

P.A. E-09/0085/2502/2008

Contagem de Tempo Fictício - Policial Militar - Suposta Inaplicabilidade da Vedação Constitucional - Divergência de Entendimentos do Âmbito da Procuradoria Geral do Estado – Consolidação de Posicionamento Rechaçando a Contagem de Tempo Fictício - Ressalva de Situações Individuais - Princípios da Segurança Jurídica e da Confiança Legítima do Administrado.

I - RELATÓRIO.

O presente processo administrativo se origina em pedido de reforma veiculado por Oficial Policial Militar, cujo teor se fundamentava na ocorrência de incapacidade para o exercício de funções próprias da respectiva Corporação (fls.2/3).

Às fls.6 e 8¹ há documentos registrando o cômputo de tempo de serviço do servidor interessado, no qual se verifica a contagem de tempo em dobro em decorrência existência de períodos de férias e licenças não gozadas.

Encaminhado o processo à Casa Civil pela Diretoria de Inativos e Pensionistas da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ - fls.21), inicia-se então um longo trâmite pontuado por marchas e contramarchas do processo, em que divergem, de um lado, a Subsecretaria Jurídica da Casa Civil (fls.28/31; 50/54; 75/77 e 89/94), e de outro, os diversos órgãos da PMERJ (Diretoria Geral de Saúde - fls.34/36; 61/67 e Seção Jurídica do Comando Geral - fls.57/59), a Assessoria Jurídica da Secretaria de Segurança (fls.79/87) e a Assessoria Técnica da Subsecretaria Militar da Casa Civil (fls.24/26; 39/49 e 71/72).

Em que pese tal dissensão ocupar a quase integralidade destes autos administrativos, tendo se decidido pela transferência do servidor interessado para a reserva remunerada, em vez de se lhe conceder a reforma pretendida (fls.89/98), a questão que suscita a manifestação desta Procuradoria Especializada é ventilada às fls.101/102, a respeito da contagem de tempo de serviço do servidor interessado, especificamente no que tange ao cômputo de tempo fictício, contando-se em dobro os períodos de férias e licenças não gozadas.

Relatado, passo a opinar.

¹ E aqui cumpre assinalar que o P.A. não apresenta folha de nº 71

II - ENTENDIMENTOS DIVERGENTES NO ÂMBITO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.

Nada obstante a referência da manifestação da douta Assessoria Jurídica da Secretaria de Segurança (ASJUR/SESEG) se referir a dois pareceres desta Procuradoria Geral no sentido de afastar a possibilidade de contagem de tempo fictício para a inativação de militares (fls.102), o tema não é pacífico no âmbito deste Órgão Central do Sistema Jurídico.

Com efeito, vê-se que ao lado dos Pareceres ns.01/2000-FAAR e 02/2007-FLM, há os Pareceres ns.02/2001-EMP e 07/2004-MLS, que concluem no sentido oposto àquele consignado nos opinamentos referidos pela aludida manifestação da ASJUR/SESEG.

Recapitulando o histórico das manifestações desta Procuradoria Geral a respeito do tema, vê-se que o primeiro pronunciamento, da lavra da ilustre Procuradora do Estado FABIANA ANDRADA DO AMARAL RUDGE BRAGA, à época no exercício desta Especializada, resumiu a questão da seguinte forma:

"CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO. FÉRMS E LICENÇAS. EC 20/98. RESGUARDADAS AS SITUAÇÕES CONSTITUÍDAS, DESDE A EDIÇÃO DA EMENDA Nº 20/98, É VEDADO O CÔMPUTO DE TEMPO FICTÍCIO PARA EFEITO DE APOSENTADORIA."

O parecer acima ementado foi integralmente aprovado pelo Exmo. Procurador-Geral do Estado, mas dizia respeito à situação genericamente estabelecida após a edição da Emenda Constitucional 20/98, não se restringindo à questão dos servidores militares.

A segunda manifestação desta Procuradoria Geral já versou sobre carreira específica, em muito assemelhada, por conta das condições de trabalho, aos Policiais Militares, já que respondia a consulta formulada com base em caso concreto enfrentado por Policial Civil do Estado.

Apreciando a questão da aposentadoria especial, outro objeto da consulta era justamente a contagem de tempo fictício, assim ementada no Parecer nº 02/2001-EMP, prolatado pelo ilustre Procurador do Estado FLÁVIO MULLER PUPO:

"Servidor Público. Aposentadoria. Contagem de tempo de serviço fictício, Inclusive a contagem em dobro do tempo relativo a férias e licença-prêmio não gozadas. Possibilidade. Legislação estatutária em vigor. Comando normativo constitucional expresso no art.40, caput e parágrafo 10 c/c art.4º da Emenda Constitucional nº 20/98."

O argumento deste último parecerista sustentava que, à luz da redação expressa da Emenda Constitucional 20/98, a norma que veda a contagem de tempo

fictício seria de eficácia limitada, nos seguintes termos:

“No entanto, não se pode olvidar a norma do art.4º da Emenda Constitucional nº 20/98, a seguir transcrito:

“Art.4º. Observado o disposto no art.40, par.10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, **cumprido até que a lei discipline a matéria**, será contado como tempo de contribuição.”

“Cumpre notar **que a supracitada norma, de caráter transitório, prevê, inelutavelmente, a vigência das regras estatutárias até aqui disciplinadoras da relação jurídica de Direito Público existente entre o servidor e o Estado**, até que advenha sua revogação por norma regulamentadora do novo sistema de contagem de tempo de contribuição, que o legislador da Emenda n.20/98 quer seja instruído no regime previdenciário especial dos servidores públicos.”

(grifos originais)

Mais adiante, em 2004, esta Procuradoria foi instada a se pronunciar especificamente sobre o tema no que diz respeito à situação dos militares, e assim se pronunciou o insigne Procurador do Estado MARCELO LOPES DA SILVA:

"APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO MILITAR - CONTAGEM DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO FICTÍCIO - REGIME ESPECÍFICO NÃO ALCANÇADO PELO ARTIGO 40, §10, DA CARTA DE 88 - POSSIBILIDADE."

Para fixar tal entendimento no Parecer nº 07/2004-MLS, o ilustre parecerista sustenta:

"Se analisarmos o dispositivo de forma sistemática, e ponderarmos o contexto em que ele está inserido, chega-se à conclusão de que não há vedação para a contagem em tela, conforme passo a expor.

"É fácil constatar que a norma em tela está localizada na Seção II do Capítulo da Administração Pública, que trata especificamente dos servidores públicos civis. Já os servidores militares possuem tratamento distinto na Carta Magna, estando divididos em estaduais, com regime previsto no art.42, e federais, com regramento expresso nos artigos 142 e 143.

"Quando o legislador constituinte quis que uma regra dos servidores públicos civis fosse aplicada aos servidores militares, fê-lo expressamente. Verifica-se que nas disposições aplicáveis aos militares do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, contidas no artigo 42 e parágrafos, ainda sob a

redação da Emenda Constitucional nº 20/98, em nenhum momento houve referência expressa à norma prevista pelo § 10 do artigo 40, limitando-se a mencionar as normas previstas nos §§7º, 8º e 9º do mesmo artigo.

(...)

"Com a Emenda Constitucional nº 41/03 algumas modificações foram feitas, mas continua não existindo previsão de aplicação do §10 do artigo 40 aos militares estaduais, nem aos militares das Forças Armadas."

Entretanto, no último parecer editado sobre o tema (nº 02/2007-FLM), a sua autora, a ilustre Procuradora do Estado FERNANDA LESSA MAINIER HACK adota posicionamento diametralmente oposto, assim ementado:

"Solicitação de apostilamento para a concessão em dobro do terceiro período de licença especial não gozada para fins de aposentadoria. Vedação do cômputo de tempo fictício para efeito de aposentadoria desde a edição da EC 20/98."

Como se vê, no período de sete anos, há dois pronunciamentos favoráveis à contagem de tempo fictício e dois em sentido oposto, impondo-se a pacificação do entendimento a ser fixado por este Órgão Central do Sistema Jurídico, o qual, salvo melhor juízo, não pode ser outro que não seja endossar a vedação de tal espécie de cômputo.

Analisando-se a estrutura do sistema previdenciário construído pela reforma constitucional em questão, vê-se que a contributividade foi erigida à condição de princípio basilar, conforme bem assinala JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

"Por essa razão, a Constituição foi bem clara ao estabelecer, para os servidores públicos, 'regime de previdência de caráter contributivo', de forma a ser preservado o equilíbrio financeiro e atuarial, como consta no art.40, caput, da CF, com a redação da EC nº 20/98. O sentido da norma constitucional apresenta dois aspectos inafastáveis. Em primeiro lugar, ter-se-á que observar o sistema da contributividade, a indicar que os servidores, como futuros beneficiários, devem ter o encargo de pagar contribuições paulatinas e sucessivas no curso de sua relação de trabalho. Depois, será também necessária a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial, de forma que haja a maior correspondência possível entre o ônus da contribuição e o valor dos futuros benefícios."²

² *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.600/601. Cumpre ressaltar, entretanto, que na questão específica do tempo fictício, o referido autor perfilha o mesmo entendimento espelhado no Parecer nº 02/2001-FPM (IDEM, P. 622).

Sendo a contributividade elemento essencial do sistema previdenciário, sua força normativa é reafirmada pelo comando do §10 do art.40, que veda a contagem de tempo fictício. Em outras palavras, tal previsão se integra à construção do princípio da contributividade, estabelecendo a maior correspondência possível entre os benefícios a serem auferidos no futuro e os ônus de custeio impostos no presente.

Neste ponto, cumpre lembrar a sempre pertinente lição de HUMBERTO ÁVILA, acerca da construção do sentido normativo:

"Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. Em alguns casos há norma mas não há dispositivo... Em outros casos há dispositivo mas não há norma... Em outras hipóteses há apenas um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma... Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma. Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica. Dessa forma, pode haver mais de um dispositivo e ser construída uma só norma."³

Portanto, a exigência de efetivo tempo de contribuição é condição essencial para a higidez do sistema previdenciário oriundo das sucessivas emendas constitucionais a respeito do tema. O fato dos militares terem regras diferenciadas não os excluem da observância da lógica que rege tal sistema, e tal lógica aponta claramente para a impossibilidade de se afastar do critério do tempo *efetivo* de contribuição, sob pena de comprometimento do equilíbrio financeiro e atuarial estabelecido como objetivo principal da normatização em tela.

E a essencialidade de tal elemento é facilmente extraível de premissa que fundamenta artigo de referência na matéria:

"O sistema previdenciário brasileiro tornou-se injusto e desigual, com abissal desequiparação entre o setor privado e o setor público. Nesse último, vigora um regime no qual os recursos do orçamento geral — e não as contribuições dos beneficiários — financiam os benefícios e cobrem o déficit

³ *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.22.

crescente, promovendo um modelo concentrador de renda, fundado em uma solidariedade social invertida.- os mais pobres financiam os mais ricos."⁴

Portanto, sendo o déficit uma realidade concreta do sistema previdenciário, a lógica instaurada para seu funcionamento, obviamente, se calca na ampliação da base de custeio e, por conseguinte, a contribuição passa a ser a constante de qualquer equação relacionada à aquisição de direito a benefícios previdenciários.

De toda a exposição, conclui-se que a mera ausência de referência expressa ao dispositivo que veda a contagem de tempo fictício não importa a exclusão dos militares da lógica contributiva estrita do sistema previdenciário nacional, impondo-se a reafirmação das conclusões estampadas nos Pareceres ns.01/2000-FAAR e 02/2007-FLM, afastando-se qualquer interpretação contrária.

III - SITUAÇÕES PENDENTES DE SOLUÇÃO, NECESSIDADE DE UNIFORMIZAÇÃO DE TRATAMENTO E O IMPOSITIVO RESPEITO À CONFIANÇA LEGÍTIMA DOS ADMINISTRADOS.

Fixado o entendimento que se apresenta imperativo diante do tratamento constitucional da matéria, não se pode ignorar que há um número expressivo de militares que aguarda o deslinde da questão posta neste P.A. para poder efetivamente gozar de benefícios previdenciários, assim como há outra grande quantidade de servidores da mesma categoria que se privaram da fruição de férias, confiando no reconhecimento de tal situação como passível de configurar vantagens no cômputo do prazo para a concessão dos mesmos benefícios.

Trata-se iniludivelmente de situação que se estendeu ao longo dos anos e instilou nos servidores militares a expectativa de que as inovações constitucionais efetivamente não alcançariam suas situações individuais, até mesmo porque esta própria Procuradoria externou entendimento expresso neste sentido, conforme visto na citação do Parecer n° 07/2004-MLS.

Aqui se discute a posição dos militares que, ao longo dos anos, e até mesmo depois de 1998, data de edição da multicitada Emenda Constitucional 20, pautaram sua conduta na crença de que a supressão de férias e licenças seria compensada pela continuidade do regime diferenciado de cômputo de prazo para a configuração de direitos previdenciários, e, com base em tal compreensão, formularam seus pedidos de passagem para a inatividade.

Fala-se aqui, obviamente, da preservação não só da segurança jurídica consagrada no art. 5° da Constituição da República, mas de uma de suas facetas subjetivas, que é a proteção da confiança legítima do Administrado.

Reiteradamente invocado para consolidar situações muitas vezes iníquas,

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência*. In *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Tomo III, p.168.

impõe-se, antes de mais nada, delimitar as condições de sua incidência, fazendo remissão à precisa exposição do Procurador do Estado JOSÉ VICENTE DOS SANTOS MENDONÇA em seu Parecer n° 01/2009-JVSM, no qual transcreve insuspeita lição de Direito Público:

"Segundo o espanhol Jesús Gonzáles Peres, existem cinco requisitos para a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima do administrado em relação à Administração Pública; (a) o ato da Administração deve ser suficientemente conclusivo para produzir no afetado a confiança de que a Administração atua corretamente, ou de que é lícita a atuação que ele mantém em relação ao Poder Público, ou, ainda, de que suas expectativas, como interessado, são razoáveis;. (b) a Administração deve gerar sinais externos, que, inclusive sem necessidade de serem juridicamente vinculantes, orientem o cidadão a urna determinada conduta; (c) deve existir um ato da Administração que reconhece ou constitui situação jurídica em cuja continuidade o particular podia confiar; (d) deve existir uma causa idônea para provocar a confiança legítima do particular afetado, a qual não se poderá gerar por mera tolerância, negligência ou ignorância da Administração Pública; (e) o administrado deve haver cumprido todos os deveres e obrigações que lhe incumbem no caso."⁵

Apreciando os requisitos postos acima, há ato administrativo suficientemente conclusivo, já que houve, no período, concessões de passagem para a inatividade de militares com base no Parecer 07/2004-MLS, que até 2009 (data de aprovação do Parecer 02/2007) era o único que tratava especificamente do tema da contagem de tempo fictício para militares, com explícita superação do Parecer n° 01/2000-FAAR, que entendia diversamente.

Para além disto, os sinais externos de orientação da conduta dos servidores militares estão presentes nas reiteradas e sucessivas negativas de concessão de gozo de férias e licenças de militares e as pontuais concessões de passagem para a reserva remunerada com a contagem do tempo fictício como forma de compensação por tal prática.

Em terceiro lugar, novamente os atos de concessão de passagem para inatividade com o cômputo de tempo fictício são suficiente reconhecimento da situação jurídica buscada pelos militares com pedidos porventura ainda pendentes.

Adicionalmente, a causa idônea para provocar a confiança legítima do administrado, *in casu*, os servidores militares do Estado do Rio de Janeiro, é o

⁵ *El Principio General de la Buena Fé en el Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 2004. p.69/74.

posicionamento explícito do Órgão Central do Sistema Jurídico no sentido de preservar tal sistemática de cômputo de requisitos para passagem para a inatividade.

Por fim, o cumprimento dos deveres imponíveis ao administrado será verificado caso a caso, constituindo este o requisito específico para fazer incidir individualmente a ressalva ao entendimento esposado na Seção anterior deste parecer.

Destarte, impõe-se reconhecer o direito à contagem diferenciada, afastada na Seção anterior, para aqueles militares que tenham apresentado requerimentos de passagem para a inatividade até a edição e eventual aprovação deste parecer, ou ainda, para aqueles que, mesmo não tendo apresentado tal requerimento, não tenham mais como fruir de licenças e férias cujo gozo tenha sido postergado ou negado com base na mesma premissa.

Tal solução não é inédita nesta PGE, ou mesmo nesta Especializada, como ilustra o recente visto apostado pelo ilustre Procurador-Assistente da Procuradoria de Pessoal, Dr. BRUNO VELOSO DE MESQUITA ao Parecer nº 21 /2005-REFV/COAD, oriundo da Diretoria Jurídica da Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

"De fato, não obstante a ilicitude do ato que, em 1997, incorporou servidores vinculados à Secretaria de Estado de Educação - mas na época cedidos à UERJ - ao quadro de servidores da própria Universidade, no presente momento, há de ser confirmado aquele mesmo ato, em nome da preservação de valores e princípios constitucionais que, *in casu*, devem prevalecer, como irrefutavelmente demonstrado nas lições doutrinárias e nos precedentes jurisprudenciais invocados no presente processo administrativo.

(...)

"Como afirma o ilustre Procurador do Estado Luís Roberto Barroso, invocando lição do não menos ilustre Professor Cl Emerson Merlin Clève,

“a vida... é muito mais rica e complexa que a melhor das teorias. Foi inevitável, assim, que em algumas hipóteses excepcionais se admitisse o temperamento da regra geral, suprimindo ou atenuando o caráter retroativo do pronunciamento de inconstitucionalidade, em nome de valores como boa-fé, justiça e segurança jurídica.”⁶

⁶ *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. p.21.

IV - CONCLUSÃO.

Ante o exposto, concluo que:

- a) a vedação de cômputo de tempo fictício para fins de reconhecimento de direito a benefício previdenciário se integra à norma que institui o princípio constitucional da contributividade previdenciária;
- b) a lógica do sistema previdenciário nacional, tanto no regime geral, quanto naquele próprio, aí incluídos os militares, é a sua submissão à contributividade, portanto, a inexistência de remissão ao art.40, §10 na normatização específica do regime previdenciário dos militares não implica em autorizar a contagem de tempo fictício;
- c) por conseguinte, **aplica-se aos militares estaduais a vedação de contagem de tempo fictício para quaisquer fins previdenciários;**
- d) impõe-se, contudo, ressaltar a situação individual daqueles que, até a eventual aprovação deste parecer, tenham apresentado seus requerimentos de passagem para a inatividade ou, ainda que não o tenham feito, já não possam mais fruir os períodos de licença ou férias não gozados ao longo do período de atividade.

É este o parecer, S.M.J.

Rio de Janeiro, 29 de junho de 2010.

FERNANDO BARBALHO MARTINS
Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal

VISTO

APROVO o parecer FBM/PG-4 n° 07/2010, da lavra do Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal FERNANDO BARBALHO MARTINS e, assim, tenho por superada a posição acolhida por ocasião do visto ao parecer MLS/PG-4 07/2004, da lavra do Procurador do Estado MARCELO LOPES DA SILVA, quando, então, ainda havia nesta Casa vozes na linha de que a vedação constitucional à "*contagem de tempo fictício*" não alcançaria as carreiras militares.

Com efeito, uma década depois da edição da Emenda Constitucional n° 20, já está consolidada, ao menos no meio jurídico, a ideia de que o só fato de haver na Constituição certas regras especiais dirigidas aos servidores militares não os exclui da lógica da contributividade inerente a todo o sistema previdenciário.

Entretanto, é bem de ver, como destacado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal, que a Administração estadual, até este momento, não se

posicionou claramente a propósito. Tem-se notícia de atos de inativação de servidores militares levados a efeito na forma do parecer MLS/PG-4 07/2004. E ainda mais relevante, para a solução que se acolherá mais adiante, é o fato notório de que a Administração estadual, em nome da continuidade dos serviços de segurança, vinha indeferindo sistematicamente o gozo de férias e licenças pelos servidores militares, sob a perspectiva de que, em alguma medida, eles seriam compensados pela "*contagem de tempo fictício*".

Com efeito, assiste toda razão ao Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal, quando, a despeito de opinar pela fixação de entendimento divergente daquele manifestado pelo Procurador do Estado MARCELO LOPES DA SILVA, à vista de realidade identificada na situação concreta do serviço militar estadual, aponta para a necessidade de se fixar um marco temporal para aplicação de novo entendimento. O caso é em tudo e por tudo de aplicação dos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.

Nesses termos, as inativações de servidores militares não mais devem ter em conta qualquer modalidade de "*tempo fictício*", mas essa orientação não há de ser aplicada àqueles que já tenham protocolado seus requerimentos de passagem para a inatividade ou, ainda que não o tenham feito, já não possam, a esta altura, fruir dos períodos de licença ou férias não gozados ao longo da carreira.

À Secretaria de Estado da Casa Civil.

Rio de Janeiro, 6 de julho de 2010.

LÚCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do Estado