

PARECER/CONSULTA TC-008/2017 - PLENÁRIO

DOEL-TCEES 24.7.2017 - Ed. nº 935, p. 1

PROCESSO -TC-3517/2016

JURISDICIONADO -INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ASSUNTO -CONSULTA

CONSULENTE -BRUNO MARGOTTO MARIANELLI

EMENTA

O ACRÉSCIMO DE 17% SOBRE O TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO ATÉ A DATA DE PUBLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/1998, PREVISTO NO § 3º DO ART. 8º DA EC 20/1998 E NO § 3º DO ART. 2º DA EC 41/2003, SOMENTE SERÁ COMPUTADO NA HIPÓTESE DE A APOSENTADORIA DO MAGISTRADO, OU DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, OU DO TRIBUNAL DE CONTAS, DO SEXO MASCULINO, TER POR FUNDAMENTO AS NORMAS DO ART. 8º DA EC 20/1998, OU DO ART. 2º DA EC 41/2003, NÃO SENDO APLICÁVEL ÀS DEMAIS REGRAS DE APOSENTADORIA PREVISTAS NO ORDENAMENTO – O INCREMENTO INCIDE SOBRE TODO O TEMPO DE SERVIÇO ACUMULADO ATÉ 16/12/1998 – NECESSIDADE DA CERTIFICAÇÃO POR ÓRGÃO OFICIAL DE PREVIDÊNCIA, ASSEGURANDO-SE, ASSIM, A CONTAGEM RECÍPROCA DO TEMPO DE SERVIÇO E A COMPENSAÇÃO ENTRE REGIMES.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-3517/2016, em que o Presidente Executivo do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado do Espírito Santo, Sr. Bruno Margotto Marianelli, formula consulta a este Tribunal questionando o seguinte:

Diante do exposto, requer a análise e pronunciamento deste Egrégio Tribunal De Contas do Estado do Espírito Santo no que tange à extensão de aplicação do incremento de 17% (dezesete por cento) trazido nas normas do artigo 8º da Emenda Constitucional nº 20/98, especificamente em seu parágrafo 3º e parágrafo 3º do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 41/2003, às demais regras de aposentadoria previstas no ordenamento jurídico pátrio, bem como se o mesmo deve ser considerado sobre todo tempo de serviço prestado até 15/12/1998 inclusive tempo certificado pelo RGPS, ou se o referido acréscimo somente deveria incidir sobre o tempo de exercício afeto à carreira da qual o servidor é integrante.

Considerando que é da competência deste Tribunal decidir sobre consulta que lhe seja formulada na forma estabelecida pelo Regimento Interno, conforme artigo 1º, inciso XXIV, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012:

O EXMO. SR. RELATOR, CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN:

I RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Presidente Executivo do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado (IPAJM), por meio da qual indaga acerca da abrangência das normas contidas nos parágrafos 2º e 3º do art. 8º da Emenda Constitucional 20/1998, repetidas nos parágrafos 2º e 3º do art. 2º da Emenda Constitucional 41/2003, *in verbis*:

Diante do exposto, requer a análise e pronunciamento deste Egrégio Tribunal De Contas do Estado do Espírito Santo no que tange à extensão de aplicação do incremento de 17% (dezesete por cento) trazido nas normas do artigo 8º da Emenda Constitucional nº 20/98, especificamente em seu parágrafo 3º e parágrafo 3º do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 41/2003, às demais regras de aposentadoria previstas no ordenamento jurídico pátrio, bem como se o mesmo deve ser considerado sobre todo tempo de serviço prestado até 15/12/1998 inclusive tempo certificado pelo RGPS, ou se o referido acréscimo somente deveria incidir sobre o tempo de exercício afeto à carreira da qual o servidor é integrante.

Exercido o juízo de admissibilidade (fl. 89), o feito foi instruído pelo Núcleo de Jurisprudência e Súmula com a informação de inexistirem, no âmbito desta Corte, deliberações capazes de responder ao objeto consultado (fls. 92-93).

Instruindo o feito quanto ao mérito, a SecexRecursos prolatou a Instrução Técnica de Consulta 21/2016-1 (fls. 96-113), na qual firmou o seguinte entendimento:

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, tendo em vista que o exame de admissibilidade da presente consulta já foi realizado por esta SecexRecursos, conforme ITC 9/2016, de fl. 83/87, opina-se nos seguintes termos quanto ao mérito:

1) Para a aplicação do acréscimo de 17% do tempo de serviço do magistrado, membro do Ministério Público e Conselheiro do Tribunal de Contas, e professores não abrangidos pelo §5º do art. 40 da CF/88, é necessário que se aposentem com fundamento em regra de transição que preveja o referido acréscimo, a exemplo do que fizeram as Emendas Constitucionais nºs 20, 41 e 47;

2) O incremento de 17% deve ser considerado sobre todo tempo de serviço prestado até 15/12/98, inclusive tempo de contribuição junto ao RGPS, que incluindo aquele prestado a empresas públicas e sociedades de economia mista e até de outros entes da Federação, pode ser contado pelo servidor na esfera pública, assegurada a devida compensação entre os regimes.

Encerrando o trâmite, o Ministério Público junto a este Tribunal prolatou parecer, encampando a manifestação da área técnica (fl. 118).

II FUNDAMENTAÇÃO

Primeiramente, cumpre informar que a controvérsia tem sede no direito constitucional e está inserida no contexto das reformas previdenciárias promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 20, de 15 de dezembro de 1998, nº 41, de 19 de dezembro de 2003 e nº 47, de 5 de julho de 2005.

Como se sabe, desde o advento da Constituição de 1988, a matéria afeta à aposentadoria de servidores públicos se encontra disciplinada no art. 40 da Constituição Federal, aplicável também aos membros dos Tribunais de Contas, do Poder Judiciário e do Ministério Público por força de expressa disposição constitucional contida nos artigos 73, §3º, 93, §6º e 129, §4º.

Entretanto, com a promulgação das Emendas Constitucionais 20/1998, 41/2003 e 47/2005, novas regras de aposentadoria foram introduzidas no ordenamento, fazendo com que o regime jurídico da questão deixasse de se concentrar no art. 40 da Constituição e passasse também a constar do corpo das próprias emendas.

Sendo assim, após as reformas promovidas, passaram a coexistir tanto as modalidades aposentatórias constantes do art. 40 da CF, como as regras de transição instituídas pelas referidas emendas constitucionais, a exemplo das constantes dos artigos 8º da EC 20/1998 – já revogado –, artigos 2º e 6º da EC 41/2003 e artigo 3º da EC 47/2005.

Delimitado o tema, vê-se que o cerne da dúvida apresentada refere-se à aplicação do §3º - que consta tanto do art. 8º da EC 20/1998, como do art. 2º da EC 41/2003 -, não apenas às regras aposentatórias previstas nestes dispositivos, mas também às demais regras existentes no ordenamento jurídico, quais sejam, aquelas definidas pelo art. 40 da CF, art. 6º da EC 41/2003 e art. 3º da EC 47/2005.

Nos termos do indigitado parágrafo, o membro do Poder Judiciário, do Ministério Público ou do Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a publicação da EC 20/1998 (16/12/1998) contado com o acréscimo de 17%.

É importante esclarecer que a regra de aposentadoria inicialmente prevista no art. 8º da EC 20/1998, embora tenha sido revogada pela EC 41/2003, foi mantida em seu art. 2º, inclusive quanto ao bônus de 17%:

Emenda Constitucional 20/1998

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 cinqüenta 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 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.

Emenda Constitucional 41/2003

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, 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 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. (destaquei)

Apesar de a regra existir desde 16 de dezembro de 1998, quando entrou em vigor a EC 20/1998, a celeuma em torno do âmbito de incidência do adicional de 17% somente veio à tona em 2010, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao apreciar o Pedido de Providências 00005125-61.2009.2.00.0000, conferiu ao acréscimo de 17%, previsto pelo §3º do art. 8º da EC 20/1998 e reproduzido no §3º do art. 2º da EC 41/2003, tratamento de direito adquirido que, como tal, deveria ser reconhecido por mera averbação em ficha funcional, prescindindo do atendimento aos demais requisitos para a aposentadoria. Vejamos:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS Nº 0005125-61.2009.2.00.0000

RELATOR Conselheiro MARCELO NEVES
REQUERENTE CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO
INTERESSADO JOSÉ PEDRO DE CAMARGO RODRIGUES DE SOUZA
REQUERIDO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

EMENTA

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. Aposentadoria voluntária. Magistrados. EC nº 20/98. Artigo 8º, § 3º. Norma de transição de efeitos concretos. Tempo de serviço. Acréscimo de 17%. Incidência. Direito adquirido. Integração ao patrimônio jurídico. Pedido procedente. Deve ser reconhecido o direito adquirido ao acréscimo de 17% ao tempo de serviço dos magistrados, previsto no § 3º do artigo 8º da Emenda Constitucional nº 20/98, por se tratar de norma de transição de efeitos concretos, que passou a integrar o patrimônio jurídico dos magistrados.

[...]

Ora, em se tratando da vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, a qual garantiu o acréscimo de 17% de tempo de serviço aos magistrados do sexo masculino, para fins de aposentação, observo que a aplicação jurídica do instituto do "direito adquirido", conforme manifestado acima, é perfeitamente cabível ao presente caso.

O artigo 8º da EC nº 20/98 configura, exatamente, a proposição normativa que veio dar suporte jurídico à aquisição do direito à contagem do tempo de serviço acrescido de 17% aos magistrados que já se encontravam em atividade no momento de sua entrada em vigor, e como tal, desde então,

este direito já poderia ter sido averbado em suas respectivas anotações funcionais. [...]

[...]. À toda evidência, as disposições da EC nº 20/98, no que tange à questão destes autos, incidiram imediatamente, eis que o suporte fático para a produção de seus efeitos era, especificamente, a existência de tempo de serviço já cumprido por magistrados e membros do Tribunal de Contas e do Ministério Público, aos quais se devem acrescentar 17%. Portanto, há o suporte fático e há a norma jurídica sobre ele incidindo. Somente não ocorreu, à época, a imediata aposentadoria dos agentes públicos, porque isto não integrou os requisitos exigidos pela norma constitucional para o aproveitamento da disposição equalizadora. Adquiriu-se o direito à percepção do acréscimo, a ser computado no momento futuro da aposentação, assim que atingidos os demais requisitos para tanto (tempo total de serviço e idade). Quanto a estes últimos é que não se pode invocar o direito adquirido, uma vez que, enquanto não se perfizerem, norma posterior poderá vir a alterá-los e, caso esta norma traga novas regras de adaptação (transitórias), como a presentemente discutida, também tornar-se-ão direitos subjetivos de seus titulares e, assim também, tornar-se-ão integrantes de seus respectivos patrimônios jurídicos; inatingíveis, como a do caso em tela, por alteração posterior; e assim sucessivamente.

[...]

4. Caminhando um pouco além do reconhecimento ao direito adquirido, tem-se que a regra do § 3º do art. 8º da EC nº 20/98 traduz a manifestação de um ato jurídico perfeito, que nada mais é do que o próprio fundamento de garantia do direito adquirido. [...]

A revogação posterior do artigo 8º da EC nº 20/98 pela EC nº 41/2003 em nada afetou o disposto no § 3º do referido artigo, visto se tratar de regra de transição, a qual opera efeitos imediatos. É norma de efeitos concretos que, uma vez entrando em vigor, atinge instantaneamente seu objetivo e, automaticamente, deixa de produzir qualquer efeito jurídico (o exercício do direito e a correspondente aplicação da norma é que ocorrerá após a incidência). Nesse sentido, sua revogação não traz qualquer alteração jurídica ou fática.

Por fim, a referida "revogação" foi apenas aparente, permaneceu no plano do signficante, ou seja, da disposição constitucional, não atingindo a própria norma, pois o art. 2º, § 3º, da EC nº 41, manteve esse benefício (o acréscimo do tempo ficto de 17%), dentro do regime jurídico por ela estabelecido.

5. Diante do exposto, concluo pela aplicabilidade das disposições do § 3º do art. 8º da Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998, à contagem de tempo de serviço dos magistrados do sexo masculino, incidindo o tempo ficto de 17% (dezessete por cento) sobre o tempo de serviço exercido pelo magistrado até a data de publicação da referida Emenda. E, tendo em vista que este entendimento deverá ser aplicado a todos os magistrados que se encontrem em situação análoga, determino a expedição de ofício aos tribunais brasileiros, integrantes do Poder Judiciário, a fim de dar conhecimento do presente. [sublinhei]

A partir daí, a recomendação dada pelo CNJ passou a ser seguida pelos Tribunais do país, o que causou imediata repercussão no âmbito das Cortes de Contas que, até os dias atuais, tendem a manter o entendimento em sentido contrário.

O Tribunal de Contas da União (TCU) consolidou o entendimento de que o referido incremento, previsto pelo §3º do art. 8º e do art. 2º das Emendas 20/1998 e 41/2003, respectivamente, somente se aplica às hipóteses aposentatórias tratadas nestes artigos. É o que se depreende da simples leitura dos dispositivos.

O §3º, repetido nos artigos 8º da EC 20/98 e 2º da EC 41/2003, ao prever a aplicação do bônus temporal, restringiu sua incidência ao contexto trazido por esses dispositivos, posto que se inicia com a expressão “*Na aplicação do disposto no parágrafo anterior*”, em clara remissão ao §2º daqueles artigos. Este parágrafo, por sua vez, estende a magistrados, membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas a aplicação da regra aposentatória cujos requisitos estão descritos no *caput* e incisos dos artigos 8º da EC 20/98 e 2º da EC 41/2003, não sendo cabível a aplicação extensiva e descontextualizada do adicional de tempo do §3º a regras aposentatórias distintas, como as previstas no art. 40 da CF e na EC 47/2005.

Nesse sentido, o TCU já firmou diversos precedentes (p. ex. Acórdão 7.946-45/14-2 – 2ª Câmara e Acórdão 621-10/10 – Plenário), como o do Acórdão 1.185/2013, prolatado no Processo 013.296/2012-4, de relatoria do Min. Augusto Sherman), cujo trecho a seguir transcrevo:

PESSOAL. APOSENTADORIA COM FUNDAMENTO NA EC 47/2005. ACRÉSCIMO DE 17% AO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO ATÉ 16/12/1998. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. EXCLUSÃO DO TEMPO IRREGULAR. AUSÊNCIA DE REQUISITO ESSENCIAL. ILEGALIDADE. NEGATIVA DE REGISTRO. POSSIBILIDADE DE RETORNO À ATIVIDADE. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. O acréscimo de 17% (dezesete por cento), previsto no § 3º do art. 8º da EC 20/1998 e no § 3º do art. 2º da EC 41/2003, somente será concedido na hipótese de a aposentadoria ter por fundamento as normas do art. 8º da EC 20/1998 ou do art. 2º da EC 41/2003 (Inteligência do Acórdão 621/2010 - Plenário). [g.n.]

Instaurada a controvérsia, a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), onde vem ganhando relevo a tese defendida pelo TCU.

Em sede de mandado de segurança impetrado pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) em face do Presidente da República e do TCU, o Ministro Joaquim Barbosa, preliminarmente, indeferiu o pedido de liminar, asseverando que a decisão do CNJ, embora “vinculativa a todos os Tribunais brasileiros”, não tem o mesmo atributo em relação à Presidência da República e ao Tribunal de Contas da União (MS 31.299/DF):

[...]

O deferimento da medida liminar em mandado de segurança somente se justifica (i) “quando houver fundamento relevante” [*fumus boni iuris*] e (ii) “do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida” (art. 7º, III, da Lei 12.016/2009) [*periculum in mora*]. Tais requisitos são cumulativos e concomitantes, de modo que, na ausência de algum deles, não se legitima a concessão da liminar.

No presente caso, **não obstante as relevantes considerações acerca da existência de decisão do CNJ determinando o acréscimo de 17% no tempo de serviço dos magistrados, previsto no § 3º do artigo 8º da Emenda Constitucional 20/98, verifico que tal decisão, como ressaltam as impetrantes, foi proferida no exercício da competência de fiscalização administrativa do CNJ, sendo “vinculativa a todos os Tribunais brasileiros”, não se podendo *a priori* extrair o entendimento de que se trata de decisão “vinculativa” à Presidência da República e ao Tribunal de Contas da União.**

Por outro lado, entendo não suficientemente demonstrado, no caso, o *periculum in mora*, na medida em que, nessa análise superficial, me parece que o direito ao referido acréscimo é de natureza individual e disponível, de forma que o magistrado pode optar por permanecer no serviço público, sendo certo, ainda, que a eventual permanência no exercício das funções não caracteriza, a meu sentir, prejuízo irreparável. Portanto, entendo que do ato impugnado não poderá resultar a ineficácia da medida, caso deferida.

Do exposto, nessa análise superficial, própria das cautelares, e reservando-me o direito a uma apreciação mais detida do caso quando do julgamento do mérito, **indefiro a medida cautelar.**

Abra-se vista ao procurador-geral da República.

Publique-se.

Brasília, 20 de junho de 2012.

Ao julgar o mérito do MS 31.299/DF, o Ministro Luís Roberto Barroso concedeu parcialmente a segurança e, para tanto, embasou sua decisão em precedentes daquela Corte, defendendo que o § 3º do art. 8º da EC 20/1998 fazia alusão ao §2º que, por sua vez, remetia ao *caput*, onde constavam os requisitos para a aposentadoria, o que impõe reconhecer que o acréscimo de 17% só alcança os magistrados homens que incorporaram o direito de se aposentar segundo tais regras:

[...]

III. Alegado direito ao acréscimo de 17% ao tempo de serviço prestado antes da EC nº 20/1998 (mérito)

12. Conforme bem narrou a própria inicial, os membros da Magistratura, independentemente do sexo, tinham o direito de se aposentar com proventos integrais cumpridos 30 anos de serviço. Após a EC nº 20/1998, passaram a se submeter ao regime geral dos servidores públicos do art. 40 da Constituição Federal, pelo qual se exigia 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher. Não obstante, a referida emenda trouxe regra de transição para os magistrados homens, nos seguintes termos:

[..]

13. A posterior EC nº 41/2003 revogou expressamente a norma, mas garantiu a aposentadoria, com base nos critérios da legislação até então vigente, ao servidor público que tivesse preenchido todos os requisitos para a sua obtenção antes da publicação da emenda.

[...]

14. As impetrantes sustentam que o § 3º do art. 8º da EC 20/1998 teve eficácia imediata e se esgotou com a própria concessão do direito de contar o acréscimo de 17% no tempo de serviço exercido até a publicação da referida emenda, de modo que, mesmo aqueles magistrados homens que, à época da revogação do dispositivo, não tinham alcançados os requisitos para a obtenção de aposentadoria fariam jus à contagem diferenciada.

15. Sem razão as impetrantes. A regra de transição (acréscimo 17%) era vinculada aos critérios vigentes, vez que o § 3º do art. 8º da EC 20/1998 fazia alusão ao § 2º, que, por sua vez, remetia ao caput, onde constavam os requisitos para a aposentadoria. Assim, conforme já decidiu esta Corte, o acréscimo de 17% só alcançou os magistrados homens que incorporaram o direito de se aposentar pelas regras da EC nº 20/1998. Confira-se a ementa do precedente, relativo à outra categoria regida pelo mesmo dispositivo revogado (membros do MP):

“MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E CONTRIBUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA APOSENTADORIA NA VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. DENEGADA A SEGURANÇA. 1. A aposentadoria rege-se pela lei vigente à época do preenchimento de todos os requisitos conducentes à inatividade. 2. Destarte, consoante o art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003, somente os servidores públicos que preencheram os requisitos para aposentadoria estabelecidos na vigência da Emenda Constitucional 20/1998 poderiam solicitar o benefício com fundamento na mesma regra editada pelo constituinte derivado. 3. O cômputo do acréscimo de dezessete por cento do período exercido como membro do Ministério Público para a aposentadoria segundo os ditames da Emenda Constitucional nº 20/1998 apenas alcança aqueles que incorporaram o direito de se aposentar pelas regras da aludida emenda. a) In casu, os membros do Ministério Público que não tinham preenchido os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional nº 41/2003. b) O impetrante, nascido em 23/3/1951, completou os 53 anos de idade apenas em 23/3/2004, posteriormente, portanto, à Emenda Constitucional nº 41/2003, que revogara a EC nº 20/1998, não se aplicando ao caso a emenda constitucional revogada. É o momento em que preenchidos os requisitos para aposentadoria que define a legislação que será aplicada ao caso, não cabendo falar-se em direito adquirido a regime jurídico anterior ao tempo em que preenchidos tais requisitos. 4. Outrossim, é cediço na Corte que não há direito adquirido a regime jurídico, aplicando-se à aposentadoria a norma vigente à época do

preenchimento dos requisitos para sua concessão. 5. Mandado de segurança denegado.” (MS 26.646, Rel. Min. Luiz Fux)

16. Esta Corte já assentou, também, que não há direito adquirido a regime jurídico, de modo que apenas os servidores públicos que preencheram os requisitos estabelecidos na EC nº 20/1998 durante a sua vigência podem reclamar as normas nela contida, com fundamento no art. 3º da EC nº 41/2003. Veja-se a ementa do precedente:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART.2º E EXPRESSÃO ‘8º’ DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. APOSENTADORIA. TEMPUS REGIT ACTUM. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO-OCORRÊNCIA.

1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente.

2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade.

3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003.

4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005.

5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI 3.104, Rel. Min. Cármen Lúcia, destaque acrescentado)

17. Diante do exposto, com base no art. 205 do RI/STF, **concedo parcialmente a segurança**, para assegurar o acréscimo de 17% ao tempo de serviço prestado (art. 8º, § 3º, da EC nº 20/1998) apenas aos magistrados homens que já haviam preenchido os requisitos para a obtenção de aposentadoria até a publicação da EC nº 41/2003.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 30 de agosto de 2016

[sublinhei]

Nesse contexto, é importante que se tenha em mente que a própria sistemática constitucional afeta às modalidades de aposentadoria prevê como regra geral a vedação à contagem de tempo fictício. É o que passou a constar do §10 do art. 40 da Constituição, incluído pela mesma Emenda 20/98, da qual se originou o incremento de 17%:

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

[...]

§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

Daí decorre que eventual exceção à regra deve constar expressamente do texto constitucional, sendo defeso ao aplicador do Direito interpretar o §3º do art. 8º da EC 20/98 e o §3º do art. 2º da EC 41/2003 extensivamente, de modo a ampliar indevidamente o campo de incidência da norma.

Como frisado na decisão do Min. Barroso, o indigitado §3º reporta-se, em sua literal redação, ao parágrafo anterior que, de maneira também literal, se refere tão somente à modalidade aposentatória trazida no *caput* e incisos do art. 8º da EC 20/1998 e do art. 2º da EC 41/2003.

E ainda que as emendas constitucionais não o fizessem de modo tão explícito, poderia o intérprete recorrer às diretrizes insculpidas pela Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998 que, em seu art. 10, inciso II e art. 11, inciso III, alínea c preconizam que os parágrafos nada mais são do que desdobramentos do próprio artigo:

Art. 10. Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios:

[...]

II - os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens;

[...]

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

[...]

III - para a obtenção de ordem lógica:

[...]

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;

Ademais, as hipóteses de aposentadoria tratadas no art. 40 da CF, no art. 6º da EC 41/2003 e no artigo 3º da EC 47/2005 não reconheceram hipóteses de contagem de tempo fictício, razão pela qual sobre tais modalidades recai, como dito, a vedação contida no §10 do art. 40, não havendo brecha jurídica para que o incremento de 17%, previsto no §3º dos artigos 8º da EC 20/1998 e 2º da EC 41/2003, seja concedido de maneira dissociada dos requisitos impostos por estes dispositivos.

Logo, considerando o contexto constitucional, a tendência jurisprudencial identificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e os precedentes reiterados do Tribunal de Contas da União, responde-se ao primeiro questionamento no sentido de que **o acréscimo de 17%, previsto no §3º do art. 8º da EC 20/1998 e no §3º do art. 2º da EC 41/2003, somente será concedido na hipótese de a aposentadoria do magistrado ou do membro do Ministério Público ou do Tribunal de Contas do sexo masculino ter por fundamento as normas do art. 8º da EC 20/1998 ou do art. 2º da EC 41/2003, não sendo aplicável às demais regras de aposentadoria previstas no ordenamento.**

Dito isso, registro minha **parcial divergência em relação ao entendimento técnico e ministerial**, em especial por não vislumbrar a viabilidade jurídica de se estender o incremento de 17% à regra aposentatória constante da EC 47/2005, como assinalado na conclusão da Instrução Técnica de Consulta 21/2016-1, corroborada pelo *Parquet*.

Indaga, ainda, o consulente, se o incremento de 17% deve incidir sobre todo o tempo de serviço prestado até 15/12/1998, inclusive aquele certificado pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), ou se o referido acréscimo somente incide sobre o tempo na carreira.

É importante esclarecer que o §3º, tanto do art. 8º da EC 20/1998 como do art. 2º da EC 41/2003, fixaram a data da publicação da EC 20/1998 como parâmetro temporal para a contagem do tempo de serviço acumulado, sobre o qual deverá incidir o bônus.

Sendo assim, muito embora a EC 20/1998 tenha sido promulgada em 15/12/1998, sua publicação efetivou-se no dia seguinte, **16/12/1998**, sendo esta, portanto, a data a se considerar para fins de aplicação do referido percentual. Em razão disso, volto a **discordar da manifestação técnica e ministerial**.

Em relação ao tempo de serviço acumulado, deve-se mais uma vez guardar coerência com o cenário constitucional que, desde a EC 20/1998, assegura, para fins de aposentadoria, o direito à contagem recíproca do tempo de serviço (nomenclatura anterior à EC 20/1998) ou de contribuição, quer seja na administração pública, quer seja na atividade privada, rural ou urbana:

Art. 201. *Omissis*.

[...]

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

Portanto, o incremento de 17% deverá incidir sobre todo o tempo de serviço/contribuição exercido até 16/12/1998, data de publicação da Emenda Constitucional 20/1998, tenha sido ele acumulado na administração pública ou na atividade privada, rural ou urbana.

Insta frisar a necessidade de o tempo a ser computado ser certificado por órgão oficial de previdência, de modo a assegurar não apenas a contagem recíproca, como a compensação financeira entre regimes próprios e geral, na forma preconizada pelo art. 201, §9º da Constituição Federal.

III CONCLUSÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), **VOTO**, divergindo em parte do entendimento técnico e ministerial, para que a Consulta seja respondida nos seguintes

termos:

O acréscimo de 17% sobre o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional 20/1998, previsto no §3º do art. 8º da EC 20/1998 e no §3º do art. 2º da EC 41/2003, somente será computado na hipótese de a aposentadoria do magistrado ou do membro do Ministério Público ou do Tribunal de Contas do sexo masculino ter por fundamento as normas do art. 8º da EC 20/1998 ou do art. 2º da EC 41/2003, não sendo aplicável às demais regras de aposentadoria previstas no ordenamento.

Tal incremento incide sobre todo o tempo de serviço de serviço acumulado até 16/12/1998 (data de publicação da EC 20/1998), independente de ter sido prestado na administração pública ou na atividade privada, rural ou urbana, desde que certificado por órgão oficial de previdência, assegurando-se assim a contagem recíproca do tempo de serviço e a compensação entre regimes previstas no art. 201, §9º da Constituição Federal.

PARECER CONSULTA

RESOLVEM os Srs. conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia onze de abril de dois mil e dezessete, à unanimidade, responder a presente consulta nos termos do voto do relator, conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun:

O acréscimo de 17% sobre o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional 20/1998, previsto no §3º do art. 8º da EC 20/1998 e no §3º do art. 2º da EC 41/2003, somente será computado na hipótese de a aposentadoria do magistrado ou do membro do Ministério Público ou do Tribunal de Contas do sexo masculino ter por fundamento as normas do art. 8º da EC 20/1998 ou do art. 2º da EC 41/2003, não sendo aplicável às demais regras de aposentadoria previstas no ordenamento.

Tal incremento incide sobre todo o tempo de serviço de serviço acumulado até 16/12/1998 (data de publicação da EC 20/1998), independente de ter sido prestado na administração pública ou na atividade privada, rural ou urbana, desde que certificado por órgão oficial de previdência, assegurando-se assim a contagem

recíproca do tempo de serviço e a compensação entre regimes previstas no art. 201, § 9º da Constituição Federal.

Composição Plenária

Presentes à sessão plenária de deliberação os senhores conselheiros Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, presidente, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, relator, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, José Antônio Almeida Pimentel, Sérgio Manoel Nader Borges e o senhor conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o senhor procurador-geral do Ministério Público Especial de Contas Luciano Vieira.

Sala das Sessões, 11 de abril de 2017.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO MARCO ANTONIO DA SILVA

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral do Ministério Público Especial de Contas

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões

Este texto não substitui o publicado no DOEL-TCEES 24.7.2017