



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000454040

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1038750-36.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante [REDACTED], é apelado UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores LUCIANA BRESCIANI (Presidente) e RENATO DELBIANCO.

São Paulo, 20 de junho de 2017.

VERA ANGRISANI RELATOR Assinatura Eletrônica

2

VOTO Nº 29241

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1038750-36.2016.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: [REDACTED]

APELADAS: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

MM. Juiz de 1º Grau: Dr. FAUSTO JOSÉ MARTINS SEABRA

COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL.

Abono permanência. EC N º 41/03. Preenchimento do requisito idade, tempo de contribuição e opção por continuar a exercer o trabalho. Direito ao recebimento retroativo do benefício de abono de permanência. Possibilidade. Precedente.

Aplicabilidade da Lei Federal nº 11.960/09 para o cálculo dos valores não prescritos até o julgamento da Repercussão Geral nº 810 pelo STF, observandose que a modulação das ADIs nºs 4.357 e 4.425 limitou-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2^a Câmara de Direito Público
se ao regime dos precatórios expedidos. Sentença reformada. **Recurso conhecido e provido.**

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por

em face da **UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**, alegado em síntese, ter adquirido o direito à aposentadoria voluntária, nos termos do artigo 40, § 1º, III, da CF, aos 08.03.2012. Fala que o abono de permanência somente passou a ser pago a partir de 13.02.2015, data em que foi protocolado o pedido de inclusão no tempo de serviço à USP. Sustenta que o § 19, do artigo 40 da Carta Magna é norma auto aplicável, de modo que lhe assiste o direito ao recebimento do abono de permanência desde o instante em que preencheu os requisitos para a aposentadoria voluntária. Pede a condenação da ré a pagamento do benefício desde a data em que implementou todos os requisitos, ou seja desde 03.03.2015 acrescidos de juros e correção monetária.

A r. sentença de fls. 397/400 julgou improcedente a ação, forte na tese de que o abono de permanência somente foi constituído quando da entrega da certidão à Autarquia, 3

eis que isso dependia de ato exclusivo da autora, a qual não exerceitou em março de 2012 o interesse que agora veicula. Condenou a autora às custas e despesas processuais, bem como à verba honoraria fixada em 10% sobre o valor da causa atualizado.

Apela a inconformada. Alega todo o exposto na exordial (fls. 402/415).

Há resposta da ré às fls. 419/448. Há oposição ao julgamento virtual (fls. 452).



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Público
É o relatório.**

O recurso comporta conhecimento e provimento.

Cuida-se de recurso de apelação em que a recorrente [REDACTED] objetiva seja-lhe pago o benefício do abono de permanência desde o momento em que preenchido os requisitos para a aposentadoria voluntária. Alega, para tanto que a norma do §19, do artigo 40, da Constituição Federal é auto aplicável.

Pois bem.

Por primeiro, de consignar que a prescrição alcança somente as parcelas vencidas no período anterior ao quinquênio que antecede a propositura da ação, nos termos da Súmula 85 do STJ.

4

Ao depois, a Lei Complementar Estadual nº 1.012/07 previu a isenção de contribuição previdenciária pleiteada pela autora, denominada "abono de permanência", em seu artigo 11:

"Artigo 11 - O servidor titular de cargo efetivo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas na alínea a, do inciso III, do § 1º, do artigo 40 da Constituição Federal, ou que tenha cumprido os requisitos do § 5º do artigo 2º ou do § 1º do artigo 3º, ambos da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2^a Câmara de Direito Público

contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no inciso II do § 1º do artigo 40 da Constituição Federal.”

E, dispõe o artigo 40, § 19, da CF:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.”

5

Pontua José dos Santos Carvalho Filho¹:

“Como depende basicamente da manifestação de vontade, a aposentadoria voluntária é bom relembrar não exige que o servidor tenha que afastar-se para a inatividade; ao contrário, pode permanecer trabalhando normalmente, mesmo que reunidos os pressupostos para a aquisição do benefício. Para compensar os servidores em semelhante situação, a Constituição lhes confere o que denominou de abono de permanência, cujo valor equivale à importância

¹ “Manual de Direito Administrativo”, 24^a edição, Lumen Juris, 2011, p. 647.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2ª Câmara de Direito Público

da contribuição previdenciária que vinham regularmente descontando; sendo assim, o servidor, apto à aposentadoria voluntária e continuando em atividade, na prática fica isento da contribuição previdenciária, o que estampa verdadeira elevação remuneratória indireta. O direito ao referido abono se estenderá até o momento em que o servidor atingir a idade-limite para a aposentadoria compulsória (art. 40, § 19, com a redação da EC 41/203). Observe-se que o texto constitucional fixou apenas dois requisitos para que o servidor faça jus ao abono de permanência: 1º) ter preenchido as condições para a aposentadoria voluntária; 2º) optar por continuar em atividade”.

De fato, *in casu* a recorrente adquiriu o direito subjetivo à aposentadoria voluntária aos 08.03.2012, quando reuniu os requisitos exigidos pela Lei Maior, quais sejam: o tempo necessário para a aposentadoria voluntária e a permanência em atividade após referida data.

Desse modo, faz a apelante jus ao recebimento retroativo do abono de permanência desde o dia 08 de março de 2012, até o dia em que a verba passou a ser regularmente

6

recebida pela servidora, ou seja, aos 13 de fevereiro de 2015.

Quanto ao tema, já decidiu esta Casa:

“(…). A Emenda Constitucional n. 41/03 que instituiu o abono de permanência não exige o requerimento administrativo do servidor público; ao contrário, a clareza de sua redação afasta qualquer dúvida ou questionamento acerca do momento do



**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

2ª Câmara de Direito Público

preenchimento dos requisitos para a obtenção do referido benefício previdenciário.”²

“REEXAME NECESSÁRIO - Preenchimento dos requisitos para aposentadoria por tempo de serviço enquanto em atividade - Direito à percepção do abono de permanência - Pagamento pretérito do abono de permanência - Possibilidade - Direito constitucionalmente assegurado e autoaplicável - Aquisição do tal direito na data em que se conjugaram todas as condições objetivas para a sua concessão, conforme o previsto no art. 40, § 1º, III c.c. §§ 5º e 19 da CR/88 - Sentença de procedência mantida - REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVADO. 'O abono de permanência, instituído pela Emenda Constitucional nº 41/03, é o reembolso da contribuição previdenciária, devido ao servidor público que, já tendo cumprido todas as exigências legais para se aposentar, decide permanecer em atividade. Assim, para a sua concessão, impõe-se ao servidor público implementar todas as condições para aposentadoria voluntária'. (REsp. nº 122776164/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07/02/2012, DJe 14/04/2012).”³

Assim, por ser o abono de permanência vantagem a ser paga em razão da continuidade no serviço, quando já preenchidos os requisitos para a aposentadoria voluntária, deve ser reformada a r. sentença.

Quanto aos juros e à correção incidentes

² Apelação nº 0036084-32.2012.8.26.0114, Rel. Des. NOGUEIRA DIEFENTHALER, 5ª C. D. PÚBLICO, j. em 04.04.2016.

³ Reexame Necessário nº 0005407-50.2014.8.26.0081, Rel. Des. VICENTE DE ABREU AMADEI, 1ª C. D. PÚBLICO, j. 20.10.2015.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
2^a Câmara de Direito Público
sobre os atrasados não alcançados pela prescrição
quinquenal, a decisão do C. Supremo Tribunal Federal foi clara no
sentido de que o artigo 1º, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada
pela Lei nº 11.960/09, não foi declarado inconstitucional por
completo.

A declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do artigo 5º da referida lei teve *alcance limitado*, nos termos da manifestação do Ministro Luiz Fux, no Tema de Repercussão Geral nº 810, no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE⁴.

Desse modo, a referida decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal delibera apenas sobre o regime de 8

precatório. Quanto aos acréscimos - atualização monetária e juros moratórios - permanece a aplicabilidade do art. 1º-F, da Lei nº. 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, e Lei nº 12.703/12, pois, repita-se, a definição se encontra pendente em incidente de Repercussão Geral (Tema nº 810, do STF atrelada ao RE nº 870.947).

Assim sendo, aplicam-se integralmente as

⁴ “(...) Quanto aos juros moratórios incidentes sobre a condenação oriundas de relação jurídica não-tributária, devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o artigo 1º, F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. (...) Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuízamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor. Ressalto, por oportuno, que este debate não se colocou nas ADIs nº 4.357 e 4.425, uma vez que, naquelas demandas do controle concentrado, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 não foi impugnado originariamente e, assim, a decisão por arrastamento foi limitada à pertinência lógica entre o art. 100, §12, da CRFB e o aludido dispositivo infraconstitucional. Essa limitação, porém, não existe no debate dos juros moratórios, uma vez que, segundo a jurisprudência pacífica do STF, não incidem juros moratórios sobre precatórios (no prazo constitucional entre a sua expedição e o pagamento efetivo), de sorte que o arrastamento decidido pelo STF nas ADIs nº 4.357 e 4.425 refere-se, tal como fazia o art. 100, § 12 da CRFB, aos juros moratórios fixados na data da condenação. (...) Manifesto-me pela existência da repercussão geral da seguinte questão constitucional: **A validade jurídico-constitucional da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), conforme determina o art. 1ºF da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09**.- g.n.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2ª Câmara de Direito Público

disposições da Lei Federal nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, até o julgamento da Repercussão Geral nº 810 pelo Supremo Tribunal Federal, observando-se que a modulação das ADIs nºs 4.357 e 4.425 limitou-se ao regime dos precatórios expedidos.

Inverte-se o ônus da sucumbência, ficando a ré com as custas e despesas processuais, bem como a verba honorária.

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS 18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Pelo exposto, **conhece-se** e **dá-se provimento** ao recurso. Porque vencida, a ré arcará com os 9

honorários do advogado, na fase recursal, fixados em 15% sobre o valor da causa atualizado (válido para as duas instâncias).

Vera Angrisani

Relatora