mago no tempo, e, também, o seu confronto com a garantia constitucional do direito adquirido, poderemos firmar convencimento sobre as verbas que, depois da Emenda 20, irão compor a base de cálculo da aposentadoria do servidor público.

Em verdade, o § 3º do art. 40, anteriormente explicitado, ao restringir, para fins de cálculos dos proventos, as verbas que compõem a remuneração do cargo efetivo, excluiu daquele parâmetro todas as vantagens pecuniárias percebidas pelo servidor em caráter transitório.

Assim, em face da proibição inculpada no antedito § 3º do art. 40, as verbas de natureza transitória, que compõem a remuneração do servidor, *exempli gratia*, os adicionais noturnos, de horas extraordinárias, de insalubridade, de periculosidade, por ocupação de cargos comissionados ou função gratificada etc., estão excluídos e não comporão os proventos devidos aos inativos, salvo direito adquirido.

Todas essas verbas, exemplificadamente arroladas, são pagas ao funcionário em virtude de uma lícita condição circunstancial vivenciada pelo servidor no curso da relação de trabalho, que serão suprimidas quando o seu fato gerador deixar de existir. Vale dizer, sua natureza jurídica é de remuneração-condição, podendo, diante disso, ser eliminadas caso não verificadas as circunstâncias que ensejam o seu pagamento.

Entretanto convém não olvidar que, embora aquelas verbas sejam de natureza transitória para a maioria dos servidores, para uns poucos, como exemplo para o policial militar ou civil que comumente recebe adicional de risco de morte ou, ainda, para aquela parcela de funcionários que trabalham permanentemente em atividade insalubre ou perigosa, são elas de natureza permanente e, por essa razão, fazem parte da remuneração do cargo efetivo dessa parcela de funcionários públicos.

Com essa advertência, retorno à expressão jurídica “remuneração no cargo efetivo”, para afirmar que, atualmente, na fixação de proventos, há de ser incluído, na base cálculo da aposentadoria, o vencimento básico do cargo, acrescido das vantagens inerentes a esse mesmo cargo, tais como adicional por tempo de serviço, promoção, progressão na carreira e qualquer outra verba, de natureza não transitória, que venham a ser incorporadas por lei à remuneração do servidor, sendo esse o alcance do termo “na forma da lei” constante na redação do § 3º do art. 40 da Constituição Federal, pois remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

É oportuno advertir que o operador jurídico não se deve limitar, na interpretação de um dispositivo legal, à simples investigação literal da norma, mas buscar, nos diversos métodos de hermenêutica, o verdadeiro sentido do comando normativo.

Desta feita, parece-nos inquestionável que, na verdade, o § 3º do art. 40 da Constituição da República, em redação determinada pela Emenda 20, quando se refere que os proventos, “na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração”, legitima a variação entre admitir ou não ser computado para a inativação o valor do total da remuneração que o servidor recebia na ativa.

Doutra feita, em que pese à Emenda Constitucional 20/98 ter adotado sistema de aposentação em que os proventos “não poderão exceder à remuneração do respectivo cargo

efetivo em que se deu a aposentadoria”, convém não esquecer a inarredável incidência do direito adquirido sobre situações consolidadas sob o manto da legislação anterior, expressamente prevista na citada Emenda.

A esse respeito e a título de exemplo, trago à baila parte do voto do relator Ministro Maurício Correa, extraído da decisão administrativa adotada pelo STF no Processo 316794/2002, jurisprudência colacionada pelo Ministro Castro Meira, do STJ, no ROMS 14707/DF, a saber:

“Salvo direitos adquiridos, preservados a título de vantagens pessoais, é certo que a função comissionada não é hoje considerada para fins de fixação dos proventos de aposentadoria ou pensão estatutária.”

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, examinando a incidência de contribuição previdenciária sobre parcela correspondente à remuneração da função comissionada, acolhendo voto do Ministro-Redator Ubiratan Aguiar, assim se manifestou:

“... devem compor a base de cálculo da contribuição previdenciária as parcelas que o servidor, em virtude de ocupar, ou ter ocupado função comissionada ou cargo em comissão, incorporará aos proventos ou pensões, amparado por direito adquirido...” (Decisão 683/2001, Sessão de 29/8/2001, *in* Boletim TCU 61/2001)

Ora, o escopo da garantia do direito adquirido é assegurar, no tempo, a manutenção dos efeitos jurídicos de normas modificadas ou suprimidas. Ela não destina a inibir a evolução da legislação supra ou infraconstitucional, a modificação ou a revogação de comandos normativos preexistentes, mas a fazer perdurar os efeitos individuais e concretos da lei alterada ou suprimida.

No mesmo diapasão, decidiu o Superior Tribunal de Justiça conforme ementa abaixo transcrita:

“As vantagens de ordem pessoal, consideradas como tal os adicionais por tempo de serviço, as gratificações concedidas em razão da natureza ou do local de trabalho, uma vez incorporadas ao patrimônio do servidor, tornam-se insusceptíveis de extinção”. (6ª T STJ. ROMS 9936/RS. Relator Min. Hamilton Carvalhido. *DJ* de 04/8/03, p. 422)

Na lição dos constitucionalistas Carlos Ayres de Britto (Ministro do STF) e Valmir Pontes Filho, “quer se trate de direito que se adquire em sede legal, quer se trate daquele que se obtém por virtude da norma constitucional, tudo é matéria tabu para as leis e as emendas à Constituição, indistintamente. Um e outro direito subjetivo são alcançados pelo princípio constitucional da segurança jurídica e, nessa medida, garantidos pela petrealidade de que trata o inc. IV do § 4º do art. 60 da Carta de Outubro.”

E mais: “a norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito adquirido é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição. Impõe-se a qualquer dos atos estatais que se integram no processo legislativo, sem exclusão das emendas. Não fosse assim, teríamos que dizer do direito adquirido aquilo que o gênio de *Dostoiévski* hipotetizou em relação ao próprio Deus: ‘Se Deus não existe, então tudo é permitido’”. (*in* “Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais”, publicado na Revista de Direito Administrativo 220).

Reafirmando essa sua posição doutrinária, o Ministro Carlos Britto, no Recurso Extraordinário 378.932-5, oriundo de Pernambuco, ementou que:

“Tendo em vista a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, não poderá ocorrer a diminuição do quanto já percebido conforme o regime anterior, não obstante a ausência de direito adquirido à sua preservação.” (1ª T do STF. RE 378932-5/PE. Rel. Min. Carlos Britto. Decisão de 30/9/03. *DJ* de 14/5/04).

Em verdade, é oportuno advertir que existe, no ordenamento jurídico, apenas uma hipótese em que a Constituição da República afasta a garantia do direito adquirido e ela encontra-se no art. 17 do ADCT, senão vejamos: “Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, **invocação de direito adquirido** ou percepção de excesso a qualquer título.”

O legislador mineiro, afinado com a garantia do direito adquirido, ao prever o fim do apostilamento na Emenda à Constituição do Estado nº 57/03, como se depreende do art. 121 inserido no ADCT da Lei Maior de Minas, assegurou ao servidor estadual “ocupante de cargo de provimento efetivo o direito de continuar percebendo, nos termos da legislação vigente até a data de promulgação desta emenda à Constituição, a remuneração do cargo em comissão ou função gratificada que exerça nessa data, quando dele for exonerado sem ser a pedido ou por penalidade ou quando se aposentar, ficando garantido, para esse fim, o tempo exercido no referido cargo de provimento em comissão ou função gratificada até a data a ser fixada em lei”.

No âmbito do Poder Executivo, o direito ao apostilamento vigorou até 30/7/03, data da edição da Lei 14.683/03 que revogou a Lei 9.532/87.

Respondendo e concluindo este tópico da consulta, estou convencido de que as verbas, de natureza transitória, não mais integram, nos limites dos §§ 2º e 3º do art. 40 da *Lex Major* da República, a remuneração do cargo efetivo para fins de aposentação, ressalvadas aquelas fixadas em lei e conferidas ao servidor público porque essas não podem ser abolidas sob pena de ferir a garantia do direito adquirido.

Logo, os funcionários, nessa condição, têm direito à agregação de tais vantagens aos seus proventos, respeitados os critérios e percentuais fixados para a concessão da aposentadoria (art. 7º da Lei Complementar Estadual 64/00).

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Acompanho o voto do Relator, Sr. Presidente. A matéria é bastante complexa, mas está embasada em decisões dos Tribunais Superiores e não tenho nenhuma objeção.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Concordo com o Conselheiro Edson Arger. O assunto é muito complexo e vou pelo Relator, porque confesso que há muita coisa aí que pode passar despercebida, mas, de qualquer maneira, tenho que ter uma posição. O Relator fundamenta em algumas decisões. Cita inclusive Dostoiévski e o poeta que é o Carlos Ayres de Britto. Então, vou na certeza, fazendo um vôo meio cego, mas confiando na bússola do Relator.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Voto de acordo com o Relator, Sr. Presidente.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Todos os itens precedentes foram muito relevantes. Mas, até agora, este foi o item mais relevante do voto do Relator, porque é possível extrair do seu entendimento uma questão que me parece relevantíssima.

O fato de se designar provento, o que o aposentando recebe e irá receber — e remuneração o que é pago ao que está em atividade — significa apenas um enquadramento do tipo da despesa. Significa mais: que ao se denominar remuneração ou provento não se estão conspurcando os direitos adquiridos. Isso é relevante porque se caminha nos dias de hoje, num propósito terrível de se conceder, por exemplo, reajuste sobre os proventos sem que estejam neles compreendidas as parcelas. Se não considerarmos os direitos adquiridos isoladamente e que irão constituir, conforme o caso, a remuneração ou o provento, é possível que alguém fique prejudicado porque se uma determinada parcela da sua remuneração ou do seu provento sofrer alteração, para uma determinada categoria, não alcançará a todos porque só haverá reajuste do provento sem as parcelas que o integram. Resguardando-se o direito adquirido, as parcelas legitimamente conquistadas... (interrompido)

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Mas quanto a isso eu não me manifesto.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Estou ressaltando, no voto de V.Exa., parte que é muito significativa e que eu gostaria de dar ênfase porque tem enorme repercussão jurídica. Precisamos enfatizar isso.

Com o respeito ao direito adquirido das parcelas que irão compor a denominação provento, estaremos resguardando os reajustes futuros, que serão dados e que terão repercussão no patrimônio dos aposentados, ao passo que, se adotássemos pura e simplesmente a expressão

proventos, só teria o aposentado reajuste, quando houvesse um reajuste específico para proventos.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

E pensões?

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Pensão também; é a mesma coisa.

Eu gostaria de consignar a relevância desta matéria, porque ela resguarda inteiramente as parcelas legitimamente adquiridas.

O fato de se denominar provento é apenas uma questão contábil; é para enquadramento da despesa, que é a despesa com inativos.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Está na Lei de Responsabilidade Fiscal, não é?

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Sim, mas isso é irrelevante para o patrimônio do servidor. O que é relevante para o patrimônio do servidor é que as parcelas que ele conquistou ao longo de sua vida funcional poderão ser reajustadas independentemente do reajuste dos proventos no seu total.

Vamos supor — um exemplo clássico: a Constituição vigente no Estado anteriormente a 1989 atribuía 5% aos quinquênios administrativos. A nova Constituição veio e atribuiu 10%. Quem estava aposentado antes da Constituição de 1989, se não houvesse o respeito ao direito adquirido, continuaria com os quinquênios de 5%, que foram conquistados ao tempo em que o valor percentual era esse. Equivale a dizer que, se amanhã vier uma modificação no valor percentual dos quinquênios, sem respeito ao direito adquirido esses que têm hoje o direito de perceber 10% poderão não ter direito ao percentual maior a ser fixado.

Volto a insistir: este é o item mais relevante que já discutimos até agora, porque resguarda tanto a situação dos ativos quanto a dos inativos, e não será a remuneração o definidor dos direitos. A expressão remuneração é o somatório de todas as parcelas conquistadas, mas todas as parcelas conquistadas não desaparecem quando o funcionário se aposenta. O fato de se falar provento não significa o desaparecimento das parcelas que o compõe. Isso é o que acho relevante, com a devida vênia.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Não destão de V.Ex^a.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Não estou dizendo isso!

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Remuneração é para quem está na atividade; proventos é para quem está na inatividade. E os pensionistas, que não recebem nem provento nem remuneração?

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Mas o pensionista tem um significado: a pensão é calculada em razão da remuneração ou do provento. Então, quando o provento é resguardado como está no voto do Relator, a pensão não poderá sofrer prejuízo, porque a Constituição diz que a pensão será integral.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Mesmo com a redução a 70%?

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

A integralidade da Constituição é 70%, mas àqueles que são pensionistas antes do advento dessa norma constitucional é evidente que essa limitação não se aplica. Aí é o direito adquirido.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Antes era outra coisa.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Sr. Conselheiro Relator, quero esclarecer uma dúvida: esse tema ventilado pelo Conselheiro Eduardo Carone Costa, V. Exa. já o focalizou?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Está inteiramente de acordo com o meu voto.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

V.Exa. acrescenta ao seu voto?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Não, nem tenho por que acrescentar.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Apenas ressaltei.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

O Conselheiro está repisando e acentuando a importância do meu voto.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

Perfeitamente. Estou satisfeito.

CONSELHEIRO ELMO BRAZ:

Sem dúvida alguma, acompanho o voto do Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

FICAM APROVADOS, POR UNANIMIDADE, O 4º E O 5º QUESITOS.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

6º quesito: “Para os casos de aposentadoria proporcional ocorrido com base no art. 40 da Constituição Federal, alterada pela Emenda Constitucional 20/98, os cálculos permanecem como eram?”

Para adquirir direito à aposentadoria com proventos proporcionais, a Emenda 20/98 exigiu dos servidores submetidos à regra de transição idade de 53 e 48 anos, tempo mínimo de contribuição correspondente a 30 anos para os homens e 25 anos para as mulheres, mais 40% de “pedágio” sobre o tempo remanescente e proventos iguais a 70% da remuneração, com acréscimo de 5% para cada ano que ultrapasse a soma do período temporal anteriormente citado, até o limite da aposentação com proventos integrais.

Como se vê, o cálculo do provento da aposentadoria proporcional sofreu significativa alteração, pois, na legislação revogada, a proporcionalidade era equivalente a 1/25 avos para a mulher e 1/30 avos para o homem. Com a Emenda 20, os proventos são equivalentes a 70% do valor que o aposentando receberia numa possível inativação integral, acrescidos de 5% por ano a mais de contribuição, sempre na data do cumprimento do “pedágio”, até o limite de cem por cento. Assim, ao completar 25 anos de contribuição, a mulher, por exemplo, perceberá, depois de cumprido o “pedágio”, 70% do valor de sua remuneração, e, depois disso, a cada ano de trabalho, serão acrescidos mais 5% no “aniversário” do pedágio.

Além de severa mudança no critério de concessão da aposentadoria proporcional, a reforma previdenciária de 1998 trouxe, em seus dispositivos, requisitos outros, cuja finalidade foi imprimir tratamento diferenciado aos servidores que já se encontravam em atividade na data da publicação da Emenda, resguardando direitos adquiridos e preservando expectativas de direito. Dentre essas regras, vamos encontrar salvaguardada a concessão da aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de serviço, a qualquer tempo, desde que adquirido o direito àquela espécie de aposentação até a publicação da EC 41/03.

Por conseguinte, e em face das várias alterações ocorridas no ordenamento jurídico previdenciário, existem duas formas de calcular os proventos, senão confirmemos: a) servidor detentor, em 16/12/98, de 30 (trinta) anos de serviço, logo o suficiente para requerer

aposentadoria com proventos proporcionais, que vem requerê-la hoje, terá seus proventos calculados em conformidade com a legislação vigente à época em que adquiriu o direito (art. 3º da EC 20/98), e os seus proventos corresponderão a 30/35 avos se homem, que, em termos percentuais, equivalem a 85,71% do total da remuneração; b) funcionário, com cargo efetivo, que já estava no serviço público em 16/12/98, e que tenha adquirido tempo para aposentadoria proporcional (30 anos) após a publicação da EC 20/98, e queira aposentar-se, terá que cumprir, cumulativamente, os 53 (cinquenta e três) anos de idade e 5 anos ou mais de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria, além do “pedágio” de 40% (art. 8º da Emenda). Neste caso, os proventos corresponderão 70% da remuneração. A mesma regra, com redução de 5 anos, é aplicável à mulher.

Vê-se, pois, que o percentual da aposentação proporcional começa em 70%, a partir dos 30 anos de contribuição para o homem e 25 anos para a mulher, e sobe 5% por ano a mais de trabalho. Esse critério tende a “achatar” a inativação proporcional porque o servidor, mesmo trabalhando mais cinco anos, terá um acréscimo de 25%, totalizando, assim, 95% da remuneração do cargo e nunca os 100% textualmente previstos no inciso II do § 1º do art. 8º da EC 20/98.

Lado outro, embora não seja objeto da consulta, esclareço que a Emenda à Constituição Federal 41/03 pôs fim à aposentadoria proporcional e mais, a inativação requerida antes da idade mínima custará um redutor de 3 ou 5 % por ano de antecipação (§ 1º do art. 2º).

Assim, funcionário que ingressou na Administração Pública até a EC 20/98 (art. 2º) e que optar por aposentar-se antes das referências 60 e 65 anos, homem de 57 anos, portanto 3 a menos que o necessário, terá 85% da aposentadoria integral. Por sua vez, mulher de 49 anos, 6 a menos, inativará com 70% do benefício.

Em sendo assim, de acordo com a nova regra, quem implementar os requisitos para aposentação até 31/12/05, terá um desconto de 3% no cálculo dos proventos e, a partir de 1º/01/06, para os que cumprirem as exigências do *caput* do referido art. 2º da EC 41/2003, o redutor será de 5% a cada ano afastado da idade mínima.

Com efeito, resguardado o direito adquirido, foi excluída do sistema previdenciário brasileiro, sem qualquer regra de transição, a aposentadoria proporcional prevista pela EC 20/98 aos servidores que já estavam em exercício na data de sua publicação.

Nesse passo, dou por respondida a dúvida formulada.

Quero esclarecer que o legislador brasileiro, a molde do legislador português, do legislador francês e mesmo do inglês, poderia ter previsto essa antecipação e ter corrigido esse malefício que provoca ao homem que vai se inativar. O legislador deveria prever, e as regras — até as regras portuguesas, espanholas — foram inspiradas por juristas brasileiros mas aplicadas para o exterior. É a regra peregrina. Diz que deverá ser respeitado o começo do direito adquirido, e aqui não se respeitou nada. Tangencialmente, cortou-se, de uma vez por outra, aquele benefício que tinha o inativo.

Esse é o voto que coloco à disposição dos Srs. Conselheiros.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Sr. Presidente, naturalmente, *dadas* as circunstâncias, é uma consulta que está extremamente bem respondida, eruditamente fundamentada. Só lamento que não tivéssemos tido um avulso ou uma sinopse dessa consulta para que pudéssemos acompanhar, com a convicção mais plena possível, o eminente e responsabilíssimo Conselheiro Relator.

Vou acompanhar o voto de S.Exa. Confesso que tenho uma deficiência auditiva de acompanhar o raciocínio e a voz do Conselheiro, às vezes. Tenho uma baixa de audição, certamente, mas estou de pleno acordo.

Acho a Consulta importantíssima e das mais complexas já submetidas a este Plenário nas minhas eventuais substituições.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Estou indo por um norte. Também acho que não é fácil acompanhar a matéria sem ter tido, antes, oportunidade de ler para estudar. Mas a filosofia das respostas é baseada no direito adquirido, na preservação do direito adquirido.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

E, também, objetivando que o direito deixou de ser adquirido porque fazem um corte violento a ele.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Sim, o principal não é o que deixou de ser, acho que o principal é obedecer àquilo que é. Para a frente, se se obedece ao direito adquirido, está tudo certo. Tanto para trás da Emenda como para a frente, o direito adquirido é direito adquirido.

Então, com esse norte, mesmo não tendo apreendido direito, dada a complexidade do assunto... Não basta entender, tem de estudar. E, com a leitura pura e simples, a gente não tem condições de apreender tudo, mas, baseado nesse entendimento de que o direito adquirido está sendo observado, o que é básico, fico com o voto do Relator.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO ELMO BRAZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE, QUANTO AO QUESITO 6º.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

7º, 8º, 9º e 10º quesitos: “É direito do servidor, na esfera estadual, o cômputo do tempo decorrente de período trabalhado em atividade especial (uma vez que conforme Deliberações do CAP esses pedidos são denegados sob a argumentação de que não foi editada Lei complementar que dê suporte à admissão de serviço prestado em condições especiais)? Em caso afirmativo: a) que benefícios poderão ser concedidos baseados no cômputo desse tempo (aposentadoria, adicional por tempo de serviço, etc ?); b) deverá ser computado como tempo adquirido em data anterior à EC nº 20/98? Os mesmos direitos se aplicam ao abono de magistério?”

O consulente faz referência à Consulta 444582, de minha relatoria, publicada na Revista deste Tribunal nº 04, out/dez de 1997, para realçar quatro questionamentos os quais, dada a correlação entre si, serão respondidos englobadamente.

Entretanto saliento que, não fosse a vedação de cômputo de tempo ficto prevista na EC 20/98, simplesmente determinaria que as orientações ali repassadas fossem observadas, pois, apesar de a Consulta ser de 1997, os comandos ali inseridos continuam atualizados e socorrem todos os 4 questionamentos formulados.

A Lei Básica da República, em redação oriunda do poder constituinte originário, portanto antes da reforma de previdência, assegurava ao brasileiro aposentadoria com tempo reduzido se sujeito a trabalho prejudicial à saúde ou à integridade física (art. 202, II).

A situação do professor é outra, tanto que aquele mesmo legislador a tratou em diferente dispositivo (art. 202, III). Assim, o exercício do magistério não se enquadrava no inciso II, mas no de nº III do art. 202 daquela Carta Magna.

A EC 20/98, como já mencionado, além de promover significantes alterações na legislação da previdência social, transportou para o § 1º do art. 201 da Constituição a matéria enfocada ao prever a possibilidade de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria para os casos de trabalhos exercitados sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar. Essa ressalva foi, no art. 40, § 4º, igualmente, prevista para o servidor. O professor passou a ser tratado no § 5º do art. 40 e 8º do art. 201.

Pois bem, colocado isso, convém acrisolar que o tempo de serviço é regido sempre pela lei da época em que foi prestado, razão porque, em respeito ao direito adquirido, se o trabalhador, quando ainda celetista, desempenhou atividade laboral em condições adversas (insalubre, perigosa ou penosa) e a legislação da época (Lei 8.213/91), permitia a contagem de forma mais vantajosa, o tempo assim deve ser certificado pelo INSS e averbado pelo setor público para fins de aposentadoria, sem qualquer prejuízo para a Administração, já que, nos termos da Constituição Federal (art. 201, §9), os regimes de previdência se compensarão financeiramente.

Logo, sob a égide da legislação anterior à Emenda 20, até o limite permitido pela Lei 8.213/91, que autorizava a contagem desse tempo de serviço de forma diferenciada, o direito ao cômputo de tempo regido pela CLT, de modo especial para fins de aposentação no setor público, não carece de regulamentação, pois essa exigência constitucional é para o serviço exercido na Administração Pública exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do funcionário. (§ 1º do art. 40 da CF, redação original e § 4º do mesmo artigo, texto alterado pela EC 20/98).

Embora existam inúmeras decisões do STJ concluindo pelo direito, ora enfocado, a Administração resiste em implementá-lo sob a alegação de ausência de lei regulamentadora.

Ora, o serviço prestado sob o regime celetista não carece de regulamentação, mas apenas o trabalho insalubre, perigoso ou penoso, desenvolvido no setor público, reclama necessidade de lei regulamentadora.

Nesse sentido, é a decisão do TRF da 5ª Região, ao entender que o fato de não existir a lei reclamada pelo art. 40 da Constituição Federal não impede a contagem daquele tempo especial e a respectiva expedição de certidão pelo INSS, uma vez que a lei referida pela Carta Política de 1988 se refere ao trabalho prejudicial à saúde prestado sob o regime estatutário, vale dizer, o desenvolvido sob o pálio da CLT prescinde de educação de norma regulamentadora. (1ª T do 5º TRF. Proc. 2001.84.00.002274-9. DJ de 19/3/04, p. 730).

De outra senda, frisa-se que não se trata de contagem de tempo fictício, que é vedado pelo § 10 da Lei Maior da Federação, apenas do exercício de direito adquirido.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que:

“1. O servidor público, ex-celetista, que exerceu atividade perigosa ou penosa, assim considerada em lei vigente à época, tem direito adquirido à contagem de tempo de serviço com o devido acréscimo legal. Precedentes.

2. O servidor, por conseguinte, faz *jus* à expedição de Certidão de Tempo de Serviço pela Autarquia Previdenciária, da qual conste o tempo integral, já computada a contagem ficta, e a averbação deste período no serviço público, para fins de aposentadoria estatutária.” (5ª T do STJ. AgRg no Agravo de Instrumento nº 538.762-RS. Proc. 20030141706-0. Rel. Min. Laurita Vaz. Decisão de 06/5/04).

Dentre outras decisões do STJ, no mesmo sentido do resumo transcrito, temos os Recursos Especiais nºs 523575, 413503, 460737 etc., merecendo destaque a emenda do Tribunal *a quo* deste último recurso, a saber:

“A contagem e certificação do tempo de serviço público prestado sob a égide da CLT vinculado ao RGPS são atribuições do INSS, nos termos da legislação previdenciária, cabendo ao órgão público a que pertence o servidor apenas o levantamento do tempo de serviço prestado sob regime estatutário.

O critério de cálculo para fins previdenciários do tempo de serviço prestado em condições especiais no que concerne à aplicação de fator de conversão para soma a tempo de serviço exercido em atividade comum é regido pela norma vigente à época da prestação do serviço, salvo se a fórmula de cálculo de norma superveniente forma mais benéfica ao titular do direito, hipótese em que se origina, com a incidência desta, a aquisição retroativa do direito à aplicação do preceito mais favorável no que concerne ao tempo de serviço ainda não utilizado pelo respectivo titular para aposentadoria.

Ao tempo de serviço público ou privado em condições especiais prestado sob a égide da CLT com vinculação ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS)

aplicam-se as normas da legislação previdenciária atinentes a este.” (6ª T do STJ. Resp 460737-Pb. Proc. 200201040940. Rel Min. Hamilton Carvalhido. Decisão de 16/3/04).

Com esses esclarecimentos, que devem ser acrescidos aos expostos na Consulta 444582, dou por respondidos os quesitos acima.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Um esclarecimento, Conselheiro.

V.Exa. está admitindo, na transposição, absorver vantagens. O Estado absorve, responsabiliza-se por vantagens que não foram reconhecidas pela Previdência?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Não é isso que estou dizendo.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

O Estado só reconhecerá aquilo que foi reconhecido?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Lógico. Aquilo que é correntio, aquilo que está lá, é a prova comum. Sem mais, nem menos.

É só a troca de regime.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

A troca de regime não pode operar o prejuízo do direito adquirido do funcionário.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Em momento algum, Conselheiro, estou vulnerando o direito adquirido.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Certo. Mas é porque, nesse caso da compensação, não entendi direito na hora em que V.Exa. leu. Ficou me parecendo que o Estado poderia, se é para beneficiar, contar o tempo no critério que o Estado adotava, já que na Previdência Geral não tinha vantagens.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Não.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Não é assim?

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

É o tempo só.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Tudo bem.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Sr. Presidente, fico muito feliz com a distinção estabelecida na troca do regime, com a interseção que o Conselheiro Relator declinou no regime previdenciário da Consolidação das Leis do Trabalho para o regime estatutário, porque foi usada a palavra acrisolar. O INSS não acrisola nada, Sr. Presidente. Apenas como exemplo: os ex-servidores não só operários, os supervisores, da Mina de Morro Velho que adquiriram silicose, até hoje, não tiveram nenhum direito acrisolado.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Não é isso, não.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Não é isso, Conselheiro.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Entendi isso.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Não, não.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

A periculosidade do funcionário celetista da FUNED está abrangida ou não?

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Sr. Conselheiro, o que estou dizendo é que o direito de que ele é possuidor, de que ele é detentor, não pode ser vulnerado.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Sim. Perfeito.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

É isso que estou afirmando. Porque se se faz isso, comete-se uma inconstitucionalidade. Deixa-se de respeitar a Lei Maior.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Certo, tudo bem.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Se me coloco numa posição como intérprete do Direito, e essa nossa função é relevante, tenho que respeitar o direito adquirido sob pena de provocar um desassossego nacional, uma terrível balbúrdia legislativa.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Então, se bem entendi, o direito adquirido na iniciativa privada, do funcionário concursado... (interrompido)

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Tem que ser respeitado. Sabe por quê? Porque existe um artigo na Constituição que diz assim: "os direitos se respeitam". Respeitam-se os direitos, tanto faz na órbita privada, como na órbita pública. Está lá na própria Constituição.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Acompanho o voto de V.Exa. O esclarecimento de V.Exa. teoricamente não merece nenhum reparo.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Estou de acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO ELMO BRAZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

APROVADO, POR UNANIMIDADE, O VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR, QUANTO AOS QUESITOS N^{OS} 7^o, 8^o, 9^o E 10^o.

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

11º quesito: “O servidor que integresse o serviço público estadual à época em que vigorava o § 7º do art. 36 da Constituição Estadual tem assegurado o direito de averbar todo o tempo de serviço prestado à iniciativa privada, anteriormente à Emenda Constitucional nº 09 de 14/7/93 comprovado por certidão emitida pelo INSS, para fins de aposentadoria, adicionais por tempo de serviço e férias-prêmio, a qualquer momento em que o requeira?”

No tocante às férias-prêmio o consulente encontra resposta na Consulta 444582, de seu conhecimento, que, a meu ver, cuidou da matéria de forma clara.

A Constituição Mineira de 1989, na redação original do § 7º de seu art. 36, autorizou ao servidor ocupante de cargo ou função pública o cômputo de tempo de serviço prestado em atividade privada para aposentadoria e adicionais. Essa autorização foi suprimida pela Emenda Constitucional nº 09/93, permanecendo apenas para fins de aposentação.

Essa discussão nós já tivemos aqui inúmeras vezes.

Observa-se, então, que a Carta Estadual admitiu a contagem recíproca de tempo de serviço prestado a entidades privadas apenas para aposentadoria e adicionais, nunca para todos os efeitos.

Quanto a isso, tivemos reiteradas decisões nesse sentido.

Assim, o servidor público estadual, destinatário desse direito, que tenha ingressado no Estado à época de vigência do disposto no art. 36, § 7º, em redação anterior à EC 09/93, poderá contar, a qualquer momento, aquele tempo privado para fins de adicionais porque, uma vez incorporado ao patrimônio jurídico do titular do direito, não é suprimível.

Em relação à matéria, este é o entendimento desta Corte de Contas e, também, do eg. Tribunal de Justiça de Minas, a saber:

“O servidor público que, até a data da publicação da Emenda Constitucional nº 09/93, que modificou o § 7º do art. 36 da Constituição Mineira, possuía tempo de serviço prestado a outras entidades – tanto públicas quanto privadas - tem direito adquirido à percepção dos adicionais a que se referia o mencionado dispositivo, não podendo o cômputo daquele período ser afetado pelas modificações havidas na legislação, por erigir-se à categoria dos direitos adquiridos, podendo e devendo ser averbado pelo funcionário, para efeitos de aposentadoria e adicionais.” (Apelação Cível nº 1.00.24.03.053496-0/002, Rel. Des. Orlando Carvalho, *in DJ* de 13/4/04).

Segundo, ainda, a mais alta Corte de Justiça do Estado:

“Não importa se o servidor protocolou seu pedido de averbação após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 09/93 vez que o período pelo qual o mesmo pleiteia a averbação para fins de adicional é anterior à aludida emenda devendo, portanto, ser aplicada a antiga redação dada ao art. 36, § 7º, da Constituição Estadual.” (Apelação Cível nº 1.00.24.02.853904-7/001, Rel. Des. Maria Elza, *in DJ* de 02/3/04).

E mais:

“Comprovada a prestação de serviço junto à iniciativa privada, bem como o ingresso no serviço público em data anterior à EC nº 09/93, tem o servidor direito adquirido à contagem recíproca do tempo de serviço para efeito de aposentadoria e adicionais.” (Apelação Cível nº 1.00.24.02.824977-9/001, Rel. Des. Silas Vieira, *in DJ* de 18/12/03).

Como restou demonstrado, tanto a EC 09/93 como o art. 10 da Lei complementar 64/02 têm eficácia para o futuro, não podendo retroagir para alcançar situações consolidadas, abarcadas pelo princípio do ato jurídico perfeito.

Ora, “se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio para ser exercido quando lhe conviesse. A lei nova não pode prejudicá-lo, só pelo fato de o titular não o ter exercido antes”. (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 7ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 374).

III - CONCLUSÃO

Com esses esclarecimentos, tenho por respondida a longa consulta encaminhada pela FHEMIG.

CONSELHEIRO EDSON ARGER:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Sr. Presidente, vou votar de acordo com o Relator. Mas acho que abrimos hoje, aqui, um precedente perigoso, porque nunca vi uma consultoria jurídica maior do que esta. Se isso não é consultoria jurídica, não sei mais o que é consultoria jurídica.

Entretanto, pela complexidade do assunto, pela maneira com que foi respondido, pelo cuidado que teve o Relator e, também, nós, mesmo não podendo ter o mesmo cuidado — gostaríamos de ter o mesmo cuidado —, voto de acordo com S.Exa.

Agora, chamo a atenção para essa falha nossa. Aliás, deveria ter sido salientado isso em preliminar. Mas “alea jacta est”.

CONSELHEIRO JOSÉ FERRAZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO ELMO BRAZ:

Voto de acordo com o Conselheiro Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

APROVADO O PARECER DO CONSELHEIRO RELATOR, CONSIDERANDO A APROVAÇÃO DE TODOS OS ITENS, POR UNANIMIDADE.

Dada a relevância da matéria e a complexidade, conforme ressaltaram os Conselheiros Edson Arger, Sylo Costa e demais, proponho ao Conselheiro Vice-Presidente que publique na revista esta consulta.

CONSELHEIRO SYLO COSTA:

Entendo que se trata de consultoria jurídica, mas dada a importância da matéria, acho que é bom publicar na revista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

O nobre Conselheiro Moura e Castro, como Padre Vieira, não teve hoje, na sua resposta, o que diz naquela frase célebre, “não teve tempo de ser breve, não teve tempo de ser mais rápido.”

CONSELHEIRO MOURA E CASTRO:

Sr. Presidente, mas como Vieira, devo dizer, sem jactância, que falei com muita simplicidade, que os mais simples entenderam e que os mais cultos que estão ao meu lado, muito tiveram que aprender. Isso é brincadeira.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO TOLEDO:

A consulta levou cerca de 75 minutos para ser respondida — talvez um recorde aqui — mas, de fato, a matéria é complexa, é uma matéria relativamente nova e de alta indagação.

Então, quero propor ao eminente Conselheiro Vice-Presidente que publique a consulta, a resposta e as discussões, para ampla divulgação aos nossos jurisdicionados e para que todos tomem conhecimento. Realmente, a matéria é muito complexa e, evidentemente, o Relator tratou-a com extrema sabedoria e habitual competência.

* * * * *