

GRUPO II– CLASSE VII – PLENÁRIO

TC 034.062/2011-4.

Natureza: Representação.

Interessado: Tribunal de Contas da União.

Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. FALTA DE UNIFORMIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO QUE TRATA DO CÁLCULO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA PELA MÉDIA DAS MAIORES REMUNERAÇÕES. ARTIGO 40, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEI Nº 10.887, DE 2004. DILIGÊNCIAS. OITIVAS. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA NO MÉRITO. DETERMINAÇÕES E ORIENTAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pela Sefip sobre a falta de uniformização na aplicação, por parte de alguns órgãos públicos federais, da legislação que dispõe sobre o cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo na administração federal pela média das maiores remunerações, conforme previsto no § 3º, do art. 40, da Constituição de 1988 (redação dada pela EC 41/2003), a partir da vigência da MP nº 167, de 2004, que foi convertida na Lei nº 10.887, de 2004.

2. A partir de informações colhidas junto aos órgãos públicos federais listados na inicial, a unidade técnica identificou, como falta de uniformização na aplicação da referida legislação, as seguintes inconsistências:

a) inclusão do valor da gratificação natalina no cálculo da média das maiores remunerações (sete tribunais, incluindo o posicionamento da Secretaria de Gestão de Pessoas deste Tribunal – Segep do TCU);

b) inclusão do valor do adicional de 1/3 sobre as férias no cálculo da média (apenas o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região);

c) não inclusão das vantagens pessoais no cálculo da média, as quais são somadas ao valor médio apurado, distorcendo o valor final (apenas o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região); e

d) utilização do valor da remuneração do servidor como base para o cálculo da aposentadoria proporcional, quando o resultado obtido no cálculo da média das maiores remunerações foi maior (15 tribunais).

3. Após o aprofundado exame da matéria, o auditor federal lançou a instrução técnica à Peça nº 3, com a anuência dos dirigentes da Sefip (Peças nºs 4 e 5), nos seguintes termos:

“Preliminarmente, faz-se necessário esclarecer o assunto à luz da legislação aplicada ao caso.

Com a publicação da EC 41/2003, o instituto da paridade de reajuste entre servidores ativos e inativos deixou de existir, para aqueles que se aposentarem na regra geral do art. 40 da Constituição Federal – CF de 1988, bem como na regra de transição do art. 2º da EC 41/2003, que levará em consideração as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor no Regime Próprio de Previdência Social – RPPS e no Regime Geral de Previdência Social – RGPS, que passou a vigorar a partir do dia 20/2/2004, data da publicação da Medida Provisória – MP 167/2004, convertida na Lei 10.887/2004, que regulamentou o § 3º do art. 40 da CF.

Reproduzimos abaixo, a redação dos dispositivos da CF de 1988, os quais foram alterados/incluídos pela EC 41/2003:

‘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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

(...) § 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)’ (grifamos).

Os dispositivos acima citados foram regulamentados pela Lei 10.887/2004 (MP 167/2004), cujo art. 1º, que trata da forma dos cálculos, reproduzimos abaixo:

‘Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.

§ 2º A base de cálculo dos proventos será a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio.

§ 3º Os valores das remunerações a serem utilizadas no cálculo de que trata este artigo serão comprovados mediante documento fornecido pelos órgãos e entidades gestoras dos regimes de previdência aos quais o servidor esteve vinculado ou por outro documento público, na forma do regulamento.

§ 4º Para os fins deste artigo, as remunerações consideradas no cálculo da aposentadoria, atualizadas na forma do § 1º deste artigo, não poderão ser:

I - inferiores ao valor do salário-mínimo;

II - superiores ao limite máximo do salário-de-contribuição, quanto aos meses em que o servidor esteve vinculado ao regime geral de previdência social.

§ 5º Os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria’ (grifamos).

Para melhor compreensão da matéria, faz-se necessário esclarecimento acerca de alguns pontos relevantes para subsidiar essa análise.

Primeiro, referir-nos-emos ao termo 'remuneração'. A Lei 8.112/1990, no seu art. 41, afirma que 'Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei'. Além disso, a Lei 8.852/1994, que dispôs sobre a aplicação dos arts. 37, incisos XI e XII, e 39, § 1º, da Constituição Federal, no seu art. 1º, consigna o seguinte:

'Art. 1º Para os efeitos desta Lei, a retribuição pecuniária devida na administração pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União compreende:

(...) III - como remuneração, a soma dos vencimentos com os adicionais de caráter individual e demais vantagens, nestas compreendidas as relativas à natureza ou ao local de trabalho e a prevista no art. 62 da Lei nº 8.112, de 1990, ou outra paga sob o mesmo fundamento, sendo excluídas:

(...) f) gratificação ou adicional natalino, ou décimo-terceiro salário' (grifamos).

Dessa forma, o termo remuneração se refere ao valor recebido pelo servidor acrescido das vantagens de caráter permanente estabelecidas em lei, em retribuição pelos seus serviços executados mensalmente.

Em seguida, referir-nos-emos ao termo 'gratificação natalina'. A Lei 8.112/1990, nos seus arts. 63 a 66, afirma que:

'Art. 63. A gratificação natalina corresponde a 1/12 (um doze avos) da remuneração a que o servidor fizer jus no mês de dezembro, por mês de exercício no respectivo ano.

Parágrafo único. A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias será considerada como mês integral.

Art. 64. A gratificação será paga até o dia 20 (vinte) do mês de dezembro de cada ano.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 65. O servidor exonerado perceberá sua gratificação natalina, proporcionalmente aos meses de exercício, calculada sobre a remuneração do mês da exoneração.

Art. 66. A gratificação natalina não será considerada para cálculo de qualquer vantagem pecuniária' (grifamos).

A gratificação natalina foi instituída pelo Decreto-Lei 2.310/1986, cujos artigos 7º ao 13 reproduzimos abaixo:

'Art 7º Fica instituída, nos termos deste Decreto-lei, a Gratificação de Natal a ser concedida aos funcionários, civis e militares, da União, dos Territórios e das autarquias federais, e aos membros do Poder Judiciário da União, do Distrito Federal e dos Territórios e do Tribunal de Contas da União.

Art 8º A gratificação corresponderá a 1/12 (um doze avos) da remuneração a que o funcionário fizer jus em dezembro, por mês de efetivo exercício, no respectivo ano.

Parágrafo único. A fração igual ou superior a 15 (quinze) dias de efetivo exercício será considerada como mês integral.

Art 9º A gratificação será paga no mês de dezembro de cada ano, além da remuneração a que fizer jus o funcionário, naquele mês.

§ 1º Entre os meses de janeiro e novembro será paga, de uma só vez, como adiantamento da gratificação, metade da remuneração recebida no mês anterior.

§ 2º O adiantamento poderá ser pago por ocasião das férias de funcionário, desde que este o requeira no mês de janeiro correspondente.

Art 10. A gratificação é devida aos inativos e pensionistas, cujos proventos e pensões sejam de responsabilidade da União, do Distrito Federal e das autarquias federais, em valor igual aos respectivos proventos ou pensões, no mês de dezembro.

Art 11. Para efeito de pagamento da gratificação, entende-se como remuneração o vencimento ou o soldo e as vantagens de caráter permanente.

Art 12. O funcionário demitido ou exonerado ex officio, por extinção da punibilidade do abandono do cargo, não fará jus à gratificação, ficando obrigado a restituir o adiantamento recebido.

Art 13. O funcionário exonerado a pedido perceberá a gratificação na proporção estabelecida no artigo 8º deste decreto-lei, calculada sobre a remuneração do mês da exoneração, compensada e importância recebida a título de adiantamento' (grifamos).

Pelo que se observa, a gratificação natalina só existe se houver remuneração, pois ela é consequência desta. O seu valor corresponde ao valor da remuneração/proventos do servidor ou do benefício da pensão no mês de dezembro, não se confundindo com eles.

Seria incoerente utilizar o valor da gratificação natalina para calcular os proventos de aposentadoria que servirão de base de cálculo para o seu pagamento pela média das remunerações, pois o aposentado terá direito de recebê-la uma vez por ano, e o seu valor será equivalente ao valor dos seus proventos a que fizer jus no mês de dezembro. Se assim fosse permitido, não seria errado utilizá-la como base de cálculo para o pagamento dela mesma, conforme consta no art. 13 do Decreto-Lei 2.310/1986. Esse raciocínio está consignado na proibição prevista no § 7º do art. 28 da Lei 8.212/1991, § 3º do art. 29 da Lei 8.213/1991, bem como no § 6º do art. 214 do Decreto 3.048/1999, aplicáveis ao cálculo dos proventos devidos no âmbito do RGPS. Esses dispositivos também se aplicam ao RPPS, por força do comando constitucional constante no § 12 do art. 40 da CF de 1988, conforme transcrição abaixo:

'§ 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)' (grifamos).

Esse pensamento acerca da aplicação das regras previstas no RGPS ao RPPS está expresso na exposição de motivos (EMI-8-MP-MPAS/2004) apresentada pelo Ministro de Estado Amir Lando (Ministério da Previdência Social) e pelo Ministro de Estado interino Nelson Machado (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão), para justificar a edição da MP 167/2004, convertida na Lei 10.887/2004, a qual transcrevemos, em parte, abaixo:

'3. Em consonância com a proposta do Programa de Governo de Vossa Excelência, de estabelecer regime previdenciário público, básico e universal para todos os trabalhadores, é fundamental que, inicialmente, haja uma uniformização de regras entre os regimes. Portanto, a edição de norma geral pela União evitará que cada ente federativo edite regras próprias e distintas, provocando disparidades entre benefícios concedidos a segurados que se encontrem em situação semelhante.

(...) 6. Os novos preceitos constitucionais que carecem de regra específica para se tornar exequíveis são aqueles relativos ao cálculo dos proventos de aposentadoria. O art. 40, § 3º, da Constituição determinou a utilização das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor a todos os regimes de previdência. Ademais, o § 17 do mesmo artigo previu a necessidade de lei para definir a forma de atualização dos valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício. Faz-se necessária, portanto, a urgente regulamentação da matéria para que as aposentadorias a serem concedidas obedeçam ao novo comando constitucional.

7. Diante disso, propomos a adoção, pelos regimes próprios, de regra similar àquela adotada pelo Regime Geral de Previdência Social, ou seja, que, no cálculo, seja considerada a média das maiores remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor a todos os regimes de previdência a que esteve filiado, correspondente a 80% de todo o período contributivo. A exemplo do Regime Geral, deverá ser levado em conta o período decorrido desde a competência julho de 1994, quando houve maior estabilidade da moeda brasileira, o que minimizará a ocorrência de distorções, ou a competência do início da contribuição, se posterior àquela.

8. Atendendo à determinação do art. 40, § 17, da Constituição e visando a evitar tratamentos distintos entre os regimes, é sugerido que as remunerações consideradas para o cálculo dos proventos tenham seus valores atualizados, mês a mês, de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC. Cabe destacar que esta alteração do índice

também está sendo proposta para os benefícios concedidos pelo Regime Geral de Previdência Social nesta mesma Medida Provisória, o que também vai ao encontro do objetivo de maior aproximação entre os diferentes regimes de previdência social' (grifamos).

Assim, pode-se afirmar que gratificação natalina não é remuneração, apesar de ter caráter remuneratório, para fins tributários, e não pode ser utilizada no cálculo dos proventos de aposentadoria pela média.

Além desses dois tópicos, referir-nos-emos ao termo 'período contributivo' citado no art. 1º da Lei 10.887/2004. O art. 59 do Decreto 3.048/1999 esclarece que:

'Art.59. Considera-se tempo de contribuição o tempo, contado de data a data, desde o início até a data do requerimento ou do desligamento de atividade abrangida pela previdência social, descontados os períodos legalmente estabelecidos como de suspensão de contrato de trabalho, de interrupção de exercício e de desligamento da atividade'.

O art. 60 do mesmo decreto acrescenta, ainda:

'Art.60. Até que lei específica discipline a matéria, são contados como tempo de contribuição, entre outros:

(...) VIII - o tempo de serviço público federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, inclusive o prestado a autarquia ou a sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público, regularmente certificado na forma da Lei nº 3.841, de 15 de dezembro de 1960, desde que a respectiva certidão tenha sido requerida na entidade para a qual o serviço foi prestado até 30 de setembro de 1975, véspera do início da vigência da Lei nº 6.226, de 14 de junho de 1975;

(...) § 3º O tempo de contribuição de que trata este artigo será considerado para cálculo do valor da renda mensal de qualquer benefício' (grifamos).

Trazendo o conceito da expressão 'tempo de contribuição' constante do Decreto 3.048/1999, podemos entender que o termo 'período contributivo' citado na Lei 10.887/2004 é o tempo, contado de data a data, desde a competência de julho de 1994 até a data do requerimento da aposentadoria. Deve-se considerar, conseqüentemente, o ano com 365 dias (12 meses).

Por fim, referir-nos-emos ao termo 'salários-de-contribuição'. O Decreto 3.048/1999 (aprovou o Regulamento da Previdência Social, com base em vários dispositivos constitucionais e legais, inclusive na Lei 9.717/1998), no seu art. 214, assim dispôs:

'Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e o trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

(...) § 6º A gratificação natalina - décimo terceiro salário - integra o salário-de-contribuição, exceto para o cálculo do salário-de-benefício, sendo devida a contribuição quando do pagamento ou crédito da última parcela ou na rescisão do contrato de trabalho'.

Em relação ao Decreto 3.048/1999, registre-se que o § 12 do art. 40 da CF de 1988 registra expressamente que o RPPS observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

Dessa forma, além de levarmos em consideração o contido no art. 4º da Lei 10.887/2004, que trata da base de contribuição para o RPPS, c/c o art. 1º da mesma lei, para a realização dos cálculos dos proventos de aposentadoria pela média, deve-se observar, em complementação, os requisitos e critérios fixados para o RGPS, pois há previsão expressa de sua utilização, na falta de regulamentação própria, até que lei específica que trate dessa matéria seja editada, por força do mandamento constitucional retromencionado (Art. 40, § 12, da CF). Além do mais, a Lei 9.717/1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de

previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, no seu art. 5º, caput, registra que:

‘Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal’ (grifamos).

Além desse artigo, o inciso II do art. 9º do mesmo diploma legal ainda acrescenta:

‘Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

(...) II - o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos nesta Lei’.

Segundo o STF, essa norma legal delegou competência ao Ministério da Previdência Social, para o estabelecimento de regras gerais atinentes ao regime previdenciário. Reproduzimos abaixo, ementa dessa decisão:

‘1. MANDADO DE SEGURANÇA. Legitimidade. Passiva. Tribunal de Contas da União - TCU. Caracterização. Servidor público aposentado desse órgão. Proventos. Pedido de ordem para reajuste e pagamento. Verba devida pelo Tribunal a que está vinculado o funcionário aposentado. Efeito jurídico eventual de sentença favorável que recai sobre o TCU. Aplicação do art. 185, § 1º, da Lei Federal nº 8.112/90. Preliminar repelida. O Tribunal de Contas da União é parte passiva legítima em mandado de segurança para obtenção de reajuste de proventos de servidor seu que se aposentou.

2. SERVIDOR PÚBLICO. Funcionário aposentado. Proventos. Reajuste ou reajustamento anual. Exercício de 2005. Índice. Falta de definição pelo TCU. Adoção do índice aplicado aos benefícios do RGPS. Direito líquido e certo ao reajuste. MS concedido para assegurá-lo. Aplicação do art. 40, § 8º, da CF, cc. art. 9º da Lei nº 9.717/98, e art. 65, § único, da Orientação Normativa nº 3 de 2004, do Ministério da Previdência Social. Inteligência do art. 15 da Lei nº 10.887/2004. Servidor aposentado do Tribunal de Contas da União tem direito líquido e certo a reajuste dos proventos na ordem de 5,405%, no exercício de 2005’.

(MS 25871/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, Julgamento: 11/2/2008, Publicação: DJe-4/4/2008) (grifei).

Os parâmetros e diretrizes relacionados ao cálculo da média aritmética aplicados ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, regulamentados pelo Decreto 3.048/1999, devem ser utilizados para aqueles que se aposentarem na regra geral do art. 40 da Constituição Federal – CF de 1988, bem como na regra de transição do art. 2º da EC 41/2003, por força do § 12 do art. 40 da CF, inciso II do art. 9º da Lei 9.717/1998, bem como entendimento do STF.

Além disso, o art. 37 da CF, caput, deixa bem claro que:

‘Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)’.

Nesse aspecto, saliente-se que o princípio da legalidade apresenta um perfil diverso no campo do Direito Público e no campo do Direito Privado. No Direito Privado, tendo em vista seus interesses, as partes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe, conforme previsão contida no inciso II do art. 5º da CF de 1988; no Direito Público, diferentemente, existe uma relação de subordinação perante a lei, ou seja, só se pode fazer o que a lei expressamente autorizar ou determinar, conforme redação do caput do art. 37 da CF, acima citado. Dessa forma, não cabe à Administração Pública inovar e calcular os proventos de aposentadoria dos seus servidores de forma diferente do previsto nas disposições legais e regulamentares acima citadas, afirmando que não há legislação que se aplique ao regime próprio dos servidores públicos. Pelo contrário. Como já demonstrado acima, há previsão legal e regulamentar para isso, fundada em mandamento constitucional. Assim, essa

legislação deverá ser necessariamente observada, por força do princípio da legalidade ao que toda a Administração Pública está subordinada.

Feitas essas considerações necessárias, procede-se às análises referentes às inconsistências constantes nas respostas dos diversos tribunais consultados, citadas no início desta instrução.

1. *Gratificação natalina.*

O valor correspondente à gratificação natalina, como já demonstrado anteriormente, não pode ser incluído no cálculo da média das maiores remunerações, por falta de amparo legal.

No entanto, considerem-se os possíveis argumentos que podem dar margem a interpretações que não se coadunam com a legislação que trata da matéria, a seguir listadas, os quais foram utilizados, em parte ou na sua totalidade, pelos órgãos públicos federais listados na inicial, para justificar a inclusão dessa parcela:

- a) será recebida durante a aposentadoria;*
- b) há incidência de contribuição previdenciária sobre ela; e*
- c) por causa deste último argumento, deve ser utilizada nos cálculos dos respectivos benefícios.*

É verdade que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF (RE-AgR 389.903, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, julg. em 22/6/2005, DJ 19/8/2005; RE 463.348, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 14/2/2006, DJ 7/4/2006), só incide contribuição previdenciária sobre parcelas computadas para o cálculo dos benefícios.

Todavia, saliente-se que, no caso específico da gratificação natalina, ela não poderá fazer parte dos cálculos, pois, como já demonstrado nesta instrução, ela só existe se existir remuneração ou proventos, pois ela é consequência destes. O seu valor na aposentadoria corresponderá ao valor dos proventos do servidor no mês de dezembro. A sua utilização nos cálculos ocasionaria distorção no valor final apurado, porque o art. 1º da Lei 10.887/2004 diz que no cálculo dos proventos de aposentadoria será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994. Esse período contributivo só pode ser contado de data a data, considerando o ano com 365 dias, desde o mês de competência de julho de 1994 até da data do requerimento da aposentadoria. Se incluirmos o valor da gratificação natalina nesses cálculos, constataremos que no mês do seu pagamento o valor da remuneração considerada ficará com o seu valor dobrado, pois não poderíamos considerar o ano com 13 meses ou 396 dias, pela limitação temporal legal relacionada ao período contributivo. Além desses fatores, essa utilização está expressamente proibida no § 7º do art. 28 da Lei 8.212/1991, § 3º do art. 29 da Lei 8.213/1991, bem como no § 6º do art. 214 do Decreto 3.048/1999, por força do disposto no § 12 do art. 40 da CF de 1988, que impõe a observância dos requisitos e critérios fixados para o RGPS ao RPPS, quando estivermos diante de lacunas legislativas.

Portanto, a gratificação natalina, apesar de ter caráter remuneratório, para fins tributários, não pode ser utilizada no cálculo dos proventos de aposentadoria.

2. *Adicional de férias.*

Com relação ao adicional de férias, esclarecemos que sobre ele não há incidência da contribuição previdenciária, pois se trata de vantagem permanente devida apenas aos servidores em atividade, não extensível aos inativos. Nesse aspecto, o STF já se pronunciou a respeito (acórdãos já citados) decidindo que só incide contribuição previdenciária sobre parcelas computadas para o cálculo dos benefícios, ou seja, o valor já pago sobre tal parcela foi descontado do servidor de forma indevida. Neste caso, mesmo que o servidor tenha ocasionalmente contribuído em qualquer época sobre tal parcela, ela não poderá ser considerada nos cálculos, pois não há permissão legislativa para isso. O § 2º do art. 4º da Lei 10.887/2004 só permite, por opção do servidor, a inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do

exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da CF e art. 2º da EC 41/2003.

Assim, pelo exposto, o adicional de férias também não poderá ser utilizado nos cálculos dos proventos de aposentadoria pela média aritmética.

1. *Cálculo da proporcionalidade.*

A respeito da forma como devem ser efetuados os cálculos dos proventos, quando da aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, trataremos especificamente sobre: qual valor deve ser utilizado para calcular a proporção; e a não inclusão das vantagens pessoais no cálculo da média.

O valor que deve ser utilizado para o cálculo dos proventos proporcionais já foi decidido por esta Corte de Contas quando da apreciação do TC-005.279/2004-7. Na prolação do Acórdão 2.212/2008-TCU-Plenário, ficou consignado que:

‘(...) na aplicação do § 2º do art. 40 da Constituição Federal, observe o limite ali estabelecido, a saber, o valor da remuneração do cargo efetivo em que se der a inativação, independentemente de ser a aposentadoria deferida com proventos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição’.

Além dessa deliberação, transcrevemos abaixo trecho do voto do Ministro Relator Marcos Bemquerer Costa, quando da apreciação do TC-015.757/2008-3, Acórdão 571/2009-TCU-1C, que julgou legal o ato de aposentadoria que estava sendo apreciado naquela ocasião:

‘2. A proposta de ilegalidade formulada pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal decorre da constatação de que a proporcionalidade dos proventos foi calculada com base na média das remunerações, quando deveria ter adotado como base de cálculo a última remuneração, por ser o menor desses dois valores.

(...) 5. O encaminhamento proposto pela Unidade Técnica está de acordo com posicionamento anterior deste Tribunal segundo o qual, no caso de aposentadoria com proventos proporcionais, o limite máximo a que se refere o art. 40, § 2º, da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 41/2003, deveria ser proporcional ao tempo de serviço. Ou seja, no caso de aposentadoria com proventos proporcionais, tanto a base de cálculo estabelecida pelo art. 1º, caput, da Lei n. 10.887/2004 (média das maiores remunerações) quanto o limite estabelecido pelo art. 40, § 2º, da Lei Maior estão sujeitos à aplicação do fator de proporcionalização, correspondente ao número de anos de contribuição dividido pelo número de anos necessários à aposentação integral. Nesse sentido, cito como exemplos os Acórdãos ns. 2.764/2007 e 910/2008, ambos da 1ª Câmara.

6. Todavia, a partir da prolação do Acórdão n. 2.212/2008 - TCU - Plenário, a orientação desta Corte passou a ser no sentido de que apenas a média das remunerações, calculada na forma da Lei n. 10.887/2004, está sujeita à proporcionalização, e de que o limite máximo do benefício corresponderá ao valor integral da última remuneração, uma vez que o art. 40, § 2º, da Constituição Federal contempla expressamente esse parâmetro, sem distinguir entre as hipóteses de aposentadoria com proventos integrais ou proporcionais’ (grifamos).

Esse mesmo entendimento está previsto na Orientação Normativa da Secretaria de Recursos Humanos – SRH do Ministério do Planejamento – MP 8/2010, de 5/11/2010, DOU de 8/11/2010, Seção 1, pgs. 130 e 131, conforme abaixo:

‘Art. 5º Para fins de cálculo do valor inicial dos proventos proporcionais ao tempo de contribuição será utilizada fração cujo numerador será o total desse tempo e o denominador o tempo necessário à respectiva aposentadoria voluntária com proventos integrais, considerando trinta e cinco anos de tempo de contribuição, se homem, e trinta anos de tempo de contribuição, se mulher, não se aplicando, nesse caso, a redução da idade e do tempo de contribuição de que trata o art. 3º desta Orientação Normativa.

§ 1º O valor resultante da média aritmética deverá ser previamente proporcionalizado ao tempo de contribuição, conforme disposto no caput, para posterior confrontação com a remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

(...) DAS REGRAS DE TRANSIÇÃO PARA A APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA

Do art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003

Art. 6º Ao servidor que tenha ingressado regularmente em cargo público na Administração Pública Federal direta, suas autarquias e fundações até 16 de dezembro de 1998 será facultado aposentar-se voluntariamente, quando atender cumulativamente os seguintes requisitos:

§ 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do caput terá os seus proventos reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 2º, inciso IV, alínea 'c' desta Orientação Normativa, observada a seguinte proporção:

I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que tiver completado as exigências para aposentadoria na forma do caput até 31 de dezembro de 2005; ou

II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências previstas no caput a partir de 1º de janeiro de 2006.

§ 2º O número de anos antecipados para fins de cálculo da redução do § 1º deste artigo será verificado no momento da concessão do benefício.

§ 3º Os percentuais de redução previstos nos incisos I e II do §1º deste artigo serão aplicados sobre o valor do benefício inicial calculado pela média das contribuições, conforme o art. 4º, não podendo exceder o valor da remuneração ou subsídio do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria' (grifamos).

Dessa forma, a limitação imposta pelo § 2º do art. 40 da CF só deverá ser verificada após a realização dos cálculos da proporcionalização do valor obtido pela média aritmética simples das maiores remunerações, conforme previsão contida no art. 1º da Lei 10.887/2004.

1. Inclusão de vantagens pessoais.

Quanto a não inclusão das vantagens pessoais no cálculo da média, transcrevemos a seguir o voto do Ministro Relator BENJAMIN ZYMLER, quando da prolação do Acórdão 103/2009-TCU-2C, TC-017.550/2008-0, bastante esclarecedor:

'Assiste razão aos pareceres.

O cálculo dos proventos concedidos com base na EC nº 41/2003 e, mais especificamente, com base na Lei nº 10.887/2004, não exclui as vantagens pessoais, que também não podem ser somadas posteriormente aos valores apurados conforme as regras estabelecidas pelo art. 1º da norma.

Os proventos devem ser pagos em parcela única, desvinculados que estão da remuneração dos servidores da ativa.

Calculada a média das maiores remunerações, aplica-se a proporcionalidade da aposentadoria para se obter o valor dos proventos, que não poderão ser superiores à última remuneração do cargo efetivo, consoante estabelecido pelo § 2º do art. 40 da Constituição Federal.

Assim sendo, as vantagens pessoais que serviram de base de cálculo para o pagamento de contribuição previdenciária devem ser consideradas no cálculo da média das maiores remunerações e não somadas à média obtida, sob pena de violar não só a Lei nº 10.887/2004 como também o princípio contributivo, insculpido no art. 40 do texto constitucional.

Feitas essas considerações, acolho os pareceres e VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Colegiado' (grifamos).

O acórdão citado determinou ao órgão que:

'9.3.3. providencie a correção do cálculo dos proventos dos servidores de que cuida este processo, de forma a incluir as vantagens pessoais no cálculo da média das remunerações e a não pagá-las de forma destacada' (grifamos).

Podemos concluir, portanto, que as vantagens pessoais devem ser consideradas no cálculo da média das maiores remunerações, não podendo, sob nenhuma hipótese serem somadas à média obtida, sob pena das violações mencionadas no voto acima citado.

Superadas essas questões, examinaremos, a seguir, os reflexos desses entendimentos nos pagamentos dos atuais aposentados da União, cujos proventos foram calculados com base no § 3º do art. 40 da Constituição Federal (redação da pela EC 41/2003) e no art. 2º da Emenda Constitucional – EC 41, de 19 de dezembro de 2003, a partir da vigência da MP 167/2004, convertida na Lei 10.887/2004, uma vez que nem todos os órgãos seguem rigorosamente o entendimento aqui demonstrado.

O fato de o TCU já ter julgado legais alguns atos de aposentadoria, não implica necessariamente que os órgãos não possam ser instados a realizar correções nos valores dos benefícios pagos, para se adequarem as regras aqui contidas. Tampouco há necessidade de revisão do respectivo ato por parte desta Corte de Contas, para que os valores sejam corrigidos.

Vale destacar que o registro dos atos de aposentadoria por esta Corte de Contas não contempla análise dos procedimentos operacionais utilizados pela origem para fins de cálculo dos benefícios. Nessa tarefa, analisa-se a fundamentação do ato, aí incluída a base legal vigente na época da respectiva aposentadoria.

Ademais, é prudente trazer à baila nova redação conferida ao art. 6º, § 2º da Resolução TCU 206/2007, pela Resolução TCU 237/2010, para informar que a legalidade do ato não é alterada em razão de pagamentos irregulares na atualidade, desde que o ato submetido ao TCU espelhe a situação real da época da concessão e tal situação esteja revestida de regularidade, conforme transcrição abaixo:

‘§ 2º Os atos que estiverem dando ensejo, no momento de sua apreciação de mérito, a pagamentos irregulares, mas que não apresentem inconsistência ou irregularidade em sua versão submetida ao exame do Tribunal, serão considerados legais, para fins de registro, com determinação ao órgão ou à entidade de origem para que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote as medidas cabíveis com vistas à regularização dos pagamentos indevidos constatados na ficha financeira do interessado’.

Com vistas à preservação do recebimento dos atuais valores percebidos pelos aposentados, evitando, assim, demandas judiciais, por não ocasionar redução salarial, o que inviabilizaria a necessária correção das distorções nos pagamentos dos atuais benefícios, sugere-se que esta Corte de Contas determine a todos os órgãos da União, para que eles procedam aos ajustes necessários em todos os proventos de aposentadoria que não estejam de acordo com o entendimento aqui exposto, os quais se encontram listados na conclusão desta representação.

CONCLUSÃO

Ante o exposto e em face dos argumentos mencionados nesta representação, concluímos que a não uniformização da aplicação da legislação que trata do cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal, a partir da vigência da MP 167/2004, convertida na Lei 10.887/2004 (cálculo dos proventos de aposentadoria pela média das maiores remunerações), por parte de alguns órgãos públicos federais, poderá ocasionar prejuízos aos cofres públicos. Além disso, essas diferentes interpretações da legislação demandam trabalho extras por parte desta Corte de Contas, considerando que os atos nelas fundados são instruídos de forma separada, por serem considerados ilegais, a exemplo das aposentadorias objeto do Acórdão 103/2009-TCU-2C acima citado.

Saliente-se, a propósito, que este assunto é de interesse de todos os órgãos da Administração Pública Federal. Nesse sentido, faz-se necessário, proferir determinação para toda a Administração Federal acerca dos procedimentos aqui explicitados, com vistas à uniformização da aplicação da legislação que trata da matéria.

Assim, em relação ao cálculo dos proventos de aposentadoria pela média, devem ser observados os seguintes critérios e parâmetros:

1) parcelas que devem ser computadas:

a) remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo período

contributivo desde a competência de julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência (art. 1º da Lei 10.887/2004);

b) remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para o regime próprio (art. 1º, § 2º, da Lei 10.887/2004).

Observação: quaisquer vantagens pessoais que serviram de base de cálculo para o pagamento de contribuição previdenciária devem ser consideradas no cálculo da média das maiores remunerações e não somadas ao final à média obtida, sob pena de violar não só a Lei 10.887/2004, como também o princípio contributivo, insculpido no art. 40 do texto constitucional, excluídas as vantagens expressamente previstas no § 1º do art. 4º da Lei 10.887/2004.

2) parcelas que podem ser computadas:

a) parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal, desde que o servidor opte por incluí-las na sua base de contribuição (art. 4º, § 2º, da Lei 10.887/2004).

3) parcelas que não podem ser computadas:

a) gratificação natalina (art. 214, § 6º, do Decreto 3.048/1999);

b) adicional de férias (não faz parte da base de contribuição, conforme art. 4º da Lei 10.887/2004).

4) apuração do limite:

a) calculada a média das maiores remunerações, aplicar-se-á a proporcionalidade da aposentadoria para se obter o valor dos proventos, quando cabível, que não poderá ser superior à última remuneração do cargo efetivo, consoante estabelecido pelo § 2º do art. 40 da Constituição Federal.

Para os casos em que os proventos de aposentadoria não estejam sendo pagos de acordo com as regras definidas nos itens precedentes, os órgãos da Administração Pública Federal deverão proceder aos seguintes ajustes:

a) recalcular o valor de todas as aposentadorias concedidas com fundamento no art. 40 da Constituição Federal (redação dada pela EC 41/2003) e no art. 2º da Emenda Constitucional – EC 41, de 19 de dezembro de 2003, calculadas com base no § 3º do art. 40 da CF, a partir da vigência da MP 167/2004, convertida na Lei 10.887/2004 (cálculo dos proventos de aposentadoria pela média das maiores remunerações), adequando o valor dos referidos benefícios ao entendimento aqui definido;

b) após esse procedimento, caso algum provento de aposentadoria seja reduzido, a unidade pagadora deverá implementar no contracheque do respectivo beneficiário uma parcela compensatória, cujo valor será o resultado da diferença entre o valor atualmente pago e o valor calculado de acordo com as regras aqui dispostas;

c) essa parcela compensatória deverá ser necessariamente absorvida na medida que o valor do benefício seja aumentado em função do seu reajustamento pelos índices concedidos aos benefícios vinculados ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Tendo em vista que nas futuras auditorias desta Unidade Técnica já será verificado o cumprimento dessas regras e ajustes, propõe-se o arquivamento dos presentes autos após a decisão de mérito.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Considerando a necessidade de se proferir determinação para toda a Administração Pública Federal acerca dos procedimentos aqui explicitados, com vistas à uniformização da aplicação da legislação que trata da matéria, propomos, preliminarmente, que sejam os presentes autos submetidos a sorteio de relator.

Em seguida, considerando todo o exposto, submetemos os autos à consideração do Ministro Relator, propondo que:

I. seja conhecida a presente representação por atender aos requisitos de admissibilidade dispostos no art. 237 do Regimento Interno do TCU e, no mérito, considerada procedente;

II. seja determinado aos órgãos a seguir relacionados que passem a observar os seguintes critérios e procedimentos, quando dos cálculos dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo, concedida com fundamento no art. 40 da Constituição Federal (redação dada pela EC 41/2003) e no art. 2º da Emenda Constitucional – EC 41, de 19 de dezembro de 2003, calculados com base no § 3º do art. 40 da CF, a partir da vigência da MP 167/2004, convertida na Lei 10.887/2004 (cálculo dos proventos de aposentadoria pela média das maiores remunerações):

Órgãos:

Conselho Nacional de Justiça – CNJ;

Supremo Tribunal Federal – STF;

Superior Tribunal de Justiça – STJ;

Tribunal Superior do Trabalho – TST;

Tribunal Superior Eleitoral – TSE;

Conselho da Justiça Federal – CJF;

Câmara dos Deputados – CD;

Senado Federal – SF;

Tribunal de Contas da União – TCU

Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP;

Procuradoria-Geral da República – PGR;

Advocacia-Geral da União – AGU;

Controladoria-Geral da União – CGU;

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG.

Critérios e procedimentos que devem ser observados na ocasião da realização do cálculo dos proventos de aposentadoria pela média:

1) parcelas que devem ser computadas:

a) remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo período contributivo desde a competência de julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência (art. 1º da Lei 10.887/2004);

b) remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para o regime próprio (art. 1º, § 2º, da Lei 10.887/2004).

Observação: quaisquer vantagens pessoais que serviram de base de cálculo para o pagamento de contribuição previdenciária devem ser consideradas no cálculo da média das maiores remunerações e não somadas ao final à média obtida, sob pena de violar não só a Lei 10.887/2004, como também o princípio contributivo, insculpido no art. 40 do texto constitucional, excluídas as vantagens expressamente previstas no § 1º do art. 4º da Lei 10.887/2004.

2) parcelas que podem ser computadas:

a) parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal, desde que o servidor opte por incluí-las na sua base de contribuição (art. 4º, § 2º, da Lei 10.887/2004).

3) parcelas que não podem ser computadas:

a) gratificação natalina (art. 214, § 6º, do Decreto 3.048/1999);

b) adicional de férias (não faz parte da base de contribuição, conforme art. 4º da Lei 10.887/2004).

4) apuração do limite:

a) calculada a média das maiores remunerações, aplicar-se-á a proporcionalidade da aposentadoria para se obter o valor dos proventos, quando cabível, que não poderá ser superior à última remuneração do cargo efetivo, consoante estabelecido pelo § 2º do art. 40 da Constituição Federal.

5) para os casos em que os proventos de aposentadoria não estejam sendo pagos de acordo com as regras definidas nos itens precedentes, os órgãos da Administração Pública Federal deverão proceder aos seguintes ajustes, no prazo de 90 (noventa dias), contados da ciência da deliberação que esta Corte de Contas vier a proferir nestes autos:

a) recalcular o valor de todas as aposentadorias concedidas com fundamento no art. 40 da Constituição Federal (redação dada pela EC 41/2003) e no art. 2º da Emenda Constitucional – EC 41, de 19 de dezembro de 2003, calculadas com base no § 3º do art. 40 da CF, a partir da vigência da MP 167/2004, convertida na Lei 10.887/2004 (cálculo dos proventos de aposentadoria pela média das maiores remunerações), adequando o valor dos referidos benefícios ao entendimento aqui definido;

b) após esse procedimento, caso algum provento de aposentadoria seja reduzido, a unidade pagadora deverá implementar no contracheque do respectivo beneficiário uma parcela compensatória, cujo valor será o resultado da diferença entre o valor atualmente pago e o valor calculado de acordo com as regras aqui dispostas;

c) essa parcela compensatória deverá ser necessariamente absorvida na medida que o valor do benefício seja aumentado em função do seu reajustamento pelos índices concedidos aos benefícios vinculados ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

III. sejam arquivados os presentes autos, uma vez que o cumprimento desses critérios e procedimentos será verificado nas futuras auditorias a serem realizadas pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal”.

4. De todo modo, a partir dos vários desdobramentos ocorridos nos presentes autos, como acórdãos, despachos, oitivas, pareceres do Ministério Público junto ao Tribunal e novas instruções técnicas, foi lançado o parecer à Peça nº 48, que apresenta, de forma objetiva, todo o histórico do processo, além do novo encaminhamento proposto, nos seguintes termos:

“Após analisar a legislação que rege a matéria e os critérios e procedimentos que devem ser utilizados para o cálculo dos proventos dos servidores com base na média das remunerações, esta Sefip fez as seguintes proposições (Peça nº 3):

(...) 3. Ocorre que os presentes autos foram restituídos a esta Unidade Técnica, tendo em vista a prolação do Acórdão 442/2012 – Plenário, para adoção das seguintes providências (peça 7):

‘a) restituir os autos à Sefip, com vistas a que sejam complementados os estudos já realizados nestes autos, especialmente em relação ao cômputo, ou não, no cálculo da média remuneratória de que trata a Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, das seguintes parcelas:

a.1) atrasados de planos econômicos (Plano Collor, URV, URP e outros);

a.2) adiantamentos de salário por ocasião de pedido de férias;

a.3) vantagens oriundas de decisões judiciais; e

a.4) outros valores porventura identificados pela Sefip.

b) fazer as seguintes determinações:

(...)

1.5. determinar à Sefip que:

1.5.1. identifique a unidade gestora responsável pelo Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Federais e:

1.5.1.1. promova a sua oitiva para que, no prazo de 15 (quinze) dias, manifeste-se acerca das ocorrências apontadas na presente representação; e

1.5.1.2. solicite o envio, no prazo de 15 (quinze) dias, de toda a regulamentação já editada a respeito da Lei nº 10.887, de 2004;

1.5.2. providencie nova instrução de mérito dos autos.’

4. Esta Sefip, após adotar as medidas determinadas no aresto supracitado, reiterou a proposta anterior com os acréscimos a seguir (peça 15):

‘7. Ressalto que as informações carreadas aos autos pelos órgãos diligenciados, notadamente aquelas enviadas pelo Ministério do Planejamento, estão em linha com o que foi defendido por esta Secretaria na proposta de mérito anterior (v. item 2 acima). Como bem ressaltado na Nota Técnica nº 106/2012/DENOP/SEGEP/MP, as parcelas relativas a atrasados de planos econômicos (Plano Collor, URV, URP e outros), os adiantamentos de salário por ocasião de gozo de férias e as vantagens originárias de decisões judiciais – estas também por expressa determinação legal (art. 16-A da Lei 10.887/2004, acrescido pelo art. 36 da Lei 11.941/2009) – compõem a base de cálculo de contribuições previdenciárias do servidor, podendo assim ser considerados como ‘(...) vantagens pessoais (...)’ e, por consequência, incluídos ‘(...) no cálculo da média das maiores remunerações’.

8. Por fim, destaco que o cálculo dos proventos dos servidores aposentados com fundamento no art. 40 da Constituição Federal está sujeito ao princípio contábil da competência, tendo em vista que para tanto ‘(...) será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência’ (art. 1º da Lei 10.887/2004).

9. Pelo exposto, reitero a proposta de encaminhamento dos autos antes elaborada por esta Secretaria de Fiscalização de Pessoal na peça 3, (...), com o acréscimo de que as parcelas relativas a atrasados de planos econômicos (Plano Collor, URV, URP e outros), os adiantamentos de salário por ocasião de férias e as vantagens originárias de decisões judiciais também devem ser considerados no cálculo dos proventos de aposentadoria alicerçada no art. 40 da Constituição Federal (a chamada média das remunerações), uma vez que servem de base para o recolhimento de contribuições previdenciárias (grifo no original)’.

5. Mediante despacho acostado à peça 17, o e. Relator, Ministro-Substituto André Luis de Carvalho, determinou, em face da relevância da matéria, o encaminhamento dos autos ao MPTCU para pronunciamento.

6. O douto parquet especializado, representado pelo i. Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, exarou parecer cujas conclusões colaciono a seguir (peça 18):

‘7. Com essas considerações, o Ministério Público opina, em desacordo com a proposta apresentada pela unidade técnica, nos seguintes pontos:

A gratificação natalina (13º salário) pode ser computada no cálculo da média desde que a soma dos treze salários de contribuições anuais seja dividida por treze, na linha do decidido mediante o Acórdão 2223/2012 – TCU – Plenário;

Para o cálculo dos proventos proporcionais, o valor da média deverá ser previamente confrontado com o limite de remuneração do cargo efetivo (limitação prevista no § 2º do art. 40 da Constituição Federal), para então calcular a fração de direito do aposentado (proporcionalidade dos proventos).

8. Adicionalmente, sugere acrescentar à proposta da Sefip as seguintes orientações:

A inclusão de parcelas de planos econômicos (Plano Collor, URV, URP e outros) no cálculo da média das remunerações de contribuição depende da existência de sentenças judiciais que deem a elas suporte jurídico. Há que se considerar apenas o período em que foram legalmente recebidas. Parcelas indevidas não podem compor essa média, independente de o servidor ter contribuído sobre elas;

As diferenças salariais devidas em razão de pagamentos de atrasados ou de adiantamentos concedidos devem ser consideradas no cálculo dos proventos de aposentadoria alicerçada no art. 40 da Constituição Federal (a chamada média das remunerações) nos respectivos meses de competência’.

7. Considerando a complexidade da matéria no que toca especificamente ao critério a ser adotado para o cálculo dos proventos proporcionais e, ainda, o fato de o parecer do MPTCU ter trazido entendimento contrário ao desta Unidade Técnica especificamente nesse ponto, transcrevo a seguir excertos do parecer do órgão ministerial:

'6.6.1. O art. 40 da Constituição Federal preceitua:

'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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

a) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998)

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, 15.12.1998)

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

(...) § 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)'

*6.6.2. A Lei 10.887, de 18.6.2004, disciplina o cálculo dos proventos de aposentadoria a que se refere o § 3º do art. 40 da Constituição Federal, **verbis**:*

'Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.

§ 2º *A base de cálculo dos proventos será a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio.*

§ 3º *Os valores das remunerações a serem utilizadas no cálculo de que trata este artigo serão comprovados mediante documento fornecido pelos órgãos e entidades gestoras dos regimes de previdência aos quais o servidor esteve vinculado ou por outro documento público, na forma do regulamento.*

§ 4º *Para os fins deste artigo, as remunerações consideradas no cálculo da aposentadoria, atualizadas na forma do § 1º deste artigo, não poderão ser:*

I - inferiores ao valor do salário-mínimo;

II - superiores ao limite máximo do salário-de-contribuição, quanto aos meses em que o servidor esteve vinculado ao regime geral de previdência social.

§ 5º *Os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.*

(...) Art. 15. Os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados, a partir de janeiro de 2008, na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social, ressalvados os beneficiados pela garantia de paridade de revisão de proventos de aposentadoria e pensões de acordo com a legislação vigente.' (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

6.6.3. As normas transcritas vedam a percepção de provento de aposentadoria em valor superior à remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentação.

6.6.4. Ao ver do Ministério Público, a limitação imposta pelo § 2º do art. 40 da Constituição Federal trata da aposentadoria com proventos integrais, deixando de se referir aos proventos proporcionais uma vez que este tem como base de cálculo aquele.

6.6.5. Nessa linha de entendimento, calcula-se a aposentadoria integral, aplicando-se a limitação prevista no § 2º do art. 40 da Constituição Federal, para, sobre este valor (benefício integral) calcular a fração de direito do aposentado (proporcionalidade dos proventos). Por ser comando constitucional, não há falar em mitigação indevida do princípio contributivo.

6.6.6. Considerando que a parte nunca pode ser igual ao todo, é coerente afirmar que, se a última remuneração da atividade é o limite dos proventos integrais (§ 2º do art. 40 da Constituição Federal), não poderá o mesmo valor ser limite também para proventos proporcionais. A fração decorre do inteiro.

6.6.7. De forma ilustrativa, imaginemos dois servidores que exerceram os mesmos cargos, no mesmo órgão, porém, por períodos diversos. Um deles, com 35 anos de contribuição, aposenta-se com proventos integrais, o outro, com trinta anos de contribuição, aufere aposentadoria proporcional, à razão de 30/35. A média aritmética de ambos supera o valor da última remuneração. Feita a proporcionalidade com base na média, o valor da aposentadoria proporcional ainda supera a última remuneração do servidor. Sob esses critérios de cálculo, ambos passariam a perceber a mesma remuneração na aposentadoria. Tal procedimento desconsidera a proporcionalidade dos proventos, uma vez que este (aposentado proporcionalmente ao tempo de contribuição) percebe o mesmo valor daquele que auferiu aposentadoria integral, além disso, fere o princípio da isonomia, já que iguala os desiguais.

6.6.8. Cabe destacar que a Emenda Constitucional 70 de 29.3.2012 veio assegurar aos servidores aposentados por invalidez permanente, que tenham ingressado no serviço público até a data de publicação da EC 41/2003, o direito à aposentadoria calculada com base na remuneração do cargo efetivo, observada a paridade, não lhes sendo aplicável à forma de cálculo pela média dos salários contributivos. Referida norma com objetivo de beneficiar essa classe de servidores determinou a revisão dos benefícios concedidos a partir da vigência da Emenda Constitucional 41/2003.

6.6.9. *Se a limitação prevista no § 2º do art. 40 da Constituição Federal for aplicada somente após a proporcionalidade dos proventos, a EC 70/2012, que veio para beneficiar, poderá, ao revés, trazer prejuízo àqueles servidores aposentados proporcionalmente ao tempo de serviço, mas que, por força do critério utilizado no cálculo dos proventos, passaram à aposentadoria com proventos da última remuneração do cargo efetivo, que vem sendo reajustada pelos índices do regime geral da previdência social.*

Tal procedimento não se harmoniza com o espírito da norma, fortificando o entendimento de que o valor resultante da média aritmética deve ser preliminarmente confrontado com a remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria (§ 2º do art. 40 da CF) para então, só aí, aplicar-se a proporcionalidade dos proventos, com base no tempo de contribuição”.

8. *Por meio de novo despacho, o Relator entendeu que, ‘conquanto o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e o Ministério da Previdência Social tenham se pronunciado a respeito das novas questões trazidas pelo Acórdão 442/2012-TCU-Plenário, remanesce sem cumprimento a oitiva determinada no item 1.5.1.1 acerca das inconsistências que subsidiaram autuação do presente feito’ e determinou o retorno dos autos à Sefip para as providências relacionadas ao cumprimento do referido subitem (peça 19).*

9. *Esta Unidade Técnica, após promover a oitiva determinada, exarou novo parecer, do qual extraiu os trechos colacionados a seguir (peça 23):*

‘5. Em resposta, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na pessoa de sua Secretária de Gestão Pública, Sra. Ana Lúcia Amorim de Brito, encaminhou ao Tribunal o Ofício nº 206/SEGEP-MP, de 08/03/2013 (p. 1, peça 22), acompanhado da documentação de pp. 2/12 da peça 22, esclarecendo que ‘a gratificação natalina e as vantagens de caráter pessoal integram o cômputo do cálculo da média remuneratória de que trata a Lei nº 10.887, de 2004, situação que não ocorre em relação ao adicional de férias, conforme estabelece os arts. 1º e 40 da Lei nº 10.887, de 2010. Em relação ao segundo questionamento, esclareça-se que a remuneração do servidor é utilizada para limitar os proventos de aposentadoria, quando a média for maior que a remuneração do cargo efetivo em que ocorrer a aposentadoria’ (p. 5, peça 22).

6. *Portanto, observa-se apenas um conflito entre o entendimento do Ministério e o desta Sefip estampado na peça 3 acerca do tema sob discussão: a gratificação natalina. Para o Órgão, essa rubrica, por assim dizer, não pode ser excluída da base de cálculo da média de que trata a Lei 10.887/2004 – medida que também passou a ser defendida por esta Unidade Técnica.*

7. *Pelo exposto, reitero a proposta de encaminhamento dos autos antes elaborada por esta Secretaria de Fiscalização de Pessoal nas peças 3 e 15, com o acréscimo de que as parcelas relativas a atrasados de planos econômicos (Plano Collor, URV, URP e outros), os adiantamentos de salário por ocasião de férias e as vantagens originárias de decisões judiciais, bem como a gratificação natalina, devem ser considerados no cálculo dos proventos dos servidores aposentados com fulcro no art. 40 da Constituição Federal, uma vez que servem de base para o pagamento de contribuições previdenciárias’.*

10. *Recebidos os autos no Gabinete do Ministro-Relator, o MPTCU foi novamente solicitado a se pronunciar sobre a matéria (peça 25), tendo sido o parecer anterior do órgão ministerial, acostado à peça 18, reiterado com a observação de que ‘a unidade técnica, em sua última instrução (peças 23, 24), modificou seu entendimento anterior no que se refere à gratificação natalina, passando a considerar que também essa vantagem deve compor a base de cálculo dos proventos dos servidores aposentados com fulcro no art. 40 da Constituição Federal’ (peça 26).*

11. *Nada obstante, o Plenário, na Sessão de 7/8/2013, prolatou o Acórdão 2.047/2013 com as seguintes determinações (peça 27):*

‘1.7. Determinar à Sefip que promova:

1.7.1. a oitiva da Secretaria de Gestão Pública, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Secretaria de Políticas de Previdência Social, no âmbito do Ministério da Previdência Social, e da Advocacia-Geral da União – AGU, para que, no prazo de 60 (sessenta) dias,

se manifestem sobre as questões tratadas nestes autos, em especial, sobre as divergências nos posicionamentos jurídicos adotados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no âmbito da Orientação Normativa MPOG/SRH n° 8, de 5 de novembro de 2010, e pelo Ministério da Previdência Social, no âmbito da Orientação Normativa MPS/SPS n° 2, de 31 de março de 2009, em confronto com os posicionamentos adotados pelo TCU no âmbito do Acórdão 910/2008-1ª Câmara e do Acórdão 2.212/2008-Plenário, pronunciando-se conclusivamente sobre qual seria o melhor posicionamento a ser adotado no caso de aplicação do art. 40, § 2º, da Constituição de 1988, em relação a aposentadorias deferidas com proventos proporcionais;

1.7.2. o envio de cópia do presente Acórdão, acompanhada de cópias do parecer da unidade técnica e do parecer do MPTCU, bem como de cópias do Acórdão 910/2008-1ª Câmara e do Acórdão 2.212/2008-Plenário, à Secretaria de Gestão Pública, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, à Secretaria de Políticas de Previdência Social, do Ministério da Previdência Social, e à Advocacia-Geral da União, com vistas a servir de subsídio para as manifestações suscitadas no item 1.7.1 deste Acórdão.

1.8. Recomendar à Advocacia-Geral da União que adote medidas com vistas a conciliar as divergências detectadas entre o posicionamento adotado pela Secretaria de Recursos Humanos, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no âmbito da Orientação Normativa MPOG/SRH n° 8, de 5 de novembro de 2010, e pela Secretaria de Políticas de Previdência Social, do Ministério da Previdência Social, no âmbito da Orientação Normativa MPS/SPS n° 2, de 31 de março de 2009, informando as providências adotadas ao TCU, no prazo de 60 (sessenta) dias' (grifos acrescentados).

12. Esta Unidade Técnica, em cumprimento à determinação acima, promoveu as oitivas determinadas no referido decisum (peças 28/44), tendo obtido as respostas de todos os órgãos envolvidos (peças 45/47).

RESPOSTAS ÀS OITIVAS

Resposta da Secretaria de Gestão Pública do MPOG

13. Em atenção à determinação contida no Acórdão 2.047/2013-Plenário, a Secretaria de Gestão Pública do MPOG elaborou a Nota Técnica n° 276/2013/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, de 16/10/2013, por meio da qual se manifesta sobre a aludida divergência de entendimentos em relação ao cálculo dos proventos proporcionais (peça 45).

14. Com vistas a explicitar os principais argumentos apresentados pela Secretaria de Gestão Pública, segue abaixo excertos do mencionado documento:

5. Do que se extrai dos autos, o Ministério da Previdência Social, em interpretação ao art. 40, § 2º, da CF, por intermédio da Orientação Normativa n° 2, de 2009 entende que, no 'cálculo dos proventos proporcionais, o valor resultante do cálculo pela média será previamente confrontado com o limite de remuneração do cargo efetivo previsto no § 9º do art. 61, para posterior aplicação da fração de que trata o caput'. Por sua vez, este Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em interpretação ao mesmo comando constitucional, por intermédio da Orientação Normativa n° 8, de 5 de novembro de 2010, firmou o entendimento de que 'o valor resultante da média aritmética deverá ser previamente proporcionalizado ao tempo de contribuição, conforme disposto no caput, para posterior confrontação com a remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria'.

(...) 9. Pois bem. No caso posto em análise, antes de se talvez concluir equivocadamente que o órgão central do SIPEC estaria a manter, em desacordo com posicionamento do órgão competente, orientação normativa divergente, necessário esclarecer que o atual posicionamento da SEGEP tem supedâneo, exatamente em posicionamento do Tribunal de Contas da União.

10. A antiga Secretaria de Recursos Humanos, por intermédio do Despacho de 23, de julho de 2008, proferiu entendimento que coadunava com o esposado pelo Ministério da Previdência Social, no sentido de que, no cálculo das aposentadorias proporcionais inicialmente se deveria encontrar o valor relativo à média das contribuições previdenciárias para, posteriormente se efetivar a confrontação deste valor com a remuneração do cargo efetivo ocupado pelo servidor e,

somente depois de tal confrontação é que se realizaria a proporcionalização ao tempo de contribuição.

11. Entretanto, posteriormente, a Controladoria-Geral da União-CGU informou a este órgão central do SIPEC o entendimento contido do Acórdão nº 2.212, de 2008, do Tribunal de Contas da União - TCU, que na ocasião defendia que o valor resultante da média aritmética deveria ser previamente proporcionalizado ao tempo de contribuição, para posterior confrontação com a remuneração do cargo efetivo em que se desse a aposentadoria.

12. Assim, após nova discussão sobre os fundamentos para o citado cálculo, fortemente alicerçado no posicionamento da Corte Suprema de Contas (Acórdão nº 2.212, de 2008), este órgão central do SIPEC entendeu por bem adotar o entendimento que consta da ON nº 8, de 2010, por ser, a nosso juízo, o que melhor interpreta o § 2º do art. 40 da Constituição Federal de 1988.

13. Da leitura atenciosa dos excertos acima transcritos, percebe-se que a Suprema Corte de Contas, quanto à interpretação a ser ofertada em relação ao § 2º do art. 40 da Constituição Federal, oferta valioso raciocínio que aponta irrefutavelmente para a conclusão de que o disposto no § 2º do art. 40 do texto constitucional há que ser interpretado como um limitador para a percepção dos proventos de inatividade, e não como uma metodologia de cálculo desses proventos.

(...) 18. A partir de tal interpretação, s.m.j, afigura-se simplista o raciocínio de que estaria incorreto, em se aplicando o § 1º do art. 5º da ON nº 8, de 2010, a possibilidade de obtenção de proventos de aposentadoria proporcional maiores que a remuneração do cargo efetivo, porquanto se pode, de forma absolutamente legal, a aposentadoria proporcional gerar valor maior que a remuneração do cargo efetivo nas seguintes situações pontuais:

(a) quando o índice de atualização das remunerações utilizadas na média forem maiores que os índices ou valores utilizados para reajustar a remuneração do cargo efetivo ocupado pelo servidor; e

(b) quando o servidor optar por incluir na sua base de contribuição valores relativos ao local de trabalho e pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei nº 10.887, de 2004.

(...) 20. Desse modo, entende esta Secretaria de gestão Pública, que o valor dos proventos de aposentadoria proporcional se dará pelo valor resultante da média aritmética das contribuições do servidor ao regime de previdência ao qual se encontra vinculado, previamente proporcionalizado ao tempo de contribuição, para posterior confrontação com a remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, sob pena de raciocínio diverso retirar a eficácia do dispositivo constitucional debatido, bem como ensejar o enriquecimento sem causa da administração em desfavor do aposentado pelo cálculo da proporcionalidade' (grifos no original).

Resposta da Secretaria de Políticas de Previdência Social

15. A Secretaria de Políticas de Previdência Social, por seu turno, elaborou o Parecer nº 43/2013/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 17/9/2013, que, inicialmente, assinalou competências do Ministério da Previdência Social no que respeita aos regimes próprios de previdência, nos termos da Lei 9.717/1998, que 'dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências', senão vejamos (peça 46):

'Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

I – a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei;

II – o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos nesta Lei'.

16. No tocante aos argumentos apresentados para o entendimento constante da Orientação Normativa MPS/SPS n° 2, de 31/3/2009, transcrevo a seguir trechos do parecer da Secretaria de Políticas de Previdência Social (peça 46):

‘18. A razão fundamental da interpretação exposta no item 7.6.1 do Anexo da Portaria MPS n° 402, de 2008, coincidem com a apresentada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União no processo em exame para entender que o valor utilizado para o cálculo da proporcionalidade não pode exceder a remuneração do servidor em obediência ao disposto no § 5° do art. 1° da Lei n° 10.887, de 2004.

19. Esse artigo, que disciplinou o cálculo dos proventos previsto no § 3° do art. 40 da Constituição Federal, com base na média das contribuições do servidor, estabeleceu no § 5° que os proventos, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria: (...).

20. Essa é a regra para cálculo dos proventos integrais, quando regidos pelo § 3° do art. 40 da Constituição Federal. A Lei não previu o valor dos proventos proporcionais, visto que seria despiciendo, tratando-se de uma simples operação matemática. Somente pode ser calculada a proporção de determinado valor depois de conhecido qual seria seu montante integral. Portanto, ao valor da média deve ser previamente aplicado o limite da remuneração no cargo para, em seguida, calcular-se a proporção equivalente no caso individual.

21. A norma deste Ministério não criou regra de cálculo alguma, apenas explicitou quanto ao cumprimento da regra geral vigente. Trata-se de uma operação única, devendo ser observado, em cada caso, a aplicação de 100% ou outro percentual sobre a base de cálculo estabelecida na própria lei, já observado o limite também nela fixado, ou seja, os proventos integrais legalmente fixados. Atualmente, os proventos da aposentadoria são ditos integrais quando correspondem a 100% do valor da média, com limite na última remuneração do servidor no cargo. Nos demais casos, a proporção individual será aplicada sobre o valor que seria o integral.

22. Cabe acrescentar ao motivo considerado fundamental, que o entendimento contrário desconstrói toda a distinção estabelecida no art. 40 entre proventos integrais e proporcionais. Na situação concreta tratada no Acórdão recebido, a hipótese é de aposentadoria por invalidez, benefício de risco no qual a inativação não é programada. No entanto, nas demais hipóteses de aposentadoria com proventos proporcionais (aposentadoria por idade e compulsória – art. 40, § 1°, II e ‘b’ da CF) a data de sua concessão é conhecida pelo segurado possibilitando, inclusive, planejamento previdenciário sobre a conveniência da data de ingresso no serviço público e/ou da aposentadoria.

23. A correlação entre os Princípios da Contributividade e da Solidariedade ao caso, na visão desta Secretaria, é diferente daquela que foi identificada pelo TCU. A contributividade em tese existente (em tese, porque, na média, são considerados também períodos não contributivos) não é argumento para a modulação do cálculo dos proventos proporcionais visto que esse princípio não é absoluto, devendo ser conciliado com o da Solidariedade. Esse é o princípio que fundamenta a incidência sobre proventos e pensões, consistindo esses últimos, benefícios que não poderão gerar qualquer outra prestação previdenciária.

24. Portanto, se o valor da média for superior ao da remuneração, a glosa realizada não fere a contributividade, mas atende a solidariedade do regime, sob pena de se causar inclusive inativações antecipadas, especialmente nos casos das aposentadorias por idade e compulsória, visto que a continuidade em atividade até a idade limite poderá perder o sentido, em razão de o segurado atingir antes o valor da última remuneração, o que se poderá constatar com uma simples simulação de cálculo.

(...) 28. Importante ressaltar, ainda, que uma revisão do entendimento adotado por este Ministério na aplicação do limite estabelecido no art. 40, § 2° da Constituição no cálculo das aposentadorias proporcionais, hoje constante da Portaria MPS n° 402, de 2008, e da Orientação Normativa SPS n° 02, de 2009, mas já veiculado anteriormente pelas Orientações Normativas SPS n° 3, de 2004, e n° 1, de 2007, conforme referido nos itens 7 e 8 deste Parecer, poderá resultar em

grande número de pedidos de revisão de benefícios de aposentadoria proporcional concedidos pelos RPPS dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que tenham, em obediência ao disposto no art. 91, inciso I da Lei no 9.717, de 1998, sido calculados segundo a metodologia estabelecida nesses atos normativos e aqui defendida, com significativo ônus financeiro para tais regimes' (grifos no original).

Resposta da Advocacia-Geral da União

17. Por meio do Parecer nº 7/2013/DECOR/CGU/AGU, de 3/10/2013, a Advocacia-Geral da União, após discorrer sobre as competências dos órgãos envolvidos na matéria tratada nesta representação, manifesta-se, em síntese, nos termos transcritos abaixo (peça 47):

'25. Pelos critérios da especialidade, pode-se afirmar, assim, que o órgão que detém competência para normatizar, com primazia, temas referentes à aposentadoria dos servidores públicos, onde se inclui o disciplinamento das formas de cálculo de proventos proporcionais, é o Ministério de Previdência Social, por meio de sua Secretaria de Políticas da Previdência Social.

26. Um ponto que está a merecer consideração, ainda, é que os entes federados seguem, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.717/98, as orientações e diretrizes traçadas pelo Ministério da Previdência Social nos assuntos referentes à aposentadoria dos servidores públicos.

27. Assim, eventual descon sideração das orientações traçadas pelo Ministério da Previdência Social poderia acarretar prejuízos incomensuráveis de âmbito não só federal, mas também a nível nacional.

28. Esse apontamento restou consignado na ata de reunião havida no dia 18 de setembro de 2013, tendo os representantes do Ministério da Previdência Social feito o seguinte alerta:

'Os representantes do MPS entregaram manifestação que espelha o seu entendimento, sem assinatura, aos representantes do DECOR. Asseveraram que os Estados e Municípios adotam o seu entendimento. Um afastamento do mesmo geraria muitas dificuldades, a nível nacional'.

29. Uma última colocação se faz importante. Não se entende cabível adentrar no mérito da forma de cálculo, em si, dos proventos proporcionais de aposentadoria definidos pela Secretaria de Políticas de Previdência Social, uma vez que tal agir constituiria ingerência indevida em sua competência.

30. Em razão dos elementos acima apontados, concluímos que a Orientação Normativa MPS/SPS nº 2/2009 deve prevalecer em relação à Orientação Normativa MPOG/SRH nº 8/2010, no referente aos cálculos proporcionais dos proventos de aposentadoria dos servidores públicos' (grifos acrescentados).

EXAME TÉCNICO

18. De início, convém salientar que as divergências entre os entendimentos da Sefip, do MPTCU, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministério da Previdência Social foram, de maneira geral, ao longo das instruções acostadas aos autos, superadas, sendo que, ao final, a Sefip, em consonância com o MPTCU, concluiu que deveriam integrar a base de cálculo dos proventos das aposentadorias fundamentadas no art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da EC 41/2003, entre outras, as seguintes rubricas:

- a) gratificação natalina;*
- b) adiantamentos de salários por ocasião de férias;*
- c) vantagens oriundas de decisões judiciais, condicionadas à existência de provimentos jurisdicionais que deem a elas suporte jurídico; e*
- d) diferenças salariais decorrentes de pagamentos de atrasados, como os relativos a planos econômicos, desde que observado o regime de competência.*

19. Especificamente em relação ao cálculo dos proventos proporcionais, o MPTCU manifestou-se contrário ao entendimento defendido por esta Unidade Técnica, por entender que o valor da média dos salários de contribuição deve ser previamente confrontado com o da remuneração do cargo efetivo e, se for o caso, limitado por este valor, para então calcular o valor inicial dos proventos por meio da aplicação da proporcionalidade a que tem direito o servidor. Tal divergência

também foi verificada entre os posicionamentos dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Previdência Social, motivo pelo qual foi prolatado o Acórdão 2.047/2013-Plenário.

20. Considerando que o item 1.7.1 desse decisum determinou à Sefip que promovesse a oitiva dos órgãos supracitados para que se manifestassem sobre as questões tratadas nestes autos, especialmente sobre o cálculo dos proventos de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição com base na média dos salários contributivos, em confronto com os posicionamentos adotados pelo TCU nos Acórdãos 910/2008-1ª Câmara e 2.212/2008-Plenário, faz-se necessário examinar os fundamentos destes arestos.

21. A 1ª Câmara, por intermédio do Acórdão 910/2008, considerou ilegal a aposentadoria por invalidez de servidora do TRE/RS por ter integrado os salários de contribuição, para fins de apuração da média de que trata o art. 1º da Lei 10.887/2004, parcelas relativas a anuênios e a quintos/décimos. Segundo a proposta de deliberação que fundamentou esse decisum, 'a exegese a ser emprestada ao referido § 5º do art. 1º da Lei 10.887/2004 deve ser no sentido de que a média aritmética deve ser calculada sem a inclusão das referidas vantagens e a base de cálculo dos proventos proporcionais será o menor valor entre essa média e a última remuneração, excluídas as vantagens tratadas no item anterior'.

22. Ademais, a mencionada proposta de deliberação assinalou que:

'9. (...). Por esse dispositivo, a média aritmética das contribuições não pode exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria. Convém esclarecer que esse valor refere-se à aposentadoria integral. No caso de proventos proporcionais, o resultado encontrado servirá como base para cálculo do montante do benefício. Essa base deve ser multiplicada pelo número de anos contribuídos e dividida pelo número de anos necessários à aposentação integral. Somente então ter-se-á o valor final dos proventos.

10. Dessa forma, a base de cálculo dos proventos proporcionais será o menor valor entre a média aritmética e a última remuneração' (grifos acrescentados).

23. Mediante o Acórdão 2.212/2008-Plenário, foi firmado, no âmbito desta Corte de Contas, entendimento segundo o qual o limite estabelecido no § 2º do art. 40 da Constituição Federal (remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria) somente pode ser aplicado após definido o benefício inicial por meio da proporcionalização da base de cálculo dos proventos, isto é, da média dos salários de contribuição obtida. Vejamos, portanto, excertos do voto condutor dessa deliberação, proferida em sede de recurso administrativo:

'A interessada aposentou-se por invalidez com proventos proporcionais, com base no art. 40 da Constituição Federal, § 1º, inciso I, e §§ 3º e 8º, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 41/2003, bem assim no inciso I do art. 186 da Lei n.º 8.112/1990.

Insurge-se a recorrente contra a forma pela qual a Administração calculou seus proventos proporcionais.

De acordo com o art. 1º da Lei n.º 10.887/2004, o cálculo dos proventos deverá considerar a média aritmética simples das maiores remunerações (corrigidas monetariamente), correspondentes a 80% do período contributivo, desde a competência de julho de 1994.

O resultado apurado na forma da lei deve ser limitado ao valor da última remuneração, conforme preceitua o § 2º do art. 40 da Constituição Federal:

'§ 2º Os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão de pensão'.

O ponto fulcral deste processo diz respeito à aplicação desse limite às aposentadorias com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

(...)

O Secretário-Geral de Administração alega que (fl. 108 do vol. principal):

'O argumento central é que, se fosse aplicada a proporcionalidade sobre a média, o valor apurado (R\$ 12.465,00) daria à interessada o direito de perceber proventos em valores equivalentes a

sua última remuneração (R\$ 11.620,67). Portanto, embora aposentada com proventos proporcionais, perceberia proventos integrais’.

***Data venia** do posicionamento do Secretário-Geral de Administração, esse argumento não procede. Essa suposta ‘distorção’ decorre da limitação constitucional, que impõe a glosa dos proventos do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). Não houvesse essa glosa, certamente haveria diferença entre os proventos nas duas situações.*

Com o novo regime, distorções certamente podem ocorrer entre os servidores, mas devem ser consideradas normais, pois resultam das regras constitucionalmente estabelecidas. A aposentadoria após a vigência de novo plano de carreira poderá ser mais benéfica que aquela ocorrida anteriormente, já que o limite para a percepção de proventos será incrementado. O servidor que ocupava função de confiança até 1998 terá seus proventos limitados à remuneração do cargo efetivo (e sobre ela contribuiu, por força das normas então vigentes), ainda que o valor apurado na forma do art. 1º da Lei n.º 10.887/2004 seja superior a sua última remuneração.

É possível, em tese, que o servidor que se inativou com proventos equivalentes à remuneração do cargo efetivo venha, ao final de determinado período, a perceber proventos superiores à remuneração do servidor ativo, caso os índices de reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social (RGPS), atualmente aplicados às aposentadorias do RPPS, sejam superiores aos índices gerais aplicáveis aos servidores públicos (o que não é incomum). Nem por isso poderia a Administração deixar de aplicar o reajuste devido, sob a alegação de que o inativo passaria a ganhar mais que o ativo. A ausência de paridade entre inativos e ativos pode, eventualmente, vir a favorecer o inativo. A limitação deve ser verificada apenas no momento da concessão da aposentadoria.

O § 2º do art. 40 da Constituição Federal instituiu um limite para a percepção de proventos da inatividade, a ser verificado no momento da aposentadoria, e não uma metodologia de cálculo desses proventos. A estipulação desse limite decorre do princípio da solidariedade, insculpido no caput do art. 40. Desse princípio também resulta a instituição da contribuição previdenciária de inativos e pensionistas.

O princípio da solidariedade mitiga, mas não afasta, o caráter contributivo do RPPS, que opera tanto em favor como em desfavor do servidor.

A imposição de restrições que afastam o caráter contributivo – como a limitação do valor de proventos – somente pode decorrer de comando constitucional. Por conseguinte, a norma contida no § 2º do art. 40 não deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de infirmar o princípio da contributividade.

Não é lícito, portanto, que Orientação Normativa do Ministério da Previdência, altere a forma de cálculo estabelecida em lei para ampliar a limitação do texto constitucional.

Proponho, pois, seja dado provimento ao recurso da servidora. E, considerando que o limite determinado pela Constituição Federal para o cálculo dos proventos deve ser verificado no momento da inativação, os efeitos da deliberação a ser proferida devem retroagir àquela data, mormente porque não ocorreu a prescrição de nenhuma parcela’ (grifos acrescentados).

24. Transcritos os principais fundamentos que embasaram os Acórdãos 910/2008-1ª Câmara e 2.212/2008-Plenário, impende salientar, desde logo, que o primeiro aresto não pode, com a devida vênia, ser considerado na apreciação da matéria aqui tratada.

25. Primeiro, porque a jurisprudência do Tribunal – invocada nos fundamentos daquele acórdão – segundo a qual as vantagens pessoais legitimamente incorporadas ao patrimônio do servidor, a exemplo de anuênios e de quintos/décimos, seriam isentas de proporcionalização, é inaplicável às aposentadorias proporcionais concedidas com fundamento nas regras insculpidas pela EC 41/2003, como se observa no caso apreciado pelo Acórdão 910/2008-1ª Câmara em que a servidora se aposentou no dia 13/6/2005. Nesses casos, a base de cálculo dos proventos iniciais deve sempre ser obtida com o cálculo da média das remunerações contributivas, independentemente das parcelas que as integram.

26. Segundo, porque os demais fundamentos da deliberação, que consideraram que o limite estabelecido pelo § 2º do art. 40 da Constituição Federal deveria ser previamente confrontado com a base de cálculo dos proventos (média dos salários contributivos), não refletem, com o devido respeito à autoridade das decisões desta Corte de Contas, uma posição juridicamente segura acerca do tema.

27. Tal conclusão fica evidente com a prolação do Acórdão 571/2009-1ª Câmara, que, embora relatado pelo mesmo Ministro-Relator do Acórdão 910/2008-1ª Câmara, teve como fundamento o entendimento que deu origem ao Acórdão 2.212/2008-Plenário, conforme se observa em sua ementa:

‘PESSOAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. CONCESSÃO POSTERIOR A 19/02/2004. APLICAÇÃO DO LIMITE DE QUE TRATA O ART 40, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. LEGALIDADE. REGISTRO.

1. Com o advento da Emenda Constitucional 41/2003, a base de cálculo das aposentadorias, integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição, passou a ser a média das remunerações de contribuição do servidor, a teor do disposto no art. 40, § 3º, da Constituição Federal.

2. O limite de benefício estabelecido pelo art. 40, § 2º, da Carta Magna, é o valor da última remuneração, não sujeito à aplicação do fator de proporcionalização’.

28. À vista dos argumentos apresentados tanto pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão quanto pelo Ministério da Previdência Social, entendo que o mais relevante está associado à busca do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência social, por meio da adoção de um sistema que consagrou o caráter contributivo e solidário desses regimes previdenciários.

29. O caráter contributivo inaugurado pela EC 20/1998, e confirmado, com novos contornos, pela EC 41/2003, significa que o servidor deve contribuir para fazer jus a sua aposentadoria, de maneira a manter o equilíbrio financeiro e atuarial, o qual está relacionado matematicamente ao que se arrecada (contribuições) e o que se paga (benefícios).

30. Por sua vez, a solidariedade está ligada ao encargo de toda a sociedade ter de financiar a seguridade social, razão pela qual o e. Ministro Benjamim Zymler, no voto condutor do Acórdão 2.212/2008-Plenário, considerou que o legislador constituinte limitou o valor inicial dos proventos ao da remuneração do cargo efetivo em que se aposenta o servidor e ressaltou que ‘o princípio da solidariedade mitiga, mas não afasta, o caráter contributivo do RPPS’.

31. A propósito, a jurisprudência e a doutrina de nossos tribunais é firme no sentido de que a base de cálculo da contribuição previdenciária está relacionada ao regime de financiamento do sistema, devendo o contribuinte constituir reservas necessárias ao pagamento do benefício a que fará jus no futuro.

32. Dessa forma, o regime contributivo tem de ser observado não apenas em favor do Erário, mas também do servidor que tem o direito de ter o valor do seu benefício de aposentadoria relacionado às contribuições vertidas ao sistema, sob pena, conforme já defendido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, de enriquecimento sem causa do Estado.

33. Ademais, da leitura dos dispositivos constitucionais (§ 2º do art. 40) e infraconstitucionais (art. 1º, caput, e § 5º, da Lei 10.887/2004), verifica-se que as redações das normas não fizeram qualquer limitação à base de cálculo dos proventos. Logo, inexistindo anotação expressa nesse sentido, não se deve, na forma defendida no voto condutor do Acórdão 2.212/2008-Plenário, interpretar extensivamente tais normas, ante a impossibilidade de restringir direito onde a lei não restringiu.

34. Merece destaque a observação feita pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão no sentido de que seria ‘simplista o raciocínio de que estaria incorreta, em se aplicando o § 1º do art. 5º da ON nº 8, de 2010, a possibilidade de obtenção de proventos de aposentadoria

proporcional maiores que a remuneração do cargo efetivo', uma vez que isso poderia ser observado nas seguintes situações (peça 45, fl. 9):

'a) quando o índice de atualização das remunerações utilizadas na média forem maiores que os índices ou valores utilizados para reajustar a remuneração do cargo efetivo ocupado pelo servidor; e

b) quando o servidor optar por incluir na sua base de contribuição valores relativos ao local de trabalho e pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança, nos termos do § 2º do art. 4º da Lei nº 10.887, de 2004.'

35. De mais a mais, outro fator não mencionado, mas que pode majorar significativamente a base de cálculo dos proventos (média dos salários contributivos), são as vantagens pessoais incorporadas ao patrimônio do servidor. Nessa hipótese, fica evidenciado que a imposição de qualquer limite à média apurada exclui, por via reflexa, parte da remuneração do servidor que sofreu desconto da contribuição previdenciária.

36. Por outro lado, haverá situações em que a média dos salários de contribuição será bem inferior à remuneração do cargo efetivo, especialmente quando o servidor não tiver incorporado à sua remuneração as citadas vantagens pessoais e os índices de reajuste aplicáveis à carreira da qual faz parte superar, em determinado período, os relativos aos benefícios do RGPS, o que também não é incomum.

37. Dessa forma, entendo que o assunto não pode ser tratado como se a base de cálculo de todas as aposentadorias proporcionais fosse superior ao valor da remuneração do cargo efetivo no qual se aposenta o servidor, de maneira que devem ser afastados da presente análise argumentos metajurídicos relacionados a problemas que poderiam ser causados aos caixas dos regimes próprios de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, caso haja mudança de orientação no âmbito do Ministério da Previdência Social.

38. Na verdade, mesmo que, de modo geral, tal mudança de entendimento traga algum ônus aos regimes próprios de previdência, não se pode perder de vista, em face do regime contributivo, que o valor inicial dos proventos das aposentadorias proporcionais deve manter relação com os salários de contribuição, limitado apenas pela remuneração do cargo efetivo por força de mandamento constitucional. Afinal, as contribuições, num sistema equilibrado financeira e atuarialmente, devem suportar o pagamento dos benefícios.

39. Quanto à conclusão da Advocacia-Geral da União de que a 'Orientação Normativa MPS/SPS nº 2/2009 deve prevalecer em relação à Orientação Normativa MPOG/SRH nº 8/2010, no referente aos cálculos proporcionais dos proventos de aposentadoria dos servidores públicos', cabe rememorar que esta Corte de Contas, por meio do multicitado Acórdão 2.212/2008-Plenário, considerou que não seria lícito que 'Orientação Normativa do Ministério da Previdência Social alterasse a forma de cálculo estabelecida por lei para ampliar a limitação do texto constitucional'.

40. Por derradeiro, há que se destacar, em vista da recomendação contida no item 1.8 do Acórdão 2.047/2013-Plenário, que a Advocacia-Geral da União informou que não adentraria no mérito da forma de cálculo dos proventos proporcionais das aposentadorias dos regimes próprios definida pela Secretaria de Políticas de Previdência Social, 'uma vez que tal agir constituiria ingerência indevida em sua competência'.

CONCLUSÃO

41. Nessa situação, entendo que inexistem razões para modificar o entendimento firmado pelo Acórdão 2.212/2008-Plenário, não apenas por seus próprios fundamentos jurídicos, mas também por ser o paradigma tanto nesta Corte de Contas quanto no Poder Executivo Federal há quase seis anos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

42. Ante o exposto, sugiro que os presentes autos retornem ao Gabinete do Relator, Exmo. Sr. Ministro-Substituto André Luis de Carvalho, com a reiteração da última proposta de mérito [transcrita no item 4, subitem 9, acima] formulada por esta Unidade Técnica (peças 23/24)".

5. Enfim, os dirigentes da unidade técnica se manifestaram favoravelmente à aludida proposta (Peças n^{os} 49/50).

6. Ocorre, de todo modo, que, ante a relevância da matéria tratada nestes autos, o Ministério Público junto ao Tribunal foi instado a emitir pronunciamento por escrito sobre o feito, de sorte que o ilustre Procurador Júlio Marcelo de Oliveira lançou o seu parecer, à Peça 52, ratificando, de forma derradeira, a posição anteriormente apresentada (Peças n^{os} 18 e 26), nos seguintes termos:

“Por meio do Acórdão 2.047/2013, o Plenário deste Tribunal determinou à Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sefip a adoção das seguintes providências (peça 27):

‘1.7.1. a oitiva da Secretaria de Gestão Pública, no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Secretaria de Políticas de Previdência Social, no âmbito do Ministério da Previdência Social, e da Advocacia-Geral da União – AGU, para que, no prazo de 60 (sessenta) dias, se manifestem sobre as questões tratadas nestes autos, em especial, sobre as divergências nos posicionamentos jurídicos adotados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no âmbito da Orientação Normativa MPOG/SRH n^o 8, de 5 de novembro de 2010, e pelo Ministério da Previdência Social, no âmbito da Orientação Normativa MPS/SPS n^o 2, de 31 de março de 2009, em confronto com os posicionamentos adotados pelo TCU no âmbito do Acórdão 910/2008 - 1^a Câmara e do Acórdão 2.212/2008 - Plenário, pronunciando-se conclusivamente sobre qual seria o melhor posicionamento a ser adotado no caso de aplicação do art. 40, § 2^o, da Constituição de 1988, em relação a aposentadorias deferidas com proventos proporcionais;

1.7.2. o envio de cópia do presente Acórdão, acompanhada de cópias do parecer da unidade técnica e do parecer do MPTCU, bem como de cópias do Acórdão 910/2008 - 1^a Câmara e do Acórdão 2.212/2008 - Plenário, à Secretaria de Gestão Pública, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, à Secretaria de Políticas de Previdência Social, do Ministério da Previdência Social, e à Advocacia-Geral da União, com vistas a servir de subsídio para as manifestações suscitadas no item 1.7.1 deste Acórdão.

1.8. Recomendar à Advocacia-Geral da União que adote medidas com vistas a conciliar as divergências detectadas entre o posicionamento adotado pela Secretaria de Recursos Humanos, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no âmbito da Orientação Normativa MPOG/SRH n^o 8, de 5 de novembro de 2010, e pela Secretaria de Políticas de Previdência Social, do Ministério da Previdência Social, no âmbito da Orientação Normativa MPS/SPS n^o 2, de 31 de março de 2009, informando as providências adotadas ao TCU, no prazo de 60 (sessenta) dias’.

2. Eis a divergência de posicionamento entre o Ministério da Previdência Social e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sobre o cálculo dos proventos de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição:

2.1. A Orientação Normativa MPS/SPS n^o 2, de 31 de março de 2009, prevê, em seu art. 62, §1^o, que: ‘no cálculo dos proventos proporcionais, o valor resultante do cálculo pela média será previamente confrontado com o limite de remuneração do cargo efetivo previsto no § 9^o do art. 61, para posterior aplicação da fração de que trata o caput’;

2.2. Por outro lado, a Orientação Normativa MPOG/SRH n^o 8, de 5 de novembro de 2010, dispõe no art. 5^o, §1^o, que ‘o valor resultante da média aritmética deverá ser previamente proporcionalizado ao tempo de contribuição, conforme disposto no caput, para posterior confrontação com a remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

3. Por meio do documento de peça 45, a Secretaria de Gestão Pública do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão reconhece a existência da divergência apontada, afirma que o entendimento da antiga Secretaria de Recursos Humanos coadunava com o esposado pelo Ministério da Previdência Social, reconhece as competências legais e institucionais do MPS como órgão central em matéria previdenciária, no entanto, com supedâneo no Acórdão 2.212, de 2008, deste Tribunal de Contas da União, ratifica o exposto na Orientação Normativa MPOG/SRH n^o 8, de 5 de novembro de

2010, observando que interpretação diversa será certamente seguida no âmbito do Poder Executivo Federal (destaquei).

4. Segundo o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão ‘Pode-se inferir que os dois posicionamentos foram sistematicamente aplicados desde que foram firmados, o primeiro, sendo diretriz a ser seguida na concessão de aposentadorias proporcionais concedidas pelos Regimes Próprios, e o segundo, no âmbito das aposentadorias proporcionais alicerçadas no Regime de Previdência do Servidor Público - RPPS’.

5. O Ministério da Previdência e Assistência Social, trata de sua competência para estabelecer e publicar os parâmetros e as diretrizes gerais para o funcionamento dos Regimes Próprios.

6. Para maior clareza, transcreve-se excertos do PARECER 43/2013/CGNAL/DRPSP/SPPSIMPS, de 17 de Setembro de 2013 (peça 46):

‘10. A edição da Portaria MPS nº 402, de 2008, teve como fundamento as atribuições conferidas a este Ministério pelo art. 87, parágrafo único, inciso II da Constituição Federal e o disposto no art. 9º da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que estabelece:

‘Art. 9º Compete a União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

I - a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei;

II - o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos nesta Lei.’ (Grifos do original)

(...) 11. O art. 1º da Portaria MPS nº 402, de 2008, estabelece que:

‘Art. 1º Os parâmetros e as diretrizes gerais previstos na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que dispõe sobre regras para organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos, ocupantes de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e o cumprimento do disposto nos arts. 1º, 2º e 15 da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, serão regidos conforme as disposições desta Portaria.’

12. No que concerne aos benefícios previdenciários, é oportuno registrar que o art. 5º da Lei nº 9.717, de 1998, previu que os Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social - RGPS, de que trata a Lei nº 8.213, de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

13. Em obediência a esse comando, o Anexo da Portaria MPS nº 402, de 2008, contém o entendimento desta Pasta Ministerial quanto as principais normas de concessão, cálculo e reajustamento dos benefícios aplicáveis ao RPPS, contidas nas regras constitucionais e legais, acrescidas do entendimento quanto aos temas mais questionados a este Ministério.

14. Os esclarecimentos quanto ao cálculo dos proventos proporcionais constam do item 7.6.1 do Anexo a seguir:

(...) ‘7.6.1. A fração de que trata o subitem 7.6 será aplicada sobre o valor inicial do provento calculado pela média das contribuições conforme item 7, observando-se previamente a aplicação do limite de remuneração do cargo-efetivo de que trata o subitem 7.5’.

15. Ainda quanto aos atos deste Ministério, falta dizer que a obediência às regras contidas nesse Anexo é um dos critérios observados para a emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP, instituído pelo Decreto nº 3.788, de 11 de abril de 2001. O CRP é o documento que atesta a adequação do regime de previdência de Estado, Distrito Federal ou de Município ao disposto na Lei nº 9.717, de 1998, na Lei nº 10.887, de 2004, e na Portaria MPS nº 402, de 2008, de acordo com os critérios definidos na Portaria MPS nº 204, de 2008.

16. De acordo com o art. 5º, XI, ‘a’ dessa Portaria, um dos critérios para a emissão do CRP é a concessão de benefícios de acordo com a Lei nº 9.717, de 1998, e Lei nº 10.887, de 2004,

observando-se ainda os requisitos e critérios definidos em ato normativo do MPS que estabeleça os parâmetros gerais para concessão, cálculo e reajustamento dos benefícios' (Grifos do original).

7. Destaca-se que os trechos, a seguir transcritos, da exposição do Ministério da Previdência e Assistência Social quanto ao cálculo dos proventos de aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição, encontram-se alinhados com o entendimento do Ministério Público expresso no Parecer de peça 18:

'18. A razão fundamental da interpretação exposta no item 7.6.1 do Anexo da Portaria MPS nº 402, de 2008, coincide com a apresentada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União no processo em exame para entender que o valor utilizado para o cálculo da proporcionalidade não pode exceder a remuneração do servidor em obediência ao disposto no § 5º do art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004.

19. Esse artigo, que disciplinou o cálculo dos proventos previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal, com base na média das contribuições do servidor, estabeleceu no § 5º que os proventos, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria:

Art. 40.

(...) § 5º Os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

20. Essa é a regra para cálculo dos proventos integrais, quando regidos pelo § 3º do art. 40 da Constituição Federal. A Lei não previu o valor dos proventos proporcionais, visto que seria despidendo, tratando-se de uma simples operação matemática. Somente pode ser calculada a proporção de determinado valor depois de conhecido qual seria seu montante integral. Portanto, ao valor da media deve ser previamente aplicado o limite da remuneração no cargo para, em seguida, calcular-se a proporção equivalente no caso individual.

21. A norma deste Ministério não criou regra de cálculo alguma, apenas explicitou quanto ao cumprimento da regra geral vigente. Trata-se de uma operação única, devendo ser observado, em cada caso, a aplicação de 100% ou outro percentual sobre a base de cálculo estabelecida na própria lei, já observado o limite também nela fixado, ou seja os proventos integrais legalmente fixados. Atualmente, os proventos da aposentadoria são ditos integrais quando correspondem a 100% do valor da media, com limite na última remuneração do servidor no cargo. Nos demais casos, a proporção individual será aplicada sobre o valor que seria o integral.

22. Cabe acrescentar ao motivo considerado fundamental, que o entendimento contrário desconstrói toda a distinção estabelecida no art. 40 entre proventos integrais e proporcionais. Na situação concreta tratada no Acórdão recebido, a hipótese é de aposentadoria por invalidez, benefício de risco no qual a inativação não é programada. No entanto, nas demais hipóteses de aposentadoria com proventos proporcionais (aposentadoria por idade e compulsória - art. 40, § 1º, II e III, 'b' da CF) a data de sua concessão é conhecida pelo segurado possibilitando, inclusive, planejamento previdenciário sobre a conveniência da data de ingresso no serviço público e/ou da aposentadoria.

(...) 24. Portanto, se o valor da media for superior ao da remuneração, a glosa realizada não fere a contributividade, mas atende à solidariedade do regime, sob pena de se causar inclusive inativações antecipadas, especialmente nos casos das aposentadorias por idade e compulsória, visto que a continuidade em atividade até a idade limite poderá perder o sentido, em razão de o segurado atingir antes o valor da última remuneração, o que se poderá constatar com uma simples simulação de cálculo'.

8. O PARECER Nº 43/2013/CGNAL/DRPSP/SPPSIMPS, de 17 de setembro de 2013, foi concluído nos seguintes termos:

'25. Ao final, cabe apenas reiterar que, conforme demonstrado, e muito embora esta Secretaria detenha regimentalmente as competências para desempenhar as atribuições do Ministério da Previdência Social no que tange aos RPPS de todos os entes da federação, o entendimento quanto

ao cálculo dos proventos proporcionais está estabelecido também em ato Ministerial, no item 7.6.1 do Anexo da Portaria MPS nº 402, de 2008.

26. Em resposta ao requerido, ante o exposto e, de acordo com suas atribuições legais, estabelecidas no art. 9º da Lei no 9.717, de 1998, esta Secretaria entende que o melhor posicionamento a ser adotado no caso de aplicação do art. 40, § 2º, da Constituição de 1988, em relação a aposentadorias deferidas com proventos proporcionais é o de que, antes de se aplicar a proporção correspondente ao tempo de contribuição do segurado e o máximo exigido, o valor da média deverá ser confrontado com o limite da remuneração do servidor no cargo efetivo.

27. Em suma, a definição do valor dos proventos proporcionais, uma operação matemática, deve ser precedida do cálculo dos proventos integrais, que está definido no § 5º do art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004.

28. Importante ressaltar, ainda, que uma revisão do entendimento adotado por este Ministério na aplicação do limite estabelecido no art. 40, § 2º da Constituição no cálculo das aposentadorias proporcionais, hoje constante da Portaria MPS nº 402, de 2008, e da Orientação Normativa SPS nº 02, de 2009, mas já veiculado anteriormente pelas Orientações Normativas SPS nº 03, de 2004, e nº 01, de 2007, conforme referido nos itens 7 e 8 deste Parecer, poderá resultar em grande número de pedidos de revisão de benefícios de aposentadoria proporcional concedidos pelos RPPS dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que tenham, em obediência ao disposto no art. 9º, inciso I da Lei no 9.717, de 1998, sido calculados segundo a metodologia estabelecida nesses atos normativos e aqui defendida, com significativo ônus financeiro para tais regimes' (Grifos do original).

9. A Advocacia Geral da União opinou, conclusivamente (peça 47) 'que as disposições da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2/2009 devem prevalecer em relação àquelas da Orientação Normativa MPOG/SRH nº 8/2010, em relação às aposentadorias deferidas com proventos proporcionais, uma vez que o Ministério da Previdência Social, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.717/98, detém a primazia na formulação de diretrizes, orientações normativas, coordenação, supervisão, controle e fiscalização de assuntos concernentes à aposentadoria dos servidores públicos.' (Grifos do original)

10. Em suas considerações, a AGU consigna que: 'A contenda se verifica em normas de alçada infra legal, isso porque, da análise do art. 40, § 2º, da Constituição Federal, e da Lei 10.887, de 18 de junho de 2004, percebe-se que não são traçados ali maiores detalhamentos quanto à forma de procedimento do cálculo'. Assegura que 'eventual descon sideração das orientações traçadas pelo Ministério da Previdência Social poderia acarretar prejuízos incomensuráveis de âmbito não só federal, mas também a nível nacional'. Afirma, ainda, que 'Não se entende cabível adentrar no mérito da forma de cálculo, em si, dos proventos proporcionais de aposentadoria, definidos pela Secretaria de Políticas da Previdência Social, uma vez que tal agir constituiria ingerência indevida em sua competência'.

11. A unidade técnica após tecer considerações sobre os pareceres emitidos pela Secretaria de Gestão Pública do MPOG, da Secretaria de Políticas de Previdência Social, da Advocacia-Geral da União e sobre os Acórdãos 2.212/2008 – TCU – Plenário e 910/2008 – TCU - 1ª Câmara, reiterou a sua última proposta de mérito (peças 23/24).

12. Com relação à afirmação da unidade técnica no sentido de que o Acórdão 910/2008 – TCU - 1ª Câmara não pode ser considerado na apreciação da matéria aqui tratada, cumpre salientar que o Acórdão 2.030/2008 – TCU – 1ª Câmara, em sede de embargos de declaração sanou o vício que existia no voto condutor daquele acórdão, como se pode ver a seguir:

'Acórdão 2.030/2008 – Primeira Câmara

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração opostos pelo Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, membro do Ministério Público que atua junto ao TCU, em face do Acórdão n. 910/2008 - TCU - 1ª Câmara.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei n. 8.443/1992, c/c os arts. 277, inciso III, e 287 do Regimento Interno/TCU, conhecer dos presentes Embargos de Declaração, para, no mérito, dar-lhes provimento, para fins de que a fundamentação constante deste Voto passe a integrar o Acórdão n. 910/2008 - TCU - 1ª Câmara, esclarecendo-se que a média aritmética a que se refere o art. 1º da Lei n. 10.887/2004 deve ser obtida considerando as remunerações de contribuição do servidor no cargo efetivo e que as vantagens pessoais integram esta base de contribuição, excepcionadas apenas aquelas expressamente constantes do § 1º do art. 4º da Lei n. 10.887/2004;'

13. Ademais, mediante o Acórdão 6.765/2009, a Primeira Câmara deste Tribunal conheceu do pedido de reexame interposto pelo Presidente do Tribunal Regional Eleitoral/RS (TRE/RS), contra os citados Acórdãos 910 e 2.030 de 2008, 'para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo o Acórdão 910/2008-TCU-Primeira Câmara, com a complementação feita pelo AC 2.030/2008-TCU-Primeira Câmara, nos seus exatos termos' (destaquei).

14. Nessa circunstância, não procede a declaração da Sefip de que o Acórdão 910/2008 - TCU - 1ª Câmara não pode ser considerado na apreciação da matéria aqui tratada, uma vez que o citado Acórdão foi complementado pelo Acórdão 2.030/2008 - TCU - 1ª Câmara e confirmado pelo Acórdão 6.765/2009 - TCU 1ª Câmara.

15. Ante o exposto, o Ministério Público ratifica o entendimento consignado no Pareceres de peças 18 e 26, observando que:

a) encontra-se na linha proposta pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (ON/MPS/SPS n° 2, de 31 de março de 2009), órgão competente para a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos (art. 87, parágrafo único, inciso II da Constituição Federal c/c o disposto no art. 9º da Lei n° 9.717, de 27 de novembro de 1998);

b) está na direção do Acórdão 910/2008, complementado pelo Acórdão 2.030/2008 e confirmado pelo Acórdão 6.765/2009 - TCU 1ª Câmara; e ainda;

c) a Advocacia Geral da União opinou pela prevalência da Orientação Normativa MPS/SPS n° 2/2009 em relação à Orientação Normativa MPOG/SRH n° 8/2010, reconhecendo as competências legais e institucionais do MPS como órgão central em matéria previdenciária''.

7. Anote-se, neste ponto, que, no aludido parecer do Ministério Público, acostado à Peça n° 18 e ratificado pelos pareceres inseridos às Peças n°s 26 e 52, ficou registrada a sua proposta de encaminhamento no seguinte sentido:

“- a gratificação natalina (13º salário) pode ser computada no cálculo da média desde que a soma dos treze salários de contribuições anuais seja dividida por treze, na linha do decidido mediante o Acórdão 2223/2012 - TCU - Plenário;

- para o cálculo dos proventos proporcionais, o valor da média deverá ser previamente confrontado com o limite de remuneração do cargo efetivo (limitação prevista no § 2º do art. 40 da Constituição Federal), para então calcular a fração de direito do aposentado (proporcionalidade dos proventos).

8. Adicionalmente, sugere acrescentar à proposta da Sefip as seguintes orientações:

- a inclusão de parcelas de planos econômicos (Plano Collor, URV, URP e outros) no cálculo da média das remunerações de contribuição depende da existência de sentenças judiciais que deem a elas suporte jurídico. Há que se considerar apenas o período em que foram legalmente recebidas. Parcelas indevidas não podem compor essa média, independente de o servidor ter contribuído sobre elas;

- as diferenças salariais devidas em razão de pagamentos de atrasados ou de adiantamentos concedidos devem ser consideradas no cálculo dos proventos de aposentadoria

alicerçada no art. 40 da Constituição Federal (a chamada média das remunerações) nos respectivos meses de competência”.

É o Relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Trata-se de representação formulada pela Sefip sobre a falta de uniformização na aplicação, por parte de alguns órgãos públicos federais, da legislação que dispõe sobre o cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo na administração federal pela média das maiores remunerações, conforme previsto no § 3º, do art. 40, da Constituição de 1988 (redação dada pela EC 41/2003), a partir da vigência da MP nº 167, de 2004, que foi convertida na Lei nº 10.887, de 2004.

2. Preliminarmente, destaco que a presente representação deve ser conhecida pelo TCU, com fulcro no art. 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal.

3. No mérito, conforme visto no Relatório, a unidade técnica identificou – no cálculo dos proventos de aposentadoria pela média das maiores remunerações – as seguintes inconsistências:

a) inclusão do valor da gratificação natalina no cálculo da média (sete tribunais, incluindo o posicionamento da Secretaria de Gestão de Pessoas deste Tribunal (Segep do TCU);

b) inclusão do valor do adicional de 1/3 sobre as férias no cálculo da média (apenas o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região);

c) não inclusão das vantagens pessoais no cálculo da média, as quais são somadas ao valor médio apurado, distorcendo o valor final (apenas o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região); e

d) utilização do valor da remuneração do servidor como base para o cálculo da aposentadoria proporcional, quando o resultado obtido no cálculo da média das maiores remunerações foi maior (15 tribunais).

I

4. Após a análise da legislação aplicável aos parâmetros que devem ser observados nesse cálculo, a unidade técnica sugeriu o seguinte posicionamento:

“(…) 1) parcelas que **devem** ser computadas:

a) remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo período contributivo desde a competência de julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência (art. 1º da Lei 10.887/2004);

b) remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para o regime próprio (art. 1º, § 2º, da Lei 10.887/2004).

Observação: quaisquer vantagens pessoais que serviram de base de cálculo para o pagamento de contribuição previdenciária devem ser consideradas no cálculo da média das maiores remunerações e não somadas ao final à média obtida, sob pena de violar não só a Lei 10.887/2004, como também o princípio contributivo, insculpido no art. 40 do texto constitucional, excluídas as vantagens expressamente previstas no § 1º do art. 4º da Lei 10.887/2004.

2) parcelas que **podem** ser computadas:

a) parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal, desde que o servidor opte por incluí-las na sua base de contribuição (art. 4º, § 2º, da Lei 10.887/2004).

3) parcelas que **não podem** ser computadas:

a) gratificação natalina (art. 214, § 6º, do Decreto 3.048/1999);
b) adicional de férias (não faz parte da base de contribuição, conforme art. 4º da Lei 10.887/2004).

4) apuração do limite:

a) calculada a média das maiores remunerações, aplicar-se-á a proporcionalidade da aposentadoria para se obter o valor dos proventos, quando cabível, que não poderá ser superior à última remuneração do cargo efetivo, consoante estabelecido pelo § 2º do art. 40 da Constituição Federal”.

5. Em vista disso, a unidade técnica propôs a efetivação de determinações aos órgãos envolvidos e de orientações sobre como proceder nos casos em que os proventos de aposentadoria não estejam sendo pagos de acordo com as regras assim definidas.

6. Inicialmente, ao verificar a existência de outras questões com idêntico potencial de ocasionar distorções no cálculo da média remuneratória para fins de aposentadoria (atrasados de planos econômicos, adiantamentos de salário por ocasião de pedido de férias e vantagens oriundas de decisões judiciais), além da ausência de oitiva dos órgãos gestores responsáveis pela condução da matéria, conduzi a prolação do Acórdão 442/2012-TCU-Plenário para a promoção de medidas com esse objetivo.

7. Ato contínuo, após a análise dos esclarecimentos prestados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) e pelo Ministério da Previdência Social (MPS), a unidade técnica ratificou o entendimento anteriormente apresentado, exceto no que se refere à gratificação natalina, que junto com os demais itens remuneratórios citados no item anterior, deveria também ser considerada no cálculo dos proventos dos servidores aposentados com fulcro no art. 40 da Constituição Federal, vez que serviriam de base para o pagamento das contribuições previdenciárias.

8. De outra sorte, a Ministério Público, ouvido nos autos em razão da relevância da matéria, discordou do entendimento apresentado em relação à gratificação natalina e ao cálculo dos proventos proporcionais, aduzindo, para tanto, que:

“(…) - a gratificação natalina (13º salário) pode ser computada no cálculo da média desde que a soma dos treze salários de contribuições anuais seja dividida por treze, na linha do decidido mediante o Acórdão 2223/2012 – TCU – Plenário;

- para o cálculo dos proventos proporcionais, o valor da média deverá ser previamente confrontado com o limite de remuneração do cargo efetivo (limitação prevista no § 2º do art. 40 da Constituição Federal), para então calcular a fração de direito do aposentado (proporcionalidade dos proventos)”.

9. Em adição, o **Parquet** especial propôs, ainda, o acréscimo de orientações acerca da forma de inclusão de parcelas de planos econômicos e das relativas às diferenças salariais decorrentes de pagamentos de atrasados ou de adiantamentos concedidos.

10. Quando os autos já se encontravam novamente conclusos em meu Gabinete, identifiquei clara divergência nas orientações normativas emanadas do MPOG e do MPS quanto à forma de cálculo do valor inicial dos proventos de aposentadoria proporcional, ante o disposto no art. 40, § 2º, da CF88.

11. Ocorre que o MPS, por meio da Secretaria de Políticas de Previdência Social (SPS), publicou a Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 31 de março de 2009, prevendo, em seu art. 62, § 1º, que: “no cálculo dos proventos proporcionais, o valor resultante do cálculo pela média será previamente confrontado com o limite de remuneração do cargo efetivo previsto no § 9º do art. 61, para posterior aplicação da fração de que trata o **caput**”.

12. Por outro lado, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio da Secretaria de Recursos Humanos, publicou a Orientação Normativa MPOG/SRH nº 8, de 5 de novembro de 2010, estabelecendo, em seu art. 5º, § 1º, que: “o valor resultante da média aritmética deverá ser

previamente proporcionalizado ao tempo de contribuição, conforme disposto no caput, para posterior confrontação com a remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria”.

13. Diante dessa evidente divergência, o Plenário do TCU determinou, por meio do Acórdão 2.047/2013, a oitiva desses dois órgãos federais e, também, da Advocacia Geral da União (AGU), ante a sua atribuição legal para dirimir eventuais conflitos de competência em situações similares, mais especificamente no que se refere à responsabilidade pela emissão de normativos relativos à área de previdência social.

14. Após a análise dos esclarecimentos apresentados, tanto a unidade técnica quanto o MPTCU mantiveram o posicionamento anteriormente exposto.

15. De início, registro a minha concordância com o entendimento manifestado pela unidade técnica, exceto no que se refere à inclusão do valor da gratificação natalina no cálculo da média e à forma de cálculo do valor inicial dos proventos de aposentadoria proporcional, já que, em relação a esses aspectos, eu concordo com o parecer do MPTCU.

16. Assim, incorporo a estas razões de decidir as considerações tecidas pela unidade instrutiva e pelo MPTCU, naquilo que não for conflitante, sem prejuízo de tecer as considerações que se seguem.

II

17. No que se refere à inclusão do valor da gratificação natalina no cálculo da média, este Tribunal, por meio do Acórdão 2.223/2012-Plenário, já se posicionou no sentido da possibilidade, desde que a soma dos treze salários de contribuições anuais seja dividida por treze, conforme alertado pelo MPTCU.

18. Por sua vez, quanto ao adicional de férias, não deve ser de fato incluído no cálculo da média, haja vista que sobre ele não incide a contribuição previdenciária, configurando vantagem devida apenas aos servidores em atividade.

19. Tal entendimento tem amparo no § 3º, art. 40, da Constituição Federal, o qual prevê que apenas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime próprio de previdência social devem ser consideradas no cálculo dos proventos de aposentadoria.

20. Já em relação às vantagens pessoais, este Tribunal também já se posicionou a respeito no âmbito do Acórdão 103/2009-Plenário.

21. Na ocasião, restou definido que o cálculo dos proventos concedidos com base na Lei nº 10.887, de 2004, não exclui as vantagens pessoais que serviram de base para o pagamento da contribuição previdenciária, de modo que elas devem ser consideradas no cálculo da média das maiores remunerações prevista no art. 1º da referida lei.

22. Importante anotar, nesse ponto, que restou evidenciada, no Acórdão 103/2009-Plenário, a total ilegalidade de procedimento que envolva o acréscimo de tais vantagens diretamente à média remuneratória obtida, em vez de considerá-las no cálculo da média.

23. Por fim, no tocante às parcelas relativas aos atrasados de planos econômicos, aos adiantamentos de remuneração por ocasião de gozo de férias e às vantagens originárias de decisões judiciais, já que também compõem a base para as contribuições previdenciárias do servidor, vê-se que elas devem ser incluídas no cálculo da média das maiores remunerações.

24. Aliás, no tocante a essas últimas parcelas, merecem ser destacados os alertas apresentados pelo MPTCU, quando aduziu que:

“- a inclusão de parcelas de planos econômicos (Plano Collor, URV, URP e outros) no cálculo da média das remunerações de contribuição depende da existência de sentenças judiciais que deem a elas suporte jurídico. Há que se considerar apenas o período em que foram legalmente recebidas. Parcelas indevidas não podem compor essa média, independente de o servidor ter contribuído sobre elas;

- as diferenças salariais devidas em razão de pagamentos de atrasados ou de adiantamentos concedidos devem ser consideradas no cálculo dos proventos de aposentadoria

alicerçada no art. 40 da Constituição Federal (a chamada média das remunerações) nos respectivos meses de competência”.

III

25. De todo modo, no que se refere ao cálculo do valor inicial dos proventos de aposentadoria proporcional, entendo que deve prevalecer a proposta suscitada nestes autos pelo MPTCU.

26. Passo, então, a apresentar os principais dispositivos constitucionais e legais pertinentes, de forma a melhor conduzir a análise dessa questão.

27. A Constituição Federal, em seu art. 40, com a redação atribuída pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003, estabelece que:

“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.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

§ 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão”. (Grifou-se).

28. Por sua vez, a Lei nº 10.887, de 2004, que dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, estatui, no seu art. 1º, que:

*“Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, **previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal** e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.*

(...) § 2º A base de cálculo dos proventos será a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio.

*§ 5º Os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo **nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria**”* (grifou-se).

29. Bem se sabe que, no que se refere aos proventos proporcionais, o Ministério da Previdência Social, por meio da Secretaria de Políticas de Previdência Social, publicou a Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 31 de março de 2009, estabelecendo que:

“Art. 62 (...)

§ 1º No cálculo dos proventos proporcionais, o valor resultante do cálculo pela média será previamente confrontado com o limite de remuneração do cargo efetivo previsto no § 9º do art. 61, para posterior aplicação da fração de que trata o caput”.

30. De outra sorte, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio da Secretaria de Recursos Humanos, publicou a Orientação Normativa MPOG/SRH nº 8, de 5 de novembro de 2010, estabelecendo que:

“Art.5º. (...)

§ 1º O valor resultante da média aritmética deverá ser previamente proporcionalizado ao tempo de contribuição, conforme disposto no caput, para posterior confrontação com a remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria”.

31. Anote-se, nesse ponto, que a posição do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão está em consonância com a posição administrativa adotada no âmbito do Acórdão 2.212/2008-TCU-Plenário (proferido em processo administrativo interno), cujo sumário restou definido nos seguintes termos:

“SUMÁRIO: ADMINISTRATIVO. RECURSO AO PLENÁRIO. CONHECIMENTO. EC Nº 41/2003. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. LIMITE DE PROVENTOS. PROVIMENTO.

1. O § 2º do art. 40 da Constituição Federal estabelece um único limite para o cálculo dos proventos, no momento da concessão de aposentadoria, que vem a ser a última remuneração do cargo efetivo.

2. Não é lícita a aplicação do fator de proporcionalidade à última remuneração, de molde a criar um limite próprio (e menor) para a aposentadoria proporcional.

3. A interpretação extensiva da regra constitucional conduz à mitigação indevida do princípio contributivo”.

32. Como se vê, a posição sugerida pelo **Parquet** especial está em consonância com a orientação veiculada pelo Ministério da Previdência Social e, assim, em contraposição à aludida decisão proferida, administrativamente, pelo TCU.

33. Em vista dessa divergência nas orientações proferidas pelos órgãos federais competentes, por meio do item 1.8 do Acórdão 2047/2013, este Plenário recomendou à Advocacia-Geral da União – AGU que adotasse medidas com vistas à resolução do problema.

34. Em atendimento a essa recomendação, a AGU elaborou e encaminhou ao TCU o Parecer nº 071/2013/DECOR/CGU/AGU, no qual deixou assente a seguinte posição:

*“Isso posto, opina-se que as disposições da orientação normativa MPS/SPS nº 2/2009 devem prevalecer em relação àquelas da Orientação Normativa MPOG/SRH nº 8/2010, em relação às aposentadorias deferidas com proventos proporcionais, uma vez que o Ministério da Previdência Social, nos termos do art. 90 da Lei nº 9.717/98, detém a primazia na **formulação** de diretrizes, **orientações normativas**, coordenação, supervisão, controle e fiscalização de **assuntos concernentes a aposentadoria dos servidores públicos**” (grifos do original).*

35. Ato contínuo, o Consultor-Geral da União, por meio do Despacho nº 1.049, de 25 de outubro de 2013, encaminhou o citado parecer às consultorias jurídicas do MPOG e do MPS para ciência e adoção das providências cabíveis.

36. Após a análise de todas as disposições constitucionais, legais e infralegais pertinentes, verifica-se que assiste melhor razão ao MPTCU, tendo em vista, ainda, os esclarecimentos prestados pelo Ministério da Previdência Social e a análise desenvolvida pela AGU, devendo ser reavaliada a posição anteriormente adotada, administrativamente, pelo TCU em relação a essa questão, no âmbito do aludido Acórdão 2.212/2008-Plenário.

37. Com efeito, a Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências, atribuiu – segundo o seu art. 9º – ao Ministério da Previdência Social (MPS) a competência para atuar como órgão responsável pela orientação, fixação e publicação dos parâmetros e diretrizes previstos na lei, aduzindo, para tanto, que:

“Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

I - a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei;

II - o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos nesta Lei.” (grifou-se).

38. Desse modo, não há como negar a primazia do MPS para editar normativos com orientações sobre os procedimentos a serem observados no que se refere aos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos.

39. Consta dos autos, ainda, que, com fulcro nesta atribuição legal, o aludido ministério editou a Portaria MPS nº 402, de 10 de dezembro de 2008, fixando os parâmetros e as diretrizes gerais para a referida lei.

40. Anote-se, nesse ponto, que, nos itens 7.5, 7.6 e 7.6.1 do seu anexo, a referida Portaria MPS nº 402/2008 estabelece que:

“(…) 7.5. Os proventos, calculados de acordo com o este item, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo, nem exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

7.6. Para o cálculo do valor inicial dos proventos proporcionais ao tempo de contribuição, será utilizada fração cujo numerador será o total desse tempo e o denominador, o tempo necessário à respectiva aposentadoria voluntária com proventos integrais, conforme item 1.3.1.

7.6.1 A fração de que trata o subitem 7.6 será aplicada sobre o valor inicial do provento calculado pela média das contribuições conforme item 7, observando-se previamente a aplicação do limite de remuneração do cargo efetivo de que trata o subitem 7.5” (grifou-se).

41. Por essa linha, aliás, a SPS publicou a Orientação Normativa MPS/SPS nº 02, de 31 de março de 2009, lá acima reportada, seguindo essa mesma posição, ou melhor, a mesma posição anteriormente defendida na ON/SPS nº 3, de 2004, e na ON/SPS nº 1, de 2007.

42. Desse modo, forçoso concluir que, em atendimento à lei de regência, o MPS vem desempenhando as atribuições previstas, as quais devem ser observadas no âmbito dos regimes próprios de previdência social (RPPS) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

43. Demais disso, cumpre destacar o alerta feito pela SPS, em documento anexado a estes autos, no sentido de que os entes federados vêm observando essa disposição, de tal sorte que, se alterada, poder-se-ia gerar significativo ônus financeiro para os respectivos regimes.

44. Para além dessa conclusão acerca da primazia formal do MPS para fixar normativos acerca da forma de cálculo dos proventos de aposentadoria, vê-se que também se mostra materialmente acertada a posição adotada pelo MPS, por configurar a melhor solução jurídica, sob pena de

descaracterizar a distinção constitucional entre a aposentadoria com proventos integrais e a com proventos proporcionais.

45. Como visto, o § 5º, do art. 1º, da Lei nº 10.887, de 2004, reitera a disposição constitucional prevista no art. 40, § 2º, no sentido de que os proventos iniciais de aposentadoria não poderão exceder a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

46. Com efeito, na esteira do que foi suscitado pelo MPTCU e pelo MPS, observa-se que tal prescrição se aplica aos proventos integrais, mostrando-se oportuno, nesse sentido, os argumentos tecidos pela Secretaria de Políticas de Previdência Social, quando aduziu que:

*“(...) 20. Essa é a regra para **cálculo dos proventos integrais**, quando regidos pelo § 3º do art. 40 da Constituição Federal. A Lei não previu o valor dos proventos proporcionais, visto que seria despiciendo, tratando-se de uma simples operação matemática. **Somente pode ser calculada a proporção de determinado valor depois de conhecido qual seria seu montante integral**. Portanto, ao valor da média deve ser previamente aplicado o limite da remuneração no cargo para, em seguida, calcular-se a proporção equivalente no caso individual. 21. A norma deste Ministério não criou regra de cálculo alguma, apenas explicitou quanto ao cumprimento da regra geral vigente. Trata-se de uma operação única, devendo ser observado, em cada caso, a aplicação de 100% ou outro percentual sobre a base de cálculo estabelecida na própria lei, já observado o limite também nela fixado, ou seja os proventos integrais legalmente fixados. Atualmente, os proventos da aposentadoria são ditos integrais quando correspondem a 100% do valor da média, com limite na última remuneração do servidor no cargo. Nos demais casos, a proporção individual será aplicada sobre o valor que seria o integral”* (grifos do original).

47. Anote-se, nesse ponto, que a posição adotada pelo MPOG, a despeito de estar em linha com a decisão proferida, administrativamente, pelo TCU, pode resultar em escabrosa situação, devidamente ilustrada pelo MPTCU, na qual dois servidores, no mesmo cargo, poderiam aposentar-se com o mesmo valor de proventos, embora um conte com proventos integrais, após 35 anos de contribuição, e o outro conte com proventos “proporcionais”, após 30 anos de contribuição, subvertendo-se, pois, a lógica constitucional e legal dos proventos.

48. Constata-se, então, que os procedimentos operacionais previstos nos normativos expedidos pelo MPS não alteram a forma de cálculo estabelecida em lei, mas, apenas, disciplinam os requisitos necessários à validação dos preceitos constitucionais.

49. Eis que, em um sistema previdenciário equilibrado financeira e atuarialmente, o valor da contribuição deve estar atrelado ao tempo total necessário para a aquisição do direito ao benefício, de sorte que a fixação desse tempo, por sua vez, deve estar vinculada ao tempo estimado para a manutenção do benefício (período de inatividade/expectativa de vida).

50. Essa questão merece ser bem destacada, uma vez que, na adoção do método de cálculo suscitado pelo MPOG para o valor inicial dos proventos proporcionais, mostra-se perfeita e indevidamente previsível a ocorrência de casos de aposentação antecipada, ante a percepção, pelos interessados, de que eles podem se aposentar com proventos integrais, ainda que com tempo de contribuição inferior.

51. Aliás, ante o percuciente esclarecimento dado à observância, ou não, dos princípios da contributividade e da solidariedade inseridos no RPPSS, merecem ser destacados os robustos argumentos apontados pela SPS, quando anotou que:

“(...) 23. A correlação entre os Princípios da Contributividade e da Solidariedade ao caso, na visão desta Secretaria, é diferente daquela que foi identificada pelo TCU. A contributividade em tese existente (em tese, porque, na média, são considerados também períodos não contributivos) não é argumento para a modulação do cálculo dos proventos proporcionais visto que esse princípio não é absoluto, devendo ser conciliado com o da Solidariedade. Esse é o princípio que fundamenta a incidência sobre proventos e pensões, consistindo, esses últimos, benefícios que não poderão gerar qualquer outra prestação previdenciária.

24. Portanto, se o valor da média for superior ao da remuneração, a glosa realizada não fere a contributividade, mas atende a solidariedade do regime, sob pena de se causar inclusive inativações antecipadas, especialmente nos casos das aposentadorias por idade e compulsória, visto que a continuidade em atividade até a idade limite poderá perder o sentido, em razão de o segurado atingir antes o valor da última remuneração, o que se poderá constatar com uma simples simulação de cálculo”.

52. Desse modo, resta indicada a necessidade de o TCU não mais manter o precedente administrativo interno anteriormente indicado por meio do Acórdão 2.212/2008-Plenário.

53. Nesse ponto, impende registrar que a portaria ministerial que definiu a aludida questão (Portaria MPS nº 402, de 2008) foi editada em data posterior à aludida decisão administrativa do TCU, destacando que, como o aludido cálculo final da média acaba inflado pela atualização monetária legalmente indicada (ultrapassando, na maioria das vezes, os reajustes efetivamente aplicados às remunerações e aos subsídios), faz-se mesmo necessário o cotejo dessa média artificialmente inflada (pela atualização monetária) com o valor da última retribuição pecuniária percebida, de fato, pelo servidor na atividade, ajustando a base de cálculo efetivamente ao mundo dos fatos, para só, em seguida, aplicar-lhe, então, a devida proporcionalização legal.

IV

54. Por fim, no que concerne aos reflexos dos entendimentos aqui exposto sobre os pagamentos dos atuais aposentados estatutários federais, cujos proventos foram calculados com base no § 3º, do art. 40, da Constituição Federal (redação dada pela EC 41, de 2003) e no art. 2º dessa mesma Emenda, a partir da vigência da Medida Provisória nº 167, de 2004, convertida na Lei nº 10.887, de 2004, peço licença para discordar da solução proposta pela unidade técnica, de sorte que pugno por que seja enviada determinação aos órgãos e entidades para que eles adotem as providências cabíveis para a efetiva regularização desses pagamentos, informando o TCU sobre o resultado dessas providências em item específico do correspondente relatório de gestão nas respectivas tomadas ou prestações de contas anuais, com a devida manifestação do controle interno financeiro.

55. De toda sorte, vê-se que ainda não foi editado o devido decreto para regulamentar as disposições contidas no art. 9º da Lei nº 9.717, de 1998, lembrando que, sozinha, a aludida Portaria MPS nº 402, de 10 de dezembro de 2008, não teria força bastante para cumprir essa função.

56. Desse modo, considero oportuno recomendar à Casa Civil da Presidência da República que promova estudos para a edição de decreto regulamentar com o objetivo de disciplinar a competência do MPS para dispor sobre as normas dos regimes próprios de previdência social aplicáveis aos militares e aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos da administração federal, de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

V

57. De mais a mais, e em acréscimo a tudo o que foi discutido nestes autos, ressalto que, no dia 1/10/2014, o MPOG publicou a Orientação Normativa nº 8, estabelecendo orientações aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração federal (SIPEC) sobre o direito de opção acerca do regime de previdência complementar instituído pela Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012.

58. Ocorre, todavia, que, nesse normativo, o MPOG enumerou procedimentos a serem seguidos por órgãos e entidades federais, os quais também podem afetar os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e até dos militares da União, com possível usurpação da atribuição legal que foi destinada ao MPS para a orientação, supervisão e acompanhamento dos regimes previdenciários, conforme demonstrado anteriormente.

59. Desse modo, mostra-se oportuno, no presente momento, determinar à Sefip que instaure processo específico de fiscalização, mediante apartado do presente processo, para avaliar a desconformidade legal, ou não, na edição dessa Orientação Normativa MPOG nº 8, de 1/10/2014, seguindo o mesmo modelo procedimental observado nestes autos.

VI

60. Importante destacar, ao final de tudo, que, a prevalecer a tese sustentada pelo MPOG para o cálculo do provento proporcional, a administração pública se veria numa situação, no mínimo, incoerente, pois seria permitido que um servidor se aposentasse com provento proporcional, mas percebendo o valor inerente à sua última remuneração integral no cargo, de sorte que se configuraria uma esdrúxula situação não admitida, aliás, nem mesmo antes das reformas previdenciárias intentadas a partir da EC n.º 20/1998.

Ante todo o exposto, proponho que seja prolatado o acórdão que ora submeto à apreciação deste Tribunal.

TCU, Sala das Sessões, em 13 de maio de 2015.

ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator

TC-034.062/2011-4
Natureza: Representação

DECLARAÇÃO DE VOTO

Consoante informa o Ministro-Relator, em trabalho de campo produzido pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal (Sefip), foi identificada “falta de uniformização na aplicação, por parte de alguns órgãos públicos federais, da legislação que dispõe sobre o cálculo dos proventos de aposentadoria (...) pela média das maiores remunerações, conforme previsto no art. 40, § 3º, da Constituição (redação dada pela Emenda Constitucional 41/2003), a partir da vigência da Medida Provisória 167/2004, convertida na lei 10.887/2004”.

2. Examinando a matéria, a unidade técnica e o Ministério Público divergem, no tocante às aposentadorias proporcionais, sobre o valor de referência a ser utilizado – para efeito de proporcionalização – na hipótese de a média dos salários de contribuição superar o valor corrente da remuneração do respectivo cargo efetivo: para a Sefip, na linha também defendida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), “a limitação imposta pelo § 2º do art. 40 da CF só deverá ser verificada após a realização dos cálculos da proporcionalização do valor obtido pela média aritmética simples das maiores remunerações”; para o **Parquet**, esposando o mesmo entendimento manifestado pelo Ministério da Previdência Social (MPS), “o valor da média deverá ser previamente confrontado com o limite de remuneração do cargo efetivo (limitação prevista no § 2º do art. 40 da Constituição Federal), para então se calcular a fração de direito do aposentado”.

3. No ponto, revendo meu posicionamento manifestado em outras oportunidades, alio-me à tese defendida pelo Ministério Público, ora prestigiada pelo Ministro-Relator, por entender tratar-se

daquela que confere maior eficácia à distinção entre aposentadorias integrais e proporcionais, estabelecida no art. 40 da CF.

4. No mais, igualmente acompanho a proposta de encaminhamento apresentada pelo eminente Relator.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de maio de 2015.

BENJAMIN ZYMLER
Ministro

DECLARAÇÃO DE VOTO

Não poderia deixar de registrar e enaltecer a qualidade do Voto apresentado por sua Excelência, que tratou a matéria com profundidade e precisão ao delimitar a forma de cálculo da média das remunerações, para fins de concessão de aposentadoria sob essa modalidade.

Alinho-me integralmente às conclusões e as propostas constantes dos itens da proposta de acórdão trazida pelo nobre Relator.

Contudo, tenho algumas poucas sugestões quanto ao disposto no item 9.4 dessa proposta de acórdão.

Entendo pertinente determinação aos órgãos, entidades, autarquias e fundações para revisão, no prazo de 120 dias, das aposentadorias já concedidas. Vejo apenas que precisamos delimitar melhor o alcance dessa determinação.

Como ficariam aquelas aposentadorias já deferidas a mais de cinco anos pelo gestor de pessoal, dada a impossibilidade de revisão pela própria administração ante o disposto no art. 54 da Lei 9.784/1999 (decadência administrativa)? E aquelas aposentadorias já apreciadas pela legalidade pelo TCU?

Penso que devemos adequar a redação do item para contemplar essas circunstâncias limitadoras, motivo pelo qual trago ao descortino de Vossas Excelências a redação abaixo proposta:

9.4. determinar a todos os órgãos, autarquias e fundações autárquicas da administração pública federal que, nos casos em que os proventos de aposentadoria não estejam sendo pagos de acordo com as regras indicadas nos itens deste Acórdão, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência desta deliberação, adotem as providências cabíveis para a efetiva regularização desses pagamentos, com a observância, se necessário, do contraditório e da ampla defesa, informando o TCU sobre o resultado dessas providências em item específico do correspondente relatório de gestão nas respectivas tomadas ou prestações de contas anuais, observadas as seguintes regras:

9.4.1. aplicar o disposto no presente item para as aposentadorias ainda não encaminhadas ao TCU, desde que sua concessão tenha ocorrido em prazo inferior a cinco anos;

9.4.2. no caso de a aposentadoria ainda não ter sido enviada ao TCU, concedida a mais de cinco anos, enviar o ato de aposentadoria original e respectivo ato de alteração, com expressa menção ao presente acórdão;

9.4.3. no caso de a aposentadoria já tiver sido encaminhada ao TCU, ainda não apreciada e tendo ela prazo inferior a cinco anos contados de sua concessão, solicitar o retorno do respectivo ato ao órgão concedente, ajustar o pagamento e proceder à alteração devida no ato com posterior reenvio a este Tribunal, via controle interno;

9.4.4. no caso de a aposentadoria já tiver sido encaminhada ao TCU, ainda não apreciada e tendo ela prazo superior a cinco anos contados de sua concessão, encaminhar ato de alteração com a especificação completa da alteração realizada, fazendo expressa menção ao presente acórdão;

9.4.5. no caso de a aposentadoria já tiver sido registrada pelo TCU nos últimos cinco anos, enviar expediente a esta Corte dando conta da necessidade de revisão dos pagamentos, para fins de o TCU adotar as providências internas cabíveis.

São essas minhas sugestões.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de maio de 2015.

Ministro VITAL DO RÊGO

ACÓRDÃO Nº 1176/2015 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 034.062/2011-4.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessado Tribunal de Contas da União.
4. Órgão/Entidade: não há.
5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidade Técnica: Sefip.
8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal deste Tribunal, com fulcro no inciso VI, do art. 237, do RITCU, sobre a falta de uniformização na aplicação, por parte de alguns órgãos públicos federais, da legislação que dispõe sobre o cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo na administração federal pela média das maiores remunerações, conforme previsto no § 3º, do art. 40, da Constituição de 1988 (redação dada pela EC 41/2003), a partir da vigência da MP nº 167, de 2004, que foi convertida na Lei nº 10.887, de 2004.

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

- 9.1. conhecer da presente representação com fundamento no art. 237, inciso VI, do

RITCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. determinar a todos os órgãos, autarquias e fundações autárquicas da administração pública federal que, no prazo de até 90 (noventa) dias, contados da ciência desta deliberação, quando dos cálculos dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo, concedida com fundamento no art. 40, § 3º, da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003) e no art. 2º dessa mesma Emenda, a partir da vigência da Medida Provisória nº 167, de 2004, convertida na Lei nº 10.887, de 2004, passem a observar os seguintes critérios e procedimentos:

9.2.1. no cálculo dos proventos de aposentadoria pela média das maiores remunerações, compute as seguintes parcelas:

9.2.1.1. as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência de julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência (art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004);

9.2.1.2. a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio (art. 1º, § 2º, da Lei nº 10.887, de 2004);

9.2.2. no cálculo dos proventos de aposentadoria pela média das maiores remunerações, compute: as parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho ou do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2º, do art. 40, da Constituição Federal, desde que o servidor opte por incluí-las na sua base de contribuição (art. 4º, § 2º, da Lei nº 10.887, de 2004, com nova redação dada pela Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012);

9.2.3. no cálculo dos proventos de aposentadoria pela média das maiores remunerações, não compute a seguinte parcela:

9.2.3.1. o adicional de férias, por não fazer parte da base de contribuição, conforme o art. 4º da Lei nº 10.887, de 2004;

9.2.4. no cálculo do valor inicial dos proventos relativos à aposentadoria proporcional, o valor resultante do cálculo pela média deve ser previamente confrontado com o limite de remuneração do cargo efetivo previsto no § 5º, do art. 1º, da Lei nº 10.887, de 2004, promovendo-se, posteriormente, a aplicação da fração correspondente, segundo o disposto no art. 62, § 1º, da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 31 de março de 2009;

9.3. determinar a todos os órgãos, autarquias e fundações autárquicas da administração pública federal que observem as seguintes orientações:

9.3.1. quaisquer vantagens pessoais que serviram de base de cálculo para o pagamento de contribuição previdenciária devem ser consideradas no cálculo da média das maiores remunerações e não somadas, ao final, à média obtida, sob pena de violar não só o disposto na Lei nº 10.887, de 2004, mas também o princípio da contributividade previdenciária insculpido no art. 40 da CF88, excluídas as vantagens expressamente previstas no § 1º, do art. 4º, da Lei 10.887/2004;

9.3.2. a inclusão de parcelas de planos econômicos (Plano Collor, URV, URP e outros) no cálculo da média das remunerações de contribuição depende da existência de sentenças judiciais que lhes deem suporte jurídico, devendo ser considerado apenas o período em que foram legalmente recebidas, uma vez que parcelas indevidas não podem compor essa média, independentemente de o servidor ter eventualmente contribuído sobre elas, sem prejuízo de que, nos termos da lei, o interessado possa buscar a devida repetição desse indébito; e

9.3.3. as diferenças remuneratórias devidas em razão de pagamentos de atrasados ou de adiantamentos concedidos devem ser consideradas no cálculo dos proventos de aposentadoria, segundo o art. 40 da CF88 (média das remunerações), nos respectivos meses de competência;

9.4. determinar a todos os órgãos, autarquias e fundações autárquicas da administração pública federal que, nos casos em que os proventos de aposentadoria não estejam sendo pagos de acordo com as regras indicadas nos itens deste Acórdão, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência desta deliberação, adotem as providências cabíveis para a efetiva regularização desses pagamentos, com a observância, se necessário, do contraditório e da ampla defesa, informando o TCU sobre o resultado dessas providências em item específico do correspondente relatório de gestão nas respectivas tomadas ou prestações de contas anuais, observadas as seguintes regras:

9.4.1. aplicar o disposto no presente item para as aposentadorias ainda não encaminhadas ao TCU, desde que sua concessão tenha ocorrido em prazo inferior a cinco anos;

9.4.2. no caso de a aposentadoria ainda não ter sido enviada ao TCU, concedida a mais de cinco anos, enviar o ato de aposentadoria original e respectivo ato de alteração, com expressa menção ao presente acórdão;

9.4.3. no caso de a aposentadoria já tiver sido encaminhada ao TCU, ainda não apreciada e tendo ela prazo inferior a cinco anos contados de sua concessão, solicitar o retorno do respectivo ato ao órgão concedente, ajustar o pagamento e proceder à alteração devida no ato com posterior reenvio a este Tribunal, via controle interno;

9.4.4. no caso de a aposentadoria já tiver sido encaminhada ao TCU, ainda não apreciada e tendo ela prazo superior a cinco anos contados de sua concessão, encaminhar ato de alteração com a especificação completa da alteração realizada, fazendo expressa menção ao presente acórdão;

9.4.5. no caso de a aposentadoria já tiver sido registrada pelo TCU nos últimos cinco anos, enviar expediente a esta Corte dando conta da necessidade de revisão dos pagamentos, para fins de o TCU adotar as providências internas cabíveis.

9.5. determinar, ainda, aos órgãos de controle interno financeiro que atuam junto aos órgãos, autarquias e fundações autárquicas da administração pública federal que, nos relatórios de auditoria de gestão atinentes às respectivas tomadas ou prestações de contas anuais, façam constar expressamente informação específica sobre o efetivo cumprimento, ou não, da determinação contida no item 9.4 deste Acórdão;

9.6. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que promova estudos para a edição de decreto regulamentar com o objetivo de disciplinar a competência destinada ao Ministério da Previdência Social, pela Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, para dispor sobre as normas dos regimes próprios de previdência social aplicáveis aos militares e aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos da administração pública, de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

9.7. determinar à Secretaria de Fiscalização de Pessoal que:

9.7.1. envie cópia do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, ao Conselho Nacional de Justiça, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores do Poder Judiciário, ao Conselho da Justiça Federal e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal, ao Tribunal de Contas da União, ao Conselho Nacional do Ministério Público, à Procuradoria-Geral da República, à Advocacia-Geral da União, à Controladoria-Geral da União, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e ao Ministério da Previdência Social;

9.7.2. envie as determinações ora expedidas pelo TCU, se possível, também por meio de mensagem eletrônica ou de outro meio de comunicação eletrônica, no âmbito do sistema Sisac, a todos os órgãos, autarquias e fundações autárquicas da administração pública federal;

9.7.3. autue processo específico de representação, a partir da juntada de cópia integral desta deliberação, para avaliar a desconformidade legal, ou não, na edição da Orientação Normativa MPOG nº 8, de 1/10/2014; e

9.8. arquivar os presentes autos, sem prejuízo de determinar que a Secretaria de Fiscalização de Pessoal promova o monitoramento das determinações e recomendação constantes deste Acórdão.

10. Ata nº 17/2015 – Plenário.

11. Data da Sessão: 13/5/2015 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1176-17/15-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho (Relator).

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício