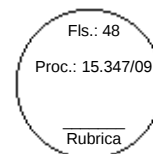




TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



PROCESSO Nº 15.347/09

ÓRGÃO DE ORIGEM: Tribunal de Contas do Distrito Federal.

ASSUNTO: **Representação.**

EMENTA: Representação oferecida pela nobre Conselheira Marli Vinhadeli acerca do alcance da expressão “efetivo exercício no serviço público”, constante do art. 40 da Constituição Federal, do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/03 e do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/05. **Sugestão de manter o entendimento consagrado no Processo nº 14.842/08 e autorizar o arquivamento do feito.**

Senhor Diretor:

Versa o presente processo sobre representação oferecida pela nobre Conselheira Marli Vinhadeli acerca do alcance da expressão “efetivo exercício no serviço público”, constante do art. 40 da Constituição Federal, do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/03 e do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/05.

2. A digna Conselheira inicialmente colaciona a Decisão nº 7.211/08, adotada no Processo nº 14.842/08:

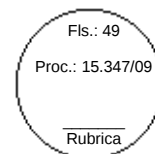
O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I - tomar conhecimento da consulta; II - responder ao Secretário de Estado de Planejamento e Gestão que o tempo de “efetivo exercício no serviço público”, expressão constante do art. 40 da Constituição Federal, do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/2003 e do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005: a) se anterior a 16 de dezembro de 1998, abrange o(s) período(s) de exercício de cargo, função ou emprego na Administração direta, autárquica ou fundacional de qualquer dos entes da Federação; b) se posterior a 16 de dezembro de 1998, abrange apenas o(s) período(s) de exercício de cargo efetivo na Administração direta, autárquica ou fundacional de qualquer dos entes da Federação; III - autorizar o arquivamento dos autos.

3. Pondera, no entanto, que a matéria exige um aprofundamento maior pelo Tribunal.

4. Informa que os arts. 1º e 2º, inciso VIII, da Orientação Normativa nº



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



2/09, da Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, dispõem:

Art. 1º Os Regimes Próprios de Previdência Social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos, dos Magistrados, Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas, membros do Ministério Público e de quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações observarão o disposto nesta Orientação Normativa.

Art. 2º Para os efeitos desta Orientação Normativa, considera-se:

VIII - tempo de efetivo exercício no serviço público: o tempo de exercício de cargo, função ou emprego público, ainda que descontínuo, na Administração direta, indireta, autárquica, ou fundacional de qualquer dos entes federativos;

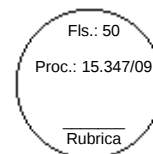
5. Manifesta-se, nesse contexto, pelo reexame da questão.
6. Adicionalmente, faz questionamentos a serem respondidos na nova apreciação da matéria.
7. Reputa contraditório o entendimento firmado pelo TCU a respeito da matéria, o qual, “de um lado, considera que o conceito de efetivo serviço público trazido pelo art. 40, III, da Constituição de 1988 deve abranger também as empresas públicas e sociedades de economia mista, mas, de outro, exclui o referido tempo das aposentadorias concedidas com base nos arts. 6º da Emenda Constitucional nº 41/2003 e 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005”.
8. Faz, por seu turno, os seguintes questionamentos no que se refere à Decisão nº 7.211/08, adotada no Processo nº 14.842/08:

a) sabedores de que os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional são, desde a Constituição Federal de 1988, regidos pelo regime estatutário, portanto ocupam cargos públicos desde a promulgação da citada Carta Magna, qual então seria o motivo da inclusão do termo “emprego público” constante da alínea “a” da referida decisão, designação esta própria dos empregados regidos pela CLT, caso das empresas públicas e sociedades de economia mista?;

b) a razão de ser para se conceituar a expressão “tempo de efetivo exercício no serviço público” decorre das restrições impostas pela Emenda Constitucional nº 41/2003, que condiciona a concessão de aposentadoria ao implemento de determinado tempo no serviço público, questão que, sob esta ótica, s.m.j., ainda não foi devidamente respondida pelo TCDF, pois os entendimentos



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



constantes das alíneas do item II da Decisão nº 7.211/2008 não se prestam a tanto, haja vista que:

- 1) a alínea “a”, com exclusão da aplicação do termo “emprego público”, apenas confirma a contagem do tempo prestado em cargos ou funções públicas, fato normal e corriqueiro em se tratando de aposentadoria de servidor público; e*
- 2) a alínea “b”, por sua vez, destina-se apenas a excluir da alínea anterior os servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, servidores estes transferidos para o regime geral de previdência social (INSS), conforme dispõe o § 13 do art. 40 da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 20/98.*

9. Por fim, dá notícia da existência do Parecer nº 527/09-IMF (Processo nº 31.038/08), “concluindo pela revisão da orientação exarada pelo Tribunal sobre o tema (Decisão nº 7.211/2008)”.

10. Feito esse breve histórico, cumpre analisar o mérito da representação.

I – DOS ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

11. Quanto ao art. 1º da Orientação Normativa nº 2/09, da Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social (reportamo-nos ao parágrafo 4 desta instrução), ressalte-se que o Tribunal decidiu, no Processo nº 26.930/06:

2 - QUANTO À APLICAÇÃO NO DISTRITO FEDERAL DA LEGISLAÇÃO QUE REGULAMENTA AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS NºS 41/03 E 47/05: (...) c) as Orientações Normativas MPS/SPS nº 03/04 e 04/04, revogadas e substituídas pela Orientação Normativa MPS/SPS nº 01/07, não são de aplicação compulsória pelo Distrito Federal, por se tratarem de normas de hierarquia inferior, cujos efeitos circunscrevem-se à área federal, e somente naquilo que não extrapolam os limites da lei;¹

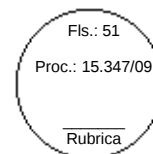
12. Idêntico tratamento, segundo pensamos, deve ser dispensado à Orientação Normativa nº 2/09-MPS/SPS, que sucedeu às Orientações Normativas nºs 3/04, 4/04 e 1/07-MPS/SPS.

13. Prosseguindo na análise, esclareça-se que o entendimento firmado pelo TCU a respeito da matéria (reportamo-nos ao parágrafo 7 desta instrução) pode ser assim resumido: o serviço público a que se referem o inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, o inciso III do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/03 e o inciso II do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/05 (na expressão “efetivo

¹ Decisão nº 5.859/08, item 2.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



exercício no serviço público”) também inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista, ao passo que o serviço público a que se referem o *caput* do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/03 e o *caput* do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/05 (na expressão “ingresso no serviço público”) não inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

14. A Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social alinhou-se a esse entendimento, como se verifica nos arts. 2º, inciso VIII, 68, 69, *caput* e incisos I, II, III, IV e V, e 70 da Orientação Normativa nº 2/09-MPS/SPS (fls. 5/10):

Art. 2º Para os efeitos desta Orientação Normativa, considera-se:

.....
VIII - tempo de efetivo exercício no serviço público: o tempo de exercício de cargo, função ou emprego público, ainda que descontínuo, na Administração direta, indireta, autárquica, ou fundacional de qualquer dos entes federativos;

Art. 68. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas no art. 58, 60, ou no art. 67, o servidor que tiver ingressado no serviço público da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, até 31 de dezembro de 2003, poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, conforme definição do inciso IX do art. 2º, quando, observadas as reduções de idade e de tempo de contribuição contidas no art. 60, relativas ao professor, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

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

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

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público conforme definição do inciso VIII do art. 2º;

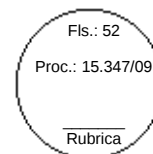
IV - dez anos de carreira, conforme inciso VII do art. 2º; e

V - cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Art. 69. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas nos arts. 58, 60, 67 e 68 o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público, da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, até 16 de dezembro de 1998, poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



- 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, conforme definição do inciso VIII do art. 2º;*
- III - quinze anos de carreira, conforme inciso VII do art. 2º;*
- IV - cinco anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria; e*
- V - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites fixados no art. 58, de 60 anos, se homem, ou 55, se mulher, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder o tempo de contribuição previsto no inciso I.*

.....
 Art. 70. Na fixação da data de ingresso no serviço público, para fins de verificação do direito de opção pelas regras de que tratam os arts. 68 e 69, quando o servidor tiver ocupado, sem interrupção, sucessivos cargos na Administração Pública direta, indireta, autárquica e fundacional, em qualquer dos entes federativos, será considerada a data da investidura mais remota dentre as ininterruptas. (grifo nosso)

15. Retomaremos oportunamente a linha de pensamento desenvolvida pelo TCU.

II – DA INSTRUÇÃO CONSTANTE DO PROCESSO Nº 14.842/08

16. Pedimos licença, neste momento, para resgatar argumentos de que lançamos mão no Processo nº 14.842/08 (aceitos pelo Tribunal), que podem servir de ponto de partida para a rediscussão da matéria.

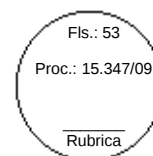
17. A nosso ver, a expressão “efetivo exercício no serviço público” deve ser interpretada de modo a alcançar apenas o serviço prestado como servidor a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, ou seja, sujeito ao regime de previdência social próprio dos servidores públicos (RPPS), excluindo-se, *ipso facto*, o serviço prestado como servidor de que trata o art. 201 da Constituição Federal, vale dizer, submetido ao regime geral de previdência social (RGPS).

18. Trata-se de interpretação teleológica. No caso vertente, a intenção do legislador constituinte derivado foi, à evidência, contemplar tão-somente os servidores que contribuíram para o regime a que se sujeitam (*in casu*, o RPPS) por determinado tempo. Oportuno lembrar que o RPPS diverge radicalmente do RGPS na medida em que, naquele regime, a base de cálculo da contribuição previdenciária não se sujeita a um teto, o que tende a elevar, às vezes significativamente, o valor final dessa contribuição.

19. Indaga-se: quem se sujeita ao RPPS? Afastados os ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, os empregados públicos e os servidores



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



temporários, todos vinculados ao RGPS, restam os ocupantes de cargo efetivo. Por outro lado, sob a égide da Constituição Federal de 1988, também se sujeitavam ao RPPS: até o advento da EC nº 20/98, os ocupantes exclusivamente de cargo em comissão nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios; e, até o advento da Lei nº 8.647/93, os ocupantes exclusivamente de cargo em comissão na União¹.

20. A Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, por meio da Orientação Normativa nº 1/07, assim se manifesta:

Art. 2º Para os efeitos desta Orientação Normativa, considera-se:

.....
VIII - tempo de efetivo exercício no serviço público: o tempo de exercício de cargo, função ou emprego público, ainda que descontínuo, na Administração direta, autárquica, ou fundacional de qualquer dos entes federativos;

21. A parte relativa ao exercício de cargo, função ou emprego na administração direta, autárquica ou fundacional merece reflexões.

22. O exercício de cargo na administração direta, autárquica ou fundacional se coaduna largamente com o sentido da expressão em exame segundo a tese ora defendida. Excluímos apenas o exercício de cargo em comissão por servidor sem vínculo efetivo com a administração pública após o advento da Lei nº 8.647/93, se na União, ou da EC nº 20/98, se em Estado, no Distrito Federal ou em Município.

23. O exercício de função na administração direta, autárquica ou fundacional também foi excluído. Maria Sylvia Zanella di Pietro considera função, além da função de confiança, também a “exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX,”² da Constituição Federal. A divergência neste caso existe, exceto no que tange às funções de confiança exercidas em período posterior à EC nº 19/98, que restringiu o exercício dessas funções aos ocupantes de cargo efetivo³.

24. Por derradeiro, a exclusão do exercício de emprego na administração direta, autárquica ou fundacional, na prática, não acarreta divergência significativa, porquanto a adoção do regime de emprego na administração direta, autárquica ou fundacional constitui situação absolutamente excepcional. Acrescente-se que, na ADIn nº 2.135-4, foi concedida parcialmente cautelar para suspender a eficácia do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 41/03, “em razão do que continuará em vigor a redação original da Constituição”, o que significa

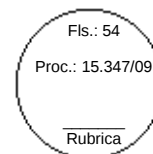
1 Ver a discussão travada nos Processos nºs 40.521/05 e 3.008/97.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

3 Ver o art. 37, inciso V, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 19/98.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



“a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida” e a consequente impossibilidade de “implementação do contrato de emprego público” na administração direta, autárquica ou fundacional¹.

25. A análise dos parágrafos 22 a 24 foi levada a efeito à luz da Constituição Federal de 1988.

26. Nada obstante, frise-se que, em 30 de maio de 2007, o nobre Ministro do STF Eros Grau deferiu liminar no Mandado de Segurança nº 26.607 para determinar a contagem, como tempo de carreira, do período em que o impetrante ocupou cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a administração pública, até 16 de dezembro de 1998. A decisão em tela confirma expressamente o entendimento veiculado no art. 2º, inciso VII e parágrafo único, da Orientação Normativa nº 1/07-MPS/SPS:

Art. 2º Para os efeitos desta Orientação Normativa, considera-se:

.....
VII - carreira: a sucessão de cargos efetivos, estruturados em níveis e graus segundo sua natureza, complexidade e grau de responsabilidade, de acordo com o plano definido por lei de cada ente federativo;

.....
Parágrafo único. Para os efeitos do disposto no inciso VII, será também considerado como tempo de carreira o tempo cumprido em emprego, função ou cargo de natureza não efetiva até 16 de dezembro de 1998.

27. Embora se refira ao tempo de carreira, a decisão adotada no MS nº 26.607 pode ser estendida ao tempo de efetivo exercício no serviço público, tomando-se como divisor de águas, aqui como ali, a data de publicação da EC nº 20/98, queremos crer². O procedimento cogitado prestigia não só a decisão do digno Ministro do Pretório Excelso Eros Grau, como também a Orientação Normativa nº 1/07-MPS/SPS, esta com ajuste.

III – DOS ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

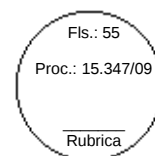
28. Vencida essa etapa, tendo em conta, ainda, a existência de emprego na administração direta, autárquica e fundacional antes da Constituição Federal de 1988 e depois da EC nº 19/98, passemos aos questionamentos feitos pela ilustre Conselheira, transcritos no parágrafo 8 desta instrução. As questões remanescentes postas na representação, a nosso juízo, podem ser enfrentadas desdobrando a

¹ A decisão em referência operou efeitos *ex nunc*, “subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa”.

² A idéia supra se justifica por argumento *a fortiori*.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



Decisão nº 7.211/08, adotada no Processo nº 14.842/08, na forma a seguir descrita:
a) em se tratando de tempo anterior a 16 de dezembro de 1998, “efetivo exercício no serviço público” compreende o exercício de:

- 1) cargo efetivo;
- 2) cargo em comissão por servidor sem vínculo efetivo com a administração pública;
- 3) função de confiança por servidor sem vínculo efetivo com a administração pública¹;
- 4) função por servidor contratado temporariamente com base no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal;
- 5) emprego na administração direta, autárquica ou fundacional por servidor posteriormente submetido ao regime previsto no art. 39, *caput*, da Constituição Federal, na redação original (RJU); e
- 6) emprego na administração direta, autárquica ou fundacional por servidor regido pela CLT por força da redação dada pela EC nº 19/98 ao art. 39, *caput*, da Constituição Federal;

b) em se tratando de tempo posterior a 16 de dezembro de 1998, “efetivo exercício no serviço público” compreende apenas o exercício de cargo efetivo.

29. Com isso, esperamos ter contribuído para definir os contornos da questionada decisão, atendendo a justa preocupação demonstrada na representação.

IV – DO PARECER Nº 527/09-IMF (PROCESSO Nº 31.038/08)

30. O próximo passo é debruçar-se sobre o bem lançado Parecer nº 527/09-IMF, exarado no Processo nº 31.038/08 (fls. 12/30) (reportamo-nos ao parágrafo 9 desta instrução).

31. O insigne Procurador Inácio Magalhães Filho começa por afirmar este silogismo:

- todo instituto jurídico comporta, em última análise, uma única essência (premissa maior);
- serviço público é um instituto jurídico (premissa menor);
- serviço público comporta, em última análise, uma única essência (conclusão).

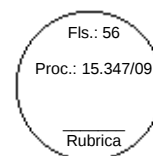
32. Em seguida, traz conceitos de serviço público formulados por festejados doutrinadores, para “retirar desses conceitos uma matriz comum, de onde se possa extrair a essência, o núcleo-base do que vem a ser “serviço público””.

33. Assevera que o serviço público tem como pilares o Estado e a coletividade, traduzindo-se, na essência, como a atividade estatal desenvolvida com

1 Situação possível até o advento da EC nº 19/98.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



vistas a atender aos anseios da coletividade. Conclui:

A partir da essência extraída do instituto jurídico “serviço público”, a resposta não merece ser outra senão que, de fato, a administração indireta faz parte do conceito de serviço público. Afinal, na atividade de tais órgãos é notável a presença do Estado, que, em última análise, é o gestor principal ou único. Por outro lado, cumpre notar que, mesmo naquelas entidades que se submetem ao regime de direito privado, o interesse da coletividade sempre é visado.

34. Posiciona-se a favor do entendimento do TCU. Explica:

Ao longo deste parecer defendeu-se amplamente o conceito essencial único do instituto “serviço público”. Todavia, conforme salientado alhures, nada impede que o constituinte exija, em determinados casos, a integração com outros institutos jurídicos.

35. Divide a análise em dois tópicos, propondo-se a examinar primeiro “o tempo de serviço público exigido pelo inciso III do artigo 6º da EC 41/03 e pelo inciso II do artigo 3º da EC 47/05; depois, a exigência de serviço público contida nos *capita* desses dois comandos normativos”; por fim, a regra geral estabelecida no artigo 40, § 1º, inciso III, da Constituição Federal.

36. Observa, de início, que o “requisito tempo de serviço público, como fator a ser observado para concessão de aposentadoria, foi introduzido no mundo jurídico pela EC 20/98. Os artigos 6º da EC 41/03 e 3º da EC 47/05 apenas reforçaram tal exigência, adaptando-o às novas regras de transição”.

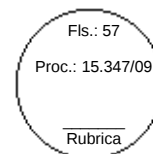
37. Defende que o legislador “constituinte derivado, desde a edição da EC 20/98, em **nenhum momento condicionou este tempo de serviço público a qualquer outro instituto jurídico, a qualquer outra condição**”, inferindo que, “se o requerido por essas normas constitucionais é apenas ter o servidor tempo de serviço público, o intérprete deve adotar como exegese o conceito essencial do que vem a ser o instituto jurídico do serviço público”, “em cujo âmago encontra-se também o tempo de serviço prestado à administração indireta”. E arremata:

*De consequência, na visão do **Parquet**, acertou o TCU ao prescrever que, no art. 40, inciso III, da CF (cujo conteúdo semântico é similar aos incisos do artigo 6º da EC 41/03 e do artigo 3º da EC47/05), o conceito de “serviço público” deve ser entendido de forma ampla, para abranger também as empresas públicas e sociedades de economia mista.*

38. Quanto ao *caput* do art. 6º da EC nº 41/03 e ao *caput* do art. 3º da EC nº 47/05, sustenta que o legislador “constituinte, nesse caso, exige o tempo de



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



serviço público **condicionado** e não mais aquele puro, essencial”.

39. Volta ao art. 6º, *caput*, da EC nº 41/03, segundo o qual “o constituinte determina que, “ressalvado o **direito de opção** à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda”, o servidor poderá aposentar-se pela regra de transição prevista no art. 6º da EC 41/03”. Sublinha, a propósito, que “quem tem direito à opção é somente o servidor público filiado ao Regime Próprio de Previdência Social, implica dizer, aquele que presta serviço público à administração direta, autárquica ou fundacional”. À guisa de conclusão, registra:

*Tem-se, então, que o conceito de serviço público une-se à exigência de serviço prestado à administração direta. Nada de contraditório. Aqui não se exige apenas a prestação de tempo de serviço público, mas também aquele **específico** oriundo da administração direta. Repita-se, porque **somente podem fazer opção pelas regras do artigo 40 da CF quem estava filiado ao RPPS, quem ocupava cargo público na administração direta.***

.....
*Em tempo: o raciocínio desenvolvido calha também para o **caput** do artigo 3º da EC 47/05, eis que **ubi eadem est ratio, ibi ide jus.***

40. Defende, nesse contexto, a revisão da Decisão nº 7.211/08, adotada no Processo nº 14.842/08.

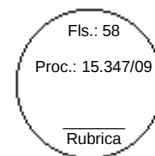
41. No que se refere ao cômputo do tempo de serviço prestado a empresas estatais para fins de ATS, ressalta que “o tempo de serviço público é estéril, ou seja, em si não produz qualquer efeito para definição de vantagens remuneratórias ao servidor público”. Entende que aos servidores do GDF falta “norma própria para utilizar tal tempo para fins de percepção de ATS”.

42. Ante o exposto, opina no sentido de que a Corte “reveja as orientações exaradas na Decisão-TCDF nº 7211/08, proferida no Processo nº 14842/08, que cuidou de Consulta formulada pelo Secretário de Estado de Planejamento e Gestão acerca do alcance da expressão “efetivo exercício no serviço público”, constante do art. 40 da Constituição Federal, do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/2003 e do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005, bem como da natureza do serviço prestado a empresas públicas e a sociedades de economia mista, tendo em vista os novos argumentos apresentados neste parecer, os quais são corroborados por entendimento mantido pelo Tribunal de Contas da União e pelo Ministério da Previdência Social”.

V – DA ANÁLISE DOS TERMOS DO PARECER Nº 527/09-IMF (PROCESSO Nº 31.038/08)



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



43. Em primeiro lugar, devemos dizer que compartilhamos do entendimento de que serviço público é instituto jurídico e, como tal, nas palavras do douto representante do Ministério Público Inácio Magalhães Filho, comporta uma única essência.

44. Também concordamos com a afirmação de que a essência do instituto repousa no binômio titularidade estatal e finalidade coletiva.

45. Ao afirmar que serviço público admite ao menos três sentidos (o orgânico, o material e o formal), Diógenes Gasparini nada mais faz que observar de diferentes ângulos o mesmo fenômeno jurídico¹.

46. Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, serviço público é expressão que pode ser empregada tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito. De igual modo, servidor público pode ter sentido amplo ou estrito, compreendendo, *lato sensu*, os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargo público (que se dividem em servidores ocupantes de cargo efetivo e servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão); os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público; e os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

47. Isso também não desautoriza a idéia de um serviço público uno e indivisível. Deveras, o que a notável administrativista faz é um corte no instituto, a revelar um núcleo, que coincide com o serviço público em sentido estrito, e uma camada externa, composta das empresas estatais.

48. A técnica empregada pela doutrinadora pode ser utilizada de modo diverso.

49. A exegese de serviço público como o serviço prestado como servidor a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, ou seja, sujeito ao RPPS, excluindo-se, *ipso facto*, o serviço prestado como servidor de que trata o art. 201 da Constituição Federal, vale dizer, submetido ao RGPS², é também um corte, só que ligeiramente mais profundo. Não infirma a noção de um serviço público dotado de uma única essência.

50. A vantagem de tomar o serviço público em sentido, por assim dizer, estritíssimo é que isso resulta de interpretação teleológica³.

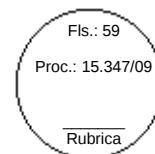
1 Ver o parágrafo 15 do Parecer nº 527/09-IMF (Processo nº 31.038/08) (fls. 17/18).

2 Ver o parágrafo 17 desta instrução.

3 Ver o parágrafo 18 desta instrução.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



51. A propósito, cabe trazer à colação este trecho do abalizado Parecer nº 1.181/08 (Processo nº 14.842/08), da lavra do culto Procurador Demóstenes Tres Albuquerque:

39. Diante desse quadro, à evidência, dessome-se que a expressão “efetivo exercício no serviço público” deve ser interpretada em seus estritos termos, não havendo margem para se elastecer o alcance da norma, máxime em face de seu caráter teleológico.

52. Muito eloquente é o magistério de Sergio Pinto Martins:

O procedimento [do art. 6º da EC nº 41/03] é correto, pois em muitos casos o servidor só entrou no sistema público depois de muitos anos no Regime Geral de Previdência Social, contribuindo, no máximo, sobre o valor do teto.¹

53. Poder-se-ia chegar ao mesmo lugar por outro caminho, a saber, via interpretação sistemática. Nenhuma norma pode ser interpretada isoladamente, uma norma só faz sentido num contexto. O art. 40 da Constituição Federal estabelece o regime de previdência social próprio dos servidores públicos (RPPS). Servidores públicos no caput do art. 40 são os “titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações”. Qual deve ser então a inteligência de serviço público no inciso III do § 1º do art. 40? Para harmonizar servidores públicos e serviço público, este deve ser lido como o serviço prestado como servidor a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, ou seja, sujeito ao RPPS.

54. Nesse sentido o Parecer nº 1.181/08-DA (Processo nº 14.842/08):

*50. Diante da posição topográfica do artigo 40 da Carta Política (seção II), bem como considerando a expressa dicção do **caput** do artigo em referência, ao se reportar apenas aos servidores pertencentes aos quadros da administração direta, autárquica e fundacional (pessoas jurídicas de direito público), tem-se que, no caso vertente, deve-se dar uma interpretação mais restritiva ao teor da expressão “efetivo exercício no serviço público”, afastando aqueles que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado, aí incluídas as estatais.*

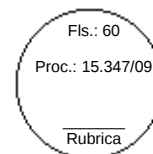
55. A Decisão nº 7.211/08, proferida no Processo nº 14.842/08, busca conciliar o resultado das duas interpretações (a teleológica e a sistemática) com a decisão prolatada no MS nº 26.607², bem assim com o fato de que o “requisito

1 MARTINS, Sergio Pinto. **Reforma previdenciária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

2 Ver o parágrafo 27 desta instrução.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



tempo de serviço público, como fator a ser observado para concessão de aposentadoria, foi introduzido no mundo jurídico pela EC 20/98”¹.

56. O entendimento do TCU, endossado na Orientação Normativa nº 2/09-MPS/SPS e no Parecer nº 527/09-IMF (Processo nº 31.038/08), ainda tem a desvantagem de ensejar situações como a que se segue. Suponhamos que um servidor tenha trabalhado de 1994 a 2004 em empresa estatal, sendo admitido, ainda em 2004, em órgão público.

57. A prevalecer o entendimento do TCU, endossado na Orientação Normativa nº 2/09-MPS/SPS e no Parecer nº 527/09-IMF (Processo nº 31.038/08), esse servidor tem hoje, em 2009, quinze anos de serviço público (relativos ao período de 1994 a 2009). Mas, ainda de acordo com o entendimento em tela, ele ingressou no serviço público cinco anos atrás (em 2004). Como pode ele já ter hoje quinze anos de serviço público se ele só ingressou no serviço público há cinco anos? Isso nos parece um paradoxo insuperável.

58. A ressalva contida no art. 6º da EC nº 41/03, utilizada como fundamento para as conclusões alcançadas no Parecer nº 527/09-IMF (Processo nº 31.038/08)², se nos afigura desnecessária.

59. Se não, vejamos. Eis o teor do preceito:

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

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

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

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

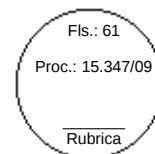
IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria. (grifamos)

¹ Ver o parágrafo 36 desta instrução.

² Ver o parágrafo 39 desta instrução.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



60. Se for suprimido “ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda”, nenhum prejuízo haverá para o sentido do texto, na medida em que a regra de transição em comento estabelece uma faculdade, que não exclui, nem poderia fazê-lo, o direito à aposentadoria por outras regras, sejam elas permanentes ou transitórias.

61. Ademais, nela o ingresso no serviço público não passa de mais um requisito, a par da idade, do tempo de contribuição, do tempo no serviço público, do tempo na carreira e do tempo no cargo.

62. Na esteira do pensamento ora desenvolvido, o art. 6º pode ser assim reescrito:

Art. 6º O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

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

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

III – vinte anos de efetivo exercício no serviço público;

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

V – ingresso no serviço público até a data de publicação desta Emenda.

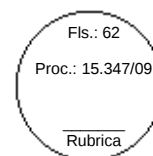
63. Por conseguinte, o tempo no serviço público deve ser avaliado da mesma maneira que o ingresso no serviço público, queremos crer.

64. Socorremo-nos uma vez mais do Parecer nº 1.181/08-DA (Processo nº 14.842/08):

*56. Veja-se que a acepção da expressão “serviço público” não pode ter duplo sentido máxime quando presente em um mesmo artigo. Nesse passo, não restam dúvidas que a dicção dada àquele vocábulo, para fins de percepção das benesses contidas no sobredito dispositivo legal, refere-se, no **caput**, ao ingresso nos quadros dos entes de direito público, quais sejam, Administração direta, autárquica ou fundacional, antes do advento da EC 20/98, sendo desarrazoado entender que o mesmo vocábulo, contido no inciso III, teria sentido diverso.*



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



65. As considerações expendidas conduzem inexoravelmente à manutenção do entendimento consagrado no Processo nº 14.842/08.

66. Nada obstante, tendo em vista a força dos argumentos desenvolvidos no Parecer nº 527/09-IMF (Processo nº 31.038/08), pedimos vênica para apontar um outro caminho, um pouco diferente dos até aqui trilhados.

VI – DA TESE ALTERNATIVA

67. Para desenvolver a tese alternativa acima, partimos da premissa (provada alhures) de que tempo no serviço público e ingresso no serviço público merecem o mesmo tratamento.

68. A alternativa então é emprestar a serviço público uma dimensão compatível com aquela que lhe confere a doutrina. Toma-se, assim, o serviço público em sentido amplo, que não exclui as empresas estatais.

69. Nessa linha de raciocínio, o serviço público a que se referem o inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, o *caput* do art. 6º da EC nº 41/03, o inciso III do art. 6º da EC nº 41/03, o *caput* do art. 3º da EC nº 47/05 e o inciso II do art. 3º da EC nº 47/05 (isto é, tanto em “efetivo exercício no serviço público” quanto em “ingresso no serviço público”) também inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista. No caso de servidor de empresa estatal, o direito de ter o respectivo tempo computado para fins de tempo no serviço público e ingresso no serviço público nasce com sua posse em cargo efetivo.

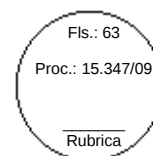
70. A solução aventada tem o mérito de adotar por inteiro o conceito de serviço público dado pela doutrina.

71. As implicações não tardam. Na instrução constante do Processo nº 14.842/08, traçamos um paralelo entre “efetivo exercício no serviço público”, constante do art. 40 da Constituição Federal, do art. 6º da EC nº 41/03 e do art. 3º da EC nº 47/05, e “serviço público efetivo”, constante do art. 67 da Lei nº 8.112/90, na redação original:

9. Com efeito, o TCU, no Processo nº 17.846/90, reinterpreto u o dispositivo em questão [art. 67 da Lei nº 8.112/90, na redação original] para reconhecer, no que concerne aos servidores públicos federais, o “direito ao aproveitamento do tempo de serviço prestado junto a entidades da administração pública federal indireta, autorizando a percepção de vantagens inerentes previstas ao longo da vigência da Lei nº 8.112/90, em favor daqueles que estiveram sob o regime estatutário em qualquer período entre 12/12/1990 e 10/12/1997”. O termo **ad quem** se justifica porque, na União, “antes



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



de extinguir o direito aos anuênios por tempo de serviço para as novas situações, a Lei nº 9.527/97 deu nova redação ao dispositivo original da Lei nº 8.112/90 (art. 67), passando a fazer referência expressa ao tempo de serviço público prestado à União, às autarquias e às fundações públicas federais, além de limitar o adicional a 35% do vencimento básico.”

10. *No Distrito Federal, o adicional por tempo de serviço continua a existir na forma do art. 67 da Lei nº 8.112/90, na redação original.*

11. *Voltando ao precedente do TCU, observamos que se trata de nova exegese de “serviço público efetivo”, expressão constante do art. 67 da Lei nº 8.112/90, na redação original, e equivalente, é inegável, à que ora examinamos (“efetivo exercício no serviço público”).*

12. *Ocorre que o entendimento consagrado no Tribunal, no sentido de que se conta para aposentadoria e ATS o tempo de serviço prestado à administração direta, autárquica e fundacional do Distrito Federal, mas não o prestado às demais entidades da administração indireta do Distrito Federal (empresas estatais) (item 3.2 do Capítulo 3 do Título II da Resolução nº 124/00, que instituiu o Manual de Aposentadoria e Pensão Civil), não sofreu alteração com o advento da decisão do TCU.*

72. Aceita a tese alternativa desenvolvida nos parágrafos 65 a 68 desta instrução, forçoso é reconhecer que o serviço público mencionado no art. 67 da Lei nº 8.112/90, na redação original, também abarca as empresas estatais.

73. A propósito, juntamos o Parecer nº 9/08, da Procuradoria de Pessoal da Procuradoria-Geral do Distrito Federal (fls. 31/47), cuja ementa está vazada nos seguintes termos:

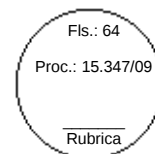
AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA DO DISTRITO FEDERAL

1 – Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a aplicação das teses fixadas pelo Supremo Tribunal em seus julgados induz à conclusão de que a locução “tempo de serviço público”, em princípio, abrange o período trabalhado pelo servidor em empresas públicas e sociedades de economia mista. Posição referendada pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal;

2 – O STF, no entanto, sempre admitiu que a lei restringisse este sentido em princípio aplicável à expressão “tempo de serviço público”, de modo a este abranger apenas o período em que o servidor esteve vinculado à Administração direta, autárquica e fundacional, corte este operado no âmbito do DF pela Lei n. 1.864/98;



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



3 – Aplicando-se a jurisprudência do TCU, bem como as premissas fixadas pelo STF, conclui-se que a redação original da Lei n. 8.112/90 induzia à interpretação no sentido de se admitir o cômputo, para todos os efeitos, do período em que o servidor trabalhara em empresas estatais controladas pelo Distrito Federal. Inteligência do art. 100 da Lei n. 8.112/90, antes de sua revogação pela Lei n. 1.864/98;

4 – Neste contexto, somente possuem o direito de computar, para todos os efeitos, o período trabalhado em empresas públicas e sociedades de economia mista distritais, aqueles servidores que se investiram em cargo público da estrutura do DF enquanto ainda vigente o art. 100 da Lei n. 8.112/90 em sua redação original, pois a incidência deste dispositivo integrou automaticamente em seus patrimônios os anuênios baseados nos períodos por eles trabalhados em empresas estatais do DF.

74. Dissentimos do Parecer nº 9/08-PGDF/PROPS apenas no que se refere ao marco final nele fixado. A Lei nº 1.864/98 revogou o art. 100 da Lei nº 8.112/90, mas não o art. 67, que sobreviveu, ileso, à investida do legislador distrital. Na esfera federal, diga-se de passagem, o art. 67 teve sua redação alterada¹ antes de ser revogado.

75. Assim, no Distrito Federal subsiste o art. 67 da Lei nº 8.112/90, na redação primitiva, o qual divide espaço com o art. 1º da Lei nº 1.864/98:

Art. 67. O adicional por tempo de serviço é devido à razão de 1% (um por cento) por ano de serviço público efetivo, incidente sobre o vencimento de que trata o art. 40.

Art. 1º É contado para todos os efeitos o tempo de serviço público prestado aos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional do Distrito Federal, incluída a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal.

76. Ainda de acordo com a tese alternativa apresentada, a melhor interpretação, segundo pensamos, é que o período trabalhado em empresas públicas e sociedades de economia mista, se posterior à Lei nº 1.864/98, conta para aposentadoria, disponibilidade e ATS, mas não para os demais efeitos (licença-prêmio etc.). Não nos alongaremos, no entanto, no tratamento da questão, haja vista não ser esse o objeto da representação.

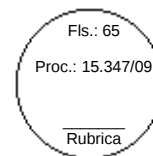
VII – DAS CONCLUSÕES

77. Apresentamos, no item anterior, tese alternativa com o intuito de

¹ Ver o art. 1º da Lei nº 9.527/97.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA INSPETORIA DE CONTROLE EXTERNO
PRIMEIRA DIVISÃO TÉCNICA



fornecer subsídios à tomada de decisão. Todavia, até por uma questão de coerência com o que sempre defendemos, somos, repise-se, pela manutenção do entendimento consagrado no Processo nº 14.842/08.

78. Pelo exposto, sugere-se:

- a) manter o entendimento consagrado no Processo nº 14.842/08; e
- b) autorizar o arquivamento do feito.

À consideração superior.

Brasília, 27 de julho de 2009.

Michel Martins de Moraes
Analista de Finanças e Controle Externo
Matr. nº 461-8