DECISÃO SINGULAR DSG - G.RC - 1461/2018

PROCESSO TC/MS	: TC/17493/2015
PROTOCOLO	: 1641242
ÓRGÃO	: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: OSWALDO MOCHI JUNIOR
TIPO DE PROCESSO	: CONCESSÃO
RELATOR	: CONS. RONALDO CHADID

CONCESSÃO DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO E MANIFESTAÇÃO AGEPREV. DESCUMPRIMENTO NORMA PROCEDIMENTAL. AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. FILIAÇÃO AO RPPS. VIOLAÇÃO AO ART. 40 DA CF/88. IMPOSSIBILIDADE. NÃO REGISTRO. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. REMESSA INTEMPESTIVA. MULTA.

Trata-se de Ato de Concessão de Aposentadoria Voluntária por Idade e Tempo de Contribuição por parte da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul ao servidor **Fátimo Alves Gonçalves**, no cargo de agente técnico legislativo, considerando, a partir da sua ficha funcional, que o servidor em questão foi admitido já na qualidade de servidor efetivo em 14/08/1982. A aposentadoria se deu em 19/05/2015, conforme se infere da publicação de no Diário Oficial ALMS nº 762, ato n. 022/2015.

Encaminhado à Inspetoria de Controle Externo de Atos de Pessoal, entendendo que os elementos constitutivos atendiam o disposto no Anexo I, Capítulo II, Seção II, item 1.5 da IN n. 35/2011, alterada pela IN n. 38/2012, o corpo técnico concluiu pelo registro da aposentadoria em questão, considerando que os proventos foram fixados integrais e calculados em conformidade com os preceitos legais e constitucionais (ANA-30241/2015, f. 46-48).

O Ministério Público de Contas por sua vez, concluiu pelo não registro, notadamente pela inobservância de exigência da comprovação do tempo de contribuição nos termos previstos no art. 1º, II e §2º da lei 3.545/2008 e por não ter sido o servidor submetido a concurso público, entendendo pela violação ao comando constitucional contido no art. 37, II da CF. Destacou ainda, que o servidor jamais poderia ter sido vinculado validamente ao Regime Próprio de Previdência do Estado do Mato Grosso do Sul, diante do comando constitucional contido no art. 40 da CF/88.

Compulsando os autos, verifico que o servidor foi admitido em agosto de 1982 e que contava com 05 (cinco) anos ininterruptos de serviço público ou continuados quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo detentor da estabilidade excepcional contemplada pelo art. 19 da ADCT[1]. Contudo, a despeito da estabilidade garantida, observo que não houve a devida homologação da certidão de tempo de contribuição pela AGEPREV, exigência procedimental trazida na Portaria n. 154/MPS de 15/05/2008; foi proferido despacho saneador com fundamento no artigo 112, parágrafo único, inciso I c/c artigo 4º, inciso I, "c", ambos do Regimento Interno.

Devidamente intimado para apresentar documentos ou justificativas, a autoridade responsável compareceu aos autos à f. 61-74, alegando suscintamente que: os processos de aposentadoria prescindem de encaminhamento à AGEPREV para ratificação de Certidão de Tempo de Contribuição e que o servidor aposentado, ainda que não tenha sido admitido por concurso público, tem direito ao regime próprio de previdência social, trazendo como fundamento portarias do Ministério da Previdência Social (orientação normativa SPS n. 02 de 2009, orientação normativa n. 03 de 2001; orientação normativa n. 01, MPS de 2007, orientação normativa n. 02, MPS de 2009 e nota técnica n. 03/2013).

É o relatório. Das razões da decisão:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, ***há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público****.*

§ 1º O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do caput deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei. (sem grifo no original)

Em análise o ato de concessão de aposentadoria voluntária por idade e tempo de contribuição por parte da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul ao servidor Fátimo Alves Gonçalves, no cargo de administrador. Conforme ficha funcional do servidor, carreada aos autos à f. 11-14, o mesmo foi admitido e enquadrado como efetivo em agosto de 1982 e aposentado em 19/05/2015 (Diário Oficial ALMS nº 762, ato nº 022/2015).

A partir dos documentos e manifestações que compõem o processo, verifico que o mesmo está incompleto e que não observou o procedimento estabelecido na legislação pertinente, desde as normas mais específicas até o que estabelece a Constituição Federal de 1988.

Dispõe o art. 1º, §2º da Lei Estadual n. 3545/2008 que "*o ato de concessão dos benefícios para os membros servidores dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, do Tribunal de Contas do Estado, do Ministério Público e da Defensoria Pública será assinado pela autoridade competente do respectivo órgão, **que o remeterá, em seguida, à AGEPREV para aprovação do pagamento e manutenção***" (sem grifos no original).

Extrai-se daí que é dever e cada órgão fazer as comunicações necessárias para que a AGEPREV, analisando a certidão de tempo de contribuição elaborada unilateralmente pela Assembleia, homologue ou não os cálculos ali apresentados, tudo em consonância com os dados contidos e registrados no cadastro do Órgão. Assim, **a remessa da certidão para a AGEPREV é imposição legal**, com observância e cumprimento obrigatórios, e não mera liberalidade.

Verifico que tal imposição não foi cumprida, considerando que não consta nos autos a referida remessa do ato de concessão do benefício à AGEPREV, nem tampouco qualquer documento ou parecer da AGEPREV confirmando a regularidade do ato e das informações constantes na certidão de tempo de contribuição que ensejou a aposentadoria em questão (em total desacordo com o que estabelece a legislação pertinente).

Observo ainda, que essa não é a única irregularidade que impossibilita o registro do ato concessório.

Isso porque, conforme requerido pelo Ministério Público de Contas, a

autoridade competente foi intimada para apresentar a homologação da certidão que fundamentou a concessão da aposentadoria, conforme determina o art. 2º da Portaria n. 154 do MPS, de 16/05/2008[2]. Inobstante intimação, a autoridade não cumpriu a determinação limitando-se a trazer argumentos de direito, sem qualquer documento complementar.

Inclusive, referida portaria reitera a necessidade de homologação da certidão em seu artigo 6º, inciso XI, que estabelece como um dos requisitos mínimos a obrigatoriedade de "*homologação da unidade gestora do RPPS, no caso da certidão ser emitida por outro órgão da administração do ente federativo*".

Vale destacar que não se discute se a autoridade que emitiu a certidão e concedeu a aposentadoria poderia fazê-lo ou não, ou ainda se é dotado de fé pública. O que foi constatado (oportunizando-se, inclusive, a manifestação do interessado, em observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório) foi uma **impropriedade na instrução processual e a inobservância de norma procedimental** que rege o ato de concessão da aposentadoria que se pretende registrar.

Quanto à manifestação de f. 61-74, os argumentos trazidos não merecem prevalecer.

Primeiro há que se esclarecer que não se confunde o servidor detentor da estabilidade excepcional prevista no art. 19 da ADCT com o servidor efetivo (aquele que ingressou no serviço público por intermédio de concurso público, obrigatoriedade estabelecida no art. 37, II da CF/88[3]). Daí se extrai que a efetividade pressupõe a aprovação em concurso público.

---

[2] *Art. 2º O tempo de contribuição para Regime Próprio de Previdência Social - RPPS deverá ser provado com CTC fornecida pela unidade gestora do RPPS ou, excepcionalmente, pelo órgão de origem do servidor, desde que devidamente homologada pela respectiva unidade gestora do RPPS.*

[3] Em apreciação de ADI acerca de dispositivo da Constituição do Estado do Paraná, o STF diferencia os conceitos de servidor estável sem efetividade, de servidor estável que se torna efetivo por meio de concurso público e do servidor efetivo, concursado, que adquire estabilidade conforme previsão do art. 41 da CF/1988, in verbis: "*A norma do art. 19 do ADCT da Constituição brasileira possibilita o surgimento das seguintes situações: a) o servidor é estável por força do art. 19 do ADCT e não ocupa cargo de provimento efetivo; b) o servidor que se tornou estável nos termos do art. 19 do ADCT ocupa cargo de provimento efetivo após ter sido aprovado em concurso público para o provimento deste cargo; c) o servidor ocupa cargo de provimento efetivo em razão de aprovação em concurso público e é estável nos termos do art. 41 da CR. O STF já se manifestou sobre essas hipóteses e, quanto às listadas nos itens a e b, firmou o entendimento de que, independentemente da estabilidade, a efetividade no cargo será obtida pela imprescindível observância do art. 37, II, da CR*." (ADI 114 – PR, voto da rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 26-11-2009, Plenário, DJE de 3-10-2011). (grifou-se)

A Constituição Federal é clara ao estabelecer que o direito ao regime próprio da previdência social é dos servidores titulares de cargos efetivos (art. 40, CF/88).

Assim, ainda que o servidor seja detentor da estabilidade excepcionalmente garantida pelo art. 19 da ADCT, essa estabilidade não é suficiente para garantir a filiação ao regime próprio de previdência, direito garantido exclusivamente aos servidores aprovados por concurso público.

Essa interpretação literal da Constituição Federal foi acompanhada e reiterada pela Lei Federal 9.717/1998, que dispõe sobre as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos. Referida lei estabelece em seu art. 1º que o critério para o Regime Próprio de Previdência seria de cobertura exclusiva a servidores públicos titular de cargos efetivos.

O STJ já se posicionou sobre o assunto, afirmando que "(...) a *estabilidade conferida pelo art. 19 do ADCT não permitiu o alcance, também, da efetividade, que se dá única e exclusivamente através da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme exigido pelo art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988*"[4]

Ou seja, não é possível estender direitos estatutários, restritos a servidores efetivos, aos servidores estáveis pelo art. 19 do ADCT, sendo que os colendos tribunais superiores definem que ao RPPS cabe vinculação exclusiva de servidores efetivos, portanto, aqueles que ingressaram no serviço público necessariamente por aprovação em concurso público.

O julgamento da ADI 4876/DF, derivado do debate estabelecido entre os Ministros Luís Roberto Barroso, Marco Aurélio e Ministra Cármen Lúcia concluiu que o regime jurídico a ser adotado pelos servidores abarcados pelo art. 19 do ADCT é o regime geral e não o RPPS, *in verbis*:

> (...)
> *O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministra Cármen, tenho um grande desconforto de chancelar essa aposentadoria em desconformidade com a Constituição, salvo pelo*

[4] STJ - EDcl no RMS 14.806/RO, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24/08/2004, DJ 27/09/2004, p. 372.

> *argumento utilizado pelo Ministro Lewandowski de que essas pessoas efetivamente prestaram serviço, num regime inconstitucional, mas, até a declaração final pelo Supremo, culpa disso eles não tinham. Então, isso me impressiona.*
> *O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É uma presunção de legitimidade.*
> *O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Prestaram serviços e contribuíram.*
> *A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas o que eu digo, Ministro, é que eles seriam aposentados.* ***Eles não deixariam de ser aposentados. Apenas o regime da aposentadoria seria o regime geral.***
> *O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Voltaria para o artigo 19.* ***Iria para o regime geral, que é o que se aplica aos estabilizados do artigo 19 do ADCT.*** *(Parte do debate transcrito do inteiro teor do Acórdão da ADI 4876/DF).* (grifou-se).

Quanto às normas administrativas estabelecidas pelo órgão previdenciário, que estabelecem genericamente que "*são filiados ao RPPS, desde que expressamente regidos pelo estatuto dos servidores do ente federativo, o servidor estável, abrangido pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e o admitido até 5 de outubro de 1988, que não tenha cumprido, naquela data, o tempo previsto*"[5], entendo que se destinam a ampliar a interpretação da norma constitucional do art. 40, o que conforme visto no entendimento jurisprudencial acima colacionado, não é possível, dada a literalidade do texto constitucional.

Por todo o exposto, e notadamente pela ausência de: imediata remessa do ato concessório para manifestação pela AGEPREV (conforme determina o art. 1º, §2º da Lei Estadual 3.545/2008); homologação da certidão de tempo de contribuição pela unidade gestora do Regime Próprio de Previdência (art. 2º, da Portaria 154/2008); impossibilidade de conferir ao servidor a garantia aos direitos exclusivos de servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, dentre eles o direito constitucional de filiação ao regime próprio de previdência social (nos termos do entendimento dos tribunais superiores), o que não lhe retira o eventual direito à aposentadoria junto ao Regime Geral de Previdência Social/RGPS, **DECIDO,** com fundamento nos artigos 21, inciso III e 34, inciso II da Lei Complementar 160/2012 e artigos 10, inciso I e 174, inciso II, alínea b da Resolução Normativa n. 76/2013:

1. Pelo **não registro** do ato de concessão da aposentadoria por idade e tempo de contribuição, que concedeu a aposentadoria integral ao servidor

[5] Art. 12 da Orientação Normativa nº 2, de 31 de março de 2009, Ministério da Previdência Social – MPS.

Fátimo Alves Gonçalves, considerando a inobservância da legislação pertinente, especialmente por não reunir, o servidor, as condições necessárias para enquadramento no regime próprio de previdência social prescrito no art. 40 da CF/88, bem como a inobservância à norma procedimental, considerando a ausência de remessa do ato para aprovação pela AGEPREV, pela ausência de homologação pela unidade gestora, nos termos da lei n. 3.545/2008;

2. Pela **suspensão** do pagamento do benefício à servidora acima a partir da ciência deste julgado, fazendo a comprovação nestes autos no **prazo de 30 (trinta) dias**, sob pena de responsabilidade solidária em caso de descumprimento;

3. Pela **aplicação de multa**, no valor correspondente a 30 (trinta) UFERMS ao presidente da Assembleia Legislativa do Mato Grosso do Sul, o Deputado Oswaldo Mochi Junior, inscrito no CPF 257.419.341-53, em razão da remessa intempestiva dos documentos, em inobservância ao contido na Instrução Normativa do TCE/MS n. 40/2013, com fundamento no art. 170, §1º, I, *a* do Regimento Interno do TCE/MS;

4. Pela **intimação** dos interessados, Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul e Agencia de Previdência de Mato Grosso do Sul, acerca do resultado deste julgamento, em conformidade com o art. 50, II da Lei Complementar 160/2012 c/c o art. 99 da Resolução Normativa TC/MS 76/2013.

É a decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 26 de fevereiro de 2018.

(Assinado digitalmente)
Ronaldo Chadid
Conselheiro Relator

SS