



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

P.A.
84
[Handwritten signature]

PROCESSO: SAP N° 4264/83 (GDOC N° 16847-204759/2007)

PARECER: 105/2007

INTERESSADO: JOAQUIM GONÇALVES CORREA FILHO

ASSUNTO: **SERVIDOR PÚBLICO. LEI 500/74. ABONO DE PERMANÊNCIA. Inexistência de requerimento específico do próprio servidor, nos termos da Instrução UCRH-2/2004. Falecimento. Pretensão da viúva ao ressarcimento. Inviabilidade. Precedentes aplicados analogicamente: Pareceres PA n° 299/2006 e n° 32/2007. Pedido feito pela viúva, de ratificação de Certidão de Liquidação de Tempo de Serviço, com inclusão de tempo de serviço privado computado pelo INSS, para fins de aposentadoria voluntária. Impossibilidade. Direito personalíssimo do servidor, que não pode ser exercido por terceiro, em nome próprio.**

1. Em 03/11/2006, a Sr^a Marilene Lopes dos Santos Correa, portadora da Cédula de Identidade RG n° 4.915.017, qualificando-se como viúva do servidor JOAQUIM GONÇALVES CORREA FILHO, Agente de Segurança Penitenciária, da Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Noroeste do Estado, classificado na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara, RG n° 5.327.787, noticiou o falecimento do servidor e requereu (a) a inclusão de tempo de serviço privado, nos termos do art. 201, § 9º, da Constituição Federal e da Lei Complementar n° 269/81; (b) a expedição de certidão de contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria voluntária integral, de acordo com o disposto no artigo 40, § 1º, III, 'a', da Constituição Federal, alterada pelas Emendas Constitucionais n° 20/98 e 41/03, c.c. o artigo 201, § 9º da Constituição Federal e a Lei Complementar n° 269/81; e (c) o ressarcimento dos "*valores correspondentes ao abono de permanência de que*

[Handwritten mark]



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

85

100

tratam o § 19 do art. 40 da CF/88, § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da EC 41/03, referente ao período de 29/12/05 a 24/07/06”, não requerido pelo servidor (fl. 46).

2. Ao pé do mesmo requerimento, com idêntico padrão gráfico, a presumir unicidade de autoria do documento, o Diretor Técnico de Departamento daquela Penitenciária deferiu o pedido, encaminhando o expediente ao Núcleo de Pessoal (fl. 46, *in fine*).

3. Anexas ao requerimento encontram-se cópias: (a) da certidão de tempo de contribuição expedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social em 09/08/2006, totalizando sete anos e oito meses de contribuição (fls. 47/49); (b) da Cédula de Identidade e do Cartão de Cadastro de Pessoas Físicas do servidor (fl. 50); (c) da certidão de óbito expedida em 26/07/2006, confirmando o falecimento do servidor no dia imediatamente anterior (fl. 61); e (d) da certidão de casamento realizado em 09/02/1974 entre a Requerente e o servidor, com anotação do falecimento deste (fl. 52).

4. Na mesma data, a Srª Marilene Lopes dos Santos Correa dirigiu requerimento ao Departamento de Recursos Humanos da Secretaria da Administração Penitenciária, para ratificação da certidão de liquidação de tempo de serviço, para fins de aposentadoria do servidor Joaquim Gonçalves Correa Filho (fl. 53), instruindo-o com (a) as certidões de contagem de tempo de serviço nº 349/06 (fl. 54 e verso), nº 349/06-A (fl. 55 e verso) e nº 122/06 (fl. 56 e verso); (b) cópia da Apostila expedida pela Diretora do Centro Administrativo da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, de Araraquara, retificando as datas de vigência dos adicionais por tempo de serviço, no total de cinco, publicada no DOE, edição de 04/11/2006 (fl. 57), tornada sem efeito pela Apostila de 02/01/2007, publicada no DOE, edição de 03/01/07 (fl. 61), sendo outra expedida para retificar a vigência dos adicionais por tempo de serviço, sendo que o primeiro passou de 16/08/83 para 25/04/83 e o quarto, de 17/07/98 para 18/07/98 (fl. 62).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

86

[assinatura]

5. Em face da Informação nº 250/2006, o processo foi encaminhado ao Departamento de Recursos Humanos da Secretaria da Administração Penitenciária (fl. 58), que efetuou, em 07/12/2006, consulta de certidão de tempo de contribuição junto ao INSS, confirmando o tempo total de serviço privado prestado pelo servidor em sete anos e oito meses (fls. 59/60).

6. Cópias da Emenda Constitucional nº 41/03 (fls. 63/68) e da Instrução UCRH-2 de 29/10/04 (fls. 69/70) e seus Anexo I (fl. 71) e Anexo II (fl. 72) foram encartadas aos autos, seguidas da Informação EAT nº 126/2007, referendada pelos superiores, que consigna, *verbis*:

“4. Informamos que, o servidor ingressou na função de Guarda de Presídio na data de 28/11/77, tendo 29 anos de carreira de Agente de Segurança Penitenciária; que completou 60 anos de idade em 28/12/05; e que a Unidade Prisional elaborou as Certidões de Tempo de Serviço, acostadas às fls. 54/56, que comprovam o implemento de 35 anos de contribuição no período de 01/04/66 a 11/09/05.

5. O Abono de Permanência é um benefício concedido aos servidores que tenham completado as exigências para aposentadoria voluntária, que foi estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41/03 (fls. 63/68), que modificou a Constituição Federal de 1988.

6. Analisando o processo em apreço, verificamos que o servidor cumpriu todos os requisitos previstos no art. 40, § 1º, III, 'a', da CF/88, alterado pelas EC's nº 20/98 e nº 41/03, bem como no artigo 6º, I, II, III e IV da EC 20/98 alterada pela EC 47/05, com direito ao abono de permanência a contar de 29/12/2005, nos termos do § 19 do art. 40 da CF/88, alterada pela EC 41/03, desde que ratificado por este DRHU. Lembramos que todos os fundamentos citados deverão ser combinados com o artigo 27, III, da Lei 500/74 e art. 201, § 9º da CF/88 e a LC 269/81.

7. Cumpre-nos informar ainda que, o servidor teria direito ao abono de permanência a contar de 01/01/2004, nos termos do § 1º do artigo 3º da EC 41/03, por ter implementado todos os requisitos previstos nos termos do artigo 8º, I e II, § 1º, I, 'a' e 'b' e II da EC 20/98, c.c. art. 3º da EC 41/03, cumprindo o período de acréscimo de 40% (255 dias) no período de 13/09/2000 a

[assinatura]



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

P.A.
11
87
P

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

25/05/2001, com proventos proporcionais na razão de 80%.

8. Entretanto, esta equipe de Assistência Técnica esclarece que por se tratar de aposentadoria voluntária, a mesma depende de requerimento formulado espontaneamente pelo servidor, e conforme Instrução UCRH-2, de 29/10/04 (fls. 69/72), referente ao Abono de Permanência, o Anexo II deverá ser preenchido pela Unidade mediante apresentação de requerimento (Anexo I) do servidor que preencha as exigências para aposentadoria voluntária, o que não ocorreu anteriormente ao óbito do servidor.

Em assim sendo, tendo vista a legislação vigente, entendemos, s.m.j., que o requerido pela beneficiária não tem como prosperar." (fls. 73/75 - sic)

7. Em face desta dúvida, formulou-se proposta, acolhida pelo Chefe de Gabinete da Secretaria da Administração Penitenciária (fl. 76), de oitiva da Unidade Central de Recursos Humanos, a qual manifestou-se por meio da Informação U.C.R.H. nº 130/2007, fundada nas disposições do artigo 40, § 19, da Constituição Federal e do artigo 3º, § 1º, da EC 41/03, para esclarecer que o servidor "fazia jus ao abono de permanência desde 01/01/2004, nos termos do § 1º do art. 3º, da EC nº 41/03, contudo, é certo que nada consta sobre a manifestação do servidor no sentido de obter o benefício, vindo então a falecer sem que isso ocorresse. Resta saber se, a título indenizatório, a beneficiária do ex-servidor teria direito a perceber o abono de permanência relativo ao período de 01/01/2004 a 24/07/2006, que o servidor deixou de perceber pelo motivo de não tê-lo requerido, enquanto vivo", sugerindo a remessa dos autos a esta Procuradoria Administrativa (fls. 77/80). Acolhendo a proposta, a Coordenadora da U.C.R.H. (fl. 81) e o Senhor Secretário de Gestão Pública (fl. 82) determinaram a vinda dos autos à Procuradoria Geral do Estado, os quais foram encaminhados pela Srª Subprocuradora Geral do Estado, Área da Consultoria, a esta Especializada, para exame e parecer (fl. 83).

É o relatório. Opinamos.

8. Dentre os pedidos formulados pela Srª Marilene



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Lopes dos Santos Correa, observa-se que dois deles já foram atendidos, irregularmente, pela Administração, à revelia de qualquer orientação prévia da área jurídica competente: (a) a inclusão de tempo de serviço privado, de 7 (sete) anos e 8 (oito) meses à contagem de tempo de serviço; e (b) a expedição de certidão de contagem e liquidação de tempo de serviço nº 012/2006 (fls. 54/56), que confirma que o servidor falecido Joaquim Gonçalves Correa Filho completou, no período de 01/04/66 a 24/07/06, 35 (trinta e cinco) anos, 10 (dez) meses e 12 (doze) dias de tempo de serviço líquido para fins de aposentadoria, nos termos do artigo 40, § 1º, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal, alterada pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e 41/03, c.c. o artigo 27, inciso III, da Lei 500/74, c.c. o artigo 201, § 9º, da Constituição Federal e Lei Complementar 269/81.

9. Somente submeteu-se à análise jurídica, por proposta da U.C.R.H., o pedido da viúva quanto ao ressarcimento dos *“valores correspondentes ao abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da CF/88, § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da EC 41/03, referente ao período de 29/12/05 a 24/07/06”*, que não foi requerido em vida pelo servidor falecido em 25/07/06, mesmo tendo cumprido *“todos os requisitos previstos no art. 40, § 1º, III, ‘a’, da CF/88, alterado pelas EC’s nº 20/98 e nº 41/03, bem como no artigo 6º, I, II, III e IV da EC 20/98 alterada pela EC 47/05, com direito ao abono de permanência a contar de 29/12/2005, nos termos do § 19 do art. 40 da CF/88, alterada pela EC 41/03”*, conforme a Informação EAT nº 126/2007 (fls. 73/75). Neste particular, afirma a Equipe de Assistência Técnica do Departamento de Recursos Humanos da Secretaria da Administração Penitenciária que *“o servidor teria direito ao abono de permanência a contar de 01/01/2004, nos termos do § 1º do artigo 3º da EC 41/03, por ter implementado todos os requisitos previstos nos termos do artigo 8º, I e II, § 1º, I, ‘a’ e ‘b’ e II da EC 20/98, c.c. art. 3º da EC 41/03, cumprindo o período de acréscimo de 40% (255 dias) no período de 13/09/2000 a 25/05/2001, com proventos proporcionais na razão de 80%”*. No entanto, por considerar que a concessão do abono de permanência depende de requerimento do próprio servidor, aduz este órgão que a Requerente não tem direito ao ressarcimento



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

89

pretendido, o que motivou a vinda do presente processo a esta Procuradoria Administrativa.

9. Inobstante, o direcionamento dado ao presente processo deve ser totalmente revisto pela Administração, pois pautado em desconformidade com a lei.

De fato, todos os atos praticados desde o ingresso da viúva do servidor Joaquim Gonçalves Correa Filho nos autos (fls. 46 e ss.) devem ser anulados, pois violam a disciplina que rege a vinculação personalíssima que se instaura entre o servidor e a Administração, decorrente do princípio do concurso público, inscrito no artigo 37, II, da Constituição Federal ou, no caso dos autos, do vínculo nascido pelo ditame da Lei 500/74, especificamente de seu artigo 9º. Assim, as certidões de contagem de tempo de serviço de fls. 54/56 e as apostilas de fls. 57, 61 e 62 deverão ser anuladas, em obediência ao artigo 10, da Lei nº 10.177, de 30/12/98, atendidos os princípios do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal e, especificamente, nos artigos 21 e 22, da Lei do Processo Administrativo estadual.

10. O súbito falecimento do ex-Agente de Segurança Penitenciária Joaquim Gonçalves Correa Filho, consolidou, na data do óbito, a sua situação funcional perante a Administração Pública, revelando que o mesmo, em nenhum momento, pleiteou (a) fosse agregado ao seu tempo de serviço aquele decorrente de atividade privada, computado pelo INSS; (b) a expedição de certidão de contagem e liquidação de tempo de serviço para fins de aposentadoria voluntária; e (c) a concessão de abono de permanência.

Nesse quadro, não tendo sido tais direitos e vantagens requeridos em vida pelo servidor, os mesmos não foram incorporados ao seu pa-



90
[Handwritten signature]

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

trimônio pessoal e, portanto, à sua viúva não foi transferido o direito de pleiteá-los, em nome próprio, frente à Administração Pública. Assim, o procedimento adotado a partir de fl. 46 fere o disposto no artigo 6º, do Código de Processo Civil¹, que pode ser aplicado analogicamente ao caso em tela, considerando-se que a viúva não tem qualquer vínculo com a Administração que a legitime a pleitear direito de servidor falecido.

Ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha que “*agente público é a pessoa física que, vinculando-se juridicamente a uma pessoa pública, dispõe de competência legalmente estabelecida para o desempenho de função estatal em caráter permanente ou transitório. Nesse sentido mais amplo, são agentes públicos os indivíduos que integram a pessoa, os que a compõem em sua inteireza, por meio de uma vinculação jurídica, que desenha a natureza e o conteúdo daquela integração. (...) O agente público não é alguém de fora do Estado, é um seu componente constitutivo essencial, ainda que temporário...*”². Logo, a Requerente não está autorizada legalmente a pleitear direito personalíssimo do falecido perante a Administração Pública.

11. A aposentadoria, na definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “é o direito à inatividade remunerada, assegurado ao servidor público em caso de invalidez, idade ou requisitos conjugados de tempo de exercício no serviço público e no cargo, idade mínima e tempo de contribuição. Daí as três modalidades de aposentadoria: por invalidez, compulsória e voluntária”³ e a mesma será alcançada, numa destas três hipóteses, se requerida, ainda em vida, pelo próprio servidor. Após a sua morte, não há que se falar em apuração de tempo de serviço para fins de aposentadoria voluntária, como ocorre nos autos (fls. 46 e 63), em total afronta à disciplina legal traçada pelos artigos 27 e seguintes, da Lei 500/74 e, supletivamente, pelos artigos 222 e seguintes da Lei nº 10.261/68, pois, segundo a mesma doutrinadora, “a aposentadoria voluntária ocorre a pedido desde que cumprido tempo mínimo de dez

¹ “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

² *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*, São Paulo, Saraiva, 1999, págs. 59/60 (g.n.)

³ *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2003, pág. 465 (g.n.)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

91

AA

anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria (...)"⁴. À viúva e dependentes do servidor falecido, atendidas as exigências legais, somente cabe requerer o benefício da pensão.

12.

Considerando-se que a aposentadoria voluntária somente pode ser concedida a pedido do próprio servidor, a (a) inclusão de tempo de serviço privado reconhecido pelo INSS para completar tempo de aposentadoria, e a (b) expedição de certidão de contagem e liquidação de tempo de serviço, deveriam ter sido precedentemente requeridas pelo servidor, para permitir-lhe solicitar, confirmados todos requisitos legais, a aposentação. Nada pleiteando neste sentido, após o seu falecimento não pode ser substituído ou representado por sua viúva, pois esta não possui qualquer vínculo funcional com a Administração que lhe franqueie a aquisição de direitos póstumos personalíssimos do *de cuius*. Permite-lhe a lei, apenas, requerer pensão e demais consectários previstos na legislação.

Nesse quadro, como já foi dito, o cômputo do tempo de serviço do falecido não pode incluir aquele discriminado na certidão expedida pelo INSS e, em consequência, as certidões de contagem de tempo de serviço de fls. 54/56 e as apostilas de fls. 57, 61 e 62 deverão ser anuladas, em obediência ao artigo 10, da Lei nº 10.177, de 30/12/98, para que outras sejam elaboradas sem este vício, franqueando-se a defesa da Requerente, em atendimento aos artigos 21 e 22, da Lei nº 10.177/98.

13.

No que concerne ao pedido de "ressarcimento" decorrente do abono de permanência, deve-se consignar, desde logo, que ainda não existe orientação definida, no âmbito da Administração, acerca da viabilidade de concessão de abono de permanência para servidores contratados sob a égide da Lei 500/74, como é o caso do Sr. Joaquim Gonçalves Correa Filho, admitido aos serviços do Estado em 08/11/77 com fundamento nos artigos 1º, I e 4º, deste Diploma Legal (vide fl. 9). O

⁴ op. cit., pág. 472 (g.n.)

23



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

assunto será abordado no bojo do Processo SE nº 1065/2006 (PGE 18488-283667/2007 – Interessada Maria de Lourdes Leite Bonafé), presentemente em estudo neste órgão consultivo, para clarificar a questão, uma vez que as regras do artigo 40 voltam-se “aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios...” (g.n.), de regime diverso daquele instituído pela Lei 500/74, voltado para o exercício e desempenho de “*função-atividade*”.

Mas, mesmo que fosse possível, juridicamente, a obtenção deste benefício pelos servidores contratados pela Lei 500/74, o que se considera apenas para argumentar, o requerimento formulado nos autos não pode prosperar.

14. O § 19, do artigo 40, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/03, tem a seguinte redação, *verbis*:

“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”. (g.n.)

Tal dispositivo constitucional implantou, em substituição à isenção trazida pela Emenda Constitucional nº 20/98 – de natureza tributária e que poderia influir negativamente no cálculo da média aritmética simples das maiores remunerações utilizadas para cálculo dos proventos – a concessão de abono de permanência para o servidor “*que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade*”, correspondente “*ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II*”.

15. Assim, o abono de permanência instituído pela



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

93

[Assinatura]

Emenda Constitucional nº 41/03 é a retribuição que a Administração faz ao servidor do montante que o mesmo recolhe a título de contribuição à previdência social que, diferentemente da isenção da Emenda nº 20/98, faz com que o servidor permaneça aportando recursos para o regime próprio ao qual se vincula, sem haver interrupção do tempo de contribuição. O abono de permanência, nesta perspectiva, é um bônus à remuneração do servidor, pois o Estado lhe paga o mesmo valor da contribuição que este efetua à previdência, sendo vedada, inclusive, a incidência de contribuição previdenciária sobre o abono, nos termos preconizados pelo artigo 4º, § 1º, inciso IX, da Lei nº 10.887/04.

Também o artigo 7º, da Lei nº 10.887/04, disciplina a outorga do abono de permanência, *verbis*:

“Art. 7º O servidor ocupante de cargo efetivo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas na alínea ‘a’ do inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, no § 5º do art. 2º ou no § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e que opte por permanecer em atividade fará jus a abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal.” (g.n.)

Deve-se anotar, mais uma vez, que também este Diploma Legal restringe a outorga do abono de permanência ao “*servidor ocupante de cargo efetivo*”, a reforçar a idéia de que tal benefício não se estende àqueles contratados no regime da Lei 500/74, conforme retro ressaltado.

16. No Parecer PA nº 241/2004, o Dr. Antonio Joaquim Ferreira Custódio define que “*o abono de permanência em atividade constitui, portanto, uma recompensa para esse servidor, um prêmio pela opção de prosseguir servindo, uma compensação pela não interrupção de seu labor. Pelo abono restitui-se ao*

[Assinatura]



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

94
PP

servidor um dispêndio por ele incorrido, que corresponde exatamente ao valor da contribuição previdenciária paga. Não se trata, propriamente, de indenização por um prejuízo ou dano por ele experimentado em decorrência de ação da administração pública, porque esta não agiu em detrimento da situação do servidor. O abono não representa ressarcimento ou reparação de dano, porque este não existe. A administração pública não exige, nem poderia, a permanência do servidor em atividade; facultá-la apenas. Logo, não há ação administrativa ensejadora de qualquer prejuízo passível de indenização. A opção pela permanência em serviço é decisão e ação do próprio servidor, dela não emergindo qualquer dano ressarcível, o qual, acaso ocorrente, não seria reparável pela administração exatamente por não defluir de qualquer ato seu, mas sim do próprio servidor.”

Prossegue o referido parecer esclarecendo que “esse abono não constitui espécie remuneratória de qualquer natureza, não representa contraprestação pelo trabalho prestado e também não se qualifica como vantagem pecuniária. Ele não é retributivo do desempenho da atividade desenvolvida pelo servidor, porque a retribuição pelo exercício da função dá-se através do pagamento do vencimento, subsídio, vantagem ou remuneração fixados por lei. Esse abono é apenas compensação pelo dispêndio incorrido pelo servidor com a contribuição previdenciária, reposição do ônus tributário a que submetido, em contemplação da abdicação temporária do exercício do direito de aposentar-se. Portanto, se esse abono, que não é efetivamente produto do trabalho nem provento de qualquer outra natureza, houvesse de sujeitar-se a qualquer exação tributária, especialmente ao imposto de renda, a compensação prescrita pelo constituinte efetivar-se-ia apenas parcialmente. (...) Destarte, justifica-se, plenamente, a não sujeição de seu valor a qualquer espécie de tributação.”

17. Na jurisprudência, considera-se que o “abono de permanência em serviço é benefício de natureza compensatória, com vistas a incentivar o segurado, que tendo direito a aposentadoria por tempo de serviço, opta por prosse-



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

95
PP

guir em atividade laboral” (EDcl. no REsp. 283962/SP, 5ª T. STJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 29.04.02, pág. 276), tendo sido este benefício “criado para estimular a continuação na ativa do segurado que já preenchia todos os requisitos para aposentar-se” (REsp. 685671/RJ, 5ª T. STJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 09.05.05, pág. 469).

18. Explicando a rotina da concessão do abono de permanência, o Parecer GPG-Cons. Nº 151/2004, da lavra da Drª Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi, então Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria, devidamente aprovado pelo Sr. Procurador Geral do Estado, afirma que *“a EC-41/2003 assegura ao servidor o direito ‘a um abono equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária’ – desaparecendo, então, a ‘isenção’. Após a EC-41, criou-se sistema de contribuição mediante desconto em folha, cujo valor deverá ser recolhido como receita de ‘contribuições sociais no orçamento do IPESP ou da Caixa Beneficente da Polícia Militar – CBPM, devendo ser destinados ao pagamento de aposentadoria ou pensões’ (art. 4º, LC estadual 954/2003), e, ato contínuo, deve ser creditado ao servidor o valor do abono, equivalente ao da contribuição e custeado com recursos do Tesouro”. Ademais, considera que “são auto-aplicáveis as disposições da EC 41/03 sobre abono de permanência, não sendo necessária a edição de lei que autorize sua concessão, convicção que certamente orientou o veto do Sr. Governador ao parágrafo único do art. 3º da LC 954/03”.*

19. A orientação firmada pelo Chefe da Instituição quando aprovou o Parecer GPG-Cons nº 151/2004, considera, neste particular, que as disposições da Emenda Constitucional nº 41/2003 *“são auto-aplicáveis”* e, não, que possam ser automaticamente aplicadas. Por isso, consta dos autos o inteiro teor da Instrução UCRH-2, de 29/10/04, que *“dispõe sobre os procedimentos relativos à concessão do abono de permanência, previsto no § 19 do artigo 40 da Constituição Federal de 1988, modificado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19, publicada no D.O.U. de*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

31 de dezembro de 2003, bem como no § 5º do artigo 2º e § 1º do artigo 3º, ambos da referida emenda” (fls. 69/70), trazida pela Equipe de Assistência Técnica do Departamento de Recursos Humanos da Secretaria da Administração Penitenciária que, ainda, alertou para a necessidade de requerimento do próprio servidor que preencher os requisitos para a aposentadoria voluntária, a qual, incorrente no caso em análise, impõe a rejeição do pleito formulado pela Requerente.

20. De fato, o gigantismo da Administração Pública deste Estado não permite o exercício de controle direto sobre os direitos disponíveis de todos os servidores públicos de São Paulo, havendo necessidade do próprio interessado informar ao setor competente que alcançou o direito à concessão do abono de permanência, comprovando, mediante certidão de liquidação de tempo de serviço – também expedida mediante solicitação do servidor interessado – o tempo de serviço hábil para a sua aposentação, sua opção de permanecer em atividade e solicitação de seu efetivo ressarcimento por meio do abono de permanência.

Este proceder encontra-se estampado na Instrução UCRH-2, editada em 29 de outubro de 2004, ou seja, quase dois anos antes do falecimento do servidor – 25 de julho de 2006 – que, segundo relato contido no próprio requerimento de fl. 46, tinha pleno conhecimento da possibilidade de auferir o pagamento do abono de permanência, *“visto que o mesmo não havia requerido justificando à requerente, que o falecido estava fazendo uma ‘poupança forçada’, para que quando se aposentasse retirasse esse montante”*.

21. Mesmo sabendo que preenchia os requisitos para a obtenção do abono de permanência – contava com tempo de serviço suficiente para aposentadoria em 28 de dezembro de 2005, quando completou 60 (sessenta) anos – preferiu o servidor anunciar tal fato à Administração *“quando se aposentasse”* e, neste momento, requerer o pagamento do abono de permanência desde esta data, *“fazendo*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

97
[Handwritten signature]

uma poupança forçada” até então. Este direito decorre do vínculo particular que se forma entre a Administração e o servidor, na esfera pública e, tratando-se de direitos disponíveis, cabe a este decidir o momento de pleiteá-los perante o Poder Público, atendidos os pressupostos legais para suas respectivas concessões.

Deixando de requerer, nos termos da Instrução UCRH-2/04, tanto a expedição de certidão de liquidação de tempo de serviço quanto a concessão do abono de permanência, o servidor não incorporou tal direito ao seu patrimônio e, assim, a viúva não poderá, agora, substituí-lo nesta faculdade.

22. No Parecer PA nº 47/2006, que cuida do exame dos requisitos e critérios para a concessão de aposentadoria aos servidores abrangidos pelas disposições do artigo 40, da Constituição Federal, asseverou-se que, *verbis*:

*“As sucessivas modificações do texto constitucional e a instituição de hipóteses alternativas para a aposentadoria dos servidores admitidos antes da primeira reforma (16.12.1998), alternativas essas benéficas, sob alguns aspectos, especialmente na medida em que albergam certas expectativas de direito, acabaram por constituir-se em razoável emaranhado de regras. Todo e qualquer servidor deve, antes de **formular o seu pedido** de aposentadoria, avaliar detalhada e adequadamente sua situação funcional e as hipóteses previstas na legislação constitucional, de sorte a **poder exercer a opção que melhor atenda a seus interesses**. Seria de toda conveniência para o servidor e para a própria administração que **o pedido** de aposentadoria identificasse, com a possível precisão, a situação funcional do servidor e a **opção por ele escolhida**, indicando seu fundamento constitucional. Quando não for possível ao servidor fazê-lo, até porque a disciplina constitucional hoje vigente não o permite à maioria deles, entendo prudente que a administração, após apurar a real situação funcional do servidor e antes de **processar o pedido**, dele **obtenha expressa manifestação escrita quanto à opção por ele desejada**, evitando-se, assim, eventuais controvérsias a respeito.” (g.n.)*

No caso dos autos, noticiou-se a plena ciência do servidor falecido acerca do seu direito em receber o abono de permanência por ter



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

98

optado em continuar trabalhando após preencher os requisitos que permitiam a sua aposentadoria voluntária, quedando-se, todavia, inerte em manifestar sua opção, requerer a expedição de certidão relativa ao tempo de serviço e, após, requerer o recebimento do referido abono, pois pretendia realizar uma “poupança forçada” até sua aposentação. Nada requerendo e, colhido pela morte súbita, não trouxe para o seu patrimônio a concessão deste benefício.

23. Neste mesmo sentido aponta a lição contida nos Pareceres PA nº 299/2006 e nº 32/2007, exigindo o requerimento do interessado para a concessão de aposentadoria voluntária, sujeitando-se o servidor às outras hipóteses de jubilação e seus efeitos decorrentes, se o pedido voluntário não for apresentado tempestivamente e sob as regras que, eventualmente, lhe seriam mais benévolas. Além disso, respaldados no conteúdo da Súmula nº 359, do Col. Supremo Tribunal Federal, deixaram assentadas estas manifestações jurídicas que *“esse direito adquirido, cuja função exclusiva é a de garantir a aplicação da legislação vigente à época do preenchimento dos requisitos, não dispensa o interessado do múnus de postular à Administração a concessão de sua aposentadoria. Jamais se cogitou que o servidor, pelo mero preenchimento dos requisitos legais, pudesse parar de trabalhar ‘sponte propria’. A sua intervenção ativa no processo é indispensável, e se o é, tal se deve a que a aposentadoria de que se cuida é voluntária, traduz vontade, a intenção do servidor em cessar suas atividades laborais. Em outras palavras: o servidor é livre para pleitear ou não a sua passagem à inatividade”*. (...) *O que significa dizer que a aplicabilidade temporal da legislação é a da época do preenchimento dos pressupostos legais, mas a aposentadoria, em si mesma, só se perfaz após o requerimento do postulante, hábil a traduzir a sua vontade de passar à inatividade*”. (...) *“Não se nega que o servidor tenha, nestes casos, direito a optar pela forma de aposentação que lhe for mais vantajosa. Disso não se segue, porém, que a Administração tenha o dever de alertar o servidor, caso a caso, quanto à existência desse direito, e das formas alternativas de aposentadoria, até porque não há no texto constitucional, e nem sequer na Lei 10.887/2004, qualquer disposi-*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

tivo obrigando a Administração a indicar ao interessado as alternativas possíveis e a forçá-lo a que opte expressamente por alguma delas dentro de um período determinado. A opção em causa se faz exclusivamente pelo voluntário requerimento do próprio interessado, ou pelo silêncio do mesmo” (g.n.).

A inércia do servidor, no caso presente, colocou-o sob risco de não obter a concessão do abono de permanência, o qual veio a concretizar-se em face do seu falecimento, abortando a percepção de tal benefício pelo mesmo.

24. O requerimento de concessão do abono de permanência, a ser feito pelo próprio servidor, é um requisito procedimental para a expedição de ato administrativo compatível, preenchidos os requisitos legais para tanto.

De fato, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, no que concerne ao ato administrativo, que a *“forma é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência. A forma pode, eventualmente, não ser obrigatória, isto é, ocorrerá, por vezes, ausência de prescrição legal sobre uma forma determinada, exigida para a prática do ato. Contudo, não pode haver ato sem forma, porquanto o Direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente. Ora, como a forma é o meio de exteriorização do ato, sem forma não pode haver ato.”*⁵

A tese doutrinária vale, também, para o caso dos autos, pois sem a exata expressão à Administração do intento do servidor falecido de permanecer em serviço e receber o abono de permanência, a mesma não teria condições de, automaticamente, conceder-lhe tal benefício.

⁵ *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2007, pág. 377 (g.n.)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

25. As hipóteses referidas nos mencionados pareceres jurídicos assemelham-se, neste particular, à versada nos presentes autos, dêz que o servidor falecido, mesmo ciente da possibilidade de auferir abono de permanência – pois continuou trabalhando após preencher os requisitos para aposentar-se – deixando de requerê-lo, suprimiu este benefício, conscientemente, do seu patrimônio.

Nada existindo nos seus registros funcionais a esse respeito, descabe à viúva pleitear o ressarcimento desta verba, acumulada, referente ao período discriminado.

26. Em conclusão, não há como serem deferidas à Requerente – que, de resto, não comprovou a sua condição de beneficiária e a exclusividade para formular qualquer pedido perante a Administração, tendo em vista a existência de dois herdeiros filhos maiores de idade (fl. 61) – a inclusão de tempo de serviço privado, de 7 (sete) anos e 8 (oito) meses à contagem de tempo de serviço, a expedição de certidão de contagem e liquidação de tempo de serviço para fins de aposentadoria – as quais, já providenciadas pela Administração, deverão ser anuladas –, e a concessão de ressarcimento de abono de permanência do servidor Joaquim Gonçalves Correa Filho, por inexistência de requerimento próprio do mesmo, nesse sentido, antes do seu falecimento.

À consideração superior, com proposta de recomendação à origem para que consulte previamente o órgão jurídico competente quando do processamento de pedidos de concessão de vantagens cujas peculiaridades escapem à rotina administrativa, a exemplo do excepcional caso ora analisado.

São Paulo, 29 de maio de 2007.


MARISA FÁTIMA GAIESKI
Procuradora do Estado
OAB/SP 74.843



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

F
101
[Handwritten signature]

Processo: **SAP/PA/CUPRNE Nº 4264/83 GDOC 16847-204759/2007.**

Interessado: **JOAQUIM GONÇALVES CORREA FILHO.**

PARECER PA nº 105/2007.

De acordo com o bem elaborado Parecer PA nº 105/2007.

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

PA, 31 de maio de 2007.

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



PROCESSO: SAP Nº 4264/83 (GDOC Nº 16847-204759/2007)

INTERESSADO: JOAQUIM GONÇALVES CORREA FILHO

ASSUNTO: ABONO DE PERMANÊNCIA.


CÁR

1. O primeiro aspecto a ser considerado na situação analisada pelo Parecer PA nº 105/2007 diz respeito à legitimidade da viúva de servidor estadual, morto quando na ativa, pleitear em nome próprio, junto à Administração Pública, direitos e vantagens que não foram incorporados ao patrimônio funcional do falecido e que, por serem personalíssimos, só a este poderiam ter sido deferidos.

1.1. A esse respeito, bem concluiu a peça opinativa no sentido de que o *“súbito falecimento do ex-Agente de Segurança Penitenciária Joaquim Gonçalves Correa Filho, consolidou, na data do óbito, a sua situação funcional perante a Administração Pública, revelando que o mesmo, em nenhum momento, pleiteou (a) fosse agregado ao seu tempo de serviço aquele decorrente de atividade privada, computado pelo INSS; (b) a expedição de certidão de contagem e liquidação de tempo de serviço para fins de aposentadoria voluntária; e (c) a concessão de abono de permanência.”*¹.

1.2. Observe-se, em adendo, que se não há permissivo legal a amparar o pleito formulado, em nome próprio, por viúva de servidor falecido, menos ainda se pode admitir o deferimento de direitos e benefícios que não podem ser objeto de sucessão a quem sequer provou a condição de sucessora ou única herdeira².

¹Trecho extraído do item 10 do parecer em análise.

²No recente julgamento da Apelação Cível nº 466.174.5/0-00 (Desembargador Relator Ricardo Feitosa, j. em 03.08.2009), a r. sentença de primeira instância foi anulada para apreciação preliminar da legitimidade de





1.3. Portanto, as providências elencadas no item 12, segundo parágrafo, da peça opinativa são pertinentes, instaurando-se procedimento de anulação das certidões elaboradas com vício.

2. Certamente, as demais questões giram em torno da conclusão acima extraída, porém, considerando que o Parecer PA nº 105/2007 traz, para além do caso concreto, considerações que se reportam a orientações, à época (maio/2007), não apreciadas pelas instâncias superiores da Instituição, fazem-se necessários os seguintes esclarecimentos: i) diferente da assertiva trazida no último parágrafo do item 15 e da indicação constante do item 13 da peça opinativa em análise, no Processo SE nº 1065/2006 o Parecer PA nº 213/2007 foi parcialmente aprovado³ para firmar orientação pela qual aos servidores admitidos pela Lei Estadual nº 500, de 13/11/1974 é assegurado o direito ao abono de permanência, porquanto o intuito da norma constitucional que instituiu o aludido benefício foi provocar o adiamento do ingresso dos servidores no sistema de previdência⁴; ii) correta a conclusão segundo a qual a concessão desta vantagem depende de solicitação e o pagamento é devido a partir da data em que o interessado formula o pedido, conforme Instrução UCRH-2, de 29.10.2004⁵; iii) afastados devem ser os fundamentos trazidos no item 23 da peça opinativa, porquanto os pareceres mencionados cuidam de requerimento para a concessão de aposentadoria voluntária e não de abono de permanência, valendo ressaltar que houve revisão, pelo Procurador Geral do Estado, da orientação contida no Parecer PA nº 299/2006 e, com os mesmos fundamentos, deixou de ser aprovado o Parecer PA nº 32/2007, também em manifestação expressa do Chefe da Instituição⁶.

viúva de servidor falecido em ação que visa a cobrança de créditos de correção monetária de vantagens pagas a destempo pela Administração.

³V. cópia anexa, datada a parcial aprovação de 21.02.2008.

⁴Orientação estabelecida no Parecer PA nº 115/2007, superiormente aprovado, e reafirmada na não aprovação do mais recente Parecer PA nº 151/2008, que trazia entendimento divergente.

⁵"(...) 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." (item 35, do Parecer PA nº 115/2007).

⁶As duas manifestações foram exaradas em 29.11.2007.



Com estas considerações que, de certo não maculam as conclusões alcançadas pela peça opinativa, encaminhe-se à deliberação do Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação do Parecer PA nº 105/2007.

SubG. Consultoria, em 04 de janeiro de 2010.


ROSINA MARIA EUZÉBIO STERN
SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA