



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A.
fls. 106

PROCESSO: GG Nº 548/2004 (GDOC 18901-172216/2004)

INTERESSADO: UNIDADE CENTRAL DE RECURSOS HUMANOS

ASSUNTO: SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA.
EMENDA N. 41/2003.

CONSULTA SOBRE A POSSIBILIDADE DE CÁLCULO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR ENQUADRADO NO ART. 3º DA EC 41/2003 PELA MÉDIA ARITMÉTICA SIMPLES PREVISTA NO ART. 1º DA LEI FEDERAL 10.887, DE 18.6.2004. TRATANDO-SE DE DIREITO ADQUIRIDO, O CÁLCULO SEGUE OS CRITÉRIOS DA LEGISLAÇÃO VIGENTE NA ÉPOCA EM QUE ADQUIRIDO O DIREITO, DEVENDO TOMAR POR BASE A REMUNERAÇÃO PERCEBIDA PELO EXERCÍCIO DO CARGO EM QUE OCORRER A APOSENTADORIA E NÃO OS DA LEI NOVA QUE ESTÁ EXPRESSAMENTE REFERIDA A OUTRAS HIPÓTESES. RESSALVA DE EVENTUAL CASO, DE REMOTA POSSIBILIDADE, EM QUE OS CRITÉRIOS DA LEI NOVA SEJAM FAVORÁVEIS AO SERVIDOR.

PARECER PA nº 61/2005

Aludindo à existência de questionamentos de órgãos setoriais, indaga a Unidade Central de Recursos Humanos da Casa Civil se "os proventos de uma aposentadoria assegurada pelo Artigo 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003 poderão ser calculados pela média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, consoante o disposto na Lei Federal n. 10.887, de 18 de junho de 2004" (sic, fl. 102).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A.
fls. 107
2

A assessoria especial do Governador determinou o encaminhamento do processo à Procuradoria-Geral do Estado (fl. 103), de onde vieram para exame e manifestação (fl. 105).

É O RELATÓRIO. OPINO.

Cabe registrar, inicialmente, que a respeito da dúvida suscitada pelo órgão de origem não foi ouvida a Consultoria Jurídica da Casa Civil, como seria de rigor, nem qualquer outro órgão de eventual secretaria envolvida e ou interessada. Sem prejuízo, passo à análise da questão formulada.

Prescreve o art. 3º da Emenda Constitucional (EC) n. 41, de 2003:

“Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.”

§ 1º (...) omissis (...)

§ 2º Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente”.

Essa disposição, como já asseverado em outras oportunidades, ressaltou expressamente o direito adquirido de todos os servidores que, quando da publicação da EC 41/2003, já houvessem satisfeito os requisitos para a obtenção da aposentadoria, não obstante continuassem em exercício. Em relação a eles, os proventos da inatividade são, quando de sua concessão, calculados de acordo com a legislação vigente quando da aquisição do direito. Em outras palavras, se o servidor, quando da publicação da EC

Asser.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO³
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A.
108
3

41/2003, já satisfizera todos os requisitos para requerer sua aposentadoria, seus proventos devem ser calculados, por ocasião de sua concessão, *"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"*, ex vi do que estatuiu, até então, o § 3º, do art. 40, da Constituição, na redação dada pela EC 20/1998. Portanto, para os servidores enquadrados no art. 3º, da EC 41/2003, a base de cálculo de seus proventos é a remuneração por eles percebida, quando concedida a aposentadoria, no cargo efetivo em que ocorre a inatividade.

É certo que o § 2º, do art. 3º, da EC 41/2003, admite, alternativamente (*"ou"*, diz o preceito), o cálculo dos proventos *"nas condições da legislação vigente"*, a qual, por certo, é aquela que vigora quando de sua concessão em contraposição à que vigia à época em que atendidos os requisitos para a inatividade. A expressão empregada pelo constituinte reformador não prima pela clareza, cabendo, portanto, interpretá-la com conformidade com a sistemática constitucional. Adequada, parece-me, é a exegese sustentada pela ilustre professora e ex-Procuradora do Estado, Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na lição transcrita a fl. 100, isto é, essa frase *"tem de ser entendida no sentido de que outras vantagens podem ser acrescidas àquelas a que já fazia jus o servidor na data de publicação da Emenda"*.

Com efeito, pelo fato do servidor, embora tendo preenchido todos os requisitos para sua aposentadoria, continuar trabalhando é possível, em tese, que, até a exercer o direito adquirido, ele venha, no curso desse exercício prolongado, a fazer jus a outras vantagens (v.g., adicionais por tempo de serviço, promoções). Não seria razoável que, apenas por tê-las adquirido *a posteriori*, delas fosse privado para o cálculo de seus proventos, interpretação essa, aliás, que se contraporía ostensivamente ao prêmio (abono de permanência) previsto no § 1º do mesmo art. 3º (abono de permanência). Além do mais, uma interpretação que sufragasse essa ablação colocar-se-ia em conflito aberto com a norma da primeira parte do § 2º, art. 3º da EC 41/2003, que manda calcular os proventos *"de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos"*.

[Assinatura]



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A.
fls. 109
4

Ofenderia, ainda, a norma do § 3º, do art. 40, da Constituição, na redação dada pela EC 20/1998, determinante de que *“os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria”*. Não obstante revogada, essa norma continua a reger a situação de todos os abrangidos pelo art. 3º da EC 41/2003, por força do estatuído pelo inciso XXXVI, do art. 5º, da Lei Maior, segundo o qual *“a lei (e também a emenda constitucional) não prejudicará o direito adquirido”*.

Cabe observar, ademais, que a fórmula de cálculo dos proventos estabelecida pelo art. 1º, da Lei federal nº 10.887, de 18.6.2004, aplica-se, segundo os próprios termos dessa disposição, às hipóteses previstas *“no § 3º, do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003”*, não contemplando essa norma sua aplicação às hipóteses do art. 3º da mesma emenda.

Respondendo à indagação formulada, sou de opinião que, em tese e na generalidade dos casos, os proventos de aposentadoria garantida pelo art. 3º da EC 41/2003 não devem ser calculados pela média aritmética prevista no art. 1º da Lei federal nº 10.887, de 18.6.2004, cuja aplicação é restrita às hipóteses nele indicadas. Ressalvo, no entanto, a hipótese, a meu ver meramente teórica, dessa fórmula ser comprovadamente mais favorável ao servidor e desde que este, ciente desse benefício, por ela opte expressamente, renunciando à outra alternativa.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2005.


Antônio Joaquim Ferreira Custódio
PROCURADOR DO ESTADO NÍVEL V
OAB/SP 24.975

P.A.
113 110
PD



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: GG Nº 548/2004

INTERESSADO: UNIDADE CENTRAL DE RECURSOS HUMANOS

ASSUNTO: APLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003.

Em razão da matéria,
transmite-se
A(o) Dr.(a) João

Para manifestar-se

PA em: 14, março, 2005

MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES
Procuradora do Estado Chefe
da Procuradoria Administrativa
OAB nº 79.413



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A.	111
fls.	

PROCESSO: GG n. 548/2004

INTERESSADO: UNIDADE CENTRAL DE RECURSOS HUMANOS

ASSUNTO: SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003. Exegese do artigo 3º, § 2º, *in fine*. Forma de cálculo dos proventos. Invocação do entendimento aprovado no Parecer PA-3 n. 122/1999. Endosso da orientação traçada no Parecer PA n. 61/2005.

PARECER PA n. 87/2005

1. Os presentes autos cuidam de sucessivas dúvidas formuladas pela Unidade Central de Recursos Humanos da Casa Civil relativas à aplicação da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, e que foram objeto dos Pareceres PA ns. 123/2004 e 360/2004, respectivamente de fls. 50/56 e 88/93.

2. Pela manifestação de fls. 99/102 (ou 97/100, tendo em vista a duplicidade de numeração), retornam os autos a esta Procuradoria Administrativa por força da nova dúvida suscitada, agora envolvendo a interpretação do artigo 3º, § 2º, do texto da Emenda n. 41/2003. É o seguinte o quesito formulado na consulta: "os proventos de uma aposentadoria assegurada pelo artigo 3º da Emenda Constitucional n. 41/2003 poderão ser calculados pela média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que este esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A.	
Nº	112
	<i>[assinatura]</i>

contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, consoante o disposto na Lei Federal n. 10.887, de 18 de junho de 2004?"

3. O órgão consultante, citando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do direito adquirido, bem como lições doutrinárias que entende aplicáveis à espécie, afirma que "os proventos do servidor que preencheu todos os requisitos, para fins de aposentação, até a data de publicação da Emenda Constitucional n. 41/2003, serão calculados conforme a lei regente ao tempo da reunião dos requisitos, em outras palavras, não será utilizado o cálculo determinado pela legislação vigente". Assim, "o servidor que adquiriu o direito à aposentadoria, com base na legislação vigente, não poderá optar pelo cálculo dos proventos fixado pela atual legislação".

4. O tema foi precedentemente examinado pelo Parecer PA n. 61/2005, em que o ilustre Procurador do Estado Antônio Joaquim Ferreira Custódio concluiu que em se tratando de "direito adquirido, o cálculo segue os critérios da legislação vigente na época em que adquirido o direito, devendo tomar por base a remuneração percebida pelo exercício do cargo em que ocorrer a aposentadoria e não os da lei nova que está expressamente referida a outras hipóteses. Ressalva de eventual caso, de remota possibilidade, em que os critérios da lei nova sejam favoráveis ao servidor".

5. A critério da Senhora Procuradora do Estado Chefe desta Procuradoria Administrativa, "em razão da matéria", foi o processo redistribuído para coleta de nova opinião jurídica.

É o sucinto relatório. Opino.

6. O artigo 3º, § 2º, da EC n. 41/2003, veiculando comando já anteriormente constante do artigo 3º, § 2º, da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, dispõe que "os proventos da



113
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no *caput*, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios *ou nas condições da legislação vigente*".

7. Sobre a inteligência dessa parte final do dispositivo da emenda impera a dúvida trazida ao exame desta Procuradoria especializada e que tem gerado perplexidade aos aplicadores do Direito por contrariar, em sua essência, o próprio instituto do direito adquirido. Nesse sentido, por exemplo, observa Odete Medauar que "quanto aos proventos, o § 2º do art. 3º prevê que serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão da aposentadoria ou nas condições da legislação vigente. Esta última expressão *nas condições da legislação vigente* pode gerar controvérsias, pois destoa da própria essência do direito adquirido e do teor do *caput* do artigo"¹.

8. Direito adquirido, observa a doutrina de R. Limongi França, é "aquele que se constituiu regular e definitivamente e a cujo respeito se completaram os requisitos legais e de fato para se integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário"². Em consequência, adquirido o direito, pode seu titular exercê-lo de acordo com a lei vigente ao tempo da aquisição. Tanto assim que a Súmula 359 do Supremo Tribunal Federal dispõe que "ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários"³.

¹ *Direito administrativo moderno*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 358.

² *A irretroatividade da lei e o direito adquirido*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 154.

³ Súmula com a redação alterada pelo julgamento do RE 72.509, j. 14.2.1973 (RTJ 64/408).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A.	
fls.	114
	<i>[assinatura]</i>

9. Se assim é, resta de todo afastada qualquer exegese da norma em comento que pretenda ver na sua literalidade uma opção passível de ser exercida em prejuízo do servidor que cumpriu todos os requisitos para obtenção dos benefícios previdenciários até a data da publicação da emenda. Ou seja, não pode a Administração, a seu talante, exercer a faculdade prevista na parte final da norma em comento para calcular os proventos da aposentadoria "nas condições da legislação vigente", que, como é sabido, são mais restritivas do que aquelas fixadas na legislação alterada.

10. Resta saber se o servidor titular do direito adquirido pode pretender o cálculo de acordo com a lei nova, imaginando-se uma futura e hipotética alteração da fórmula de cálculo que lhe seja mais favorável. A resposta afirmativa a essa possibilidade teórica é uma consequência da norma que aflora do próprio texto constitucional.

11. Em conexão com esse aspecto, importa saber se a redação da norma em exame, em adendo, permite a inclusão no cálculo dos proventos do titular do direito adquirido de vantagens que só foram acrescidas após a aquisição do direito. É o caso de acréscimos pecuniários decorrentes de adicionais temporais e verbas incorporadas que para tanto consideram tempo de serviço prestado após a publicação da emenda e, portanto, excedem o período considerado na aquisição do direito.

[assinatura]



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A. 115
118
119

12. A resposta afirmativa a essa questão é dada pela doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, mencionada na consulta formulada, e que, além de ter sido acolhida no Parecer PA n. 61/2005, reflete entendimento jurídico já anteriormente firmado nesta Procuradoria Geral do Estado com a aprovação do Parecer PA-3 n. 122/1999, em que no Despacho de aprovação do Senhor Procurador do Estado Chefe da Primeira Seccional, Antônio Joaquim Ferreira Custódio, ficou assentado que "se for o caso de cálculo de proventos com base em vantagens adquiridas posteriormente, permiti-o o § 2º, *in fine*, do art. 3º, da EC n. 20/98. Se, entretanto, essa forma de cálculo causar prejuízo ao servidor, tem este assegurado o cálculo dos proventos *'de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão desses benefícios'*".

13. Observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na lição mencionada, que "em se tratando de direito adquirido, os proventos e a pensão têm que ser calculados com respeito aos benefícios já incorporados ao patrimônio do servidor à época em que completou os respectivos requisitos, sem prejuízo de outros adquiridos posteriormente. Não há como separar o direito à aposentadoria (integral ou proporcional) e à pensão do benefício pecuniário correspondente. Ainda que se altere a legislação, a integralidade ou a proporcionalidade, conforme o caso, têm que ser respeitadas. Em consequência, a frase final do dispositivo, ao fazer referência às *condições da legislação vigente*, tem que ser entendida no sentido de que outras vantagens podem ser acrescidas àquelas a que já fazia jus o servidor na data de publicação da Emenda"⁵.

⁴ *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004, p.484.

⁵ *ob. cit.*, p. 484.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PA	
fls	116
	<i>[assinatura]</i>

14. Afastada a possibilidade de interpretação da parte final do dispositivo em exame como uma negativa do direito adquirido pelo servidor que tiver preenchido as condições de aposentação até a data da publicação da Emenda, e considerando o reconhecimento de que as palavras contidas no texto legislativo têm necessariamente um significado, a interpretação exposta no Parecer PA n. 61/2005 expressa o entendimento a ser considerado, de forma a deixar assentada a possibilidade de o cálculo dos proventos daqueles servidores que tiverem direito adquirido à aposentadoria nas condições que precedem a Emenda Constitucional n. 41/2003 ser realizada nas condições da legislação vigente quando de exercício desse direito se, por beneficiar o servidor, for objeto de sua livre opção.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 28 de março de 2005.

[assinatura]
DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
Procuradora do Estado
OAB/SP 78.260



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A.	117
Fls.	

Processo: GG nº 548/2004 (GDOC 18901-172216/2004)

Interessado: UNIDADE CENTRAL DE RECURSOS HUMANOS

PARECERES PA nº 61/2005 e 87/2005

Como adverte o i. prolator do Parecer PA nº 61/2005, a expressão final constante do § 2º do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, não prima pela clareza e chega a mesma a causar perplexidade nos doutrinadores, como assere a d. signatária do Parecer PA nº 87/2005.

Não obstante as dificuldades apresentadas pelo referido texto, os pareceristas, com judiciosa argumentação, oferecem para o mesmo interpretação que se harmoniza com a sistemática constitucional vigente e com a orientação precedentemente fixada na matéria pela Procuradoria Geral do Estado.

Sendo assim, coloco-me de acordo com os Pareceres PA nº s 61/2005 e 87/2005, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Transmitam-se os autos à elevada consideração da Subprocuradora Geral do Estado – Consultoria.

PA, em 30 de março de 2005.

MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES
Procuradora do Estado - Chefe
da Procuradoria Administrativa
OAB nº 79.413



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

GABINETE DO PROCURADOR GERAL

PROCESSO : GG nº 0548/2004
INTERESSADO : UNIDADE CENTRAL DE RECURSOS HUMANOS
ASSUNTO : Aplicação da Emenda Constitucional nº 41/2003.

MSS
MSS

Concordo com as razões aduzidas no Parecer PA nº 61/2005 (fls. 106/110) e no Parecer PA nº 87/2005 (fls. 111/116), emitidos a propósito de consulta sobre cálculo de proventos de aposentadoria de servidor enquadrado no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 41/2003.

As duas peças opinativas sustentaram que, tratando-se de direito adquirido, o cálculo deve seguir os critérios da legislação vigente à época em que satisfeitas as exigências para a aposentação, tomando-se como base a remuneração percebida pelo exercício do cargo em que ocorrer a aposentadoria, ressalvada a possibilidade de opção do servidor pelas condições da legislação em vigor quando do exercício do direito, se porventura mais benéficas.

À superior apreciação do Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação dos Pareceres PA nº 61/2005 e 87/2005, endossados pela d. Chefia da Procuradoria Administrativa.

Subg. Cons., 01 de abril de 2005.

ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI

ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

88.199
2

GABINETE DO PROCURADOR GERAL

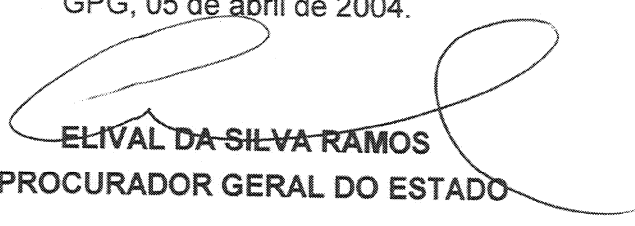
PROCESSO : GG nº 0548/2004
INTERESSADO : UNIDADE CENTRAL DE RECURSOS HUMANOS
ASSUNTO : Aplicação da emenda Constitucional nº 41/2003.

MSS

Nos termos da manifestação da Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria, aprovo os Pareceres PA nº 61/2005 e nº 87/2005.

Encaminhe-se cópia dos pareceres ora aprovados a todas as unidades da Área de Consultoria, restituindo-se os autos, após, à Unidade Central de Recursos Humanos do Estado.

GPG, 05 de abril de 2004.


ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR GERAL DO ESTADO