



” Repise-se, novamente, que a mudança de regime jurídico por força de lei não gera direito adquirido às vantagens percebidas sob o antigo regime; todavia, deve-se observar, com fundamento na irredutibilidade salarial, se houve a manutenção da remuneração global recebida, isto porque não houve disponibilidade patrimonial por parte do servidor. ”

Conselheiro Aluisio Gama
Processo 228.569-6/07

ATO DE PENSÃO

Trata o presente processo do Ato de Pensão e fixação de proventos em favor de Daisy Maria Pinto Peixoto Lobo e a menor Manuella Silveira Lobo, beneficiárias do ex-servidor Manoel Peixoto Lobo Neto, que ocupava o cargo de Médico, matrícula n.º 02262, falecido em 27/06/1994, conforme atestado de óbito de fls. 05 do processo 796/94.

O ex-servidor foi admitido no Município de Itaboraí sob o regime celetista para exercer a função de médico a partir de 12/05/1988. Por meio da Lei Complementar n.º 01, datada de 27/06/1990, passou para o regime estatutário (fls. 35/35verso).

Compulsando os autos, comprova-se que o ex-servidor percebia adicionais noturnos e insalubridade sob o regime celetista, pois laborava em condições insalubres e em plantão de 24 horas.

Quando da passagem para o regime estatutário por força obrigatória da Lei Complementar 01/90, o ex-servidor continuou percebendo tais adicionais por continuar laborando em condições insalubres e em plantão de 24 horas.

O que se discute nos autos é que os adicionais não poderiam ser concedidos quando da passagem para o regime estatutário, porquanto não havia lei prevendo e isto violaria o princípio da legalidade estrita que rege a atuação da Administração Pública.

Em suas razões de defesa, o jurisdicionado alega que os artigos 229 e 232 da Lei 1392/96 preveem as parcelas questionadas; ocorre que tais disposições legais ingressaram no ordenamento jurídico do Município depois do falecimento do ex-servidor.

Com base neste suporte fático, o Corpo Instrutivo sugere Recusa do Registro e Comunicação, visto que a regulamentação dos adicionais noturno e insalubridade foram posteriores ao óbito do ex-servidor, não tendo a Administração Municipal, em nenhuma das fases do processo apresentado fundamento legal vigente à época do óbito (fls. 86/87).

O Ministério Público Especial, às fls. 87 verso, opina no mesmo sentido.

É o Relatório.

O que está em jogo para o deslinde do presente caso é analisar se o princípio da legalidade previsto no art. 37 da CR/88 pode ser aplicado de forma absoluta, na medida em que a Lei Maior também prevê um outro princípio que é o da irredutibilidade do salário assentado em seu artigo 7º, VI, considerado um direito social, corroborado pelo art. 37, XV, também da Constituição.

Como visto, o ex-servidor foi obrigado por força da lei que instituiu o regime estatutário no Município a mudar de regime jurídico. De celetista passou para estatutário.

O Supremo Tribunal Federal já assentou que não existe direito adquirido a regime jurídico, mas entendo que isto deva ser moderado pela irredutibilidade de remuneração, nos casos em que a alteração de regime se dá obrigatoriamente.

Se o servidor estatutário de um município A faz concurso público para o Município B, obtém a aprovação e é nomeado para exercer um outro cargo com diferente remuneração, não se pode alegar direito adquirido, já que voluntariamente desejou se vincular a outro regime, com direitos, obrigações e legislação remuneratória distintos. Observe-se que o que ocorre neste caso é uma disponibilidade de patrimônio por parte do indivíduo. O indivíduo pode mudar de regime jurídico tanto para perceber remuneração maior quanto para perceber uma menor.

No presente caso isto não ocorreu. O ex-servidor não quis mudar de regime jurídico, porque isto ocorreu por força de lei e de mandamento constitucional. **Não houve disponibilidade de patrimônio e, desta forma, seu salário não poderia ser reduzido tendo em vista a irredutibilidade prevista na CR, caracterizando-se direito adquirido a perceber não as mesmas parcelas remuneratórias, mas sim a mesma remuneração global.**

Colaciono decisões que enfrentam detalhadamente a questão.

De plano, apresento ementa de uma decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 22094/DF, julgado em 02/02/2005, Relatora Ministra Ellen Gracie:

*DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS: CELETISTAS CONVERTIDOS EM ESTATUTÁRIOS. DIREITO ADQUIRIDO: AUSÊNCIA EM RELAÇÃO A VANTAGENS DE REGIME DIVERSO. DECESSO REMUNERATÓRIO NÃO COMPROVADO; GARANTIA DA CONTAGEM RECÍPROCA DO TEMPO DE SERVIÇO. LEI Nº 8.112/90, ART. 67 E 100. LEI Nº 8.162/91, ART. 7º, INCISOS I E III. 1. Constata-se a legitimidade passiva do TCU, quando aquela Corte baixa em diligência ato de aposentadoria, o qual, uma vez revisto, merece a aprovação da Corte de Contas. 2. O cômputo do prazo decadencial conta-se da edição do 2º ato de aposentadoria, pois é contra este que se rebela o impetrante. 3. Cristalizou-se o direito do impetrante à contagem do tempo de serviço para todos os fins, na forma do art. 100 da Lei nº 8.112/90. Daí decorre o reconhecimento do direito à percepção de anuênios. No RE 221.946, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 26/2/99, o Plenário reconheceu a inconstitucionalidade dos incisos I e III do art. 7º, da Lei nº 8.162/91. Pedido deferido para este efeito. 4. **Não há direito adquirido a regime jurídico. Não ocorrendo diminuição da remuneração global***

recebida, não há se falar que as parcelas percebidas ao tempo de seu ingresso no regime jurídico único da Lei nº 8.112/90 tenham se incorporado ao patrimônio jurídico do servidor. Não tendo o impetrante se desincumbido de comprovar o decesso remuneratório que ocorreria se a gratificação fosse suprimida ao tempo de seu ingresso no regime jurídico único, não há como se deferir o pedido de incorporação do que recebido a título de gratificação especial com base no princípio da irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV da CF). 5. Mandado de Segurança parcialmente concedido. (grifo nosso)

Agora decisão do Tribunal de Contas da União, processo 010.407/2005-8, julgado pela Segunda Câmara, Ministro Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES:

Pensão Civil. Universidade Federal de Minas Gerais. Horas-extras. Vantagem celetista incompatível com o regime estatutário estabelecido pela Lei 8.112/90. **Decréscimo de vencimentos, por ocasião da mudança de regime, não-demonstrado no caso concreto.** Acréscimo ilegal de proventos decorrente da concessão da vantagem do art. 184, inciso II, da Lei 1.711/52, mesmo em face de não ser, o ex-servidor, ocupante da última classe da carreira, ao tempo da aposentação. Inadequação do acréscimo de 20%, a que alude o art. 184, inciso II, da Lei 1.711/52, nos proventos de inatividade. Ilegalidade dos atos concessórios. Determinação e ciência aos interessados. (grifo nosso)

Por fim, decisões do Tribunal de Contas do Distrito Federal.

A primeira é a decisão 980/99 do processo 4478/98 Relator Conselheiro RONALDO COSTA COUTO:

FZDF que, no prazo de 60 (sessenta) dias, adote as seguintes providências, o que será objeto de verificação em futura auditoria:

• b.3 - excluir das remunerações dos seus servidores as parcelas referentes: “planos Bresser e Verão”; “reajuste de 100 % INPC - março/1985” e “equiparação com a FHDF”, sendo estas pagas sobre a rubrica “Complementação de Vencimentos”; “Gratificação de representação de gabinete”; “Horas extras incorporadas”; “Auxílio para diferença de caixa” e “Adicional de periculosidade”, que integram a rubrica “Vantagem pessoal”. **Concomitantemente, deverá ser verificado, caso a caso, a ocorrência de redução salarial, comparando-se a totalidade da remuneração praticada no momento imediatamente anterior com a vigente a partir da edição da Lei n.º 82/89. Caso seja constatada diferença a menos, esta deverá ser paga como vantagem pessoal nominalmente identificada, atualizando-se o seu valor até**

a presente data mediante a aplicação dos índices gerais de reajuste concedidos pelo governo do Distrito Federal; ...

• c) dispensar o ressarcimento das importâncias recebidas indevidamente a título de vantagens “celetistas”, haja vista a boa-fé em sua percepção; ... (grifo nosso)

A segunda é a decisão 1873/2007, processo 4111/96, Relator Conselheiro ANTONIO RENATO ALVES RAINHA:

*O Tribunal, por maioria, de acordo com o voto do Relator, tendo em conta a instrução e o parecer do Ministério Público, decidiu: ... **IV - tendo em conta a impossibilidade da percepção simultânea de vantagens específicas dos regimes celetista e estatutário, determinar à Secretaria de Estado Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente que ajuste o pagamento da parcela Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada - VPNI ao disposto no § 3º do art. 11 da Lei nº 804/1994, ficando estabelecido que a referida parcela corresponde à diferença entre a remuneração permanente (todas as vantagens celetistas) dos empregos da extinta SHIS que excederem o valor da remuneração das Carreiras Administração Pública e Procurador Autárquico do DF; ... (grifo nosso)***

Compilando os julgados já expostos, percebe-se que o princípio da legalidade estrita é harmonizado com a irredutibilidade da remuneração quando se implementa mudança do regime celetista para o estatutário por força de lei. É mister ressaltar que a garantia constitucional da intangibilidade do salário é devido ao seu caráter alimentar, constituindo fonte de sobrevivência do trabalhador e sua família.

Na troca de regime, deve-se analisar caso a caso se houve redução salarial. Deve-se comparar a última remuneração sob o regime anterior com a remuneração que será devida sob o novo regime. Constatado um valor menor, esta diferença deve ser paga por meio de uma parcela nova, como por exemplo, no Distrito Federal, que foi chamada de vantagem pessoal nominalmente identificada.

Repise-se, novamente, que a mudança de regime jurídico por força de lei não gera direito adquirido às vantagens percebidas sob o antigo regime; todavia, deve-se observar, com fundamento na irredutibilidade salarial, se houve a manutenção da remuneração global recebida, isto porque não houve disponibilidade patrimonial por parte do servidor.

Por outro lado, não logrei êxito em verificar se houve ou não redução da remuneração global do ex-servidor quando da mudança do regime jurídico, razão pela qual deve-se baixar o processo em diligência externa para que o jurisdicionado e a pensionista se manifestem para dirimir tal dúvida.

Vejo ainda que o fundamento da pensão está equivocado, visto que é posterior à data do óbito do ex-servidor. Deveria ter sido utilizado na fundamentação legal o §5º do artigo 40 da redação original da Constituição da República.

Pelo exposto, em desacordo com o Corpo Instrutivo e com o Ministério Público Especial,

VOTO:

I - Por DILIGÊNCIA EXTERNA, com COMUNICAÇÃO ao Presidente do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Município de Itaboraí da decisão desta Corte, para que, conforme a legislação em vigor, atenda aos itens a seguir relacionados:

a) Informe e comprove a última remuneração do sr. Manoel Peixoto Lobo Neto, com suas respectivas parcelas discriminadas, sob o regime celetista; e ainda a nova estrutura remuneratória que adveio com o regime estatutário, discriminando também suas parcelas;

b) Dê ciência à Sra. Daisy Maria Pinto Peixoto Lobo desta decisão e quanto ao item anterior, alertando-a que pode se manifestar nos autos com o objetivo de comprovar o que se exige;

c) Avalie a recomendação desta Corte para alterar a fundamentação do ato de pensão para art. 40, §5º, com redação original da Constituição da República de 1988.

ALUISIO GAMA DE SOUZA

Relator