

## Abono de permanência e regra de transição



DICOM TCEMG

EMENTA: RECURSO ADMINISTRATIVO — SERVIDOR PÚBLICO — INSURGÊNCIA CONTRA INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO — ABONO DE PERMANÊNCIA — HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL — INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 40, § 19, DA CF/88, C/C ART. 3º, DA EC N. 47/2005 — RECURSO PROVIDO

Conforme interpretação sistemática da CF/88 e, em prol dos princípios da isonomia e da razoabilidade, o direito ao abono de permanência assiste àqueles que ingressaram no serviço público até 16 de dezembro de 1998 e cumulativamente, nos termos do art. 3º da EC n. 47/2005, tenham preenchido os requisitos para aposentadoria voluntária com proventos integrais.

### RELATÓRIO

Tratam os autos de recurso administrativo interposto por M.A.A.S., analista de controle externo, em face da decisão proferida nos autos do Processo DGP/269/11, referente ao pedido de reconsideração que não acolheu seu pedido de concessão do abono de permanência.

O pedido da servidora foi protocolizado em 27/04/2011 e tinha como fundamento o implemento, desde 21/04/2011, dos requisitos do art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005 para se aposentar, quais sejam:

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:**

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 n. 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. (grifo nosso)

O referido requerimento foi indeferido pela Coordenadoria de Pessoal sob o argumento de que o abono de permanência, regulamentado pelo art. 40, § 19, da CR/88<sup>1</sup>, somente pode ser concedido quando, nos termos desse dispositivo, o servidor completar os requisitos previstos no art. 40, § 1º, III, *a*, quais sejam: 10 anos de efetivo exercício no serviço público, 5 anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher. Assim, a servidora M.A.A.S. apenas faria jus ao benefício a partir de 20/01/2012, data em que completaria esses requisitos (fls. 6 do Processo DGP/269/11).

Inconformada, interpôs pedido de reconsideração sob a alegação de que esta Corte de Contas deveria enfrentar a questão sob a ótica da intenção do legislador ao criar o chamado abono de permanência e não apenas de maneira mais simplista com a mera interpretação literal do art. 40, § 19, da CR/88 (fls. 1-2 do Processo DGP/269/11).

A conselheira presidente desta Corte de Contas, em 27/06/2013, indeferiu o pedido (fls. 87 do Processo DGP/269/11) com base no parecer da Consultoria-Geral, segundo o qual “não há, em nosso ordenamento jurídico, previsão de concessão de abono de permanência ao servidor que reunir as condições para a aposentadoria voluntária de acordo com a regra do art. 3º da EC n. 47/2005 e optar por permanecer em atividade” (fls. 80 do Processo DGP/269/11). Em outras palavras, o atendimento dos requisitos disciplinados no art. 3º da EC n. 47/05 não seriam referentes à concessão do abono permanência, devendo a servidora, portanto, atender às especificidades previstas no art. 40, § 19, da CR/88.

A servidora interpôs o presente recurso administrativo, que, uma vez distribuído a este relator, foi encaminhado à Diretoria de Gestão de Pessoas, cuja Coordenadoria de Pessoal prestou informações e ratificou posicionamento anterior contrário à pretensão da recorrente (fls. 14-17).

É o relatório, no essencial.

## ADMISSIBILIDADE

Considerando que a parte é legítima, o recurso é próprio e tempestivo e foram observadas as disposições da Resolução n. 05/98, conheço do recurso.

## MÉRITO

Por meio do presente recurso, a impetrante, que adquiriu, desde 21/04/2011, o direito à aposentadoria com proventos integrais nos termos do art. 3º da EC n. 47/05, visa ao reconhecimento de seu direito à percepção do abono de permanência desde a referida data.

Em termos doutrinários, o abono de permanência é destinado aos servidores que preencham os requisitos para aposentadoria e permaneçam em atividade, tendo como limite de permanência a idade prevista constitucionalmente para aposentadoria compulsória. Constitui indenização pecuniária equivalente ao valor da contribuição previdenciária descontada da remuneração do servidor titular de cargo efetivo, ou dos subsídios dos servidores e dos agentes políticos, sendo devido mensalmente após preenchidos os requisitos para a aposentadoria voluntária.

A finalidade desse abono é compensar o servidor pelo não exercício do seu direito à aposentação, pois essa medida gera economia para o Estado, com o adiamento de gastos com benefícios previdenciários, despesa

<sup>1</sup> § 19. 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. (grifo nosso).

com a admissão de novo servidor para suprir a carência de pessoal ocasionada com a aposentação, além de manter em atividade servidores capacitados e experimentados.

O abono de permanência foi inserido em nosso ordenamento jurídico pelo constituinte derivado, mediante a Emenda Constitucional n. 41/2003, em três dispositivos: no art. 1º, § 17 (que inseriu na CR/88 o art. 40, § 19); no art. 2º, § 5; no art. 3º, § 1º. Como leciona Marcelo Barroso Lima Brito de Campos<sup>2</sup>:

Na hipótese prevista no art. 40, § 19, da Constituição de 1988, o abono de permanência é devido ao servidor que, a despeito de ter completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no *caput*, permanece em atividade. O abono é devido até que se completem os requisitos para a aposentadoria compulsória com base nas regras propostas no art. 40, § 1º, II, da Constituição de 1988, na redação alterada pela Emenda Constitucional 20/98.

Noutra hipótese prevista na Emenda Constitucional 41/03, art. 2º, § 5º, o tratamento é o mesmo, pois o abono é devido ao servidor que, a despeito de ter completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no *caput* do art. 2º, permanece em atividade, fazendo jus a esse abono até que se completem os requisitos para a aposentadoria compulsória com base nas regras propostas no art. 40, § 1º, II, da Constituição de 1988, na redação alterada pela Emenda Constitucional 20/98.

Na terceira hipótese, disciplinada na Emenda Constitucional 41/03, art. 3º, § 1º, exigiu-se, para todos os servidores que podem enquadrar-se nessa hipótese, o mínimo de 25 anos de contribuição, se mulher, ou 30, se homem, sendo devido ao servidor que, a despeito de ter completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no *caput* do art. 3º, permanecer em atividade; deverá ser concedido até que se completem os requisitos para a aposentadoria compulsória com base nas regras propostas no art. 40, § 1º, II, da Constituição de 1988, na redação alterada pela Emenda Constitucional 20/98.

Observe-se que não existe referência expressa à concessão desse abono para aqueles que, tendo cumprido os requisitos elencados no art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005, permaneçam em atividade. Entretanto, a interpretação sistemática da ordenação constitucional, em respeito ao princípio da isonomia, impõe reconhecer também a esses servidores o direito ao abono.

O princípio da isonomia significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. No texto da nossa Constituição, esse princípio é enunciado com referência à lei (“Art. 5º— Todos são iguais perante a lei”). Alguns juristas construíram uma diferença — porque a consideram importante — entre a igualdade na lei e a igualdade diante da lei. A primeira tem por destinatário precípua o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda, dirigida principalmente aos intérpretes/aplicadores da lei, os impede de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais<sup>3</sup>.

Apesar da manifestação da Consultoria-Geral desta Corte de Contas no sentido de negar a concessão do abono de permanência sob o argumento de que, em obediência ao princípio da legalidade, só podem ser concedidos aos servidores públicos direitos que o ordenamento jurídico expressamente lhes outorgue, entendo que o pleito não deve ser analisado de uma forma tão simplista. A doutrina moderna da juridicidade ou constitucionalidade defende a possibilidade de aplicação direta dos princípios constitucionais e propõe um novo princípio, mais abrangente, que envolve toda a ordem jurídica, inclusive e principalmente a Constituição: o princípio da juridicidade, que se torna fundamento da ação estatal.

<sup>2</sup> CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4. ed. ampl. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012, p. 314.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Sobre esse tema, Gustavo Binjenbojm assim se manifesta: “a vinculação ao direito não plasmado na lei marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas”<sup>4</sup>.

Por sua vez, a Lei n. 9.784/99 vem ao encontro dessa nova interpretação adotada pela administração pública moderna, quando, em seu art. 2º, parágrafo único, I, determina “a atuação conforme a lei e o Direito”, o que inclui, além da lei, os princípios, os costumes, a jurisprudência e a doutrina.

Especificamente em relação ao direito ao abono de permanência, para o servidor que reunir os requisitos de aposentadoria com base no art. 3º da EC n. 47/05 e permanecer em atividade, assevera Marcelo Barroso Lima Brito de Campos<sup>5</sup>:

É justa essa decisão de conceder abono de permanência nessas condições, porquanto se trata de tornar isonômica a situação dos servidores que optarem por essa regra e permanecerem em atividade. **Já se assentou o entendimento da necessidade de se garantir aos servidores as regras de transição protetoras de direitos previdenciários expectados, uma vez que se tratam de direitos fundamentais**, pois:

É perfeitamente possível acomodar o direito novo em relação ao velho direito sem causar trauma às pessoas. As normas de transição são, pois, a medida necessária para tal acomodação. Como se vê, as normas de transição não podem ser consideradas meras benesses do legislador, mas garantia de segurança nas relações jurídicas que passam por regimes normativos diferentes<sup>6</sup>. (grifo nosso)

Coadunando com este entendimento, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul editou a Instrução Normativa n. 03/2011, cujo texto disciplinou a concessão do abono de permanência aos membros e aos servidores dos quadros de pessoal daquela instituição, inclusive para aqueles que preenchem os requisitos do art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005.

Ressalto que várias decisões vêm sendo proferidas pela Administração Pública concedendo abono de permanência aos servidores que têm direito à aposentadoria nos termos do art. 3º da EC n. 47/05, como a tomada no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo no Processo n. PAJM-5653/88 (GDOC-17016-761596/2005), juntada pela servidora nos autos do Processo DGP/269/2011.

Reforça ainda mais esse entendimento a manifestação do Tribunal de Contas da União em resposta à Consulta protocolizada sob o n. 011.665/2012-2, formulada pelo presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, considerando que:

**é lícita a concessão de abono de permanência** nas hipóteses em que sejam cumpridos, por servidores ou magistrados, os requisitos para aposentadoria **com base na regra do art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/2005**, no caso de opção por permanecer em atividade, sendo aplicável ao presente caso por analogia, o disposto nos arts. 58, 67, 81 e 86, da Orientação Normativa MPS/SPS n. 2, de 31 de março de 2009. (grifo nosso)

Registro ainda a existência de **Proposta de Emenda à Constituição n. 418/09**, tramitando no Congresso Nacional com o objetivo de incluir na Constituição a possibilidade expressa de ter direito ao abono de permanência o servidor que reunir os requisitos de aposentadoria com base no art. 3º da EC n. 47/05 e permanecer em atividade.

<sup>4</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>5</sup> CAMPOS, *op. cit.*, p. 316.

<sup>6</sup> CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Direitos previdenciários expectados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 120.

Por todo o exposto, verifico que a não concessão do abono de permanência aos servidores destinatários do art. 3º da EC n. 47/05 seria uma afronta à igualdade dos servidores aposentados. Assim, não deve prevalecer no âmbito desta Corte de Contas entendimento de que o referido abono só poderá ser concedido aos servidores contemplados no § 19 do art. 40 da CR/88, pois essa interpretação não possui guarida no nosso ordenamento jurídico. A atuação estatal deve se vincular não apenas à literalidade do texto mas também, ao sentido que dele se extrai.

Ademais, o legislador, ao criar o abono de permanência teve como alvo principal a criação de um mecanismo de estímulo para que os servidores em geral se mantivessem na ativa, poupando o caixa da previdência de gastos ainda maiores. Logo, ficando evidenciada a existência de flagrante lacuna legal, deve-se 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.

Dessa forma, tendo em vista a finalidade do abono de permanência, este deve ser concedido aos servidores destinatários das regras previstas no art. 3º da Emenda Constitucional n. 47/05, como medida de justiça e de tratamento isonômico.

**Conclusão:** diante do exposto, dou provimento ao recurso administrativo, devendo ser reconhecido o direito da servidora à percepção do abono de permanência desde 27/04/2011, data do primeiro requerimento.

## ■ NA SESSÃO DO DIA 26/02/2014 PEDIU VISTA DOS AUTOS O CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO.

### RETORNO DE VISTA ■ SESSÃO DE 02/04/2014

#### CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO

Senhora conselheira presidente, na Sessão do Pleno do dia 26/02/2014, conforme notas taquigráficas, a fls. 29-34, pedi vista dos presentes autos que tratam do recurso administrativo interposto por M.A.A.S., analista de controle externo deste Tribunal, contra decisão de Vossa Excelência, que indeferiu a concessão do abono de permanência, sob o argumento de que a recorrente não preenche os requisitos para aposentadoria nos termos do art. 40, § 1º, da Constituição Federal, com redação dada pela EC n. 41/03.

Naquela assentada, o relator conselheiro José Alves Viana conheceu do recurso e, no mérito, deu-lhe provimento, por entender que o abono de permanência deve ser concedido aos servidores destinatários das regras previstas no art. 3º da EC n. 47/05, em respeito ao princípio da isonomia, no que foi acompanhado pelos conselheiros Gilberto Diniz, Wanderley Ávila e Cláudio Terrão.

A matéria versada nos presentes autos centra-se no direito ao abono de permanência ao servidor que preencheu os requisitos para aposentadoria, conforme previsto no art. 3º da EC n. 47/05.

Como forma de retardar as aposentadorias, a EC n. 41/03 inseriu no corpo permanente da Constituição o direito ao abono de permanência para todos os servidores que preenchessem os requisitos do art. 40 da CR/88. Previu, ainda, o direito ao abono de permanência para todas as hipóteses de normas transitórias em vigor à época. Portanto, em princípio, todos os servidores que tivessem direito à aposentadoria pelo regime próprio poderiam optar por permanecer em atividade e requerer o abono de permanência.

Corroborando esse entendimento, temos a jurisprudência do Tribunal Regional Federal, consubstanciada no Agravo n. 2007.01.00.046040-6/DF, *in verbis*:

Ementa: [...] I — O abono de permanência, instituído pelo art. 3º, § 1º, da EC 41/2003, possui natureza indenizatória, pois visa compensar o servidor que, mesmo em condições de se aposentar, permanece em atividade. Precedentes. II — Agravo de instrumento desprovido.<sup>7</sup>

Não obstante, no decorrer do tempo, foram constatados casos nos quais os servidores tinham direito à aposentadoria, mas não havia previsão expressa do direito ao abono de permanência, tais como os casos de servidores que possuem direito à aposentadoria especial, a exemplo dos militares e, ainda, daqueles que adquiriram o direito à aposentadoria com base nas regras estabelecidas pela EC n. 47/05.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre um caso semelhante, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 609.043/PR, no qual foi discutido se os militares que já tivessem completado os requisitos para reforma teriam direito a receber o abono permanência, adotando o posicionamento do TRF da 4ª região, *in verbis*:

Ementa: [...]3. *In casu*, assim decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR QUE EXECUTA ATIVIDADES DE RISCO. DIREITO À PERCEPÇÃO DO “ABONO PERMANÊNCIA” INSTITUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003, INTRODUZINDO O § 19 DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LIMITE TERRITORIAL DA SENTENÇA. 1. **Em prestigiamto a uma interpretação analógica extensiva, também devem ser incluídos na possibilidade de percepção do abono de permanência instituído pela EC 41/2003 os servidores que executam atividades de risco, uma vez que, na essência, não existe distinção entre aposentadoria voluntária comum e a voluntária especial. Não é justo nem razoável que haja um discrimen quanto ao deferimento de um benefício também de índole previdenciária só porque há tratamento diferenciado quanto aos critérios para a aposentação. Não pode o intérprete desigualar os que na essência são iguais.** Precedentes do STJ. [...]”.<sup>8</sup> (grifo nosso)

Assim, tenho que razão assiste à recorrente, pois não seria juridicamente razoável incentivar a permanência em atividade aos servidores que preencheram os requisitos para as aposentadorias, com base no art. 40 da CR/88 e nas regras transitórias da EC n. 41/03, e não estender tal incentivo aos servidores que reuniram os requisitos de aposentadoria com base no art. 3º da EC n. 47/05.

Com tais considerações, acompanho, na íntegra, o voto prolatado pelo conselheiro relator e voto pela concessão do abono de permanência à recorrente, a partir da data do primeiro requerimento.

---

O recurso administrativo em epígrafe foi apreciado pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 02/04/2014, presidida pela conselheira Adriene Andrade. Votaram o conselheiro Wanderley Ávila, conselheiro substituto Licurgo Mourão, conselheiro Cláudio Terrão, conselheiro Mauri Torres, conselheiro José Alves Viana e conselheiro Gilberto Diniz. Foi aprovado, por unanimidade, o voto do relator, conselheiro José Alves Viana.

---

<sup>7</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Sétima Turma. Agravo de Instrumento n. 2007.01.00.046040-6/DF. Relator: juiz federal Carlos Olavo. Decisão: 26/08/2008. DJFI de 3 out. 2008, p. 401.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 609.043. Relator: min. Luiz Fux. Julgamento: 28/05/2013. Publicação Dje, 14 jun. 2013.