



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS



PARECER N.º 001/2009/DECOR/CGU/AGU
PROCESSO N.º 08001.005671/2009-13
INTERESSADO: Valdemar Capeletti
ASSUNTO: Aposentadoria de magistrado

Direito Administrativo. Aposentadoria. Juiz do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Incisos II e III do art. 6.º da Emenda Constitucional n.º 41/2003. Impossibilidade de contagem do tempo como estagiário de Direito. Inviabilidade de consideração do tempo de advocacia privada como serviço público para fins de aposentadoria.

Senhora Coordenadora-Geral,

1. Versa o presente processo sobre pedido de aposentadoria subscrito em 05/06/2009 por Valdemar Capeletti, Juiz do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, nos seguintes termos (fls. 01/02):

(...)

3. O requerente averbou 25 anos, 10 meses e 9 dias de tempo de serviço, dos quais 21 anos, 4 meses e 22 dias considerados como serviço público, anteriores ao seu ingresso na magistratura (art. 77 da LC n.º 35, de 14/03/79 e art. 48 da Lei 8.906, de 04/07/94, reforçado pelo Acórdão Plenário do TCU de n.º 2636/2008 (...))

(...) o magistrado veio a implementar, em 04 de junho de 2009, os requisitos previstos no art. 6.º, caput, incisos I, II, III e IV, da EC n.º 41/03, assim discriminados:

a) implementou 60 anos de idade em 27 de fevereiro de 2009 (inciso I); b) completou 35 anos de contribuição em 30 de julho de 2008 (inciso II); c) implementou 20 anos de efetivo exercício no serviço público em 16 de janeiro de 1998 (inciso III), que somados aos 10 anos de carreira em 04/06/2009, atingem, agora, a soma de 31 anos, 4 meses e 22 dias de serviço público; d) completou 10 anos de carreira em 04 de junho de 2009 e 5 anos de efetivo exercício no cargo de Juiz do Tribunal em 05 de junho de 2004 (inciso IV).

6. Diante do exposto, requer seja-lhe concedida aposentadoria no cargo de Juiz do Tribunal, nos termos do art. 6.º, caput, incisos I, II, III e IV, e 7.º da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, c/c art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 47, de 05 de julho de 2005 (...)

2. As fls. 13/14, foram acostadas certidões do tempo de contribuição expedidas pelo INSS.

3. As fls. 15/17, foram juntadas certidões emitidas pela Ordem dos Advogados do Brasil.

¹ Nos termos do art. 3.º, § 3.º, da Portaria n.º 1.399, de 05/10/2009, inicia-se a partir da presente manifestação a numeração dos pareceres deste Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos.

4. O Tribunal Regional Federal da 4.ª Região apresentou em 05/06/2009 certidão de tempo de serviço e o mapa de tempo de serviço do requerente (fls. 18/20 e 21/24).

5. Em 08/06/2009, a Diretora da Divisão de Assuntos da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região prestou as seguintes informações sobre a situação do interessado (fls. 52/57):



(...)

De salientar que o requerente ocupou os seguintes cargos administrativos na OAB/SC, relativamente aos quais também houve contribuição previdenciária correspondente, conforme se verifica na certidão expedida pelo INSS à fl. 14 e certidões expedidas pela OAB às fls. 15/16 (...)

(...)

Examinando os requisitos previstos nos incisos I a IV do art. 6.º supracitado, verifica-se que:

(...)

= para fins de apuração dos 20 anos de efetivo exercício no serviço público (inciso II) do art. 6.º, faz-se necessário considerar, além dos 10 anos e 1 dia de tempo de judicatura, os 2.297 dias, ou seja, 06 anos, 03 meses e 17 dias, relativos ao exercício de cargos administrativos na Subseção de Chapeco da OAB/SC, equiparados ao serviço público, conforme determinam as Leis n.º 4215/63 e 8906/94. O tempo faltante, 1.352 dias, ou seja, 03 anos, 08 meses e 17 dias, corresponde ao exercício da atividade advocatícia (períodos de 01.01.78 a 31.01.89 e 01.02.91 a 31.01.95), relativamente aos quais o magistrado invoca como fundamentos o art. 77 da LOMAN e art. 48 da Lei n.º 8.906/94, reforçado pelo Acórdão Plenário do TCU de n.º 2636/2008 (...)

(...)

6. Mais adiante, a Exma. Sr.ª Presidente do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região assim despachou em 10/06/2009 (fls. 58):

Tendo em vista o disposto no art. 77 da LC n.º 35/79, o tempo de atividade advocatícia prestado pelo magistrado configura-se como tempo de serviço público.

Atendidas as formalidades legais, encaminho-se o expediente ao Ministério da Justiça, para apreciação.

(...)

7. As fls. 59/63, a Coordenação-Geral de Provimento e Vacância da Secretaria de Reforma do Judiciário, por intermédio da Informação INF/CGPROV/SGPROV/SRJ/MJ n.º 57/09, de 17/07/2009, manifestou-se *in verbis*:

(...)

06. O Tribunal Regional do Trabalho (s/d) informá, em seu parecer (s/r) de fls. 52/58, que o ilustre magistrado implementou todos os requisitos previstos no art. 6.º, caput, incisos I, II, III e IV, da EC n.º 41/03, acima mencionada.

07. Ante o exposto, a aposentadoria do Dr. Valdemar Capeletti, no cargo de Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, RS, poderá ser decretada, com arrimo nos arts. 6.º, incisos I, II, III, IV, e 7.º, da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, acima mencionadas, combinado com os arts. 74 e 77 da Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979 (...)

8. A citada Informação foi aprovada pelo Secretário Substituto da Secretaria de Reforma do Judiciário, que submeteu os autos ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça (fls. 64).

9. No dia 23/07/2009, foi subscrita pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça a Exposição de Motivos n.º 102, que encaminhou ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República a minuta do decreto de inativação do interessado (fls. 68/69).



10. Por meio do Ofício n.º 413/09-SAJ, de 30/07/2009, acostado às fls. 65, o Senhor Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República restituiu a Exposição de Motivos n.º 102 ao Ministério da Justiça, bem como solicitou a manifestação expressa da Consultoria Jurídica da referida pasta sobre o "cumprimento pelo interessado das exigências contidas nos incisos II e III do art. 6.º da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, citadas como embasamento do ato jubilatório".

11. Sendo assim, a Secretaria de Reforma do Judiciário emitiu a Nota Técnica n.º 88/09-SRI/MI, de 13/08/2009, juntada às fls. 70/75, pela qual ratifica o entendimento que considera cumpridos todos os requisitos para a aposentação nos termos seguintes:

(...)

II. Do cumprimento do art. 6.º, inciso II, da EC 41/03:

(...) pela redação atual do art. 40, § 10, da CF/88, ao vedar a contagem de tempo de contribuição fictício não possui efeito retroativo, conforme já assentado pela doutrina e jurisprudência acerca do tema, no que diz respeito à eficácia retroativa mínima, que só possui o condão de afetar alguns efeitos futuros de atos praticados no passado, o que não se aplica ao caso em tela. Tal entendimento ainda está conforme a Decisão 748/2008 - TCU-Plenário (...)

Desse modo, soma-se ao período que consta na fl. 71 dos autos ('averbações anteriores' - 25 anos, 10 meses e 09 dias) aquele em que o magistrado atuou perante o TRF-4, que foi de 10 anos e 01 dia, conforme a mesma certidão supracitada, implementando assim o requisito constitucional do tempo de contribuição, uma vez que totaliza 35 anos, 10 meses e 10 dias (...)

III. Do atendimento do inciso III do art. 6.º da EC 41/03:

Para comprovação do tempo de serviço público, o requerente consigna 10 anos referentes ao exercício do cargo de Desembargador Federal do TRF da 4.ª Região, nos termos da certidão de fl. 18. Para complementação do tempo faltante - mais 10 anos, foi considerado o aproveitamento do tempo de exercício da advocacia, à luz do art. 77 da LOMAN (LC n.º 35/79), verbis:

'Art. 77 Computar-se-á, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de exercício da advocacia, até o máximo de quinze anos, em favor dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos membros dos demais Tribunais que tenham sido nomeados para os lugares reservados a advogados, nos termos da Constituição Federal (grifos nossos)'

O Egrégio TRF da 4.ª, ao acolher essa conjugação de tempo de serviço público pelo somatório do exercício do cargo de magistrado federal com a comprovação da atividade advocatícia, observadas as devidas contribuições previdenciárias, destacou que parte desse tempo (6 anos, 3 meses e 17 dias) estaria reforçado pela comprovação do exercício de cargos administrativos na Subseção da OAB de Chapacó/SC, com base no art. 48 do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94), por também considerar o cargo de dirigente da entidade profissional como 'serviço público relevante, inclusive para fins de disponibilidade e aposentadoria'. Esta estatura de conversão em serviço público decore da regra constitucional que 'o advogado é indispensável à administração da justiça, explicitada no estatuto da categoria - art. 2.º, § 1.º, in verbis:

'Art. 2.º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1.º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social' (grifos nossos)

(...) a previsão legal da Lei Orgânica da Magistratura (art. 77), enquanto estatuto jurídico de uma carreira de estado, somente pode ter o condão de acolher parte da comprovação do exercício da atividade privada (até 15 anos) como tempo de serviço público (...)

Para maior conforto desta interpretação, reitera-se o posicionamento do Tribunal de Contas da União - Acórdão de Plenário n.º 2536/2008 (...)

O único requisito que o TCU exige - pós EC n.º 20/96, face à vedação de tempo ficto - é que o magistrado comprove que contribuiu para o INSS durante tal exercício. (...)



É o caso dos autos, uma vez que utiliza 6 anos, 3 meses e 17 dias pelo exercício do cargo de dirigente da OAB e o restante - 3 anos, 8 meses e 13 dias - para completar 10 anos faltantes do tempo de serviço público, do exercício puro da advocacia. Todos com comprovação do recolhimento previdenciário e dentro do limite máximo de 15 anos.

(...) entende-se que os períodos averbados pela atividade de advogado, bem como o período em que o requerente ocupou cargo diretivo da OAB podem ser considerados como serviço público por força de lei e, uma vez somados ao tempo em que o magistrado atuou perante o TRF-4, atende ao requisito contido no art. 6.º, inciso III, da EC 41/03 (20 anos de efetivo serviço público).

No mais, sobre o tempo de contribuição - 35 anos - também restou sobejamente comprovado.

(...)

12. Atendendo consulta formulada pelo Secretário de Reforma do Judiciário Substituto, o Consultor Jurídico do Ministério da Justiça entendeu como "juridicamente válida" a interpretação adotada na Nota Técnica n.º 88/09-SR(JM) (fls. 76).

13. As fls. 79, foi juntado o Ofício n.º 475/09-SAJ, de 08/09/2009, pelo qual o Senhor Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República solicita que esta Advocacia-Geral solucione divergência jurídica entre a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça (fls. 70/76) e a Nota SAJ n.º 3401-URJ, emitida por aquela Subchefia. Na oportunidade, foi sugerida a esta Advocacia-Geral a oitiva prévia do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

14. Eis os principais pontos da Nota SAJ n.º 3401/2009 - URJ, de 04/09/2009, aprovada em 04/09/2009 pelo Senhor Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil (fls. 80/93):

(...) o pedido de aposentadoria ainda não preenche os requisitos constitucionais exigidos pelo art. 6.º da Emenda Constitucional n.º 41/2003, ou seja, a meu juízo, não assiste razão à SRJ quando interpretou que o interessado já preencheu os 35 anos de contribuição exigidos pelo inciso II, como também os 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público exigidos pelo inciso III (...)

11.0) Segundo consta da certidão do INSS (fl. 14), o interessado contava, em 30/04/1999, com 23 anos, 10 meses e 27 dias, sendo tal contagem feita da seguinte forma: de 05/07/1969 a 31/01/1972: 2 anos, 6 meses e 27 dias; de 01/01/1978 a 30/04/1999: 21 anos e 4 meses.

11.1) Registre-se que nesses 21 anos e 4 meses já está incluído o período que ele ocupou cargos diretivos na OAB/SC (...)

12.0) Assim, somando os 23 anos, 10 meses e 27 dias constantes da certidão do INSS ao tempo de judicatura no TRF da 4.ª Região (...) o interessado (...) passando a contar então (...) com 33 anos, 10 meses e 27 dias, e não com os 35 anos conforme relatado nos autos do processo.

13.0) Desta modo, a indagação que surge neste momento é a seguinte: de onde o TRF 4.ª Região - órgão responsável pela instrução do processo - retirou o tempo faltante para completar os 35 anos?

14.0) A resposta, a nosso juízo, parece estar na certidão de fl. 17 e na informação administrativa contida na fl. 19 (...)

15.0) Ora, Senhor Subchefe, o que precisamos ter em mente neste momento é que o interessado - independentemente de qualquer discussão meritória que porventura possa existir nesse âmbito de discussão - precisa de uma certidão de tempo de contribuição atestando esse período de estágio como tempo de contribuição junto ao regime geral de previdência (INSS).

16.0) Ou seja, ao contrário dos 10 anos de judicatura, onde se exige apenas a certidão do tribunal ao qual ele está vinculado, para a comprovação do tempo de contribuição junto ao INSS é preciso de uma certidão do próprio INSS reconhecendo o tempo pretendido pelo interessado como tempo de contribuição.



17.0) Ademais, se o Interessado juntou uma certidão de tempo de contribuição do próprio INSS (fl. 14) para comprovar o seu tempo de contribuição na condição de advogado (01/01/1978 a 30/04/1999), ele também necessitará da mesma prova documental para comprovar o tempo de contribuição na condição de 'estagiário ou solicitador acadêmico' no período de 12/05/1975 a 31/03/1977.

(...)

19.0) Dentro dessa perspectiva, não é difícil notar que este período faltante para completar os 35 anos de contribuição exigidos pelo inciso II do art. 6.º da EC n.º 41/2003 - período em que o interessado foi estagiário ou solicitador acadêmico - não é uma questão de 'período ficto' já consolidado antes da EC n.º 20/98, conforme alegado pela SRJ/MJ, mas sim uma questão de ausência de comprovação material, comprovação esta que precisa ser feita por quem tem atribuição (INSS) de certificar referido período como tempo de contribuição.

(...) sem a comprovação (certidão do INSS) do tempo de contribuição na qualidade de estagiário (2 anos), o Interessado não consegue preencher os requisitos constitucionais para sua aposentadoria.

(...)

III.1 - Aplicação do art. 77 da LOMAN

(...) em que pese não haver revogação expressa de tal dispositivo, pensamos que tal prescrição não foi recepcionada pela EC n.º 20/98.

24.0) A premissa geral da qual partimos é que todas as regras de aposentadoria agora têm respaldo constitucional, ou seja, seja qual for o servidor público - do mais humilde ao mais graduado, incluindo-se ministros, desembargadores, juizes, etc. - o seu regime de aposentadoria terá como base a Constituição Federal, e não mais as antigas espécies normativas setoriais de caráter infraconstitucional.

25.0) Nesse contexto, como o regime constitucional evocado no processo foi o regime previsto no art. 6.º da EC n.º 41/2003 é necessário que haja a plena subsunção dos fatos ao conteúdo da norma que comanda o regime de aposentadoria. Assim, quando a Constituição exige 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público, o postulante à aposentadoria precisa comprovar, à luz dessas mesmas regras constitucionais, que dedicou 20 anos de sua capacidade profissional ao serviço público.

26.0) Repara, Senhor Subchefe, que a Constituição não fala apenas '20 anos de serviço público', mas sim '20 anos de efetivo exercício no serviço público', o que desde já afasta qualquer possibilidade de conversões fictícias, como é o caso do citado art. 77 da LOMAN.

27.0) Diz-se 'conversões fictícias' porque bem sabe Vossa Senhoria que a atividade advocatícia privada - prestada exclusivamente em escritório particular - jamais poderia, sob a luz das atuais regras constitucionais, ser considerada 'efetivo exercício' no serviço público para efeito de enquadramento com o disposto no art. 6.º da EC n.º 41/2003.

28.0) A rigor, quando a EC n.º 41/2003 exige 'efetivo exercício' no serviço público ela está na verdade afastando qualquer hipótese de ficções jurídicas que levem o servidor a uma inatividade indevida, dando, portanto, plena execução a um outro dispositivo constitucional que diz:

'art. 40

(...)

§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

29.0) Ou seja, o tempo de contribuição prestado em escritório particular de advocacia, com fins e propósitos eminentemente privados, não pode ser considerado 'efetivo exercício no serviço público' porque, além de materialmente não ser serviço público, a própria Constituição veda qualquer ficção nesse sentido.

30.0) O que o postulante à inatividade pode contar como serviço público - conto sob o qual não há controvérsias - é o tempo que ocupou cargos de direção na OAB, que segundo a doutrina e a jurisprudência, é uma autarquia especial, e, portanto, serviço público (...)

31.0) A nar dessas assertivas, outra não pode ser a nossa conclusão senão considerar o referido art. 77 da LOMAN como não recepcionado pela EC n.º 20/98, e, conseqüentemente, pela EC n.º 41/2003.

(...)



36.0) Neste diapasão, pelo nosso atual regime, vimos anteriormente que além da advocacia privada jamais ter sido considerada serviço público, e menos ainda 'efetivo exercício no serviço público' conforme descrito no art. 6.º, III, da EC n.º 41/2003, o tempo de advocacia privada alçado ao status de serviço público nada mais é do que serviço público ficto, fato vedado pela Constituição desde o advento da EC n.º 20/98.

37.0) Mas aqui, Senhor Subchefe, há um detalhe importantíssimo que só comprova a interpretação de que o art. 77 da LOMAN não foi realmente recepcionado. Não obstante a questão do tempo fictício, um ato normativo infraconstitucional não pode restringir a 15 anos o 'tempo de contribuição' de um servidor, vale dizer, quando sustentamos que o art. 77 da LOMAN não foi recepcionado pela EC n.º 20/98, estamos dizendo que tal entendimento se aplica tanto para as hipóteses em que o postulante à aposentadoria sai prejudicado (como é o caso sob exame) quanto para os casos em que ele sai beneficiado (...)

38.3) O art. 77, portanto, colide com o disposto no § 9.º do art. 201 da CF (antigo § 2.º do art. 202). I.cando, nessa hipótese, o servidor beneficiado a partir do reconhecimento de sua não recepção.

38.4) Sob outro ponto de vista, mas dentro do mesmo raciocínio, o art. 77 também entra em colisão com o disposto no art. 40, § 10, da CF (com redação dada pela EC n.º 20/98) e com o art. 6.º, Inciso III, da EC n.º 41/2003, justamente por permitir que o tempo de contribuição na advocacia eminentemente privada - tempo fictício - seja considerado 'efetivo exercício no serviço público'.

38.5) Logo, se o art. 77 da LOMAN não serve para limitar a 15 anos o tempo de contribuição de advocacia privada no requisito geral de 35 anos de tempo de contribuição previsto no inciso II do art. 6.º da EC, ele também não serve para transformar tempo de advocacia eminentemente privada em 'efetivo serviço público', ou melhor, não serve para possibilitar o enquadramento de situações fícticas no art. 6.º, III, da EC 41/2003.

39.0) Outro argumento fortíssimo que pesa contra o referido art. 77 da LOMAN diz respeito à questão da isonomia com os demais servidores públicos, isonomia esta que a Constituição fez questão de adotar como filosofia geral para efeitos de aposentadoria.

(...) se nós considerarmos que o art. 77 foi recepcionado pela EC n.º 20/98 vamos chegar à conclusão que, objetivamente falando, os ministros e desembargadores oriundos do quinto constitucional são, salvo melhor juízo, os únicos servidores públicos (ocupantes de cargos efetivos), que atualmente podem se aposentar pelo art. 6.º da EC n.º 41/2003 contando tempo ficto para preencher os requisitos constitucionais.

(...) todo e qualquer discriminação, para efeito de aposentadoria, precisa agora ter um status constitucional (...)

44.0) A título ilustrativo, é preciso registrar que apesar da redação do § 4.º ser da Emenda Constitucional n.º 47/2005, a vedação à 'requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria' já existe desde a EC n.º 20/98, isto é, antes mesmo de o interessado ter sido nomeado Desembargador Federal do TRF da 4.ª Região.

44.1) Dessa forma, ao contrário do que afirma a SR/JMJ (fl. 71), não há a menor possibilidade jurídica para se considerar que há 'tempo ficto consolidado antes da EC n.º 20/98', pois o ingresso como Desembargador Federal - cargo no qual se dará a aposentadoria - ocorreu em 08/06/1999, vale dizer, após a EC n.º 20/98.

(...)

46.7) Assim, se não há no texto constitucional nenhum requisito ou critério diferenciado para os membros dos tribunais oriundos do sistema do quinto constitucional, então as regras de aposentadoria para estes servidores devem ser iguais às dos demais magistrados (...)

(...) fica claro notar que o regime de aposentadoria de todos os servidores públicos, inclusive magistrados, é o regime constitucional, não havendo mais espaço para regras infraconstitucionais, a exemplo do art. 77 da LOMAN, que dão guarida a 'requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria'.

48.0) Por fim, sem o art. 77 da LOMAN o interessado não consegue completar 30 anos de 'efetivo exercício no serviço público', pois juntando o tempo que ocupou cargo de direção na OAB (6 anos e 107 dias) ao seu



tempo como Desembargador Federal (pouco mais de 10 anos) ele chegaria ao cômputo máximo de aproximadamente 16 anos.

II.11.1 - Aplicação do Acórdão (Plenário) n.º 2636/2008

(...) a hipótese colacionada no acórdão não guarda pertinência temática com a questão que realmente está sendo discutida nesse processo, qual seja, o cômputo de atividade advocatícia prestada em escritório particular como 'efetivo exercício no serviço público'.

(...) observando os pontos acima mencionados (pontos 31 e 32), chega-se à conclusão que o tempo de advocacia prestado em escritório particular pode ser contado para efeitos de integralização dos 35 anos de contribuição de que trata o inciso II do art. 6.º da EC n.º 41/2003, mas não para comprovar o 'efetivo exercício no serviço público' (inciso III do art. 6.º da EC n.º 41/2003).

(...) penso que o pedido de aposentadoria ainda não preenche os requisitos constitucionais exigidos pelos incisos II e III do art. 6.º da Emenda Constitucional n.º 41/2003, razão pela qual firmo a divergência com a Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, bem como com a Secretaria de Reforma do Judiciário, opinando, portanto, pela não concessão do ato aposentador, considerando as informações que atualmente instruem o processo.

(...) sugiro que o processo seja encaminhado à Douta Advocacia Geral da União, nos exatos termos do que determina o art. 4.º, incisos X e XI, da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993.

(...)

15. Em 18/09/2009, o Senhor Diretor deste Departamento Jurídico enviou os presentes autos à Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (fls. 98).

16. Por fim, foi juntado às fls. 155/170 o Parecer MP/CONJUR/SMM n.º 1319-3.21/2009, de 05/10/2009, aprovado pelo Consultor Jurídico do MPOG em 06/10/2009, que assim enfrentou a questão:

(...) a discussão acerca da matéria não é nova, tendo o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4.ª Região se debruçado sobre a mesma, no ano de 2005, quando apreciou pedido de reconsideração do interessado, e decidiu, com fundamento em jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas da União, em precedentes daquele próprio Tribunal, favoravelmente à contagem do lapso temporal em questão, independentemente do recolhimento de contribuições previdenciárias.

10. Por ocasião do julgamento do pedido de reconsideração do interessado, ao argumento por ele utilizado de que 'a época dos fatos (1975/1977) não poderia se inscrever como autônomo, posto que somente a partir de 1999, através do Decreto n.º 3.048, de 1999, que aprovou o Regulamento da Previdência Social, o estagiário passou a ser considerado 'segurado facultativo', aquele TRF da 4.ª Região concluiu em sentido favorável à inexistência, aduzindo que a própria Emenda Constitucional n.º 20, de 1998, ao ser introduzida no mundo jurídico, prestigiu as relações até então consolidadas, dispondo em seu artigo 4.º que 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.

(...)

12. Observe-se que a possibilidade deste período ficto ampara-se na própria redação do artigo 4.º da Emenda n.º 20. Para o Tribunal de Contas da União no citado precedente, Decisão n.º 748, de 2000, 'a data-limite para a aquisição do direito, ante a nova redação conferida ao art. 40, § 10, da Constituição Federal, deve ser a de 16/12/98. Demais tempos fictos também poderão ser utilizados para efeito de aposentadoria, desde que tenham sido incorporados ao patrimônio do servidor até 16/12/98' (p. n.º).

11. Diversamente do entendimento consignado pela SAJ, o direito de averbação do período de atividade como solicitador acadêmico, e sua consequente incorporação ao patrimônio do requerente, independe do



fato de que, em 1998, ano do advento da Emenda Constitucional, o desembargador ainda não integrava o Tribunal, ou ainda independe do fato do requerente não haver averbado esse tempo ou ter preenchido o direito à aposentadoria. (...)

15. Estabelecido, pois, que a Emenda Constitucional n.º 20, de 1998, não trouxe impeditivo ao cômputo do tempo ficto já integralizado, prestado como solicitador acadêmico, resta-nos averiguar a procedência da alegação da SAJ de que o art. 77 da LOMAN, que fundamentou o entendimento dos demais órgãos que se manifestaram favoravelmente ao reconhecimento do direito de aposentadoria do desembargador, não teria sido recepcionado pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998.

(...) diversamente do preconizado pela SAJ, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Tribunal de Contas da União entendem legítima a discriminação efetuada pela ordem jurídica em favor do magistrado ocupante do lugar reservado a advogados (...)

16. Assim, em que pese a 'rica carga argumentativa' contida na Nota SAJ n.º 3401-URJ, esta CONJUR/MP coaduna-se com a citada jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal, que, salvo melhor juízo, dão suporte às manifestações do TRF da 4.ª Região, da Secretaria de Reforma do Judiciário e da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, favoráveis ao reconhecimento da legalidade da averbação do período de 1975 a 1977, em que o requerente atuou como solicitador acadêmico, independentemente de apresentação de certidão do INSS e, conseqüentemente, do seu direito à aposentadoria requerida.

(...)

22. Neste diapasão é que entendemos que o posicionamento até então adotado pela Administração Pública de permitir o cômputo do tempo de serviço de solicitador acadêmico, prestado pelos magistrados ocupantes dos lugares destinados a advogados, mediante a apresentação de certidão da OAB, anteriormente à edição da Emenda Constitucional n.º 20, de 1998, está em perfeita sintonia com a moderna doutrina do Direito Administrativo (...)

25. Somente para argumentar, opinamos que, caso a Advocacia-Geral da União adote o entendimento consignado pela Nota SAJ, tratando-se de nova interpretação administrativa e tendo em vista os diversos atos administrativos concessórios de aposentadoria que já foram deferidos com fulcro nas multitudes decisões do Tribunal de Contas da União e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se apique a este novo entendimento o disposto no parágrafo único do art. 2.º da Lei n.º 9.784, de 1999.

(...)

É o minucioso relatório. Passa-se a opinar.

II – As teses divergentes

17. Desde logo, percebe-se que os posicionamentos jurídicos conflitantes estão contidos na Nota Técnica n.º 88/09-SRJ/MJ, de 13/08/2009, na Nota SAJ n.º 3401/2009 - URJ, de 04/09/2009, e no Parecer MP/CONJUR/SMM n.º 1319-3.21/2009, de 05/10/2009.

18. A Nota Técnica n.º 88/09-SRJ/MJ e o Parecer MP/CONJUR/SMM n.º 1319-3.21/2009 entendem cumpridos os requisitos constitucionais para a concessão da aposentadoria pleiteada. Já a Nota SAJ n.º 3401/2009 - URJ não enxerga o preenchimento das disposições constantes dos incisos II e III do art. 6.º da EC n.º 41/2003.

19. A controvérsia refere-se a dois períodos contados pelo TRF da 4.ª Região para a aposentadoria do postulante.

20. No primeiro, de 12/05/1975 a 31/03/1977, o interessado, conforme a certidão de fls. 17, esteve inscrito no Quadro de Estagiários da OAB/R5. Contudo, o TRF



da 4.ª Região averbou às fls. 19 o referido período como tempo de serviço na condição de solicitador acadêmico.

21. O segundo diz respeito à contagem como tempo de serviço público de período no qual o requerente exerceu a advocacia privada e contribuiu para o INSS.

22. Explicitado o conflito, passa-se a examinar o cumprimento dos requisitos previstos nos incisos II e III do art. 6.º da EC n.º 41/2003, objeto da presente manifestação.

III - O tempo de estágio e o inciso II do art. 6.º da Emenda Constitucional n.º 41/2003

23. O inciso II do art. 6.º da EC n.º 41/2003 exige dos homens "trinta e cinco anos de contribuição" para a aposentadoria. E, como visto, para se chegar aos trinta e cinco anos de contribuição, o postulante pretende se valer de período de estágio.

24. Neste momento, é válido esclarecer que a cartidão de fls. 17, expedida pela OAB/R5 simplesmente comprova o deferimento do pedido de inscrição no "Quadro de Estagiários sob o n.º 4295, tendo prestado compromisso estatutário em 12 (doze) de maio de 1975 (...), com validade até 31 (trinta e um) de março de 1977 (...), data em que foi cancelada sua inscrição, por fluência de prazo". Não havendo notícia do exercício da função de solicitador acadêmico.

25. E conforme consta dos presentes autos, no período em tela não houve o pagamento de contribuição previdenciária.

26. Partindo dessas constatações, convém destacar que esta Advocacia-Geral já se pronunciou sobre a inviabilidade da contagem do tempo de estágio para efeito de aposentadoria. A Nota AGUNM-17/97, de 13/07/1997, aprovada pelo Exmo. Sr. Advogado-Geral da União em 08/07/1997, assim dispôs:

(...)

Pretende-se seja contado, para fins de aposentadoria, tempo de estágios prestados no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e no extinto Ministério do Interior, respectivamente nos períodos que iniciam de 2 de fevereiro e 31 de dezembro de 1972 e 2 de janeiro e 2 de maio de 1973.

2. O primeiro estágio decorreu de convênio celebrado entre o aludido órgão judiciário e a Fundação Universidade de Brasília (fls. 92/93), com as seguintes características pertinentes ao pedido:

a) o Tribunal aceitava alunos de Direito da Universidade, a fim de estagiarem diariamente (...)

3. (...) Ministério do Interior (...) para, na qualidade de acadêmicos de Direito do Departamento de Direito da Faculdade de Estudos Sociais Aplicados da Universidade de Brasília, estagiarem em tarefas de análises e preparação de dados para o Subsistema de Referência de Legislação (...)

6. Não se indica a norma permissiva que servida de fundamento à contagem dos aludidos períodos de estágio: a previsão legal é imprescindível, dado que a atuação dos administradores públicos necessariamente há de guardar conformidade com o direito, ou seja, não se adota medida sem que a atividade estatal esteja condicionada à norma permissiva expressa ou exsurta das que compõem o Direito, de forma implícita - consequência imediata do princípio da legalidade.

(...)

10. Inere-se que os estágios de espécie revestem-se do caráter de aprendizagem, sem a característica de ingresso no serviço público federal, através da investidura em cargo, emprego ou função. Destarte, a contagem do correspondente tempo somente far-se-ia viável se autorizada em lei, o que não se verifica.

(...)



14. O Tribunal de Contas da União, no Proc. N. TC 014.102.84.3, adotou a decisão de que o 'tempo de serviço prestado na qualidade de estagiário junto à Comissão Nacional de Energia Nuclear não é computável para qualquer efeito'. (...)

16. Assim, afigura-se coerente com a positividade das normas de regência da matéria a ilação de que o tempo de estágio em exame não é computável para fins de aposentadoria, por isso que inexistente a autorização legal.

27. Aqui é bom reforçar a inexistência de norma jurídica que estabeleça a mera atividade de estágio como tempo de serviço para fins de aposentadoria, sem necessidade de contribuição previdenciária.

28. Como muito bem observado pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, se o Tribunal de Contas da União exige a contribuição dos advogados para que o exercício da advocacia seja computado para a aposentadoria, com muito mais razão se exigirá a contribuição dos estagiários. Esse é o entendimento que se extrai do Acórdão n.º 2.036/2008 – Plenário, parcialmente reproduzido a seguir:

Acórdão n.º 2636/2008 – Plenário

(...)

Voto do Ministro Relator

(...)

28. Com relação ao tempo em que o magistrado permaneceu como membro ou conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, a resposta ao questionamento formulado pelo consultante sobressai do próprio art. 48 do Estatuto da Advocacia e da OAB (aprovado pela Lei nº 8.906, de 4/7/1994): "o cargo de conselheiro ou de membro do órgão da OAB é de exercício gratuito e obrigatório, considerado serviço público relevante, inclusive para fins de disponibilidade e aposentadoria" (grifos acrescentados).

29. Necessário, no entanto, ressaltar que esse tempo somente poderá ser computado para fins de aposentadoria, se o magistrado comprovar que contribuiu perante o Instituto Nacional do Seguro Social, haja vista o atual caráter solidário e contributivo do regime próprio de previdência social, no Brasil.

30. Como bem abordado pela Sefip em sua instrução, destaque-se que o tempo em que os magistrados exerceram a advocacia (sem concomitância com a atividade de membro ou conselheiro da Ordem) também pode ser computado para a aposentadoria, nos termos do art. 77 da Lei Complementar nº 35, de 1979 (Loman), mas desde que comprovado o recolhimento da contribuição previdenciária respectiva.

31. Indispensável observar, todavia, que - nesse caso, conforme entendimento consubstanciado em Consulta respondida por este Tribunal, por intermédio da Decisão 504/2001-Plenário, - a averbação desse tempo de serviço tem o limite máximo de 15 (quinze) anos e se aplica tão-somente em favor de Ministros do STF e de membros dos demais Tribunais que tenham sido nomeados para vagas reservadas a advogados. (...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer, em caráter excepcional, da presente consulta para, no mérito, responder ao consultante que:

(...)

9.1.3. o tempo de serviço prestado por magistrado à Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, como membro de diretoria do órgão da OAB ou, como conselheiro, constitui tempo de serviço público, conforme a definição contida no art. 48 da Lei nº 8.906, de 1994, mas somente poderá ser computado como tempo de serviço público para fins de aposentadoria, se as respectivas contribuições previdenciárias forem efetuadas, haja vista os termos da Emenda Constitucional nº 20, de 16/7/1998, e da Decisão nº 504/2001-TCU-Plenário;

(...)



29. Pelo teor do Acórdão n.º 2.636/2008 – Plenário, entende-se que o TCU exige contribuição tanto nos casos de exercício de advocacia privada pura quanto naquelas de ocupação de cargo diretivo na OAB.

30. Outrossim, é importante enfatizar o teor da Súmula n.º 251 do TCU, de 07/11/2007, que versa a averbação de período de estágio nos seguintes termos:

É inadmissível a averbação de período como aluno monitor, estagiário e residente médico para fins de aposentadoria, eis que tais atividades são retribuídas mediante bolsa de estudos, sem relação empregatícia.

31. Tal súmula também é aplicável aos estagiários de Direito, posto que não existe norma que os trate de maneira especial no que tange à contagem de tempo para aposentadoria.

32. É bom deixar claro que o entendimento de se exigir contribuição previdenciária, mesmo em período anterior à EC n.º 20/1998, vale para os advogados privados, os solicitadores acadêmicos e os estagiários. E Tal pensamento é compatível com os termos do Acórdão n.º 2.636/2008 – Plenário do TCU e da Decisão n.º 504/2001 – Plenário do TCU.

33. Cabe dizer, ainda, que a Decisão n.º 504/2001 – Plenário do TCU exige dois documentos para a comprovação do tempo de advocacia para fins de aposentadoria: declaração da OAB e certidão expedida pelo INSS.

34. Quanto à Decisão n.º 1062/2001 – Plenário do TCU, invocada em favor do requerente, acredita-se que seu teor, além de contrariar o Acórdão n.º 2.636/2008 – Plenário do TCU, possui alguns vícios e especificidades, devendo, pois, ser afastada.

35. Com o intuito de facilitar a presente análise, vale transcrever parcialmente a citada Decisão n.º 1062/2001 – Plenário do TCU:

Ementa

Representação formulada pelo INSS. Possíveis irregularidades no TRF 3ª Região. Averbação de tempo de advocacia em favor de Juiz togado. Período exercido na condição de solicitadora acadêmica. Improcedência. Arquivamento. - Averbação do tempo de serviço de magistrado como solicitador acadêmico. Considerações.

(...)

Voto do Ministro Relator

(...)

O cômputo do exercício de advocacia para efeitos de aposentadoria e disponibilidade é garantia que foi concedida, a princípio, tão-somente aos magistrados de Tribunais cujo ingresso na carreira se deu nas vagas reservadas aos advogados, bem como aos juizes federais de livre nomeação do Presidente da República, conforme se depreende dos arts. 1º da Lei n.º 6.044/74 e 77 da Lei Complementar n.º 75/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

Posteriormente, o art. 1º do Decreto-lei n.º 2.019/83 concedeu a todos os magistrados de qualquer instância, especificamente para fins de gratificação adicional, a possibilidade de considerar o tempo de advocacia, até o máximo de 15 anos.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, julgando a aplicação da Lei n.º 6.057/61 do Estado de São Paulo, firmou o entendimento de que é razoável a interpretação que estende aos juizes de carreira benefícios que a lei local instituiu para os magistrados oriundos da Ordem dos Advogados, computando, também, o tempo em que serviram como solicitadores acadêmicos (v.g. REs n.ºs 67.209 e 66.863, D.J. de 30/04/71 e 29/08/69, respectivamente).



em face da identidade da situação na esfera federal, regulada pelas leis acima mencionadas, e prestigiando a orientação emanada do Excelex Profero, esta Corte reconheceu aos magistrados federais, exceto aos provenientes da representação classista do trabalho, o direito de contarem, para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de serviço exercido na advocacia, incluída nesta atividade a função de solicitador acadêmica, sendo o meio idôneo para a comprovação desse tempo a certidão expedida pela OAB (v.g. Decisões Plenárias nºs 04/94, Ata nº 05: 514/94, Ata nº 38; e 571/96, Ata nº 36; e da 1ª Câmara nº 233/98, Ata nº 24).

A tese esposada por esta Corte fundamentou-se na tendência de se equiparar, em favor dos magistrados, o período de advocacia ao do serviço público, como bem assinalou o eminente Ministro Luiz Octávio Gallotti ao relatar o TC-007.949/1983-9 (Decisão do Plenário na Sessão de 31/05/83), base essa erigida da própria evolução legislativa e jurisprudencial, como se viu acima.

No tocante à forma como o tempo de serviço de advocacia pode ser comprovado, impende consignar que a comprovação do exercício da advocacia perante a própria OAB sempre foi feita cumprindo-se severas exigências erigidas pela lei e pelos regulamentos internos da Ordem, sendo legítimo reconhecer-lhe validade. Nada obsta, mister esclarecer que não se trata apenas de comprovar a inscrição no órgão de classe, mas, sim, de ter reconhecido por este o efetivo exercício das funções típicas do advogado, por meio de certidão idônea, expedida no caso pela OAB, na forma exigida por seus estatutos internos.

Por fim, força é dizer que, com o advento da Emenda Constitucional nº 20/96, o tempo de serviço prestado em qualquer atividade profissional só poderá ser computado se acompanhado das respectivas contribuições, em face da introdução explícita dessa nova sistemática no campo previdenciário nacional. A partir desse marco, então, o tempo de contribuição deverá ser comprovado mediante certidão do INSS, órgão competente para atestá-lo.

Todavia, para as situações constituídas antes da aludida Emenda, é de se admitir o cômputo do tempo de advocacia, inclusive o prestado na condição de solicitador acadêmico, para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, mediante a apresentação da certidão da OAB, nos moldes indicados nas suas normas estatutárias e na jurisprudência consultada desta Casa.

Tal entendimento fundamenta-se também, e de forma análoga, na linha de raciocínio defendida pelo nobre Ministro Adilson Moura ao relatar o TC-007.826/2000-6, acolhida pelo Plenário, na Sessão de 13/09/2000, no sentido de que os tempos fictos "também poderão ser utilizados para efeito de aposentadoria, desde que tenham sido incorporados ao patrimônio do servidor até 16/12/98, segundo a legislação vigente à época, entendimento que se extrai do art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98" (CF, Decisão nº 748/2000-Plenário, Ata nº 36).

36. Vistumbra-se a existência de dois motivos para a não aplicação do referido acórdão do TCU ao presente caso concreto.

37. Em primeiro lugar, afirma-se que Decisão n.º 1062/2001 - Plenário do TCU utilizou como fundamento, equivocadamente, os Recursos Extraordinários 66.863 (1.ª Turma) e 67209 (2.ª Turma) do Supremo Tribunal Federal.

38. Eis a ementa do RE n.º 66.863/5P, de 06/06/1969:

Magistrados de São Paulo. I. É razoável a interpretação que estende aos Juizes de carreira os benefícios que a lei local instituiu para os magistrados oriundos da Ordem dos Advogados, computando também o tempo em que serviram como solicitadores acadêmicos. II. Não cabe recurso extraordinário para corrigir-se interpretação de Direito local (Súm. 280).



39. Diz-se equivocadamente porque do preste se infere que o benefício de se computar o tempo de exercício como solicitador acadêmico só foi estendido aos juizes de carreira em razão da existência de lei local prévia específica para os magistrados provenientes da Ordem dos Advogados. Assim, o tempo de solicitador acadêmico só foi considerado para aposentadoria em virtude da existência de lei local nesse sentido. O cômputo de tal lapso não passou a ser automático.

40. E em segundo lugar, a Decisão n.º 1052/2001 – Plenário do TCU exigiu a comprovação do desempenho das funções típicas de advogado, o que não há nos autos.

41. Ressalta-se, ainda, que a tese aqui defendida não representa afronta ao art. 4.º da EC n.º 20/1998. Isso porque no caso concreto examinado o tempo de estágio não foi considerado por lei vigente ao tempo de sua prática como tempo passível de ser computado para a aposentadoria.

42. Destarte, sendo inviável a utilização do período de estágio, sem contribuição previdenciária, para fins de aposentadoria, percebe-se que ainda não foi completado o período de trinta e cinco anos de contribuição requerido pelo inciso II do art. 6.º da EC n.º 41/2003.

IV – A atividade advocatícia privada e o inciso III do art. 6.º da Emenda Constitucional n.º 41/2003

43. O inciso III do art. 6.º da EC n.º 41/2003 requer “vinte anos de efetivo exercício no serviço público” para a concessão de aposentadoria voluntária.

44. A fim de evitar situações absurdas e não pretendidas pelo legislador constituinte reformador, a expressão “serviço público” contida no mencionado dispositivo reclama interpretação cuidadosa.

45. O serviço público exigido pela norma constitucional deve ser entendido como serviço prestado diretamente aos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta em decorrência da efetiva ocupação do cargo ou emprego público, conforme já defendido pelo subscritor da presente manifestação na Nota DAJ/GAB-SUBST/AGU n.º 347/2009 – ASN, de 23/03/2009.

46. Não raro a lei conceitua determinada atividade como serviço público, mas o alcance e os efeitos desse enquadramento são limitados pelo próprio comando legal ou pela interpretação sistemática do preceito.

47. Leitura apressada do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/94), por exemplo, poderia sustentar, com base na liberalidade do art. 2.º, § 1.º, que a atividade liberal do advogado privado pudesse ser tida como serviço público e contada para o efeito do inciso III do art. 6.º da EC n.º 41/2003.

48. Entretanto, interpretação de todo o sistema jurídico indica claramente que o exercício puro da advocacia privada representa, como não poderia deixar de ser, tempo de serviço privado para efeito de aposentadoria.

49. O advogado é, sim, indispensável à administração da justiça (art. 133 da Constituição e art. 2.º, caput, da Lei n.º 8.906/94) e “no seu ministério privado presta serviço público e exerce função social” (art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.906/94).