

TCDF-Cons. JEB
folha: 97
Proc: 7581/93
Sueli RUBRICA

PROCESSO nº 7581/93 (a)

ORIGEM: SECRETARIA DE GESTÃO ADMINISTRATIVA

ASSUNTO: APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO

EMENTA: Aposentadoria voluntária, com proventos proporcionais, de ZILÁ TERESA FERREIRA MESSEDER, matrícula nº 46.800-2, no cargo de Professor, concedida nos termos do artigo 41, inciso III, alínea “c” e § 4º, da LODF, c/c os artigos 186, inciso III, alínea “c” e 189, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, com as vantagens do artigo 2º, §§ 1º e 3º, da Lei nº 6.732/79, conforme a Instrução de 1º de outubro de 1993, DODF de 5/10/93 (fl. 51). **Aposentadoria em estágio probatório. Proposta do órgão instrutivo pela legalidade, com correção posterior. Parecer do MP pela ilegalidade. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a questão. Legalidade da concessão, com correção posterior.**

RELATÓRIO

O presente processo trata da aposentadoria voluntária, com proventos proporcionais, de Zilá Teresa Ferreira Messeder, no cargo de Professor-SGA.

MANIFESTAÇÃO DO ÓRGÃO INSTRUTIVO

Inicialmente, a 4ª ICE lembra que a FEDF foi extinta por força da Lei nº 2.294/99 e que, embora a constitucionalidade desta lei esteja sendo questionada em Representação do Ministério Público junto a este Tribunal, ela não influenciará o exame de mérito das

concessões da antiga Fundação Educacional, consoante o que foi decidido na Sessão Ordinária de 15 de junho de 2000 (Decisão nº 4559/00).

Em seguida, a Inspeção verifica que a interessada aposentou-se antes de completar o estágio probatório, com 538 dias de exercício no cargo de Professora.

Salientando que a questão é polêmica, a Inspeção observa, de início, dentro do nosso Tribunal, as opiniões favoráveis a esse tipo de concessão, do Conselheiro Jorge Caetano e Auditores Osvaldo Rodrigues de Souza e José Roberto de Paiva Martins. Em suas palavras:

“10. Nesse sentido, temos a Representação nº 002/96, deflagrada pelo ilustre Conselheiro JORGE CAETANO, dando origem ao Processo nº 7962/96.

11. Naquela assentada, sustentou o insigne Conselheiro que, a contrario sensu do decidido no Processo nº 1992/94 (fl. 70/77), ocasião em que o Tribunal considerou ilegal a aposentadoria de servidor em virtude de não haver cumprido o estágio probatório, não se vislumbra como poderia o estágio probatório influenciar na concessão de aposentadoria, uma vez que o servidor reunisse todas as condições para a mesma.

12. Para tanto, baseia-se o nobre Conselheiro nos seguintes argumentos:

"A meu ver, os institutos da investidura, da aposentadoria, da estabilidade e do estágio probatório são distintos, independentes um do outro, à luz da legislação vigente."

13. Acrescenta que, para efeito de aposentadoria do servidor público, a Constituição federal somente exige, conforme o caso, estar inválido permanentemente, ter

TCDF-Cons. JEB	
folha:	99
Proc:	7581/93
Sueli RUBRICA	

mais de 70 anos de idade ou preencher o requisito temporal previsto no inciso III do artigo 40 da Carta Magna (em sua redação original), não havendo imposição alguma de cumprimento do estágio probatório e a conseqüente aquisição de estabilidade para inativar-se.

14. *Invoca ainda o princípio de que ao intérprete não cabe excepcionar onde a lei não o fez, não constituindo a condição de estar em estágio probatório óbice ao direito à aposentadoria do servidor.*

15. *O digno Relator do Processo nº 7962/96, Dr. OSVALDO RODRIGUES DE SOUZA, adotou posição consentânea com a do Conselheiro Jorge Caetano, arrostando a controvérsia a respeito da matéria com muita lucidez e proficiência, da forma a seguir destacada, in verbis:*

“(...) sem querer polemizar, apenas observo que a rigor a aposentadoria não pressupõe a aprovação do servidor nesse estágio, até porque este objetiva definir a permanência do servidor no serviço, ao passo que com aquela ocorre o afastamento do funcionário do trabalho. Considero que só é viável impugnar um ato administrativo com fundamento no princípio da moralidade se a norma jurídica de regência comportar a avaliação subjetiva dessa ordem, o que, a meu critério, o art. 40 da Constituição Federal não possibilita. A relação jurídico-funcional a que se submete o servidor estatutário não é de natureza contratual. Rege-se ele pelos preceitos estabelecidos na Constituição e legislação ordinária pertinente, que não contém nenhuma restrição à aposentadoria no período do estágio probatório. Entendo, por último, que a imprevisão constitucional do estágio probatório não autoriza concluir ser inviável a aposentadoria durante o transcurso desse período, porque o contrário representaria a fixação, por via oblíqua, de carência mínima de permanência do servidor em serviço, antes da inativação voluntária, o que afronta a Lei Maior.”

16. *Posteriormente, instado a atuar como Relator no mesmo Processo nº 7962/96, o nobre Conselheiro-Substituto JOSÉ ROBERTO DE PAIVA MARTINS harmoniza-se com o entendimento de seus pares, ostentando em seu voto as seguintes reflexões:*

“Minha discordância, manifestada igualmente pelo autor da Representação – Conselheiro JORGE CAETANO e pelo primeiro Relator, Auditor OSVALDO RODRIGUES DE SOUZA, prende-se ao fato de que nem a Constituição Federal nem a Lei nº 8.112/90, impuseram a estabilidade no cargo como condição para que o servidor obtivesse a sua aposentadoria. Com efeito, o art. 40 da Constituição Federal (na versão original) menciona em seu caput: “O servidor será aposentado”. A referida expressão consta, ipsis litteris, como não poderia deixar de ser, do texto da Lei nº 8.112/90 – art. 186.

Os pressupostos constitucionais e legais para a aposentadoria voluntária, até 16.12.98 (CF. art. 40, inciso III) não distinguiram o servidor estável daquele que se encontrava em estágio probatório. Mencionava, apenas, servidor. O que se deveria apurar, então, era o tempo de serviço. Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.”

17. *Frise-se, por oportuno, que o sobredito feito foi arquivado, mediante Decisão nº 9684/2000, tendo sido autorizada a liberação do sobrestamento que pesa sobre o julgamento dos processos de aposentadoria da espécie, motivo pelo qual este processo retornou ao seu curso normal dentro da Corte.*

Continuando a sua pesquisa, a 4ª ICE verifica que o pensamento predominante no TJDF também é favorável à concessão. Além disso, salienta as opiniões favoráveis de Diógenes Gasparini e Sérgio de Andréa Ferreira, além de manifestações favoráveis, embora isoladas, do STJ e do Conselho da Justiça Federal.

Por outro lado, lembra que os posicionamentos do TCU e do STF são desfavoráveis a esse tipo de concessão. A propósito, o Plenário do STF, no MS nº 22.947-DF, julgou que, *in verbis*:

“O servidor público não tem direito à aposentadoria voluntária no cargo em que ainda esteja submetido a estágio probatório. Com esse entendimento, o Tribunal indeferiu mandado de segurança impetrado contra ato do TCU que considerou ilegal a aposentadoria concedida ao impetrante uma vez que, encontrando-se este em estágio probatório, não havia ainda adquirido a titularidade do cargo em que viera a ser aposentado. Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello, sob o entendimento de que para a concessão da aposentadoria voluntária, basta o cumprimento do tempo de serviço (CF. art. 40, III, a).”

A Inspetoria lembra, entretanto, que esse pronunciamento é o único sobre o assunto no Supremo Tribunal e que essa deliberação não foi unânime, razão porque, dentre outras, pede vênias para divergir do entendimento predominante na Corte Maior. Em suas palavras:

“37. Em primeiro lugar, observamos que os §§ 2º e 3º do artigo 41 da Constituição Federal, que tratam da estabilidade do servidor público, demonstram a finalidade do estágio probatório, cujos efeitos limitam-se a identificar o direito aos institutos da reintegração, da disponibilidade e do aproveitamento.

38. O artigo 20, § 1º, da Lei nº 8.112/90 demarca a finalidade da avaliação de aptidão e capacidade prevista para o estágio probatório: para fim de desempenho do cargo. Não há menção alguma de que tal avaliação seja necessária para fins de aposentação. Por sua vez, o § 2º desse mesmo artigo conferiu contornos próprios ao instituto da recondução, que é o retorno ao antigo cargo, se estável, do servidor não aprovado em estágio probatório

e não do servidor que poderia aposentar-se, mas não completou o seu período de estágio.

39. *Portanto, não vislumbramos haver na legislação nada que afaste a possibilidade de o servidor aposentar-se no estágio probatório.*

40. *O ponto básico a destacar, que a nosso pensar é o mais relevante, sustenta-se na assertiva de que estágio probatório não se comunica com o instituto autônomo da aposentadoria. A aposentadoria não está vinculada ao cargo, mas somente ao tempo de serviço do servidor, não havendo a necessidade de cumprimento integral do estágio probatório para obtenção da aposentadoria. Não seria razoável, no direito administrativo, que o intérprete criasse exigências não existentes e que nem sequer possam ser deduzidas do texto legal.*

41. *Não se pode olvidar do brocardo jurídico de que não cabe ao intérprete excepcionar onde a lei não excepciona, nem tampouco do princípio da legalidade estrita, que norteia a Administração Pública, segundo o qual só lhe é permitido agir nos termos da autorização legal*

42. *Na esteira desse entendimento, o Judiciário apresenta a seguinte exegese contida na Apelação Cível 78.401-5/4- TJSP:*

"é na Carta Magna que encontrará limites de normatização, de modo que não poderão negar ou conceder mais do que foi permitido no paradigma superior. Esse o verdadeiro sentido da Supremacia da Carta da República."

43. *Jorge Miranda também apresenta posicionamento convergente, senão vejamos:*

"deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade."

44. Convém lembrar ainda a lição do eminente jurista José Cretella Júnior (in “Direito Administrativo Perante os Tribunais”, pp. 244/50), verbis:

“A aposentadoria não é mero interesse, à descrição do poder público, mas direito subjetivo público do funcionário, direito que se concretiza no momento em que o agente preenche o tempo legal.”

45. O legislador constituinte originário não incluiu, para a aposentadoria, o requisito de permanência mínima no cargo, tal como o fez em relação aos magistrados (CF, art. 93, VI), ou aos servidores em geral, após 16.12.98, com o advento da Emenda Constitucional 20/98, portanto não é permitido à Administração fazê-lo nas aposentadorias concedidas anteriormente àquele marco temporal.

46. A aposentadoria, em si, rege-se pelo texto constitucional, que apenas exige, conforme o caso, estar o servidor inválido permanentemente, ter mais de 70 anos de idade ou preencher o requisito temporal global previsto no inciso III do artigo 40 da Carta Magna (em sua redação original).

47. Por fim trazemos à colação o autorizado magistério do festejado jurista Carlos Maximiliano:

*“Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercitado, ... esta especificação importa proibir, implicitamente, qualquer interferência legislativa, para sujeitar o exercício do direito a condições novas...”
(Hermenêutica e Aplicação do Direito, 8º ed., p. 325).*

48. Conclui-se, portanto, não haver óbice à apreciação deste feito, tendo por plausível a aposentadoria de servidor no curso de estágio probatório antes da EC 20/98.”

Verificando a regularidade dos demais elementos da concessão (exceto a ausência do ato de exoneração da última função

TCDF-Cons. JEB	
folha:	104
Proc:	7581/93
Sueli RUBRICA	

comissionada exercida), o signatário do minucioso estudo de fls. 78 a 87 opina pela legalidade da concessão, com a correção posterior indicada à fl. 87.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Reafirmando pronunciamentos anteriores do *parquet*, a Procuradora-Geral Márcia Ferreira Cunha Farias opina pela *ilegalidade* da concessão. À luz de seu parecer exarado no processo nº 2399/00, de interesse de Helton Alves Lima, servidor da Casa, a Procuradora-Geral assim se manifesta em determinada altura de seu parecer de fls. 89/95:

“15. Assim, partindo-se do pressuposto de que o cumprimento do estágio probatório constitui requisito para a concessão de aposentadoria voluntária, in casu, não tinha o servidor direito adquirido à inativação, nos moldes do artigo 3º da EC n.º 20/98, por não ter cumprido todos os requisitos exigidos para a obtenção do benefício, com base nos critérios da legislação - constitucional e infraconstitucional - então vigente, em razão da não-aquisição, à época, da estabilidade no cargo de Analista de Finanças e Controle Externo do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

16. Logo, a situação sob exame não pode ser enquadrada nas disposições do artigo 3º da EC n.º 20/98, aplicando-se ao caso o que prescreve o artigo 8º da referida norma.”

TCDF-Cons. JEB
folha: 105
Proc: 7581/93
Sueli RUBRICA

VOTO

O tema é sem dúvida polêmico. Entretanto, em que pese as adjacências éticas do entendimento que exige o cumprimento ao estágio probatório do servidor que já possui tempo de serviço para aposentar-se, creio que a Constituição de 1988, em sua redação anterior à Emenda nº 20/98, é bastante clara ao exigir tão-somente o cumprimento ao requisito temporal.

A finalidade do estágio probatório está bem identificada na Constituição Federal: os seus efeitos se limitam a identificar o direito à reintegração, à disponibilidade e ao aproveitamento (art. 41, §§ 2º e 3º).

Não é lícito supor que o estágio probatório tenha qualquer reflexo na concessão ao direito de aposentadoria voluntária, quando **a própria Lei Maior só exige o preenchimento do requisito temporal.**

O artigo 40, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal consignava, *in verbis*:

"Art. 40. O servidor será aposentado:

III-voluntariamente:

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;"

Nem a Constituição, nem lei infraconstitucional alguma atribuiu ao instituto do estágio probatório efeitos além daqueles previstos no artigo 20 da Lei nº 8.112/90, sendo indevido supor que ele se constituiria em um pressuposto para a concessão da aposentadoria, ***se a lei assim não dispõe expressamente.***

O estágio probatório é instituto autônomo do instituto da aposentadoria. Não se comunicam.

O estágio probatório e a aposentadoria são institutos distintos, ou seja: a conclusão de um independe da faculdade de outro. Ademais, durante o estágio probatório não se interrompe a contagem do tempo de serviço para fins de inatividade.

Se a lei não faz quaisquer restrições à aposentadoria do servidor que esteja em estágio probatório, porque não acrescentou ao requisito temporal, nenhum outro, *não é razoável que o intérprete simplesmente crie exigências que ali não existem e que nem sequer podem ser deduzidas do texto legal. Não pode o exegeta, por mais convicto que esteja da justiça e correição da sua tese, criar uma exigência que só ao legislador compete contemplar, principalmente quando se está a interpretar norma administrativa. Veja, a propósito, a lição do saudoso mestre HELY LOPES MEIRELLES:*

"A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar o texto da norma administrativa à espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito: a interpretação extensiva, que negamos possa ser aplicada ao Direito Administrativo, é a que estende um entendimento do Direito Privado, não expresso no texto administrativo nem compreendido no seu espírito, criando norma administrativa nova. A distinção é sutil, mas existente, o que levou Vanoni a advertir que "le due attività sono tanto vicine", que exigem do intérprete a máxima cautela no estabelecimento do processo lógico que o conduzirá à exata aplicação do texto interpretado" (in Direito Administrativo Brasileiro, 12ª edição, p.17).

Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz esclarece que além de não poder atuar *contra legem ou praeter legem*,

TCDF-Cons. JEB
folha: 107
Proc: 7581/93
Sueli RUBRICA

a Administração só pode agir *secundum legem* (Traité des Actes Administratifs, Athenas, 1954, p. 69). Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza (Sistema Institucional do Direito Administrativo Italiano, Milão, 1960, p. 197). Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração "*é a longa manus do legislador*" e que "*a atividade administrativa é a atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais*" (Estudos de Direito Administrativo, Coimbra, 1968, p. 9).

Logo, a Administração não pode proibir ou impor algo a quem quer que seja, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei. *Não poderá decidir, em detrimento da liberdade dos administrados, nem de seus agentes, salvo se, em lei, já existir delineada aquela determinada contenção ou proibição.*

Ora, a Lei nº 8.112/90 prevê, em seu artigo 20, a avaliação no novo cargo, além da estabilidade já obtida no serviço público. Entretanto *o próprio artigo demarca a finalidade dessa avaliação de aptidão e capacidade: para fim de desempenho do cargo.* Não há menção alguma de que tal avaliação seja necessária para fins de aposentação. *Decorrido o tempo mínimo fixado na lei e na Constituição, o servidor tem o direito líquido e certo à inatividade remunerada. Definitivamente, a Lei não acolheu a propalada exigência de conclusão do estágio probatório, porque em lugar algum, a mencionou, tácita ou expressamente.*

A aposentadoria é ato administrativo vinculado: a sua concessão torna-se obrigatória, pela Administração, à vista do simples preenchimento do requisito temporal. E, em virtude do status constitucional do instituto, qualquer outra exigência, seja ela qual for, que se superponha àquela prevista no texto político - a de contar com 35 anos de tempo de serviço, se homem, e 30 anos, se mulher - passa a ser maculada com a pior pecha de nosso sistema jurídico: a da inconstitucionalidade! Em hipótese semelhante, o Supremo Tribunal Federal já julgou que, verbis:

"APOSENTADORIA PROPORCIONAL - TEMPO DE EXERCÍCIO EM FUNÇÃO COMISSIONADA - DILAÇÃO. Uma vez completado o período previsto na Carta Política da República - alínea "c" do inciso III do artigo 40 - para o servidor aposentar-se com proventos proporcionais, descabe cogitar da permanência em função comissionada. A norma, insculpida no § 2º, do artigo 40 referido está restrita a cargos ou empregos temporários, inconfundíveis com cargo efetivo e deslocamento, do servidor, para a função comissionada. A aposentadoria, em si, rege-se pelo texto constitucional. Insubsistência do artigo 172 da Lei do Município de São Paulo de nº 8.989, de 29 de outubro de 1979, no que condiciona a aposentadoria de detentor de cargo de provimento efetivo à permanência por quinze anos na função comissionada que venha ocupando" (RE 154.945-9, DJU de 7.6.96, p. 19.829)

Obrigar o servidor que já possui, de sobra, tempo para aposentar-se com proventos proporcionais, ao exercício do cargo por mais tempo, é exigir o que a lei não previu, é denegar algo a que o interessado já faz jus.

TCDF-Cons. JEB
folha: 109
Proc: 7581/93
Sueli RUBRICA

E nesse sentido a Constituição Federal é clara ao afirmar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei - artigo 5º, inciso II.

É ainda mais fácil identificar o sofisma contido no entendimento negativo quando se conclui que tal proibição de aposentadoria no estágio probatório *só é válida, por óbvio, à aposentadoria voluntária. Evidentemente seria não apenas jurídica, mas fisicamente impossível negar-se a concessão da aposentadoria compulsória ou da aposentadoria por invalidez, ainda quando sua concessão se imponha na pendência do estágio probatório.*

E qual o motivo dessa discriminação, quando, na verdade, se está a falar de um mesmo instituto, o da aposentadoria??

Nem a Constituição, nem a lei dispensam tratamento especial à aposentadoria compulsória ou à aposentadoria por invalidez. Da mesma forma que as aposentadorias por invalidez e compulsória têm a natureza de serem concedidas se o servidor se encontrar inválido ou atingir os setenta anos de idade, a voluntária possui a natureza de ser concedida pelo decurso do prazo especificado em lei.

Não há como exigir o término do estágio probatório a apenas esta ou aquela espécie de aposentadoria, porque a natureza do instituto, que é a mesma em qualquer caso, impõe a uniformidade de tratamento: ou se julga impossível a aposentadoria durante o período em que o servidor está sendo avaliado, seja ela decorrente de invalidez, seja em decorrência de ter completado setenta anos ou por possuir tempo de serviço especificado em lei ou, ao revés, se dá ao servidor que se enquadra em uma das espécies de

aposentadoria o direito à aposentadoria, que em face do princípio da isonomia, deve ser estendido a todos.

A aposentadoria não está imediata e diretamente vinculada ao cargo. Está, sim, vinculada ao tempo de serviço do servidor, e só.

Tanto não existia essa exigência (ao tempo que o servidor cumpriu o requisito temporal da aposentadoria voluntária), que a nova ordem constitucional, inaugurada pela Emenda nº 20/98, tratou de exigir, expressamente, tempo de permanência mínima nos cargos.

É princípio geral de direito que onde a lei não excepciona não cabe ao intérprete excepcionar, no caso, ao administrador. Isto porque, *se assim procedesse, estaria usurpando do legislador, o feitor da norma, uma atribuição indelegável.*

Não é sem razão que o eminente jurista José Cretella Junior, *in* Direito Administrativo Perante os Tribunais, páginas 244 a 250, confirma que:

"A aposentadoria não é mero interesse, à discricção do poder público, mas direito subjetivo público do funcionário, direito que se concretiza no momento em que o agente preenche o tempo legal. ...

Quando, preenchendo os requisitos exigidos o administrado solicita à Administração que lhe confira a vantagem pleiteada, o poder público responde com o ato administrativo declaratório concedendo ou negando o pedido. Este corporifica apenas a anuência da Administração, reconhecendo o direito. Se o direito se perfez, no momento do preenchimento dos requisitos exigidos, o ato administrativo declaratório retroagirá até o instante daquele preechimento, reconhecendo o direito adquirido. O ato da Administração é vinculado ou predeterminado. Não cria direitos. Reconhece-lhes a existência, proclamando-os. O interessado

TCDF-Cons. JEB
folha: 111
Proc: 7581/93
Sueli RUBRICA

cumpriu o que a lei determinara. Investiu-se, a partir daí, no direito subjetivo público de exigir da Administração que cumpra a sua parte. E o reconhecimento far-se-á a partir do preenchimento dos requisitos e do respectivo pedido".

Os artigos permissivos da aposentadoria não estabelecem qualquer ligação, nem é possível deduzi-la, com o disposto no artigo 20 da Lei 8.112/90 que trata da submissão a estágio probatório de servidor nomeado para cargo efetivo durante o qual será avaliada a sua aptidão e capacidade para o desempenho do cargo.

A condição do estágio visa, tão-somente, propiciar à Administração a oportunidade de **comprovar** que o servidor possui capacidade para manter-se no cargo. A presunção de capacidade já existe desde a aprovação no concurso público, e a expectativa existe, indubitavelmente, no sentido de que o servidor reúna, afinal, todos os fatores necessários à aquisição da estabilidade.

Tanto essa presunção existe que mesmo os servidores não estáveis possuem garantias contra a sua exoneração sumária. Veja, a propósito, o teor da Súmula nº 21, do Supremo Tribunal Federal:

"FUNCIONÁRIO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO NÃO PODE SER EXONERADO NEM DEMITIDO SEM INQUÉRITO OU SEM AS FORMALIDADES LEGAIS DE APURAÇÃO DE SUA CAPACIDADE".

Assim, inexistindo dispositivo legal expresso que impeça a aposentadoria na fruição do estágio probatório, não há como recusar registro à presente aposentadoria, **data venia** do pronunciamento contrário, que por tudo quanto foi dito, não caracteriza benesse, nem vantagem indevida, mas um cristalino direito da interessada.

E não obstante o teor do precedente da Corte Maior, apontado pela instrução, creio, em meu sentir, com a *maxima venia*, que essa “construção moralizadora”, mais que evitar alguns exageros, poderá, ao contrário, pelo menos na maioria dos casos, aviltar um legítimo e honesto sentimento de esperança, segurança e inviolabilidade do passado que emana de um direito adquirido por excelência: o da aposentadoria por tempo de serviço.

Registre-se, ainda, que o aresto do Supremo Tribunal Federal é, até o momento, o único pronunciamento da Suprema Corte sobre o tema, o que, somado *aos votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello* e considerando, além disso, a recente mudança de composição do Plenário daquele Egrégio Tribunal, demonstram que essa jurisprudência é, ainda, deveras incipiente e vacilante.

Finalmente, gostaria de lembrar que no julgamento do processo nº 7962/96, *o Conselheiro Jorge Caetano e o Auditor José Roberto de Paiva Martins manifestaram-se favoravelmente à aposentadoria em estágio probatório*. A propósito, vale transcrever, à guisa de conclusão, excerto do excelente voto proferido pelo eminente Auditor, na Sessão de 12 de dezembro de 2000, *in verbis*:

“11. Pessoalmente, com a maxima venia pela pretensão, ousar dizer que discordo da r. Decisão do Egr. Supremo Tribunal Federal nº MS-22.947/DF, suso referido pelo douto Ministério Público. Pelo menos enquanto não conhecer, por inteiro, as razões de decidir de seu preclaro relator. Até porque, segundo consta da ementa a r. Decisão teve três (3) votos contrários: Os srs. Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO, cujos argumentos, para

mim, são irrefutáveis: "para a concessão da aposentadoria voluntária, basta o cumprimento do tempo de serviço (CF, art. 40, III"a)"). Argumento válido, ressalte-se, até a edição da EC nº 20/98, in DOU de 16.12.98.

12. Minha discordância, manifestada igualmente pelo autor da Representação – Conselheiro JORGE CAETANO e pelo primeiro Relator, Auditor OSVALDO RODRIGUES DE SOUZA, prende-se ao fato de que nem a Constituição Federal nem a Lei nº 8.112/90 impuseram a estabilidade no cargo como condição para que o servidor obtivesse a sua aposentadoria. Com efeito, o art. 40 da Constituição Federal (na versão original) menciona em seu caput: “O servidor será aposentado”. A referida expressão consta, *ipsis litteris*, como não poderia deixar de ser, do texto da Lei nº 8.112/90 – art. 186.

13. Os pressupostos constitucionais e legais para a aposentadoria voluntária, até 16.12.98 (CF. art. 40, inciso III) não distinguiram o servidor estável daquele que se encontrava em estágio probatório. Mencionava, apenas, servidor. O que se deveria apurar, então, era o tempo de serviço. Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.

14. A recente Emenda Constitucional nº 20/98 (Reforma da Previdência) estabelece como pressupostos para a concessão da aposentadoria estatutária, após 16.12.98, o cumprimento mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público, a permanência por cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria, idade mínima e tempo de contribuição. É, sem dúvida, uma norma moralizadora e mais afinada com os princípios atuariais que devem presidir os planos de aposentadoria. No entanto, ante os princípios do direito adquirido e da irretroatividade das normas jurídicas, tal dispositivo não alcança as situações plenamente constituídas antes de sua vigência: 16 de dezembro de 1998. A retórica do controle externo sempre foi protetora dos interesses do Estado, em função do interesse público que motivou a sua

TCDF-Cons. JEB
folha: 114
Proc: 7581/93
Sueli RUBRICA

criação conforme o magistério do Dr. JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES. No entanto, os interesses do Estado devem ser defendidos pela sua Advocacia. Aos Tribunais de Contas cabe zelar pela estrita legalidade dos atos de administração de recursos públicos, dando a cada um, o que é seu.”

Por todo o exposto, reiterando minha vênica ao pronunciamento contrário do digno Ministério Público, em parecer da nobre Procuradora-Geral, mas em harmonia com a excelente instrução de fls. 78 a 87, da lavra do Analista de Finanças e Controle Externo REGIS GONÇALVES LEITE, **VOTO** por que o Tribunal

I - considere legal, para fim de registro, a aposentadoria de Zilá Teresa Ferreira Messeder, matrícula nº 46800-2-SGA; e

II - recomende à Secretaria de Gestão Administrativa que, posteriormente, proceda à seguinte correção que será objeto de verificação em futura auditoria:

- acostar a cópia do ato da exoneração da última função comissionada exercida pela servidora.

É como voto.

Sala das Sessões, em 22 de maio de 2001.

JOSÉ EDUARDO BARBOSA
Conselheiro-Relator