



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 [REDAZIDO], 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: [REDAZIDO]

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
 2ª Câmara de Direito Público

se ao regime dos precatórios expedidos. Sentença reformada. **Recurso conhecido e provido.**

Trata-se de ação de cobrança ajuizada por [REDACTED] 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 exercitou 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
2ª 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”, 24ª 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 41/2003). 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 PROVIDO. '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 7

ser reformada a r. sentença.

Quanto aos juros e à correção incidentes

² Apelação nº 0036084-32.2012.8.26.0114, Rel. Des. NOGUEIRA DÍEFENTHALER, 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
2ª 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/ajuizamento 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