



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE DO PROCURADOR GERAL

São Paulo, 15 de junho de 2007

Ofício GPG-Cons. nº 2739/2007

Senhora Diretora,

Sirvo-me do presente para encaminhar a Vossa Senhoria, para conhecimento, cópia do Parecer PA nº 115/2007, aprovado pelo Sr. Procurador Geral do Estado, que alterou a orientação fixada por este órgão.

Nesse sentido, solicitamos a Vossa Senhoria providências para rever eventuais atos de indeferimento de concessão do abono de permanência a servidores que poderiam obter a aposentadoria com fulcro na Emenda Constitucional nº 47/2005.

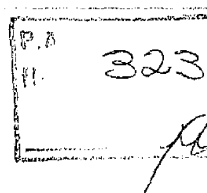
Aproveito o ensejo para renovar meus protestos de elevada estima e consideração.

Maria Christina Tibiriçá Bahbouth
MARIA CHRISTINA TIBIRIÇÁ BAHBOUTH
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA

Ilustríssima Senhora
IVANI MARIA BASSOTTI
Coordenadora da Unidade Central de Recursos Humanos
Secretaria de Gestão Pública



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



1

Processo nº: PAJM-5653/88 (GDOC-17016-761596/2005)

Parecer: PA nº 115/2007

Interessado: Aloysio Nunes Ferreira Filho

Assunto: **APOSENTADORIA. ABONO DE PERMANÊNCIA.**
SERVIDORES EM ATIVIDADE.

Têm direito ao abono de permanência (artigo 40, Par. 19 da Constituição Federal) os servidores que hajam completado os requisitos para a sua aposentadoria por qualquer dos sistemas previstos na Lei Maior – norma permanente e regras transitórias –, inclusive o inaugurado pela EC 47/2005, e permanecem em atividade, ainda que afastados do cargo efetivo em que titulados, uma vez que a “ratio” da norma constitucional, ao procurar manter em atividade os servidores que poderiam aposentar-se, é a de postergar o ingresso do servidor no sistema próprio de previdência, onerando este último o menos possível. Não fazem jus ao referido abono os inativos – aposentados e disponibilizados – e os que ocupam unicamente cargo em comissão. A concessão do abono depende de pedido, e o seu pagamento é devido a partir da data em que o interessado o solicita.

1 – Vêm os autos a esta Especializada por força do pedido de abono de permanência formulado à fl. 315 pelo Procurador do Estado Dr. Aloysio Nunes Ferreira Filho, que presentemente ocupa o cargo de Secretário-Chefe da Casa Civil do Governo Estadual. Como o Departamento de Recursos Humanos da Procuradoria da Assistência Jurídica aos Municípios (PAJM) – unidade em que se

324
/P



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

2

encontra classificado o interessado – alertou para o fato de o organograma seguido pela UCRH não contemplar a concessão do referido abono aos que têm direito de aposentar-se apenas pela EC 47/2005 – caso do servidor em epígrafe –, a d. Chefia daquele órgão consultivo houve por bem remeter o processo à d. Sub-G-Consultoria, para manifestar-se a respeito.

2 – De interesse nos autos – que versam sobre a contagem de tempo do interessado –, destacam-se, até à prolação, inclusive, do importante Parecer PA nº 5/2006 e aditamentos (fls. 217/279), as seguintes peças: a) às fls. 143 e 168, pedido de expedição (em 28/3/2003) de certidão de contagem de tempo para aposentadoria proporcional (art. 8º, I e II, I, “a” e “b” e II da EC 20/98); b) às fls. 155/163, o Parecer PA-3 nº 153/2000 e aditamentos; c) às fls. 174/175, certidão de contagem de tempo de serviço (nº 1/2003), requerida pelo interessado; d) às fls. 203/208, documentos relativos à sua condição de Deputado; e) às fls. 211 e 213, nova certidão de contagem e quadro demonstrativo de tempo; f) às fls. 214/215, consulta sobre se é possível ao interessado aposentar-se pela Emenda Constitucional 41, art. 6º; g) às fls. 217/224, o Parecer PA nº 5/2006, onde se conclui que, em face dos seus contínuos e sucessivos afastamentos como parlamentar, o interessado não preenche o requisito do “efetivo exercício” por cinco anos no cargo em que se dá a aposentação, exigido para a obtenção do benefício na regra transitória; h) às fls. 225/259, cópia do Parecer PA-3 nº 70/93, que cuidou do conceito constitucional de “efetivo exercício”; i) às fls. 260/263, manifestações aditivas das Chefias imediata e mediata ao Parecer PA nº 5/2006; j) às fls. 275/278, Parecer da Procuradora Assistente Dra. Maria Emília

PA
325
PA

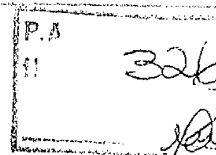


PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

3

Pacheco, concordando com o Parecer PA nº 5/2006, mas acrescentando que, embora o interessado não faça jus à aposentadoria com base no art. 6º da EC 41/2003, tem direito a aposentar-se pelo art. 3º da EC 47/2005, onde não se exige o “efetivo exercício” no cargo; k) à fl. 279, manifestação do Sr. Procurador Geral do Estado em que aprova o Parecer PA nº 5/2006 e a peça opinativa antecedente. Ressalte-se, em particular, que à fl. 218, no relatório do Parecer PA nº 5/2006, apresenta-se uma síntese de todos os afastamentos do servidor, desde que ingressou na carreira de Procurador do Estado até fins de 2005.

3 – Ato contínuo à ciência do Parecer PA nº 5/2006 e de todas as manifestações aditivas posteriores, o Dr. Aloysio Nunes Ferreira Filho requereu a sua aposentadoria com fundamento na Emenda Constitucional 47/2005 (fl. 283), ao que se seguiu declaração do IPESP quanto ao regular pagamento da contribuição previdenciária (fl. 285), e declaração da Prefeitura de São Paulo sobre o cargo político ocupado pelo interessado, à época (fl. 286). Nova certidão de contagem de tempo veio a lume à fl. 287. À fl. 291, o servidor voltou a pedir a aposentadoria com base na EC 47/2005, em data de 30/11/2006. Por outro lado, às fls. 292/299 e 307/313, acostaram-se as Portarias de concessão de adicional por tempo de serviço. Entrementes, foram juntadas certidões da Câmara dos Deputados sobre os mandatos de Deputado Federal exercidos pelo servidor (fls. 304/305), e Portaria do Ministro da Fazenda concedendo-lhe direitos de anistiado político (fl. 306).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

4

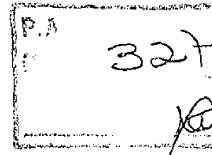
4 – Em seguida, o interessado, em data de 12/4/2007, declara haver optado por permanecer em atividade, e solicita o abono de permanência, nos termos do art. 40, Par. 19 da Constituição Federal (fls. 315/316).

5 – Instada a pronunciar-se, a DSA da Procuradoria Jurídica de Assistência aos Municípios observa, à fl. 321, que, com base nas regras das Emendas 41/2003 e 47/2005, como vêm sendo aplicadas pela Administração em função do quadro de fl. 320, o interessado não faria jus ao abono de permanência. Sugere consulta, o que veio a ser ratificado pelo d. Procurador-Chefe da PAJM.

6 – Por fim, à fl. 322, a d. Subprocuradoria do Estado para a Área de Consultoria remete os autos a esta Especializada, para análise a parecer.

É o relatório. Opino.

7 – De proêmio, devo notar que, mediante o pedido de fl. 315 e fl. 316, o interessado desistiu de seus pleitos de aposentadoria previamente acostados nos autos, inclusive o mais recente, com base na EC 47/2005. Em consequência, a questão ora posta diz respeito apenas à possibilidade de alguém como ele, há tempos afastado da carreira, e em condições de passar à inatividade com fulcro em regra



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

5

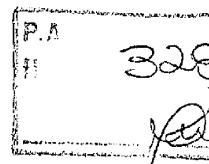
transitória da Emenda Constitucional 47/2005, perceber o abono de permanência previsto no artigo 40, Par. 19 da Carta da República.

8 – Reza o citado dispositivo constitucional:

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

9 – Insta observar que o art. 40, Par. 1º, III, “a” da Lei Maior, referido no texto acima transcrito, estabelece os requisitos para a aposentadoria voluntária: tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público, cinco anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, e a idade mínima (60 anos se homem e 55 se mulher) e de contribuição (35 anos de homem e 30 anos se mulher) para a percepção de proventos integrais.

10 – Cumpre ainda recordar que o Par. 19 foi introduzido na Constituição pela Emenda nº 41/2003. A rigor, pode-se dizer que o abono de permanência surgiu em nosso sistema apenas com a Emenda 41/2003. O que havia anteriormente, e mesmo assim somente a partir da Emenda 20/98, era um outro benefício para aqueles servidores que, podendo aposentar-se, optavam por permanecer na ativa: a isenção da contribuição previdenciária. Para melhor compreender a espécie,



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

6

convém trazer à colação as duas regras (art. 3º, Par. 1º e art. 8º, Par. 5º), ambas de cunho transitório. Para maior comodidade de análise, transcrevo-as em conjunto com as regras (“caput” e demais parágrafos) dos artigos onde se encontram insertas, valendo notar que o artigo 8º foi revogado na íntegra pela EC 41/2003, incluído o Par. 5º:

Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

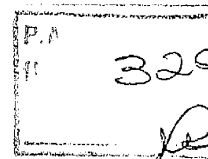
§ 1º - O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, “a”, da Constituição Federal.

§ 2º - Os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no “caput”, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de serviço 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 atendidas as prescrições nela estabelecidas para a concessão destes benefícios ou nas condições da legislação vigente.

§ 3º - São mantidos todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data de publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram, até aquela data, os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



7

.....

Art. 8º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

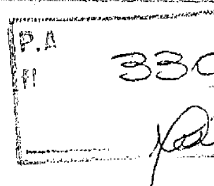
- a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e*
- b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.*

§ 1º - O servidor de que trata este artigo, desde que atendido o disposto em seus incisos I e II, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

- a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e*
- b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;*

II - 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 cinco por



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

8

cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

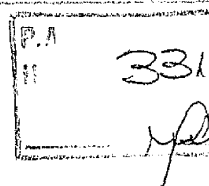
§ 2º - Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º - Na aplicação do disposto no parágrafo anterior, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento.

§ 4º - O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data da publicação desta Emenda, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no "caput", terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício das funções de magistério.

§ 5º - O servidor de que trata este artigo, que, após completar as exigências para aposentadoria estabelecidas no "caput", permanecer em atividade, fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1º, III, "a", da Constituição Federal.

11 - As duas normas em destaque, a última das quais revogada pela EC 41/2003, direcionavam-se, pois, a estimular a preservação na ativa de servidores que poderiam aposentar-se com base nas regras anteriores à EC 20/98, induzindo-os a continuar a trabalhar no serviço público até chegarem a perfazer os requisitos mínimos para aposentadoria voluntária com proventos integrais estabelecidos



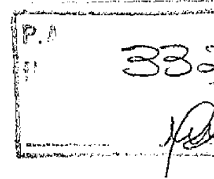
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

9

pela própria EC 20/98 no texto permanente da Constituição: 65 anos de idade se homem, 60 se mulher, e 35 anos de contribuição se homem, e 30 se mulher, computando-se para esses efeitos o tempo de serviço como tempo de contribuição, “ex vi” do art. 4º da indigitada Emenda.

12 – O quadro normativo alterou-se substancialmente a partir da Emenda 41/2003. O constituinte derivado, após estimar os custos que a isenção retro-referida poderia causar ao sistema, e visando propiciar um estímulo mais estável a que os servidores em geral se mantivessem na ativa, poupando o caixa da previdência ainda que ao preço de onerar o Tesouro, decidiu criar um abono, que denominou de abono de permanência, a todos os que, podendo aposentar-se, optassem por não fazê-lo. Apenas restringiu a percepção do benefício até, no máximo (caso o servidor não se aposente antes) o momento em que o favorecido completar os requisitos para a sua aposentadoria compulsória. É digno de nota que o abono de permanência passou a contemplar não apenas aqueles que se acham em condições de aposentar-se pelas regras permanentes, como também em duas hipóteses das três que se encontram previstas nas regras transitórias para os servidores que já se encontravam em condições de aposentar-se quer antes da EC 20/98 (art. 2º) quer da própria EC 41/2003 (arts. 3º e 6º), “verbis”:

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional,



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

10

até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do caput terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, a, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do caput até 31 de dezembro de 2005;

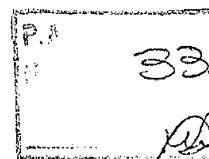
II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do caput a partir de 1º de janeiro de 2006.

§ 2º Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º Na aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



11

1998, contado com acréscimo de dezessete por cento, observado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no caput, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado o disposto no § 1º.

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

§ 6º Às aposentadorias concedidas de acordo com este artigo aplica-se o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal.

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 O servidor de que trata este artigo que opte por permanecer em atividade tendo completado as exigências para aposentadoria voluntária e que conte com, no mínimo, vinte e cinco anos de contribuição, se mulher, ou trinta anos de contribuição, se homem, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até

PA
334
/A



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

12

completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

§ 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.

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

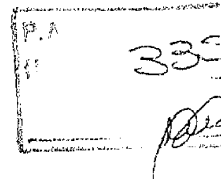
I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Parágrafo único. Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

13

remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.
(Parágrafo Único revogado pela EC 47/2005)

13 – Observe-se que a hipótese albergada no art. 6º da EC 41/2003 não contém previsão de abono de permanência para os que decidam permanecer em atividade. O abono foi expressamente contemplado para os que se encontram em condições de se aposentar pelo sistema do art. 2º, bem como pelos que têm direito adquirido a se aposentar na data de entrada em vigência da Emenda 41 (art. 3º). Foi precisamente em razão da ausência de regra expressa que a Administração estadual, pela Unidade Central de Recursos Humanos, tão logo publicada a referida Emenda, questionou se os servidores que se aposentam com amparo no artigo 6º fariam jus ao benefício. Em resposta, o Dr. Antônio Joaquim Ferreira Custódio, autor do Parecer PA nº 123/2004 – aprovado em toda a escala hierárquica – posicionou-se em sentido afirmativo com a seguinte consideração:

“Os requisitos previstos no art. 6º da EC 41/2003 são: idade (60 anos, se homem, ou 55, se mulher); b) tempo de contribuição (35 anos, se homem; ou 30, se mulher); c) tempo de serviço público: 20 anos; d) tempo de carreira: 10 anos; e e) tempo de efetivo exercício no cargo: 5 anos. A satisfação desses requisitos implica simultânea satisfação dos previstos no art. 40, Par. 1º, III, ‘a’, da CF (redação da EC 20/98); assim, se continuar em atividade, o servidor faz jus ao abono de permanência (CF, art. 40, Par. 19, redação da EC 41/2003).”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

14

14 – Vale dizer, como o cumprimento dos pressupostos para a obtenção da aposentadoria com fundamento no art. 6º da EC 41/2003 implica, simultaneamente, a satisfação dos requisitos elencados no art. 40, Par. 1º, III, “a” da Carta Magna, requisitos estes que, se preenchidos, ensejam ao servidor que decide continuar na ativa o direito ao abono (art. 40, Par. 19), os servidores que, embora podendo aposentar-se pelo art. 6º da Emenda, optam por permanecer em atividade, também eles merecem o benefício. Neste caso, creio que não seria inadequado acrescentar que o fundamento legal para o abono existe, não obstante o silêncio do constituinte derivado ao redigir o art. 6º, “caput” e parágrafos: trata-se do próprio artigo 40, Par. 19 da Constituição Federal.

15 – Ao passarmos ao exame da EC 47/2005, que também estabelece regra transitória, o art. 3º, deparamo-nos com um problema semelhante (ou até certo ponto semelhante) ao encontrado no art. 6º da EC 41. O dispositivo em tela igualmente nada afirma a respeito de abono de permanência cabível a favor dos que, embora preencham os requisitos nele consignados, não se aposentam. O texto completo é o seguinte:

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

PA
33
/s



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

15

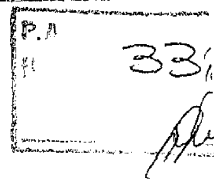
I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

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

16 – Numa primeira tentativa para solucionar-se a questão posta nos autos, poderíamos verificar, a partir do confronto entre o texto do art. 3º da EC 47 e o texto do art. 40, Par. 1º, III, “a” c/c Par.19 da CF, se e em que medida a satisfação dos requisitos previstos na Emenda importam em simultânea satisfação daqueles contemplados no corpo permanente, já que foi este o caminho trilhado no Parecer PA nº 123/2004. Percebe-se, no cotejo de uma norma com a outra, que algumas das exigências da EC 47 também se encontram no art. 40, Par. 1º, III, “a”: a) o número mínimo de anos de contribuição, tanto para homem como para mulher (inciso I); b) o número mínimo de anos no cargo (inciso II, parte final). Outras são mais rigorosas na Emenda, e pressupõem “de per se” a sua satisfação no texto permanente: a) o número mínimo de anos do servidor no serviço público (inciso II); b) o número mínimo de anos na carreira



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

16

(também inciso II), exigência esta constante apenas do art. 3º da Emenda e inexistente na norma permanente. Há por fim um requisito que, se satisfeito, pode ou não coincidir com o estabelecido no art. 40, Par. 1º, III, “a”, a saber, a idade mínima do servidor, que pode ou não coincidir com o determinado no art. 40 (60 anos, se homem, e 55, se mulher), uma vez que o art. 3º, inciso III, da EC 47/2005 permite que o servidor se aposente com idade inferior a esses limites, caso ele possa, na mesma proporção, acrescentar tempo ao limite mínimo de anos de contribuição previsto no inciso I (ou seja: para cada ano de contribuição a mais, um ano de idade a menos): assim, por exemplo, um servidor homem pode aposentar-se pela EC nº 47/2005 aos 57 anos de idade se ele tiver contribuído com 38, e aos 55 anos de idade se ele tiver contribuído com 40, sem prejuízo do cumprimento dos demais requisitos; uma servidora mulher pode aposentar-se pela EC nº 47/2005 aos 52 anos de idade se ela tiver contribuído com 33, e aos 50 anos de idade se ela tiver contribuído com 35, sem prejuízo do cumprimento dos demais requisitos.

17 – Do exposto, podemos extrair uma primeira conclusão, em perfeita linha de consonância com o já firmado no Parecer PA nº 123/2004: nas hipóteses em que o servidor satisfaz simultaneamente os requisitos do art. 3º da EC 47 e do art. 40, Par. 1º, III, “a” da CF/88 c/c Par. 19, ele fará jus ao abono de permanência caso opte por manter-se em atividade. Este é o caso do d. Procurador em epígrafe, pois, consoante fartamente evidenciado nos autos, se é verdade que ele não satisfaz a exigência dos cinco anos de exercício efetivo no cargo para poder pleitear a sua aposentadoria pelo art. 6º da EC 41/2003 (o que se demonstrou no Parecer PA nº



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

330
/a

17

5/2006), ele ainda assim poderia postular a aposentadoria tanto com fundamento na EC 47/2005 como sob o escólio do texto permanente, inclusive por cumprir o requisito da idade mínima.

18 – Embora não seja esta a hipótese dos autos, creio sumamente oportuno tratar também daqueles casos em que o servidor só poderá obter a aposentadoria pela EC 47/2005: ou seja, quando o servidor ainda não houver alcançado a idade mínima prevista no texto permanente (art. 40, Par. 1º, III, “a”). Ser-lhe-ia defesa a percepção do abono, ainda que continuasse na ativa? A favor dessa tese, poder-se-ia argumentar que o legislador derivado nada dispôs a respeito no citado art. 3º, e que o fundamento legal para a concessão do benefício, mesmo a favor dos que podem se aposentar pela EC 47/2005, encontra-se não na própria Emenda, mas no artigo 40, Par. 19, se e na medida em que logrem preencher, também, os requisitos do art. 40, Par. 1º, III, “a” (tal como concluiu, conquanto ao tratar de um caso do art. 6º da EC 41/2003, o Parecer PA nº 123/2004). Do contrário – seria ainda possível cogitar – qual supedâneo normativo haveria para a concessão de um “favor legis” que, de uma forma ou de outra, representa uma renúncia de receita, tendo em vista que o valor do abono equivale, por expressa determinação legal, ao da contribuição previdenciária recolhida pelo servidor?

19 – Todavia, antes de assertivas ligeiras, formuladas tão-somente à luz das regras constitucionais tais como explicitadas, convém sobremaneira testá-las ao crivo dos princípios constitucionais imanentes, e do seu “telos”, da sua “ratio” interna. Qual razão poderia haver para, em tais hipóteses, recusar-se o abono de

P.A.
340
10



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

18

permanência? Por que motivo o constituinte em diversas situações concedeu o benefício e nesta, precisamente, não? Haveria justificativa razoável para o discrimen?

20 – Neste átimo, importa salientar que a finalidade básica perseguida pelo legislador constitucional derivado, ao introduzir em nosso sistema o abono de permanência, foi, do mesmo modo que a regra de isenção capitulada na Emenda 20/98, desestimular a aposentação precoce de servidores em condições de efetua-la, e com isso desonerar o caixa da previdência com pagamento de benefícios. Ou seja, o instituto em análise inscreve-se no rol das medidas destinadas a manter ou restaurar o difícil e precário equilíbrio atuarial do sistema previdenciário dos diversos entes públicos. O abono de permanência constitui, destarte, um prêmio àquele servidor que abdica do seu direito de passar à inatividade. E o prêmio lhe é conferido exatamente porque interessa ao Poder Público que o servidor, titular de um direito, neste caso não o exerça, dadas as repercussões de ordem financeira para o sistema próprio de previdência. Conforme declarou o Ministro José Arnaldo da Fonseca, da 5ª Turma do STJ, no julgamento de REsp 685.671-RJ (DJU, de 9/5/2005, pág. 469), o benefício foi “criado para estimular a continuação na ativa do segurado que já preenchia todos os requisitos para aposentar-se”. Neste sentido, merecem transcrição as judiciosas palavras do Dr. Antônio Joaquim Ferreira Custódio, que extraio de ensaio de sua autoria, intitulado: “Panorama Constitucional da Aposentadoria do Servidor Público Civil Estatutário”, no prelo (e de uso gentilmente autorizado pelo autor):

P.A.
341
/



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

19

"O § 19 do art. 40 da Constituição, adicionado ao texto permanente pela EC 41/2003, contempla a concessão de abono de permanência ao servidor que, tendo satisfeito os requisitos previstos na letra "a", do inciso III, de seu § 1º, ou seja, que haja adquirido o direito à aposentadoria voluntária, opte por permanecer em atividade. Esse abono é equivalente ao valor de sua contribuição previdenciária.

Anteriormente, o art. 3º, § 1º, da EC 20/98 concedia isenção da contribuição previdenciária ao servidor, que, tendo cumprido os requisitos para aposentar-se previstos na legislação até então vigente, optasse por permanecer em atividade. Conquanto denominada de isenção, a hipótese era de imunidade, porque exoneração tributária estabelecida pela Lei Fundamental não é isenção¹.

A finalidade do benefício tende, nitidamente, à postergação da inatividade do servidor. Justifica-se o estímulo por diversas razões, entre elas a escassez de recursos financeiros para a manutenção do sistema previdenciário. O modelo adotado antes da reforma constitucional previdenciária incentivava a aposentadoria de servidores que, em plenas condições de trabalho, podiam continuar a contribuir com seu labor, experiência e capacidade. A permanência em atividade do servidor passível de aposentar-se permite, pelo menos em tese e em parte, a redução dos gastos públicos pela desnecessidade de substituição dos inativos.

A imprescindibilidade de recursos financeiros para custear a seguridade dos servidores impôs a exigibilidade de sua contribuição para o sistema, agora compulsória, embora já facultada pela redação do então parágrafo único do art. 149 da Constituição. A obrigatoriedade dessa contribuição passou a constituir inegável ônus para o servidor que, como qualquer contribuinte, já arcava com exacerbada carga tributária. É incontestável que recursos financeiros, finitos por natureza, não bastam para a manutenção do sistema previdenciário. Sua adequada preservação exige muitas outras medidas tão ou mais relevantes, algumas já implementadas, tais como, a idade mínima. A permanência em atividade do servidor que já adquirira o direito

¹ Ver decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede cautelar, a propósito da "isenção" prevista no § 7º, do art. 195, da Constituição (ADIN 2.028-DF, RTJ 174/528).

P.A.
346
[assinatura]



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

20

à aposentadoria insere-se no rol de medidas dessa natureza, mas sua efetividade depende de estímulo ao exercício dessa opção. Vislumbrou-o o constituinte reformador na concessão de um abono pecuniário para os que, podendo inativar-se, decidam continuar trabalhando.

O abono não tem natureza indenizatória, porque não visa reparar qualquer dano decorrente de ato imputável à administração. Não tem, outrossim, natureza estipendiária, porque não objetiva remunerar o labor prestado, cuja contraprestação é representada pelos vencimentos a que o servidor faz jus. Ele constitui um prêmio pela não interrupção do trabalho, porque a administração não pode exigir que o servidor, tendo adquirido direito à aposentadoria, deixe de exercê-lo para continuar a trabalhar. Assim, aquele que opta pela permanência é premiado por haver, temporariamente, abdicado do exercício de direito adquirido, continuando a desempenhar funções das quais poderia desvincular-se."

21 – Dada a finalidade eminentemente econômica do benefício, cumpre indagar se a falta de previsão no texto da Lei Maior para uma determinada situação específica – a dos que requerem a aposentação com decréscimo de idade – atenderia a algum desiderato que pudesse sobrepor-se ao fim almejado com a concessão generalizada do favor. Como precisei no item 16, "supra", numa hipótese bem precisa o potencial postulante da aposentadoria com base no art. 3º da EC 47/2005 não consegue preencher os requisitos do art. 40, Par. 1º, III, "a" da Constituição Federal: se a idade é inferior à prevista no art. 40 (60 anos para homem, e 55 para mulher). Haveria sentido em se discriminar o servidor que decide manter-se ativo apenas porque não atingiu o limite legal, se a regra transitória ao mesmo tempo autoriza a sua aposentadoria? Parece-me intuitivo que não. O objetivo do benefício foi o de postergar aposentadorias precoces, tal como a isenção prevista na Emenda 20/98 já havia deixado patente. Tanto

PA
343
/a



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

21

que, em hipótese bem menos onerosa ao sistema previdenciário, qual seja, a do art. 2º da Emenda 41/2003, acima transcrito (item 12) – onde o servidor se inativa com proventos não integrais, não equivalentes ao valor dos seus vencimentos no cargo ou função em que se aposenta, e corrigidos sem paridade com os vencimentos dos servidores ativos –, ainda assim o constituinte houve por bem estabelecer o direito ao abono a favor dos que se enquadram nos seus ditames e decidem continuar trabalhando. Como negar o mesmo direito aos que podem aposentar-se em situação muito mais onerosa ao sistema, como a do artigo 3º da EC 47/2005, uma vez pressuposta a finalidade do abono, que é a de estimular o servidor a que não se aposente?

22 – Impressiona ainda o fato de o constituinte derivado haver estendido o abono de permanência mesmo a favor daquele servidor que só possa aposentar-se voluntariamente pelas regras do corpo permanente da Constituição, ou seja, aquele que, havendo ingressado no serviço público posteriormente à Emenda 20/98, não venha a ser beneficiado por nenhuma das hipóteses estatuídas nas regras transitórias das Emendas 20/98, 41/2003 e 47/2005. Trata-se de uma sinalização claríssima no sentido acima alinhavado: o abono é um instrumento importante no combate aos déficits da previdência pública, devendo, por conseguinte, ser amplamente assegurado a fim de despertar no ânimo dos servidores o desinteresse por se aposentarem. Como o fim almejado é essencialmente econômico-financeiro, seria necessário, para infirmar as conclusões até o momento alcançadas, que se vislumbrasse alguma hipótese em que a aposentadoria fosse preferível ou indiferente aos seus custos para o erário e em que outros motivos de interesse público a recomendassem. Ora, não



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A. 346
/

22

me parece que em nenhum dos casos especiais, incluídos os que se subsumem ao art. 3º da EC 47/2005, algo assim pode ser reconhecido.

23 – Diante desse quadro, força é convir que o sistema de regras constitucionais inaugurado pela Emenda 20/98, e reforçado pelas Emendas 41/2003 e 47/2005, prestigia em grau máximo os estímulos à não aposentação aos servidores, como o abono de permanência. Se, portanto, a EC 47/2005 silenciou a respeito, há que se inferir que não se trata de um “silêncio eloqüente” (“beredtes Schweigen”, como o denominam os alemães, e que é a expressão de uma deliberada intenção do legislador de impedir qualquer aplicação analógica de um determinado preceito, como recordou o Min. Moreira Alves no julgamento do RE 130.555-SP). Trata-se, ao contrário, de uma autêntica lacuna, colmatável segundo os procedimentos recomendados pela doutrina, sobretudo a analogia e a redução teleológica (esta última, para aplicar o direito a hipóteses enquadráveis em regras de exceção inexistentes no sistema). No caso dos que podem passar à inatividade amparados apenas na EC 47/2005 e requerem o abono de permanência, depara-se o aplicador da norma com uma lacuna propriamente dita, e ele tem de recorrer à analogia para a devida integração do direito, com base na consideração teleológica do instituto, e nos princípios maiores da isonomia e da razoabilidade.

24 – Neste passo, convém lembrar que seria plausível, em hipóteses como a presente, defender-se a tese de que a Constituição não carece de integração analógica, já que, onde o constituinte foi omissivo ou silente, é porque não quis

P.A.
345
P



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

23

cuidar da matéria, relegando-a à legislação infraconstitucional. Por esse viés hermenêutico, poder-se-ia sustentar que aos que só podem aposentar-se pela EC 47/2005 (i.e., com decréscimo de idade) não seria legítimo conceder abono de permanência enquanto, ao menos, norma de legislação infraconstitucional não viesse a ser editada autorizando o benefício. Esse ponto de vista, conquanto respeitável, encontra obstáculo a meu ver insuperável ao se defrontar com a “ratio” do instituto introduzido e **imposto** diretamente pelo constituinte (não meramente autorizado) para os casos em que expressamente a ele se referiu (art. 40, Par. 19; EC 41/2003, artigos 2º, Par. 5º e art. 3º, Par. 1º), e sob o enfoque dos já citados princípios da isonomia e da razoabilidade.

25 – A propósito, esses dois princípios encontram-se intimamente imbricados um no outro, na medida em que somente é possível justificar-se algum tipo de discrimen no tratamento jurídico de situações assemelhadas se ele for razoável. Em feliz passagem de sua obra sobre interpretação constitucional, acentua Luiz Roberto Barroso:

“O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: (a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.”



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

24

Um certo positivismo arraigado na formação jurídica nacional retardou o ingresso do princípio da razoabilidade na jurisprudência brasileira, por falta de previsão expressa na Constituição. Inequivocamente, contudo, ele é uma decorrência natural do Estado democrático de direito e do princípio do devido processo legal. O princípio, naturalmente, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, no entanto, oferece uma alternativa de atuação construtiva do Judiciário para a produção do melhor resultado, ainda quando não seja o único possível ou mesmo aquele que mais obviamente resultaria da aplicação acrítica da lei.

O princípio da razoabilidade faz uma imperativa parceria com o princípio da isonomia. À vista da constatação de que legislar, em última análise, consiste em discriminar situações e pessoas por variados critérios, a razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo" ("Interpretação e Aplicação da Constituição", São Paulo: Saraiva, 2002; 4ª ed.; pág. 239).

26 – Sem prejuízo de tudo quanto se expôs nos itens 22 e 23, “supra”, o tratamento díspar não passa pelo teste da razoabilidade, ainda que mitigado pela consideração de que os servidores em condições de requerer a aposentação com base na EC 47/2005 terão direito ao abono havendo lei infraconstitucional que o determine. Não há adequação alguma entre meio e fim. Não se vislumbra o tratamento diferenciado como algo necessário quer ao Tesouro, quer ao caixa da previdência. Não existe proporcionalidade entre o que se ganha (desnecessidade de o Tesouro pagar o abono) e o que se perde (desestímulo à permanência do servidor em atividade, que fatalmente será levado a requerer sua aposentadoria, onerando precocemente o sistema previdenciário). Assim sendo, a mera possibilidade de que alguém seja discriminado



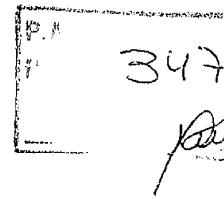
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

25

nestes casos, por conta da ausência de regra infraconstitucional prevendo o benefício, é algo que repugna o espírito do instituto, de origem e alçada constitucional.

27 – Não é difícil, portanto, concluir, que não seria razoável um ato administrativo que negasse o abono de permanência sob o argumento de que o postulante só poderia aposentar-se pela EC 47/2005 e esta última não contempla o benefício. E não seria razoável precisamente porque tampouco razoável seria a diferenciação de tratamento em que resultou. O discrimen, logicamente, não se justifica, e, como tal, ofende o princípio da isonomia. Se o princípio da isonomia tem assento, como de fato tem, na própria Constituição Federal, não é admissível que as conseqüências da não previsão de um efeito determinado para certas situações jurídicas análogas, já amparadas por preceito explícito na própria Carta, ensejem a aplicação não isonômica das próprias regras constitucionais. Donde duas conseqüências forçosamente se impõem: a) a não previsão não traduz nenhum “silêncio eloqüente” (“beredtes Schweigen”) do legislador, sendo a rigor uma autêntica lacuna no ordenamento; b) a lacuna deve ser colmatada independentemente de regra infraconstitucional, pois seria inaceitável que, à míngua de manifestação do Parlamento competente, uma regra da Lei Maior fosse aplicada sem a observância de um princípio inerente à própria ordem constitucional.

28 – Bem por isso, ao apreciar a questão do abono de permanência, e aludindo à ausência de previsão a respeito no art. 6º da EC 41/2003 e no



P. n.
348
A



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

26

art. 3º da EC 47/2005, o Dr. Antônio Joaquim Ferreira Custódio, ao término de seu estudo citado no item 20, “supra”, observou:

“O abono de permanência já antes referido (ver nº 3.12 retro) está contemplado no § 5º, do art. 2º, e no § 1º, do art. 3º, da EC 41/2003, para os servidores que, havendo satisfeito os requisitos para se aposentarem previstos nessas normas, optem por permanecer em atividade. Não há referência expressa à concessão desse abono para aqueles que, tendo cumprido os requisitos elencados no art. 6º, da EC 41/2003, e no art. 3º, da EC 47/2005, permaneçam em serviço, mas a interpretação sistemática da ordenação constitucional, em especial a obediência ao princípio da isonomia, impõe reconhecer também a esses servidores o direito ao abono” (grifos meus).

29 – A propósito, ousou acrescentar que a aplicação razoável e isonômica da Constituição, pelo administrador, também se escora na doutrina dos poderes implícitos. O alcance ora defendido para o instituto do abono de permanência apóia-se, igualmente, no princípio da efetividade, que busca o sentido das regras da Lei Maior capaz de tornar “efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não o que os contrarie ou reduza à inocuidade” (Carlos Maximiliano, “Hermenêutica e Aplicação do Direito”, n. 364), raiz da doutrina dos poderes implícitos, segundo a qual “quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever, franqueia também, implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um, ou cumprimento do outro” (autor e obra citados, n. 374).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

27

30 – Chegados a esse ponto, e uma vez assentada a conclusão de que todos os servidores em condições de se aposentarem sob o pálio da Emenda 47/2005 têm direito ao abono caso decidam permanecer em atividade – incluídos aqueles que só preenchem os requisitos da Emenda –, importa considerarmos outro obstáculo, ainda mais radical, que poderia ser oposto à concessão do benefício – um óbice que, aliás, poderia, em tese, ser levantado no próprio caso dos autos. Refiro-me à possibilidade jurídica de se conceder o favor a quem se encontra afastado do cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, não importa por qual dos sistemas o interessado possa postular e obter a sua aposentadoria. Haveria algum sentido em se tratar diferentemente essa hipótese e negar ao servidor o direito ao abono, simplesmente porque ele não está exercendo o cargo efetivo? Penso que não. Para os efeitos eminentemente econômicos visados pelo legislador, pouco ou nada importa se o interessado encontra-se exercendo o cargo efetivo, ou se encontra afastado junto à Assembléia, em cargo político, emprego em órgão de classe, ou junto a outro ente público, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. Para o Tesouro e o caixa da previdência a situação funcional concreta do servidor não tem relevância. Continua sendo preferível que o servidor não se aposente, ainda que isso signifique levar o Tesouro a arcar com o pagamento de um prêmio, desde que, ao mesmo tempo, a sua não aposentação preserve o sistema previdenciário e o mantenha menos onerado e mais saudável. De resto, se o legislador (constitucional e infraconstitucional) pretende estimular algum de seus servidores afastados a exercer efetivamente o cargo que titula, certamente o abono de aposentadoria não é o mais idôneo. E nem seria admissível concluir-se que o abono representaria um incentivo à “atividade” do servidor, como tal

P.A. 350
[Handwritten signature]



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

28

entendido o trabalho concreto que ele desempenha no cargo efetivo, para com isso recusar-se o prêmio aos licenciados que não trabalham (por exemplo: por motivo de saúde) ou que trabalham em cargo de comissão em outro ente público, ou em mandato eletivo, ou em atividade política, conforme permite a lei. O conceito de “atividade” utilizado aqui pelo constituinte contrapõe-se à “inatividade”, que abrange, de um lado, a aposentadoria – i.e., a situação própria do aposentado que recebe proventos do sistema previdenciário a que vinculado –, e, de outro, a situação peculiar dos disponibilizados.

31 – Na suposição de que um ato administrativo venha a ser editado negando a concessão do abono de permanência a um servidor em razão de se encontrar afastado do cargo, certamente podemos de antemão qualificá-lo a partir dos mesmos critérios de razoabilidade deduzidos por Luiz Roberto Barroso (item 25, “supra”). Suponhamos que este servidor decide permanecer em atividade e, ao mesmo tempo, se encontra afastado de sua carreira e do cargo em que titulado, seja por motivo de desempenho de mandato eletivo, seja por exercício de atividade política (caso do interessado em epígrafe), seja por licença para tratamento de saúde, seja por qualquer outro motivo análogo aos citados. Nesta imaginária hipótese, o servidor decide não pleitear a sua aposentadoria, embora não esteja exercendo efetivamente o cargo em que classificado. Ainda assim, lhe é negado o abono de permanência porque – argumenta-se – não seria justo conceder um prêmio a quem, estando afastado, ou não trabalha (caso dos licenciados por razões de saúde) ou, trabalhando em cargo de comissão ou exercendo atividade política, poderia fazê-lo da mesma forma como aposentado.

P.º
351
[assinatura]



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

29

32 – Quando, porém, um ato dessa natureza e com esse conteúdo for confrontado com os critérios de razoabilidade indicados, não se vê como poderia subsistir. Sem prejuízo do que já se ponderou no item 30, “supra”, tem-se, em primeiro lugar (critério da adequação meio-fim), que a não concessão do abono não devolverá o servidor ao exercício típico do cargo efetivo, mesmo porque, se ele se afastou, é de se presumir que o interesse público recomendou o afastamento. Se o fim da diferenciação foi o de, supostamente, favorecer apenas os que se encontram no exercício do cargo efetivo, o artifício usado para repelir os afastados da aposentadoria, além de pífio, contradiria o presumido interesse público que se entrevê no afastamento. Por outro lado (critério da exigibilidade da medida), a recusa de se conceder o abono longe está de alçar-se à categoria de medida necessária ao retorno ao exercício do cargo efetivo de alguém que já reúne os requisitos para a aposentadoria: existem diversos outros recursos mais idôneos, diretos e eficazes. Por fim (critério da proporcionalidade), *last but not least*, o que se perde com a não concessão do benefício (o inevitável pedido de aposentadoria e o dever da Administração de concedê-la, com a conseqüente sobrecarga no sistema previdenciário, exatamente o que se pretendeu evitar com o instituto do abono) não será de modo algum compensado pelo suposto ganho (a possibilidade – remotíssima – de o servidor afastado, e já em condições de se aposentar, voltar a exercer o cargo efetivo para, a partir de um determinado momento, fazer jus ao benefício).

33 – Do exposto, concluo, em síntese, que têm direito ao abono de permanência (artigo 40, Par. 19 da Constituição Federal) os servidores que, tendo

P.A.
352
P



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

30

completado os requisitos para a sua aposentadoria por qualquer dos sistemas previstos na Lei Maior – inclusive o inaugurado pela EC 47/2005, art. 3º, em todas as situações nele subsumíveis, mesmo a daqueles que podem requerer a aposentação com decréscimo de idade –, decidem permanecer em atividade, ainda que afastados do exercício do cargo em que titulados, uma vez que a “ratio” da norma constitucional, ao procurar manter em atividade os servidores que poderiam aposentar-se, é a de não onerar o caixa do sistema próprio de previdência. Não fazem jus ao referido abono os inativos – aposentados e disponibilizados – e os que ocupam exclusivamente cargo em comissão, cuja aposentadoria não onera o sistema próprio da previdência que o artigo 40, Par. 19, pretende resguardar.

34 – Deste modo, o interessado faz jus ao benefício, seja porque ele também poderia aposentar-se pelo texto permanente da Carta Magna, seja porque o favor não pode ser negado aos servidores afastados do cargo efetivo. E, por seu turno, ao contrário do que expõe o quadro de fl. 320, também têm direito os servidores, afastados ou não, que requerem o abono e somente pela EC 47/2005 poderiam passar à inatividade (situação dos que podem requerer a aposentadoria com decréscimo de idade). Caso a presente peça opinativa seja aprovada, encareço a necessidade de tanto a Unidade Central de Recursos Humanos como os demais órgãos competentes serem alertados a respeito e tomarem as providências cabíveis, especialmente se algum pedido dessa ordem e nessas circunstâncias houver sido indeferido.

PA
353
PA



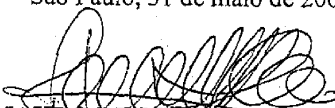
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

31

35 – Somente observo que a concessão do benefício depende sempre de pedido do interessado, e deve ser pago apenas a partir da data do requerimento. Trata-se de um direito disponível e personalíssimo, na esteira do que sustentou o recente Parecer PA nº 105/2007 (ainda pendente de apreciação superior), em harmonia com o Parecer GPG-Cons. nº 151/2004 e a Instrução UCRH-2, de 29/10/2004.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 31 de maio de 2007


MAURÍCIO DE MEDEIROS KELLER
Procurador do Estado
OAB/SP nº 104.885-B

P.A. 354



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Processo: PAJM Nº 5653/88 GDOC 17016-761596/2005.

Interessado: ALOYSIO NUNES FERREIRA FILHO.

PARECER PA nº 115/2007.

Demonstra o Parecer PA nº 115/2007, com sólida e jurídica fundamentação, que o abono de permanência tratado na Carta da República é direito assegurado a todos os servidores que, tendo completado requisitos para aposentadoria voluntária, optem por permanecer em atividade, qualquer que seja a norma constitucional autorizadora dessa aposentadoria.

Estou de acordo com os fundamentos e conclusões da bem elaborada peça opinativa, deixando de endossá-la apenas num ponto secundário, sem relevância para o estudo a que este trabalho se destina. Trata-se do posicionamento sustentado pontualmente no item 23 do parecer ora apreciado, no sentido da existência de lacuna na Constituição Federal. Em que pese o respeito que merece a posição do i. subscritor da peça, registro que, pessoalmente, não adiro a este entendimento. No vejo a hipótese aqui tratada como de lacuna, mas sim, como de situação que comporta solução jurídica extraída da interpretação sistemática da Carta – que a todas as luzes quer postergar a sobrecarga do sistema próprio dos servidores com pagamento de benefícios de aposentadoria voluntária – e pela aplicação do princípio da isonomia.

No que diz especificamente com a situação concreta em análise, peço vênia para abrir dissenso, também de pequeno relevo, da peça opinativa ora apreciada. Enquanto o parecer PA nº 115/2007 admite desde logo o pedido formulado às fls. 315 como de *desistência* dos pedidos de aposentadoria antes veiculados pelo interessado (fls. 283 e 291), de minha parte entendo necessário, para fins de mera regularização formal do feito, que o interessado apresente expressa desistência dos pedidos de aposentadoria antes protocolados.

P.º
355
12/07



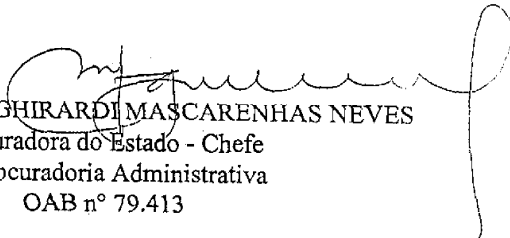
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Não se controverte acerca do direito dos servidores que requerem aposentadoria voluntária desistirem da mesma, posto que a aposentação voluntária insere-se na categoria dos direitos disponíveis do servidor. Todavia, o pedido de desistência há de ser: (i) veiculado sempre da mesma forma que o pedido de aposentadoria voluntária, ou seja, de forma expressa e por escrito, e (ii) protocolado sempre antes da publicação do ato concessivo do benefício. O procedimento sugerido, que pode merecer crítica de excessivamente formalista, é adotado pela Administração com o fito de resguardar direitos tanto dos administrados como dela mesma, deixando claro, no campo do exercício voluntário dos direitos disponíveis, qual é a real vontade do servidor naquele momento.

Com estas considerações, aprovo o Parecer PA nº 115/2007, ressalvadas, apenas, as duas ligeiras divergências acima apontadas, que, de pouca relevância, não chegam a comprometer minha integral adesão à criteriosa peça opinativa da lavra do Dr. Mauro de Medeiros Keller.

Transmitam-se os autos à consideração da d. Subprocuradora Geral da área da Consultoria

PA, 31 de maio de 2007.


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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCESSO PAJM 5653/88 (GDOC -17016/761596/2005)
INTERESSADO ALOYSIO NUNES FERREIRA
ASSUNTO APOSENTADORIA. ABONO DE PERMANÊNCIA

Com os inclusos subsídios exarados pela Chefia da Procuradoria Administrativa, aprovo o bem lançado Parecer PA nº 115/2007 que analisou a viabilidade da concessão do abono de permanência a todos os servidores que, apesar de possuírem todos os requisitos para a aposentadoria voluntária exigidos pela Constituição Federal, optarem por permanecer em atividade. Enquadram-se nesta situação também os servidores afastados dos cargos que ocupam, considerando que o objetivo do constituinte ao instituir o aludido benefício foi criar um mecanismo para estimular a permanência do servidor em atividade, de forma a não onerar o já combalido sistema previdenciário.

Como anotado na aludida peça opinativa (item 34) e consoante se verifica do quadro acostado à fl. 320, o entendimento ora fixado diverge daquele sufragado pela Unidade Central de Recursos Humanos. Nesse sentido, sugiro seja dada ciência ao órgão central de recursos humanos da diretriz sedimentada pela Procuradoria Geral do Estado, a fim de serem tomadas as providências cabíveis para revisão de eventuais atos de indeferimento de concessão do abono de permanência a servidores que poderiam obter a aposentadoria com fulcro na EC nº 47/2005.

Submeto a matéria a apreciação do Sr. Procurador Geral do Estado, a quem compete a decisão.

Subg., 11 de junho de 2007.

Maria Christina Tibiriçá Bahbouth
MARIA CHRISTINA TIBIRIÇÁ BAHBOUTH
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

357
B

PROCESSO PAJM 5653/88 (GDOC -17016/761596/2005)
INTERESSADO ALOYSIO NUNES FERREIRA
ASSUNTO APOSENTADORIA. ABONO DE PERMANÊNCIA


Nos termos da manifestação da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria, aprovo o Parecer PA nº 115/2007, com o adendo apostado pela Chefia da Procuradoria Administrativa.

No que concerne ao caso concreto em análise, defiro o pedido formulado pelo Dr. Aloysio Nunes Ferreira, Procurador do Estado Nível IV, classificado na Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios, atualmente exercendo o cargo de Secretário-Chefe da Casa Civil, devendo os efeitos pecuniários da concessão do abono de permanência retroagir a data do requerimento (12/04/2007). Para regularizar o feito, determino seja dada ciência ao interessado da necessidade de apresentação de desistência dos pedidos de aposentadoria formalizados às fls.283 e 291.

Expeça-se ofício circular às Consultorias Jurídicas e à Unidade Central de Recursos Humanos para ciência, bem como para, com relação a esta última unidade, serem tomadas as providências alvitradas na manifestação da Subprocuradoria Geral do Estado da área consultiva.

Devolva-se este expediente à Procuradoria de Assistência Jurídica aos Municípios.

GPG., 11 de junho de 2007.


MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO
PROCURADOR GERAL DO ESTADO