GRUPO II – CLASSE VII – Plenário
TC 017.901/2017-1
Natureza: Representação.
Órgão: Tribunal de Contas da União (TCU).
Representante: Secretaria-Geral de Administração do TCU.
Representação legal: não há.

SUMÁRIO: METODOLOGIA DE CÁLCULO DO VALOR DOS PROVENTOS RELATIVOS A APOSENTADORIAS PROPORCIONAIS E POR INVALIDEZ. CÁLCULO DA PROPORCÃO EM DIAS. POSSIBILIDADE, A PARTIR DA EDIÇÃO DA ORIENTAÇÃO NORMATIVA SPS/MPS Nº 3, PUBLICADA EM 17/8/2004.

RELATÓRIO

Tratam os autos de representação proposta pela Secretaria de Gestão de Pessoas (Segep), com o objetivo de esclarecer a metodologia de cálculo do valor dos proventos das aposentadorias proporcionais, cujo mérito foi examinado pela Secretaria-Geral de Administração nos termos a seguir reproduzidos, com ajustes de forma pertinentes (peça 10):

"(...)

2. A Representação foi proposta em 14 de abril de 2008 (fls. 1 a 3), e foi embasada na Orientação Normativa SPS nº 01, de 23 de janeiro de 2007, do Ministério da Previdência Social, publicada no DOU de 25 de janeiro de 2007, atualmente revogada pela Orientação Normativa SPS nº 02, de 31 de março de 2009, publicada no DOU de 2 de abril de 2009. Na Representação o SPI argumenta que o Estatuto dos Servidores Federais – Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - não regula a forma de cálculo de proventos proporcionais, mas apenas a apuração do tempo de serviço. Nesse sentido, o SPI, à época, desconsiderava o período efetivamente trabalhado inferior a 365 dias (um ano completo para o cálculo dos proventos), realizando o cálculo da proporção apenas em anos, desconsiderando eventuais frações.

3. Isso significa que nas aposentadorias proporcionais o valor utilizado no numerador do cálculo se situava entre 25 e 30 (pois eram necessários no mínimo 25 anos de trabalho se mulher) ou entre 30 e 35 (pois eram necessários no mínimo 30 anos de trabalho se homem). Essa sistemática gerava proventos menores do que se o cálculo da proporção fosse realizado em dias.

4. A Representação então questionou a necessidade de mudança do cálculo dos proventos proporcionais, de anos, para dias. Além disso, propôs, considerando a necessidade de análise jurídica mais aprofundada, o encaminhamento da Representação à Diretoria de Legislação de Pessoal e posteriormente a Segedam.

5. A Diretoria de Legislação de Pessoal (fls. 4 a 8) opinou no sentido de conhecer a Representação e alterar a metodologia de cálculos dos proventos proporcionais de todos os inativos, efetuados com fulcro no estabelecido no art. 101, da Lei nº 8.112, de 1990, após a publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, para adotar como proporcionalidade todo o tempo de contribuição; além de reconhecer correto o cálculo de proventos proporcionais, nos termos do § 2º, dos artigos 3º das EC nº 20/1998 e 41/2003, com fundamento na Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004.

6. A Secretaria de Gestão de Pessoas (Segep), fl. 13, autorizou a mudança da sistemática de cálculo em 23 de setembro de 2008, embora não tivesse competência para tanto, com as seguintes considerações: os servidores que tiveram o cálculo de suas aposentadorias concedidas com fundamento no parágrafo único do art. 101 da Lei nº 8112, de 1990, pelo princípio do direito

adquirido, deveriam ter mantido seus proventos; além de reconhecer a retroação quinquenal do cálculo dos proventos com o marco temporal em 14 de abril de 2008 (data da proposição da Representação). E a partir de fevereiro de 2013 alterou o valor dos proventos de aposentadorias proporcionais na folha de pagamento.

7. Não obstante, em 19 de dezembro de 2016, a Segep (fls. 15 a 18) encaminhou os autos à Segedam com o intuito de ratificar a forma de cálculo adotada, bem como examinar a possibilidade de ser efetuado o pagamento das referidas verbas atrasadas, com proposta de que fosse consultada a Consultoria Jurídica.

8. Com o objetivo de analisar a correção na forma de cálculo adotada pela Secretaria de Gestão de Pessoas é importante mencionar a legislação aplicável na presente situação. Inicialmente é necessário delimitar quais servidores são abarcados pela alteração da metodologia de cálculo.

9. A Constituição Federal de 1988 originalmente estabeleceu para o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) as seguintes regras para proventos proporcionais por tempo de serviço, ***in verbis:***

> *Art. 40. O servidor será aposentado:*
> *I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;*
> *II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;*
> *III - voluntariamente:*
> *(...)*
> *c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;*
> *d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.* ***(grifamos)***

10. Essas regras são aplicáveis aos servidores que completaram os requisitos para aposentadoria até 16 de dezembro de 1998, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

11. A EC nº 20, de 1998, alterou a previsão constitucional original de 'tempo de serviço' para 'tempo de contribuição'. O 'tempo de serviço' foi transmutado para 'tempo de contribuição', alterando a natureza do RPPS para um regime contributivo, conforme o disposto no art. 4º, da EC nº 20, ***in verbis****:*

> *Art. 4º - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.*

12. A Ementa Constitucional nº 20, de 1998, também assegurou a concessão de aposentadoria aos servidores que cumpriram os requisitos para obtenção da aposentadoria, com base na legislação vigente, nos termos do ***caput*** *do art. 3º,* ***in verbis****:*

> *Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.*

13. A regra permanente para aposentadoria do art. 40 da Constituição, com a redação dada pela EC nº 20, de 1998, acabou com a aposentadoria proporcional por tempo de contribuição/serviço anteriormente existente na alínea 'c' do inciso III daquele artigo, acima transcrito. Contudo, criou também regras de transição.

14. Para a concessão de aposentadoria voluntária a EC nº 20, de 1998, estabeleceu as seguintes regras de transição, conforme o disposto no seu art. 8º:

- 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito), se mulher;
- 5 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo;
- 30 (trinta) anos de contribuição, se homem, e 25 (vinte e cinco), se mulher;
- Período adicional de contribuição equivalente a 40% (quarenta por cento) do tempo que, a partir de 16/12/98, faltaria para atingir o limite de 30 (trinta) anos, se homem e 25 anos, se mulher;
- Cálculo dos proventos: 70% (setenta por cento) do valor máximo que o servidor poderia obter com a aposentadoria integral, sendo acrescido de 5%(cinco por cento) por ano de contribuição que supere a soma do tempo mínimo, adicionado o pedágio, até o limite de 100%(cem por cento);

15. A EC nº 41 revogou expressamente a possibilidade de aposentadoria voluntária proporcional na regra de transição, conforme o disposto no seu art. 10, restando apenas as aposentadorias proporcionais por invalidez, compulsória ou a voluntária para 60 anos de idade, se mulher, e 65 anos de idade, se homem, da regra geral do art. 40, § 1º, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 20, de 1998. Contudo, fez a ressalva no seu art. 3º de que servidores que já haviam preenchido os requisitos para obtenção da aposentadoria até o dia 30 de dezembro de 2003 (data anterior a publicação da EC nº 41) poderiam fazer uso dele a qualquer tempo com base nas regras da EC 20, de 1998.

16. Considerando o conjunto de servidores que podem ser abarcados pela mudança da metodologia de cálculo, é importante detalhar a legislação infraconstitucional que regulamenta a apuração do tempo de serviço para fins de cálculo inicial dos proventos de aposentadoria voluntária.

17. O tempo de serviço é fator de suma importância na vida funcional do servidor público, pois dele resultam diversas consequências como, o estágio probatório, estabilidade, promoção, gratificação por tempo de serviço, remuneração e também a aposentadoria, mesmo com a transformação do RPPS em um regime de natureza contributiva, conforme as já mencionadas alterações advindas da EC nº 20, de 1998.

*18. A forma de apuração do tempo de serviço (transmutado para tempo de contribuição pela EC nº 20, de 1998) é a estabelecida pelo art. 101 da Lei 8.112, de 1990, a qual regulamentou originalmente o tema com a seguinte redação, **in verbis**:*

Art. 101. A apuração do tempo de serviço será feita em dias, que serão convertidos em anos, considerado o ano como de trezentos e sessenta e cinco dias.
Parágrafo único. Feita a conversão, os dias restantes, até cento e oitenta e dois, não serão computados, arredondando-se para um ano quando excederem este número, para efeito de aposentadoria.

19. Entretanto, o parágrafo único do art. 101 da Lei nº 8.112, de 1990, foi revogado pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997. Dessa maneira, não há legislação que regule especificamente a metodologia de cálculo para a apuração de tempo de serviço e que será base para o cálculo dos proventos da aposentadoria dos servidores. Isto se torna mais grave na medida em que o regime previdenciário foi alterado pela EC 20, de 1998, para o regime contributivo, ou seja, o servidor contribui para o RPPS a cada dia trabalhado, mas a continuar a práxis de antes não recebe o benefício referente a uma parcela do seu tempo de contribuição.

*20. A redação original do **caput** do art. 101 e parágrafo único, da Lei nº 8.112, de 1990, determinava que a apuração do 'tempo de serviço', que por meio da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, foi transmutado para 'tempo de contribuição', seria feito em dias e convertido em anos, com o arredondamento para a unidade de ano seguinte, caso, após a conversão, existisse mais de 182 dias remanescentes. Ao contrário, caso existisse menos de 182 dias, ficava subentendido o desprezo desse resíduo.*

21. Revogada a disposição relativa ao 'arredondamento', a intepretação lógica é que a fração decimal, resultante da conversão de dias em anos, não seria mais arredondada, devendo ser desprezada. Ao se proceder desta forma, passou-se a impor ao servidor aposentado com proventos

proporcionais uma perda na sua renda, consoante o já exposto.

22. Para trazer clareza na forma de cálculo dos proventos da aposentadoria proporcional, o Ministério da Previdência Social expediu Orientação Normativa com o objetivo de regulamentar a apuração de tempo de serviço. A Orientação Normativa SPS nº 02, de 2009, regulamenta o cálculo dos proventos proporcionais, conforme abaixo, ***in verbis****:*

> *Art. 62. 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 inciso III do art. 58, não se aplicando a redução no tempo de idade e contribuição de que trata o art. 60, relativa ao professor.*
>
> *§ 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****.*
>
> *§ 2º <u>Os períodos de tempo utilizados no cálculo previsto neste artigo serão considerados em número de dias.</u> (grifamos)*

23. A modificação da sistemática do cálculo inicial dos proventos em anos, para computar dias, melhora a proporção do benefício, visto que, passa a aproveitar todo o tempo de contribuição do servidor.

24. Só para ilustrar, na situação do cômputo do tempo de contribuição por ano, uma servidora hipotética que computasse 29 anos, 11 meses e 29 dias seria aposentada com proventos equivalentes a 29/30 de sua remuneração, muito embora lhe faltasse apenas 1 dia para se inativar com a integralidade de sua remuneração ou média dela (30/30). Assim, o tempo de contribuição de 11 meses e 29 dias, que foi base de cálculo e objeto de recolhimento de contribuição social e que não totaliza 1 ano por apenas 1 dia, acaba por ser desprezado no cálculo da proporção dos proventos.

25. Cabe destacar que embora o art. 61 da Orientação Normativa citada no item 22 retro, se refira ao cálculo dos proventos pela média das remunerações, nos moldes delineados pela EC nº 41, o art. 62, acima transcrito, deixa bem claro que sua aplicação é geral, para todas as hipóteses de aposentadoria proporcional, sendo que somente na hipótese do seu § 1º, que trata especificamente dos proventos calculados pela média das remunerações base de contribuição, há mais um cuidado a se tomar. Se o artigo quisesse limitar-se aos cálculos pela média teria inserido tal comando no seu ***caput****.*

26. Ademais, se o servidor é remunerado mensalmente, recebendo o salário relativo aos dias trabalhados, acaba por também contribuir para o regime previdenciário diariamente. Numa situação hipotética, caso o servidor trabalhasse apenas 1 dia, seria remunerado por esse dia, descontando-se também a respectiva contribuição previdenciária.

27. A título de exemplo, a servidora hipotética mencionada no item 24 teria a seguinte proporção para o cálculo dos proventos iniciais de aposentadoria pelos dois diferentes métodos de cálculo:

Método	*Período de tempo*	*Total dias*	*Proporção*	*Salário na atividade*	*Proventos na aposentadoria*
Cálculo por anos	*29 anos, 11 meses, 29 dias*	*10949*	*29/30 = 0,9667*	*10.000,00*	*9.666,67*
Cálculo por dias	*29 anos, 11 meses, 29 dias*	*10949*	*10949/10950 = 0,9999*	*10.000,00*	*9.999,09*

28. Observa-se no exemplo acima apresentado que a servidora hipotética possui redução no cálculo da proporção inicial e consequente redução de seus proventos, totalizando uma perda anual de R$ 4.321,46 ((R$ 9.999,09 – R$ 9.666.67) x 13)

29. A jurisprudência do TCU escora a defesa de correção do cálculo da proporção para ser realizada em dias e não em anos, conforme os Acórdãos nº 3466/2015, prolatado no âmbito do TC-022.533/2013-3, e nº 9795/2016, prolatado no âmbito do TC-008.705/2013-5, ambos da 2ª

Câmara. Nos casos mencionados, o TCU entendeu que a metodologia de cálculo para aposentadoria proporcional por invalidez deveria ser realizada utilizando-se o cálculo em dias e não em anos para servidores inativados em 23/07/2002 e 06/12/2006.

33. Pelo exposto, em um primeiro momento, verifica-se que a forma de proporcionalização dos proventos de aposentadoria em dias não seria desarrazoada e já tem respaldo em julgados desta Casa.

34. A matéria em comento não está abrangida pela delegação de competência do Presidente para a Segedam, objeto da Portaria-TCU nº 1, de 2 de janeiro de 2017, razão pela qual deverá ser submetida oportunamente à deliberação daquela autoridade.

34. Destarte, considerando a necessidade de uma análise jurídica mais profunda da questão, encaminho os autos preliminarmente a Consultoria Jurídica, nos termos dos arts. 70, inciso VI, da Resolução-TCU nº 284, de 30 de dezembro de 2016, e 1º, inciso V, alínea 'j', da Portaria-TCU nº 1, de 2017, e solicito sua percuciente análise e emissão do competente Parecer."

2. Em atenção ao que foi requerida, a Consultoria Jurídica emitiu o parecer a seguir reproduzido, com ajustes de forma que reputo pertinentes (peça 11):

"(...)

3. A Segedam, em despacho de fls. 19 a 23, basicamente concorda com os argumentos expendidos pelas suas subunidades, ressaltando ainda que a jurisprudência do TCU estaria em consonância com a forma de cálculo proposta (em dias e não em anos), consoante os Acórdãos n. 3.466/2015 e 9.795/2016, ambos da 2ª Câmara, segundo os quais o TCU teria entendido que 'a metodologia de cálculo para aposentadoria proporcional por invalidez deveria ser realizada utilizando-se o cálculo em dias e não em anos para servidores inativados em 23/07/2002 e 06/12/2006'.

4. Afirma que a matéria deverá ser submetida à Presidência, tendo em vista não estar abrangida pela delegação de competência do Presidente para a Segedam. Entretanto, encaminhou preliminarmente os autos a esta Consultoria, para emissão de Parecer acerca da matéria.

II. EXAME DA MATÉRIA

II.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

5. Conforme já noticiado nos autos, a Lei n. 8.112/1990 regulava, no art. 101, a forma de cálculo para apuração do tempo de serviço, o que deveria ser feita em dias, tendo sido estabelecido ainda critério de arredondamento para o período inferior a um ano:

> *Art. 101. A apuração do tempo de serviço será feita em dias, que serão convertidos em anos, considerado o ano como de trezentos e sessenta e cinco dias.*
>
> *Parágrafo único. Feita a conversão, os dias restantes, até cento e oitenta e dois, não serão computados, arredondando-se para um ano quando excederem este número, para efeito de aposentadoria. (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)*

6. O parágrafo único do dispositivo foi posteriormente declarado inconstitucional, e revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97. Dessa forma, <u>passou-se a desconsiderar a contagem de tempo inferior a um ano</u>.

7. Não obstante o dispositivo disciplinar apenas a contagem do tempo de serviço, e não exatamente a forma de cálculo dos proventos de aposentadoria, tendo em vista, provavelmente, a similitude da matéria, e a ausência de norma expressa que disciplinasse de forma específica esse cálculo, a regra trazida pelo Estatuto dos Servidores – cálculo em anos – era também aplicada para o cálculo do valor inicial dos proventos proporcionais.

8. No dia 27 de novembro de 1998 foi editada a Lei nº 9.717, que dispôs 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. O art. 9º dessa lei conferiu ao então Ministério da Previdência e

Assistência Social competência para orientar e estabelecer parâmetros e diretrizes gerais relativas ao tema, nos seguintes termos:

> *'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.*
> *(...)'*

9. A partir da edição dessa lei, o então Ministério da Previdência passou a expedir orientações normativas que estabeleceram orientações gerais a serem observadas pelos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos. As primeiras normas eram concisas, não tendo disposto acerca do cálculo do valor inicial da aposentadoria.

10. Em 5 de setembro de 2002, o Ministério editou a Orientação Normativa SPS/MPS n. 02, por meio da qual tratou, enfim, do cálculo dos proventos, nos seguintes termos:

> *Art. 41 É assegurado o direito à aposentadoria voluntária, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, ao servidor de que trata o art. 39, e que preencha, cumulativamente, o seguintes requisitos:*
> *I - cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;*
> *II - cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria; e*
> *III - tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:*
> *a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e*
> *b) um período adicional de tempo de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, em 16 de dezembro de 1998, faltava para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior, conforme Anexo II.*
> *§ 1º Os proventos da aposentadoria voluntária proporcional ao tempo de contribuição serão equivalentes a setenta por cento da remuneração do servidor no cargo efetivo em quer se dará a aposentadoria, acrescido de cinco por cento desse valor por ano de contribuição que supere o tempo de contribuição de trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher, acrescidos do período adicional de contribuição de que trata a alínea 'b' do inciso III do caput, até atingir o limite de cem por cento.*
> *§ 2ª À aposentadoria prevista neste artigo, aplica-se o disposto no § 4º do art. 36.*
> .....
> *Art. 49 Ressalvado o art. 41, para o cálculo dos proventos proporcionais ao tempo de contribuição será considerado <u>um trinta e cinco avos</u> da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria no dia anterior ao da concessão do benefício, por tempo de contribuição, se homem, <u>e um trinta avos</u>, se mulher.*

11. <u>Verifica-se, pois, que o critério adotado foi o do cálculo dos proventos iniciais considerando-se os anos de contribuição, e não os dias</u>.

*12. Entretanto, no ano de 2004, o Ministério da Previdência Social editou a Orientação Normativa SPS/MPS n. 03, de 12 de agosto de 2004, publicada no DOU de 17 de agosto de 2004, que revogou a ON SPS n. 02/2002 e disciplinou a forma de cálculo dos proventos proporcionais ao tempo de contribuição não mais em anos, mas em dias, nos termos de seu art. 53, **in verbis**:*

> *Art. 53. Para o cálculo 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*

inciso III do art. 49, não se aplicando a redução de que trata o art. 51.

§ 1º A fração de que trata o caput será aplicada sobre o valor dos proventos calculado conforme art. 52, observando-se previamente a aplicação do limite de que trata o § 9º do mesmo artigo.

§ 2º Os períodos de tempo utilizados no cálculo previsto neste artigo serão considerados em número de dias.

13. Essa norma foi revogada pela Orientação Normativa SPS/MPS n. 01, de 23 de janeiro de 2007, a qual embasou a Representação proposta em 14 de abril de 2008 (fls. 1 a 3), e que, no que interessa ao tema em análise, manteve a redação da norma anterior:

Art. 57. 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 inciso III do art. 53, não se aplicando a redução no tempo de idade e contribuição de que trata o art. 55, relativa ao professor.

§ 1º A fração de que trata o caput será aplicada sobre o valor inicial do provento calculado pela média das contribuições conforme art. 56, observando-se previamente a aplicação do limite de remuneração do cargo efetivo de que trata o § 9º do mesmo artigo.

§ 2º Os períodos de tempo utilizados no cálculo previsto neste artigo serão considerados em número de dias.

14. Novamente foi publicado outro normativo para disciplinar a matéria, a Orientação Normativa SPS/MPS n. 02, de 31 de março de 2009, que revogou a ON SPS/MPS n. 01/2007 e está atualmente em vigor, e que também manteve a redação que determinou o cálculo dos proventos iniciais em número de dias:

Art. 62. 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 inciso III do art. 58, não se aplicando a redução no tempo de idade e contribuição de que trata o art. 60, relativa ao professor.

§ 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.

§ 2º Os períodos de tempo utilizados no cálculo previsto neste artigo serão considerados em número de dias.

15. Posteriormente, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão publicou a Orientação Normativa n. 6, de 25 de julho de 2012, por meio da qual estabeleceu 'orientação aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – SIPEC quanto à aplicação da Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012'. Essa norma estabeleceu critério diverso do que vinha sendo adotado pelo então Ministério da Previdência Social, uma vez que determinou que o valor inicial da aposentadoria por invalidez deverá ser calculado considerando-se os anos, e não os dias, conforme segue:

DA CONCESSÃO E DO CÁLCULO DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIAS POR INVALIDEZ E DAS PENSÕES DELAS DERIVADAS

Art. 2º Os servidores que ingressaram no serviço público até 31 de dezembro de 2003 poderão ser aposentados por invalidez permanente, conforme o disposto no inciso I, do §1º, do art. 40 da Constituição Federal, nas seguintes situações:

I - por invalidez permanente para o exercício de cargo público, quando declarado por meio de laudo da perícia oficial em saúde, com proventos integrais, se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma do § 1º do art. 186 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e

> *II - por invalidez permanente para o exercício de cargo público, quando declarado por meio de laudo da perícia oficial em saúde, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.*
>
> *§1º Os proventos de aposentadoria a que se refere os incisos I e II serão calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observado-se rigorosamente as determinações legais para a incorporação das vantagens pecuniárias, em especial, as que tratam das gratificações de desempenho.*
>
> *§ 2º Para fins de cálculo dos proventos de aposentadoria, o tempo contributivo será considerado em anos.*
>
> *§3º As pensões derivadas das aposentadorias a que se refere o caput serão calculadas com base no art. 2º, inciso I, da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004.*

16. Inclusive, na Nota Informativa n° 520/2012/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, que dispôs acerca da minuta à Orientação Normativa n° 6/2012, foi destacada a necessidade de inclusão do §2º ao artigo 2º deste normativo, já que a contagem do tempo é efetivamente diversa da estabelecida para a regra geral:

> *9. Ademais, alterou-se a redação do preâmbulo, com vista a incluir a Orientação Normativa nº 1, de 2012, da Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPSS/MPS, bem como se fez necessário incluir um novo parágrafo ao art. 2º, com vista a estabelecer que o tempo de contribuição deveria ser considerado como anos e não como dias, conforme é estabelecido na sistemática de cálculo atual.*

II.2 CÁLCULO DOS PROVENTOS A PARTIR DE 17 DE AGOSTO DE 2004

17. A edição da Orientação Normativa SPS/MPS n. 03 deu-se em 12 de agosto de 2004, entretanto, a sua publicação ocorreu em 17 de agosto de 2004.

18. Ante todo o exposto até o presente momento, a previsão normativa para o cálculo do valor inicial dos proventos de aposentadoria utilizando-se a contagem do tempo de serviço em dias surgiu apenas com a publicação da Orientação Normativa SPS/MPS n. 03, ou seja, em 17 de agosto de 2004.

19. Importante notar que esse normativo, que tem fundamento na Lei nº 9.717/1998, alcança toda a Administração Pública, inclusive o Tribunal de Contas da União, conforme indica seu primeiro artigo, ***in verbis****:*

> *O SECRETÁRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 9º, I, da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, e o art. 8º, IV, VIII e X da Estrutura Regimental do Ministério da Previdência Social, aprovada pelo Decreto nº 4.818, de 26 de agosto de 2003, resolve:Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos titulares de cargos efetivos, dos magistrados, Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas, membros do Ministério Público e de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, obedecerão ao disposto nesta Orientação Normativa.*

20. A norma é clara ainda quanto à sua obrigatoriedade, sendo, pois, de observância cogente para toda a Administração Pública, aí incluído o TCU.

21. Desse modo, a partir da publicação dessa Orientação Normativa, o cálculo dos proventos iniciais de aposentadoria proporcional deve utilizar o tempo total de serviço em dias, e não mais em anos.

22. No caso específico da aposentadoria por invalidez, conforme já exposto, aparentemente temos duas normas conflitantes: enquanto a Orientação Normativa SPS/MPS n. 03, de 12 de agosto de 2004, publicada em 17 de agosto de 2004, determina o cálculo em dias, a Orientação Normativa n. 6/2012, editada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, determina o cálculo em anos.

23. Como a Orientação Normativa editada pelo Ministério do Planejamento é dirigida apenas aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – SIPEC, do qual o TCU não faz parte, entendemos que deve ser aplicado no âmbito desta Casa, também nos

cálculos relativos às aposentadorias por invalidez, as normas fixadas pelo normativo do então Ministério da Previdência, a partir da data de sua publicação. Ademais foi a esse Ministério que a Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, conferiu a competência para orientar e estabelecer parâmetros e diretrizes gerais relativas ao tema.

II.3 CÁLCULO DOS PROVENTOS NO PERÍODO ANTERIOR A 17 DE AGOSTO DE 2004

24. Relativamente ao período anterior à publicação da Orientação Normativa SPS/MPS n. 03/2004, temos entendimento diverso daquele exarado pelas unidades da Segedam, que sustentaram que a forma de cálculo prevista na Orientação Normativa SPS/MPS n. 01, de 23 de janeiro de 2007 deveria ser aplicada retroativamente, para todos os inativos, a partir da publicação da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998.

25. Primeiramente, naquele período, não houve irregularidade no cálculo dos proventos iniciais de aposentadoria considerando-se apenas os anos, ou seja, excluindo-se o resíduo inferior a um ano. Inclusive, sequer há qualquer menção nos autos da representação acerca de eventual ilegalidade no cálculo que vinha sendo realizado.

*26. O critério estava de acordo com a sistemática estabelecida e vigente naquele período, ou seja, o **caput** do art. 101 da Lei n. 8.112/1990, que regulava o modo de apuração do tempo de serviço. E ainda que se pondere que esse artigo não tratava especificamente da forma de cálculo dos proventos, sem dúvida, diante do vazio normativo, era o dispositivo aplicado ao tema e que, de fato, mais se aproximava para fins de aplicação por analogia.*

27. Nota-se, assim, que o critério utilizado pelo TCU nada tinha de absurdo. Inclusive o tema não era regulado somente pelo caput do art. 101 da Lei nº 8.112/90, mas também pela Orientação Normativa SPS/MPS n. 02/2002, a primeira das orientações do então Ministério da Previdência a tratar do cálculo dos proventos, e igualmente de observância obrigatória para o TCU e toda a Administração Pública, que fixou o critério para o estabelecimento do valor inicial dos proventos mediante a utilização apenas dos anos trabalhados (art. 49). Não bastasse, mais recentemente, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio da Orientação Normativa n. 6/2012, também determinou aos órgãos e entidades do SIPEC, no caso da aposentadoria por invalidez, o cálculo em anos, e não em dias.

28. Ademais, o cálculo do tempo de serviço igualmente considera apenas os anos inteiros, desconsiderando-se o ano incompleto, e não se cogita da ilegalidade dessa norma. Ou seja, se a norma que dispõe acerca do cálculo do tempo de serviço era válida, não havia qualquer ilegalidade na adoção do mesmo critério para o cálculo da aposentadoria.

*29. As unidades que já se manifestaram nos autos ressaltaram que o expurgo do período inferior a um ano seria injusto com o servidor que contribuiu para a Previdência Social também sobre esse período, do que não discordamos. Ocorre que a suposta injustiça de determinada norma não é motivo suficiente para rever sua aplicação em situações já consolidadas pelo tempo, a menos que padeça de algum vício que tenha o condão de infirmá-la. Aliás, sem adentrar nesse mérito, é certo que diversas outras regras relativas à legislação de pessoal poderiam ser consideradas injustas, e nem por isso deixam de ser aplicadas, e muito menos autorizariam sua revogação **ex tunc**.*

30. Também discordamos do entendimento da Dilpe à fl. 8, quando sustentou que 'o cálculo dos proventos pode obedecer à legislação da época de cumprimento dos requisitos da concessão ou à vigente legislação', e que o 'constituinte reformador proporcionou mais uma forma de cálculo de proventos, por conseguinte, concedeu o direito ao beneficiário da concessão de, segundo o seu talante, optar pela legislação de antes ou de agora'. (grifo nosso)

*31. O fato é que, uma vez aposentado sob determinado critério de cálculo dos proventos, em consonância com a legislação à época, e tendo a legislação estabelecido nova forma de cálculo, mais favorável, não poderia o servidor exigir que a novel metodologia lhe fosse aplicada, tendo em vista a situação jurídica já consolidada (**tempus regit actum**).*

32. Caso tal revisão fosse possível, sempre que fossem alterados critérios e regras relativos ao cálculo dos proventos, poderiam os servidores já aposentados pedir novo recálculo da sua

aposentadoria, o que seria evidente absurdo. A revisão poderia ser possível, respeitando-se eventuais prazos prescricionais, caso o critério anterior tivesse sido aplicado ao arrepio da lei, o que não foi o caso.

33. Por outro lado, segundo informou a Segedam, a jurisprudência do TCU ampararia a defesa de correção do cálculo da proporção em dias e não em anos, nos termos do Acórdão n. 3.466/2015 e do Acórdão n. 9.795/2016, ambos da 2ª Câmara.

34. Entretanto, entendemos que tais Acórdãos não se aproveitam para a defesa do cálculo inicial da aposentadoria proporcional em dias retroativamente a 17/08/2004. Ademais, essa mesma 2ª Câmara havia firmado entendimento diametralmente diverso em 2007, por meio do Acórdão n. 3.561/2007-2ª Câmara, no sentido de que esse cálculo deveria ser feito em anos, mesmo após a data de publicação desse decisum (posição da qual parcialmente discordamos, ante a tese por nós aqui defendida quanto à necessidade desse cálculo em dias a partir de 17/08/2004). Senão vejamos:

35. No Acórdão 3.466/2015 – 2ª Câmara, aprovado por relação, foi considerado legal ato de aposentadoria de servidor, ocorrida em 6/12/2006, cujo cálculo dos proventos iniciais foi feito em dias, o que não diverge do entendimento exarado neste parecer, uma vez que essa é a sistemática estabelecida desde 17/8/2004 pela Orientação Normativa SPS/MPS n. 03/2004, conforme já exposto.

36. Já no Acórdão n. 9.795/2016 – 2ª Câmara, foram julgados os atos de aposentadorias de diversos servidores, tendo sido considerada legal a forma de cálculo da aposentadoria em dias de um único servidor que se aposentou em 23/7/2002. Este decisum igualmente foi aprovado por relação, sem qualquer menção na parte dispositiva acerca do critério de cálculo dos proventos iniciais de aposentadoria, nem tampouco foi mencionada na instrução proveniente da unidade técnica a normatização oriunda do então Ministério da Previdência. Portanto, não corrobora a tese defendida na representação.

37. De maneira diversa, a mesma 2ª Câmara do TCU, por meio do Acórdão n. 3.561/2007, ao analisar a legislação vigente à época, entendeu que a forma de cálculo da aposentadoria proporcional deveria ser feita utilizando-se apenas os anos, excluindo-se, pois, a fração inferior a um ano. Do mesmo modo, igualmente não foram mencionados na instrução proveniente da unidade técnica os normativos elaborados pelo então Ministério da Previdência. Seguem trechos do relatório e voto:

> *Relatório:*
>
> *Os demonstrativos de cálculo dos proventos de José Maria Aranda e José Roberto Mendes de Souza evidenciam que a proporcionalidade dos proventos foi calculada por meio da divisão do tempo de serviço total, contado em dias, pelo tempo de serviço total exigido para a aposentadoria voluntária com proventos integrais, contados também em dias, ou seja 12.775, conforme se comprova nos demonstrativos de cálculo às fls. 67/70 e 73/75.*
>
> *Essa forma de calcular a proporcionalidade não encontra amparo na legislação em vigor. O art. 101 da Lei 8112/90 estabelece: 'A apuração do tempo de serviço será feita em dias, que serão convertidos em anos, considerado o ano como de trezentos e sessenta e cinco dias'. Portanto, o cálculo correto do fator de proporcionalidade deve ser por meio da divisão do tempo de serviço total contado em anos pelo tempo de serviço total exigido para a aposentadoria voluntária com proventos integrais, estabelecido no art. 40, item III, alínea 'a' da Constituição Federal, isto é, 30 anos para mulheres e 35 anos para homens.*
>
> *Essas considerações são válidas para todas as aposentadorias com proventos proporcionais ao tempo de serviço ou de contribuição. Nas aposentadorias por invalidez permanente com proventos proporcionais ao tempo de serviço examinadas neste processo, os resultados das contas não apresentam diferenças significativas. Os proventos de José Maria Aranda foram calculados com o fator de proporcionalidade igual a 8400/12775, resultando em valor igual ao que resultaria se fosse calculado com*

o fator 23/35. Isso ocorre porque a diferença é de apenas cinco dias. No caso da aposentadoria de José Roberto Mendes de Souza, a diferença entre os fatores 6253/12775 e 17/35 resulta em uma diferença nos proventos de R$ 4,43. Dada a modicidade desse valor, entendemos que se possa, desde logo, conferir registro aos atos, sem prejuízo de endereçar orientação à entidade a respeito.

(...)

Voto

(...)

3. A Sefip, analisando os demonstrativos de cálculo de fls. 67/70 e 73/76, constatou que 'a proporcionalidade dos proventos foi calculada por meio da divisão do tempo de serviço total, contado em dias, pelo tempo de serviço total exigido para a aposentadoria voluntária com proventos integrais, contados também em dias, ou seja 12.775', em desacordo com o disposto no art. 101 da Lei 8.112/1990 - a apuração do tempo de serviço será feita em dias, que serão convertidos em anos. Assim, 'o cálculo correto do fator de proporcionalidade deve ser por meio da divisão do tempo de serviço total contado em anos pelo tempo de serviço total exigido para a aposentadoria voluntária com proventos integrais, estabelecido no art. 40, item III, alínea 'a' da Constituição Federal, isto é, 30 anos para mulheres e 35 anos para homens.'

38. Na parte dispositiva, <u>o TCU fixou a tese de que os proventos iniciais decorrentes de aposentadoria proporcional àquela época deveriam ser calculados em anos, e não em dias</u>, tendo inclusive orientado a entidade de origem (FUNASA) a proceder da mesma maneira em todas as concessões de aposentadorias cujos proventos devessem ser proporcionais ao tempo de serviço e cujos requisitos fossem implementados após 19 de fevereiro de 2004, conforme segue:

ACÓRDÃO Nº 3561/2007 - TCU - 2ª CÂMARA

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam dos atos de aposentadoria de Aníbal Carneiro, Antônio Pardal, Evaldo Alves Oelke, José Maria Aranda, José Roberto Mendes de Souza, Lúcia Aparecida Zaqueo Lopes Machado, Rosa Marina de Maria e Waldemar Alves dos Santos, ex-servidores da FUNASA - Coordenação Regional do Paraná,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária da 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento nos incisos III e IX do art. 71 da Constituição Federal, nos arts. 1º, inciso V, 39, inciso II e 45 da Lei 8.443/1992, em:

(...)

9.5. esclarecer à entidade que:

9.5.1. poderá emitir novos atos, livres das irregularidades apontadas, e submetê-los à apreciação deste Tribunal, com fundamento no art. 262, § 2º, do Regimento Interno/TCU;

9.5.2. os cálculos dos proventos de <u>todas</u> as concessões de aposentadorias de sua responsabilidade, que tenham por fundamento legal o art. 40 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 41/2003, cujos proventos devam ser proporcionais ao tempo de serviço e cujos requisitos foram implementados após 19 de fevereiro de 2004, <u>devem ser calculados por meio da fração em que o numerador seja a quantidade total de anos</u> do tempo de serviço para aposentadoria e o denominador seja 35 (trinta e cinco), para homens, e 30 (trinta), para mulheres;

9.6. determinar à Sefip que adote medidas para acompanhar o cumprimento da determinação relativa à cessação de pagamentos decorrentes das concessões consideradas ilegais, representando ao Tribunal em caso de não atendimento.

10. Ata n° 44/2007 – 2ª Câmara

11. Data da Sessão: 4/12/2007 – Extraordinária
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3561-44/07-2
13. Especificação do quórum:
13.1. Ministros presentes: Guilherme Palmeira (Presidente), Ubiratan Aguiar (Relator), Benjamin Zymler e Aroldo Cedraz.
13.2. Auditor presente: Augusto Sherman Cavalcanti.' (grifamos)

39. Conforme já mencionado, com as devidas vênias, discordamos apenas parcialmente desta última decisão, já que entendemos que a partir da publicação da Orientação Normativa SPS/MPS n. 03/2004, que se deu em 17/04/2004, o cálculo deveria ser feito em dias.

40. Em verdade, tal discussão acerca da jurisprudência do TCU travada acima é de menor importância, já que a Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, veda expressamente a aplicação retroativa de nova interpretação de norma:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
.....
XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

41. A jurisprudência não diverge quanto à aplicabilidade desse dispositivo, conforme segue:

SERVIDOR PÚBLICO. DESCONTO DE VALORES PAGOS A MAIOR REFERENTES A EXERCÍCIO DE FUNÇÃO COMISSIONADA - DAS. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. RETROATIVIDADE DE NOVA INTERPRETAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. - Não pode a Administração rever seus atos sem o respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, devendo a reposição de valores indevidamente pagos ser precedida de processo administrativo com respeito aos princípios citados. - O art. 2º da Lei 9.784/99 prevê que é vedada a aplicação retroativa de nova interpretação, devendo esta dar-se apenas para o futuro.
(grifamos; AMS 200370000166999, EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR, TRF4 - PRIMEIRA TURMA SUPLEMENTAR, DJ 22/03/2006 PÁGINA: 730.)
ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS PÚBLICOS. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. AUTORIZAÇÃO DE SEÇÕES DE LINHAS. POSTERIOR EXTINÇÃO DO ATO SOB FUNDAMENTO DE QUE O RESPECTIVO REQUERIMENTO NÃO FORA DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE DEVIDO PROCESSO LEGAL. MUDANÇA DE CRITÉRIO ADMINISTRATIVO. IRRETROATIVIDADE. IRRAZOABILIDADE DE MOTIVOS. 1 - Impõe-se à Administração obedecer à regra do devido processo legal para tornar sem efeito ato administrativo que já tenha repercutido na esfera patrimonial do destinatário. 2 - Permiti-se ao Poder Judiciário controle da existência e razoabilidade de motivos invocados para a prática de ato administrativo. 3 - A expressão requerimento devidamente justificado, empregada pelo Decreto n. 952/93, como conceito indeterminado, exigia interpretação, mas não outra norma (regulamento de regulamento) que lhe explicitasse o sentido. 4 - Interpretação por norma regulamentar não tem mais autoridade que qualquer outra; só o Poder Judiciário interpreta a lei incontrastavelmente. 5 - É vedada, em nome da segurança jurídica, aplicação retroativa de nova interpretação (art. 2º, parágrafo único, XIII, da

Lei nº 9.784/99). 6 - Não se exige licitação para autorização de seção de linha de transporte coletivo de passageiros, mas, apenas, para a permissão originária. 7 - O princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não pode implicar em exclusividade na exploração de linhas de transporte coletivo de passageiros, em detrimento do princípio da eficiência na prestação de serviços públicos.

(grifamos; APELAÇÃO , JUIZ PLAUTO RIBEIRO JUIZ JOÃO BATISTA GOMES MOREIRA (CONV.), TRF1 - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:28/08/2000 PAGINA:35.)

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURADOS APOSENTADOS ANTES DO ADCT. REVISÃO DE BENEFÍCIO. NOVA INTERPRETAÇÃO. LAPSO DE 10 ANOS. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE. RECONHECIMENTO DE ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. MANUTENÇÃO DAS REVISÕES DE 1988. O exercício da autotutela deve estar fundado nos princípios do contraditório, da ampla defesa, da segurança jurídica e da boa-fé. É vedada a sua aplicação retroativa de nova interpretação administrativa, quanto à aplicação de lei (L. 9.784/99, art. 2º, III), Apelação provida.

(grifamos; AMS 00374301319984036183, DESEMBARGADOR FEDERAL CASTRO GUERRA, TRF3 - DÉCIMA TURMA, DJU DATA:13/09/2006 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

42. Assim, pelos motivos acima expostos, entendemos que não houve irregularidade na contagem do tempo em anos para a fixação do valor inicial dos proventos decorrentes de aposentadoria proporcional no período anterior à publicação da Orientação Normativa SPS/MPS n. 03/2004 – 17/04/2004. Por conseguinte, a nova interpretação trazida pela referida ON não pode retroagir para ser aplicada nas aposentadorias concedidas em data pretérita à publicação desse normativo.

III. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

43. Em face do exposto, esta Consultoria Jurídica é de parecer que, a partir de 17 de agosto de 2004, data da publicação da Orientação Normativa SPS/MPS n. 03/2004, o cálculo dos proventos iniciais de aposentadoria proporcional deveria considerar o tempo total de serviço em dias, e não em anos, sendo vedada a aplicação retroativa desse critério em período anterior à publicação desse normativo.

44. Entretanto, diante da complexidade da matéria e da sua possível repercussão em toda a Administração Pública, remetemos o presente parecer à unidade solicitante, qual seja, a Segedam, com a sugestão de encaminhamento dos autos ao Plenário para manifestação."

3. Considerando a complexidade da matéria e as possíveis repercussões financeiras do que vier a ser decidido, determinei à peça 16 o encaminhamento dos autos ao Ministério Público especializado para emissão de parecer, o qual reproduzo a seguir (peça 17):

" *Trata-se de representação administrativa formulada pelo SPI (Serviço de Pagamento de Inativos e Pensionistas), questionando a possibilidade de efetuar o cálculo dos proventos iniciais de aposentadorias proporcionais, utilizando no numerador e no denominador da respectiva proporção o tempo de serviço/contribuição medido em unidade de dias, e não em unidades de anos, para as aposentadorias que tenham sido concedidas anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003.*

Breve histórico

O Serviço de Pagamento de Inativos e Pensionistas do TCU (SPI) relata que vinha calculando os proventos iniciais de aposentadorias proporcionais de seus servidores considerando no numerador e no denominador da fração o tempo de contribuição medido em unidades de anos, em obediência ao disposto no art. 101 da Lei 8.112/1990. No entanto, a Orientação Normativa nº 1/2007, do Ministério da Previdência Social (MPS), a qual regulamentou a forma de cálculo das

aposentadorias proporcionais submetidas à EC 41/2003, teria instituído, em seu art. 57, §§ 1º e 2º, uma nova metodologia de cálculo, estabelecendo que a proporção desses proventos deveria considerar o tempo de contribuição medido em unidades de dias, tanto no numerador quanto no denominador.

Nesse sentido, o SPI autuou a presente representação para questionar a possibilidade de utilizar a novel metodologia de cálculo para todas as aposentadorias proporcionais, inclusive para aquelas anteriores à EC 41/2003. Para tanto, a SPI colacionou, em sua instrução à peça 1, os argumentos, a seguir sintetizados:

> *a) a Lei 8.112/1990 não regularia a forma de cálculo de proventos, mas tão somente estabeleceria o método de contagem de tempo para fins de se conceder ou não a aposentadoria, pela combinação dos artigos 101 e 186, inciso III, de maneira que haveria uma omissão legislativa quanto à sistemática de cálculo dos proventos proporcionais para aposentadorias não atingidas pela EC 41/2003, e por analogia, deveriam ser aplicadas as regras estabelecidas na ON MPS/SPS nº 1/2007;*
>
> *b) a adoção da metodologia de cálculo anterior dos proventos de aposentadorias proporcionais desconsideraria todo o período inferior a trezentos e sessenta e cinco dias efetivamente trabalhado pelo servidor, resultando em proventos menores do que aqueles calculados considerando o período em dias, fato que consistiria em uma situação injusta.*

A Dilpe (Diretoria de Legislação de Pessoal), em despacho à peça 3, entendeu de maneira semelhante à SPI, e propôs determinar ao representante que adotasse as medidas para corrigir o cálculo dos proventos proporcionais de todos os inativos, com aposentadorias instituídas a partir da publicação da EC 20/1998, substituindo o cálculo anterior, que considerava na proporção o tempo de contribuição medido em anos, para adotar a nova metodologia, considerando o tempo de contribuição medido em unidades de dias. Em despacho à peça 10, a Segedam anuiu ao entendimento das suas subunidades.

Por sua vez, a Consultoria Jurídica do Tribunal (Conjur), divergindo dos pareceres até então contidos nos autos, em seu pronunciamento à peça 11, colacionou, em síntese, os seguintes argumentos:

> *a) antes da ON MPS/SPS nº 1/2007, a questão relativa ao cálculo das aposentadorias proporcionais teria sido tratada pela ON MPS nº 2/2002, que regulamentou as aposentadorias submetidas à EC 20/1998, a qual teria estabelecido, em seu art. 49 que a proporção fosse calculada considerando o tempo de contribuição medido em anos, e não em dias;*
>
> *b) a ON MPS/SPS nº 3/2004, publicada no DOU em 17/8/2004, que regulamentou as aposentadorias submetidas à EC 41/2003, teria previsto pela primeira vez no ordenamento jurídico, no § 2º do seu art. 53, que o valor dos proventos em aposentadorias proporcionais deveria considerar o tempo de contribuição medido em unidades de dias; até então, não haveria previsão normativa para que o cálculo da aposentadoria proporcional adotasse essa sistemática;*
>
> *c) posteriormente, a ON MPS/SPS nº 3/2004 teria sido revogada pela ON MPS/SPS nº 1/2007, a qual teria embasado a presente representação, mas que a redação anterior, relativa ao cálculo de proventos proporcionais, teria sido mantida, apenas se modificando o número do artigo, que passou a ser o art. 57, §2º; da mesma forma, a ON MPS/SPS nº 1/2007 também já teria sido revogada e substituída pela ON MPS/SPS nº 2/2009, ainda vigente, que também manteve a mesma redação quanto à sistemática de cálculo das aposentadorias proporcionais, no seu art. 62, § 2º;*
>
> *d) considerando que as orientações normativas do MPS seriam de observância obrigatória para toda a Administração Pública, incluindo o TCU, em razão do disposto no art. 9º, incisos I e II da Lei 9.717/1998, apenas para as aposentadorias*

proporcionais instituídas a partir de 17/8/2004 (data da publicação da ON MPS/SPS nº 3/2004), o cálculo da proporção deveria considerar o tempo de contribuição medido em unidade de dias; para as aposentadorias anteriores a essa data, o cálculo deveria continuar considerando o tempo de contribuição medido em anos;

e) no caso específico das aposentadorias por invalidez, com proventos proporcionais, haveria um aparente conflito de normas quanto à sistemática de cálculo, uma vez que o art. 2º da ON nº 6/2012, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), que estabeleceu orientação aos órgãos e entidades do Sipec quanto à aplicação da EC 70/2012, teria previsto critério diverso do adotado pelo MPS, determinando que o valor inicial da aposentadoria por invalidez deveria ser calculado considerando o tempo de contribuição medido em anos, e não em dias;

f) no entanto, considerando que a norma do MP não teria aplicação no âmbito do TCU, visto que esse não é órgão integrante do Sipec, mesmo no caso das aposentadorias por invalidez, deveria ser adotada a sistemática de cálculo que considera o tempo de contribuição medido em anos, para as aposentadorias instituídas anteriormente à publicação da ON MPS/SPS nº 3/2004, qual seja, a data de 17/8/2004, e adotar a nova sistemática, considerando o tempo de contribuição medido em dias, apenas para as aposentadorias instituídas a partir da referida data.

Finalmente, em razão do despacho à peça 16, em que o Relator solicitou a oitiva do Ministério Público junto ao TCU, nos termos do art. 62, inciso III, do RITCU, este parquet foi instado a se manifestar sobre a matéria.

Das Metodologias de cálculo de proventos proporcionais

Como se observa, existem diferentes metodologias de cálculo para os proventos iniciais de aposentadorias proporcionais, com atenção especial para as duas tratadas nos autos: a primeira, que considera o tempo de contribuição nos coeficientes do numerador e do denominador da fração, medido em unidades de anos; e a segunda, mais benéfica, visto que aproveita cada contribuição efetuada pelo servidor, que considera o tempo de contribuição nos coeficientes do numerador e do denominador da fração, medido em unidades de dias.

Entendemos que o objeto da presente representação cinge-se a determinar em quais situações o cálculo dos proventos iniciais da aposentadoria proporcional deve utilizar uma ou outra metodologia.

A posição final adotada no âmbito da Segedam foi de que a metodologia de cálculo mais benéfica, considerando a contagem em dias para o cálculo dos proventos em aposentadorias proporcionais, deveria ser utilizada para todas as aposentadorias instituídas a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 20, qual seja, 16/12/1998, aplicando, por analogia, e de maneira retroativa, o disposto no art. 57, §2º da ON MPS/SPS nº 1/2007 do MPS.

A Conjur, por sua vez, entende que seria necessária norma expressa para autorizar a mudança para uma sistemática de cálculo mais benéfica, o que só teria ocorrido com a publicação da ON MPS/SPS nº 3/2004, publicada no D.O.U. em 17/8/2004, e que apenas as aposentadorias instituídas a partir dessa data poderiam ter proventos calculados considerando o tempo de contribuição medido em dias.

No entanto, entendemos que a questão é um pouco mais complexa do que uma mera delimitação temporal. Não há dúvida de que, em razão da reforma constitucional promovida pela EC 41/2003, houve alguma alteração no âmbito do RPPS que resultou na mudança de entendimento do Ministério da Previdência Social quanto à metodologia de cálculo dos proventos de aposentadorias proporcionais. É necessário, então, investigar quais características inerentes à natureza dos fundamentos de aposentadoria que foram introduzidas pela EC 41/2003 justificam a superação da metodologia de cálculo anterior (com tempo de contribuição medido em anos) e a adoção da nova (com tempo de contribuição medido em dias).

Do fundamento para a contagem do tempo em anos ou em dias no cálculo das aposentadorias proporcionais

Convém salientar que, historicamente, no âmbito da previdência dos servidores públicos, as aposentadorias proporcionais eram calculadas considerando-se como coeficientes do numerador e do denominador da fração, o tempo de serviço medido em unidades de anos. No denominador era utilizado o tempo de serviço necessário para a aposentadoria com proventos integrais (vinte, vinte e cinco ou trinta, conforme cada regra específica), e, no numerador, era utilizado o tempo de serviço exercido pelo servidor, medido em números inteiros de anos.

Na vigência da Constituição Federal de 1988, o fundamento para a referida regra estava no art. 101, da Lei 8.112/1990, ainda vigente, o qual prescreve que 'a apuração do tempo de serviço será feita em dias, que serão convertidos em anos, considerando o ano como trezentos e sessenta e cinco dias'. Para evitar que frações de meses e dias exercidos, inferiores a um ano inteiro, fossem completamente desconsiderados, o parágrafo único do citado artigo permitia o arredondamento para um ano inteiro, em favor do servidor que tinha exercido a fração em período superior a cento e oitenta e dois dias. No entanto, o instituto do arredondamento previsto no parágrafo único do art. 101 da Lei 8.112/1990 foi declarado inconstitucional no julgamento da ADIn 609-6/DF, e posteriormente revogado pela Lei 9.527/1997.

Dessa forma, utilizando a sistemática de cálculo com o tempo medido em anos, sempre havia desconsideração da fração de tempo exercido inferior a trezentos e sessenta e cinco dias. Posteriormente, em razão das profundas reformas constitucionais realizadas nos regimes de aposentadoria, surgiu uma nova metodologia de cálculo de proventos proporcionais, a qual considerava nos coeficientes do numerador e do denominador da fração, o tempo de contribuição medidos em dias, aproveitando dessa forma, cada contribuição efetivada pelo servidor.

No entanto, é importante frisar que o motivo pelo qual a Administração Pública adotava a metodologia de cálculo que desconsiderava as frações de anos no cálculo dos proventos de aposentadoria proporcional tinha a ver com a própria natureza do regime de inatividade. Uma das características mais marcantes da previdência do servidor público, como aponta Marcelo Barroso (Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos, 2014, 5ª ed, pág. 33) é que a proteção social era tratada como uma extensão da política de pessoal.

Nas palavras do Vinícius de Carvalho Pinheiro (Reforma da previdência e federalismo: o caso brasileiro. Brasília, v. 10, n.1), a 'característica básica desse modelo, baseado na relação de trabalho ´pro labore facto', é que os servidores tinham direito à aposentadoria devido ao fato de terem trabalhado para o Estado e não por que haviam contribuído para isso'. As contribuições do empregado, quando existiam, se destinavam a outros tipos de benefícios. Já os proventos de aposentadoria, em geral, 'eram obrigações do Tesouro, da mesma forma que a remuneração dos servidores ativos'.

Nesse sentido, os proventos de aposentadoria eram considerados na contabilidade como 'vencimentos diferidos', tratados como uma espécie de compensação pela baixa política salarial do serviço público. Não existia um regime de previdência no sentido estrito da palavra. A contribuição até então existente não se destinava a custear um benefício de aposentadoria. Não era à toa que os proventos de aposentadoria eram calculados com base na remuneração do cargo que o servidor ocupava na atividade (instituto conhecido como integralidade), e eram reajustados à medida que novos planos de carreira eram implementados para os servidores da ativa (instituto conhecido como paridade).

Ou seja, os proventos percebidos pelos servidores não tinham nenhuma relação com contribuições por ele efetuadas a um regime de seguridade social, mas antes eram valores suportados inteiramente pela Administração, e somente eram devidos àqueles servidores que implementavam determinadas regras. Esse fato explicita o motivo pelo qual a Administração se permitia desconsiderar frações de anos do tempo exercido no cálculo dos proventos.

Ocorre que, com o passar dos anos, as políticas remuneratórias do serviço público foram sendo melhoradas em muitos setores da Administração Pública, assim como cresceu o número de servidores inativos. Por outro lado, os proventos de aposentadoria permaneciam com sua natureza de 'extensão de política de pessoal', sendo suportados integralmente pelo Tesouro. Tal fato fez surgir uma preocupação com a sustentabilidade de um regime de previdência no âmbito do serviço público, capaz de suportar os riscos sociais a ele inerentes.

Nesse sentido, iniciou-se um processo de reformas constitucionais que buscaram gradativamente instituir esse regime. Primeiramente, foi instituída a contribuição do servidor público, por intermédio da EC 3/1993. No entanto, o aspecto relativo à fonte de custeio do RPPS só foi efetivamente implementado com a publicação da EC 20/1998, em que o regime também passou a ser intitulado 'contributivo'. A partir de então, o tempo de serviço foi transformado em tempo de contribuição, e foram abertos os caminhos para a instituição de um verdadeiro regime de seguridade social no âmbito do serviço público.

Ocorre que mesmo com as reformas instituídas pela EC 20/1998, ainda não havia sido instituída uma relação estrita entre o custeio e o benefício, uma das principais características de um regime securitário. Explicando melhor, a seguridade social, da qual a previdência faz parte, tem características de um seguro, que visa proteger o trabalhador contra riscos sociais. Como em todo seguro, é necessário estabelecer um sistema que se sustenta por meio de seus próprios recursos. Em outras palavras, é desejável proporcionar ao regime de previdência um equilíbrio financeiro (compatibilização entre receita e despesa), bem como um equilíbrio atuarial (capacidade de dimensionar um plano de custeio compatível com um plano de benefícios).

Nesse sentido, a contributividade é a peça chave na busca pelo equilíbrio financeiro e atuarial, pois o sistema deve prever uma contribuição por parte de seus segurados que seja proporcional ao plano de benefícios gozado. Assim, embora, a partir da EC 20/1998, o regime de previdência do servidor público tenha passado a ser intitulado 'contributivo', fato é que os benefícios continuavam a ser calculados com base na ***integralidade****, ou seja, eram idênticos à remuneração do cargo ocupado pelo servidor na atividade, e reajustados com* ***paridade*** *com os respectivos planos de cada carreira. Transcrevemos abaixo a redação do art. 40 da CF/1988, com a redação dada pela EC 20/1998:*

> *<u>Constituição Federal de 1998 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998)</u>*
> *'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, 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 do § 3º****:*
> ***§ 3º - Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.***
> *§ 8º - Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão* ***revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade****, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei. (grifos nossos)*

O § 3º do art. 40 da CF/1998, com a redação dada pela EC 20/1998 se referia ao instituto da ***integralidade****, e o § 8º se referia ao instituto da* ***paridade****. Como se vê, a reforma introduzida em 1998 ainda não tinha sido capaz de dissociar completamente a previdência do servidor*

público da política de gestão de pessoal do Estado. A EC 20/1998 se focou em operacionalizar apenas um dos aspectos de um regime verdadeiramente contributivo, que é o plano de custeio, pois os servidores passaram a recolher contribuições com a finalidade específica de custear um plano de seguros contra riscos sociais, incluindo a aposentadoria. Porém, o plano de benefícios continuava dissociado do plano de custeio, visto que o valor dos proventos de aposentadoria, por exemplo, continuava a ser idêntico à remuneração dos servidores em atividade, e não havia nenhuma relação entre o valor dos proventos e o montante das contribuições efetuadas pelo segurado.

A esse respeito, entendemos ser legítima, até então, a desconsideração da fração de tempo de contribuição inferior a um ano, no cálculo da proporcionalidade, em proventos de aposentadoria proporcionais. Isso porque, não havia uma relação de correspondência estrita entre o custeio e o benefício. Bastava ao servidor implementar o requisito de tempo de contribuição, além dos demais requisitos constitucionais, e seu provento de aposentadoria corresponderia à totalidade da remuneração do cargo anteriormente ocupado (integralidade), com garantia de reajuste pela paridade, independentemente das flutuações na base de cálculo de suas contribuições ao longo dos anos.

*Apenas com a publicação da EC 41/2003 houve uma previsão de se equalizar o plano custeio com plano de benefícios do regime de previdência dos servidores públicos. Isso porque a referida emenda trouxe a previsão de que os proventos de aposentadoria seriam calculados a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor público ao respectivo regime de previdência (**cálculo dos proventos pela média**), além de prever reajustes nos valores dos proventos, dissociados do plano de carreira dos servidores em atividade (**reajuste pelos índices concedidos ao RGPS**). Transcrevemos abaixo a redação do art. 40 da CF/88, com as modificações trazidas pela EC 41/2003:*

> *<u>Constituição Federal de 1998 (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003)</u>*
> *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.*
> *(...)*
> *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 § 3° serão devidamente atualizados, na forma da lei*

Convém salientar que os § 3º e 17 do art. 40 da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela EC 41/2003, apenas passaram a ter eficácia plena após sua regulamentação, ocorrida com a publicação da Medida Provisória nº 167, de 19/2/2004 (posteriormente convertida na Lei 10.887/2004). Transcrevemos abaixo a redação da referida norma:

> *<u>Lei 10.887/2003, conversão da Medida Provisória 167, de 19/2/2004</u>*
> *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.

A partir da vigência da MP 167, em 19/2/2004, com a previsão de um benefício de aposentadoria, calculado com base na média aritmética das contribuições recolhidas pelo segurado, e desvinculado da remuneração dos servidores ativos, é que passou a existir uma estrita correspondência entre o plano de custeio e o plano de benefício no âmbito do RPPS. Assim, a aposentadoria do servidor público passou a ter características inerentes a um sistema securitário e contratual, em que o segurado realiza contribuições que devem ser todas consideradas no momento de acionar o seguro contra o sinistro (risco social).

Portanto, com as devidas vênias aos pareceres contidos nos autos, entendemos que o fundamento para a adoção da sistemática de cálculo dos proventos iniciais, em aposentadorias proporcionais, considerando o tempo de contribuição medido em dias, é a instituição da média no cálculo dos referidos proventos. Apenas com os proventos calculados pela média, momento em que passou a haver estrita correlação entre os proventos do servidor e as contribuições por ele efetuadas, é que surge para o segurado o direito de ver computado no cálculo de seu benefício cada parcela de contribuição efetuada, assim como o dever do segurador (RPPS) de considerar cada parcela dessa contribuição no cálculo dos proventos.

Em resumo, podemos concluir que a metodologia de contagem do tempo de contribuição para o cálculo da proporção dos proventos iniciais de aposentadorias proporcionais não depende necessariamente da data da concessão da aposentadoria, embora tenha correlação com ela, mas sim da metodologia de cálculo dos próprios proventos, ou mais notadamente, do ***fundamento de aposentadoria*** *utilizado, de maneira que:*

i) para aposentadorias calculadas com ***integralidade*** *e reajustadas com* ***paridade****, com fundamento no art. 40, §§ 3º e 8º da CF/1988, com a redação dada pela EC 20/1998: deve ser considerado, no cálculo dos proventos iniciais de aposentadorias proporcionais, o tempo de contribuição medido em anos; e*

ii) para aposentadorias calculadas com base na ***média*** *e reajustadas pelos* ***índices gerais do RGPS****, com fundamento no art. 40, §§ 3º e 17 da CF/1988, com a redação dada pela EC 41/2003: deve ser considerado, no cálculo dos proventos iniciais de aposentadorias proporcionais, o tempo de contribuição medido em dias.*

Interpretação e vigência das Orientações Normativas sobre a matéria

Convém esclarecer que a tese defendida por este parquet está em plena harmonia com o tratamento da matéria dado pelo legislador infraconstitucional, bem como pelas orientações normativas publicadas pelo Ministério da Previdência Social - MPS. Conforme advertido pela Conjur, em razão do disposto no art. 9º da Lei 9.717/1998, a União tem competência, por meio do Ministério da Previdência Social (MPS) para orientar, supervisionar e acompanhar os Regimes Próprios de Previdência (RPPS), bem como para estabelecer parâmetros e diretrizes gerais sobre funcionamento dos mesmos. Transcrevemos abaixo o referido texto legal:

Lei 9.717/1998

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.

Cumprindo a referida competência, e em razão das alterações promovidas pela EC 20/1998, o MPS publicou a ON MPS/SPS nº 2/2002, com fulcro no inciso I do art. 9º da Lei 9.717/1998, a qual tratou da sistemática de cálculo das aposentadorias proporcionais em seu art. 49, abaixo transcrito:

ON MPS/SPS nº 2/2002

Art. 49. Ressalvado o art. 41, para o cálculo dos proventos proporcionais ao tempo de contribuição será considerado um trinta e cinco avos da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria no dia anterior ao da concessão do benefício, por tempo de contribuição, se homem, e um trinta avos, se mulher.

Como se vê, conforme asseverado pela Conjur, mesmo considerando as alterações promovidas pela EC 20/1998, o MPS entendeu que o cálculo das aposentadorias proporcionais deveria levar em consideração o tempo de contribuição medido em unidades de anos (fração de 1/35 avos para homem, e de 1/30 avos para mulher). Entendemos que o MPS assim dispôs em razão da forma de cálculo e de reajuste dos referidos proventos, os quais correspondiam à totalidade da remuneração do servidor no cargo por ele ocupado quando ativo (integralidade), e possuíam paridade com o plano de salários dos servidores em atividade.

A única ressalva sobre a aplicação dessa metodologia dizia respeito à regra de aposentadoria prevista no art. 41 da referida Orientação, a qual se referia à aposentadoria proporcional prevista na regra de transição do art. 8º, §1º da EC 20/1998. A respeito das regras de transição, traçaremos um breve comentário mais adiante.

Entretanto, conforme salientado pela Conjur, o cenário mudou quando, após a publicação da EC 41/2003, o MPS revogou a ON MPS/SPS nº 2/2002 e publicou uma nova, a MPS/SPS nº ON 3/2004, trazendo ao ordenamento jurídico uma nova sistemática de cálculo para aposentadorias proporcionais, que considerava, no cálculo inicial dos referidos proventos, o tempo de contribuição medido em unidades de dias. Transcrevemos abaixo o art. 53 da referida norma:

ON MPS/SPS nº 3/2004

Art. 53. Para o cálculo 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 inciso III do art. 49, não se aplicando a redução de que trata o art. 51.

***§ 1º A fração de que trata o caput será aplicada sobre o valor dos proventos calculado conforme art. 52, observando-se previamente a aplicação do limite de que trata o § 9º do mesmo artigo**.*

***§ 2º Os períodos de tempo utilizados no cálculo previsto neste artigo serão considerados em número de dias.** (grifos nossos)*

Conforme disposto no art. 53, §§ 1º e 2º na ON MPS/SPS nº 3/2004, a nova metodologia de cálculo de proventos de aposentadoria proporcional, que considerava o tempo de contribuição medido em unidades de dias, se aplicava somente aos proventos calculados conforme o art. 52 da mesma norma, o qual, por sua vez, se refere aos proventos calculados pela média, conforme verificamos no texto abaixo transcrito:

ON MPS/SPS nº 3/2004

Art. 52. No cálculo dos proventos das aposentadorias referidas nos art. 47, 48, 49, 50, 51 e 55 será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações ou

subsídios, utilizados como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 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.

As aposentadorias referidas nos artigos 47, 48, 49, 51 e 55 da referida norma se referem todas a fundamentos instituídos com a publicação da EC 41/2003. Aliás, a Seção XIV (DOS BENEFÍCIOS) do referido normativo, que abarca os artigos 43 ao 66, se refere inteiramente a benefícios instituídos na vigência da EC 41/2003, nada dispondo acerca de benefícios instituídos anteriormente à publicação da referida emenda. Isto em razão de as orientações normativas do MPS se referirem à aplicação dos dispositivos constitucionais e legais vigentes acerca do funcionamento dos Regimes Próprios de Previdência. Não é à toa que as referidas ON´s buscam esmiuçar o funcionamento de cada regra de aposentadoria ou pensão, com as respectivas formas de cálculo dos proventos e benefícios deles oriundos. Assim sendo, sempre que ocorre uma alteração constitucional relevante no RPPS, o MPS publica uma nova orientação normativa.

Nesse sentido, a ON MPS/SPS nº 2/2002 regulamentava os fundamentos de aposentadoria instituídos pela EC 20/1998, jamais podendo ser aplicada aos fundamentos de aposentadoria instituídos a partir da EC 41/2003. Com a publicação da nova emenda, tornou-se então necessário a publicação de uma nova orientação normativa, com o objetivo de regulamentar o funcionamento do RPPS a partir das modificações específicas que ocorreram no texto constitucional, entre elas, o nascimento de novas regras de aposentadoria. Destarte, a ON MPS/SPS nº 3/2004 apenas veio reconhecer essas modificações, e deve ser aplicada, a princípio, a todas as aposentadorias concedias na vigência da EC 41/2003.

Por fim, é possível aferir que, ao regulamentar as aposentadorias calculadas com base na integralidade e na paridade, o MPS estabeleceu que o cálculo inicial dos proventos proporcionais deveria considerar o tempo de contribuição medido em anos. Por outro lado, ao regulamentar aposentadorias calculadas pela média e reajustadas pelos índices gerais do RGPS, o MPS estabeleceu que o cálculo inicial dos proventos proporcionais deveria considerar o tempo de contribuição medido em dias.

Dos fundamentos de aposentadoria provenientes de regras de transição

É importante frisar que essa relação entre a forma de cálculo dos proventos (integralidade ou média) e a forma de cálculo da proporção (tempo de contribuição medido em anos ou em dias) é válida apenas para as regras gerais de aposentadorias, fundamentadas no art. 40 da CF/1988, seja este dado pela redação da EC 20/1998 ou da EC 41/2003. Nada impede, porém, que regras de transição específicas estabeleçam outras metodologias de cálculo, diversas das duas apresentadas até então nos autos.

Isso porque as regras de transição se referem a fundamentos em que o legislador busca flexibilizar os requisitos então vigentes para implementação da aposentadoria, permitindo que o segurado se inative segundo parâmetros mais benéficos, em nome da 'expectativa de direito' a determinado fundamento ou regra de cálculo. E justamente por se tratar de regras transitórias e especiais é que não é raro que o próprio legislador constitucional estabeleça uma metodologia de cálculo própria para cada fundamento.

Um exemplo foi listado no art. 49 da ON MPS/SPS nº 2/2002 mencionado acima. Lembramos que o referido dispositivo estabeleceu que, nas aposentadorias proporcionais, concedidas na vigência da EC 20/1998, o cálculo dos proventos iniciais deveria considerar o tempo de contribuição medido em anos (proporção e 1/30 avos ou de 1/35 avos, conforme o caso), mas excepcionou a regra de transição prevista no art. 8, §1º da EC 20/1998, já que o referido dispositivo trouxe sistemática própria de cálculo de proporção dos proventos, conforme verificamos na transcrição do texto abaixo:

Emenda Constitucional nº 20/1998

Art. 8º, § 1º - O servidor de que trata este artigo, desde que atendido o disposto em seus incisos I e II, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior;

***II - os proventos da aposentadoria proporcional serão equivalentes a setenta por cento do valor máximo que o servidor poderia obter de acordo com o 'caput', acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento**. (grifos nossos)*

Como se vê, o inciso II acima transcrito calculava os proventos iniciais das aposentadorias proporcionais fundamentados no art. 8º, §1º da EC 20/1998, com acréscimos de 5%, partindo sempre da proporção mínima de 70%. Dessa maneira, apesar de o referido fundamento estar na vigência da EC 20/1998, e os proventos serem calculados com base na integralidade e na paridade, o cálculo da proporção não obedecia à mesma metodologia aplicável às regras gerais de aposentadoria.

Na vigência da EC 41/2003, existe também uma regra de transição que prevê aposentadoria proporcional e que tem metodologia própria para o cálculo da proporção. Trata-se da regra do art. 2º da EC 41/2003, abaixo transcrita:

<u>Emenda Constitucional nº 41/2003</u>

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea a deste inciso.

§ 1 º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do caput terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, a, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

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

II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do caput a partir de 1º de janeiro de 2006. (grifos nossos)

Como se vê, o §1º acima transcrito determina que a proporção dos proventos iniciais das aposentadorias fundamentadas no art. 2º da EC 41/2003 sejam reduzidos em múltiplos de 3,5% ou de 5%, proporcionalmente à idade antecipada do servidor em relação à idade mínima prevista na regra geral. Dessa maneira, apesar de o referido fundamento estar na vigência da EC 41/2003, e de

os proventos serem calculados pela média e reajustados pelos índices do RGPS, o cálculo da proporção não obedece à mesma metodologia aplicável às regras gerais de aposentadoria.

Finalmente, vale a pena destacar a regra de transição prevista na EC 70/2012, que se refere às aposentadorias por invalidez. Tendo em vista se tratar de um caso ainda mais específico e considerando que a Conjur chamou atenção para um aparente conflito de normas que tratam sobre a matéria, entendemos necessário realizar uma análise mais acurada sobre tal regra.

Do aparente conflito de normas no caso específico das aposentadorias por invalidez

Inicialmente, convém lembrar que aposentadoria por invalidez pode se dar na modalidade integral, se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou ainda de doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei, ou na modalidade proporcional (hipótese que interessa a essa representação). A aposentadoria por invalidez pode ainda ser calculada pela média, nos termos dos §§ 3º e 17 do art. 40 da CF/1988, com a redação dada pela EC 41/2003 (regra geral), ou pode atrair a incidência da EC 70/2012, que se trata de uma regra de transição específica.

A EC 70/2012 trouxe nova regra de transição, prevendo que, apenas para aqueles servidores que haviam ingressado no serviço público até 31/12/2003, e que tivessem se aposentado ou que ainda viessem a se aposentar por invalidez permanente, teriam seus proventos calculados com base na integralidade e reajustados com paridade:

> *Emenda Constitucional nº 41/2003, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 70/2012*
>
> *'Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.*

Assim, vigoram no atual ordenamento jurídico duas formas de cálculo de aposentadorias por invalidez: uma calculada pela média e reajustada pelos índices do RGPS (fundamentada na regra geral do art. 40 da CF/88); e outra calculada com base na integralidade e reajustada com paridade (fundamentada na EC 70/2012).

Em 2012, o do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão publicou a orientação normativa nº 6, que estabeleceu orientações aos órgãos e entidades do Sipec (Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública) quanto à aplicação da EC 70/2012. O §2º do art. 2º da referida norma estabeleceu que, no cálculo dos proventos nas aposentadorias proporcionais, o tempo contributivo seria considerado em anos, conforme excerto transcrito abaixo:

> *ON nº 6/2012, do MP*
>
> *Art. 2º Os servidores que ingressaram no serviço público até 31 de dezembro de 2003 poderão ser aposentados por invalidez permanente, conforme o disposto no inciso I, do §1º, do art. 40 da Constituição Federal, nas seguintes situações:*
>
> *II - por invalidez permanente para o exercício de cargo público, quando declarado por meio de laudo da perícia oficial em saúde, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.*
>
> *§1º Os proventos de aposentadoria a que se refere os incisos I e II serão calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observado-se rigorosamente as determinações legais para a incorporação das vantagens pecuniárias, em especial, as que tratam das gratificações de desempenho.*
>
> ***§ 2º Para fins de cálculo dos proventos de aposentadoria, o tempo contributivo será considerado em anos.***

A Conjur entendeu que a ON nº 6/2012, do MP, teria então firmado, para o cálculo dos proventos de aposentadorias por invalidez proporcionais, metodologia diversa daquela firmada pelas Orientações normativas do MPS (nº 3/2004, nº 1/2007 e nº/2009, esta última ainda vigente), que estabelecem que o tempo contributivo deve ser considerado em dias, e não em anos.

No entanto, conforme já salientado, as normas do Ministério da Previdência Social (MPS) que estabelecem a metodologia de cálculo que considera o tempo de contribuição em dias se referem às aposentadorias proporcionais calculadas pela média, fundamentadas na regra geral do art. 40 da CF/1988, com a redação dada pela EC 41/2003. As aposentadorias fundamentadas na EC 70/2012, por outro lado, são calculadas com base na integralidade. A esse respeito, ressaltamos que as normas no MPS que supostamente estariam em conflito com a ON nº 6/2012 do MP, de acordo com a Conjur, são muito anteriores à publicação da EC 70/2012, e certamente não consideram o conteúdo da aludida emenda constitucional.

Aliás, vale mencionar que, após a publicação da EC 70/2012, o MPS publicou a ON MPS/SPS nº 1/2012, estabelecendo orientações para o cálculo das aposentadorias por invalidez fundamentadas na EC 70/2012. Transcrevemos o dispositivo que regula a forma de cálculo de proventos proporcionais:

> *<u>ON MPS/SPS nº 1/2012</u>*
>
> *Art. 2º Os proventos de aposentadoria por invalidez concedidos aos servidores de que trata o art. 1º, serão calculados de acordo com a redação dada* ***ao § 1º do art. 40 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998****, com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, definida na lei do ente para cada cargo, observando-se que:*
>
> *II - nas aposentadorias por invalidez não especificadas no inciso anterior, os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição, aplicando-se, à última remuneração no cargo efetivo, fração cujo numerador corresponda ao total de tempo de contribuição do servidor e o denominador ao tempo total de contribuição necessário para a obtenção da aposentadoria voluntária prevista no art. 40, § 1º, III, 'a', da Constituição Federal, observando-se o limite mínimo para o valor dos proventos definido na lei de cada ente federativo. (grifos nossos)*

Vale mencionar que a redação da referida ON é bem sucinta e, apesar de não mencionar expressamente que a sistemática de cálculo a ser adotada para os proventos de aposentadorias proporcionais, fundamentadas na EC 70/2012, deve ser aquela que considera o tempo de contribuição em unidades de anos, o art. 2º da referida norma deixa claro que tais proventos devem ser calculados de acordo com o §1º do art. 40 da CF/1988, com a redação dada pela EC 20/1998.

Vale lembrar ainda que, para as aposentadorias proporcionais, instituídas sob a vigência da EC 20/1998, o MPS já havia estabelecido na ON MPS/SPS nº 2/2002, em seu artigo 49, que os respectivos proventos seriam calculados considerando o tempo de contribuição medido em unidades de anos. Nesse sentido, entendemos que não há dúvidas sobre ao posicionamento do MPS quanto às metodologias de cálculo dos proventos em aposentadorias proporcionais, no sentido de que:

- *i) se os proventos são calculados com base na última remuneração do cargo em que se deu a aposentadoria (integralidade) e reajustados com paridade, o tempo de contribuição deve ser medido em anos;*
- *ii) se os proventos são calculados com base na média e reajustados com base nos índices do RGPS, o tempo de contribuição deve ser medido em dias.*

Assim, entendemos que o art. 2º da ON nº 6/2012, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, fixou metodologia de cálculo em perfeita consonância com as orientações do MPS. Aliás, vale dizer que o cabeçalho da referida norma leva em consideração o disposto na ON

MPS/SPS nº 1/2012 para estabelecer as orientações pertinentes à aplicação da EC 70/2012 aos órgãos e entidades integrantes do Sipec.

Portanto, no que se refere às aposentadorias proporcionais por invalidez, com as devidas vênias, divergimos do entendimento manifestado pela Conjur, segundo o qual, para aquelas aposentadorias instituídas após a publicação da ON MPS/SPS nº 3/2004, ocorrida em 17/8/2004, os respectivos proventos seriam calculados de acordo com a sistemática mais benéfica, considerando o tempo de contribuição em dias. Como expusemos acima, em nossa compreensão a questão não se refere à data da vigência da aposentadoria, mas sim ao fundamento utilizado.

Desse modo, independentemente da data de concessão das aposentadorias proporcionais por invalidez, se estas forem fundamentadas na EC 70/2012, deve ser usada a sistemática de cálculo anterior, com o tempo de contribuição medido em anos. Apenas para as aposentadorias proporcionais por invalidez que fujam à incidência da EC 70/2012, e que, portanto, sejam calculadas pela média, é que se deve aplicar a nova sistemática de cálculo que considera o tempo de contribuição em dias.

Da proposta de encaminhamento

Diante do exposto, no que se refere a qual sistemática de cálculo de proventos iniciais é aplicável em aposentadorias proporcionais, propomos ao TCU adotar o entendimento de que:

> *i) no caso das aposentadorias proporcionais* ***calculadas pela média*** *e* ***reajustadas com base nos índices de reajustes gerais concedidos ao RGPS****, de acordo com a Lei 10.887/2004, conversão da MP 167/2004,* ***e fundamentadas*** *na* ***regra geral do art. 40 da CF/1988****,* ***com a redação dada pela EC 41/2003****: a proporção dos proventos inicias deve ser calculada considerando o* ***tempo de contribuição medido em unidades de dias****;*
>
> *ii) no caso das aposentadorias proporcionais* ***calculadas com base na última remuneração do cargo efetivo em que se deu a aposentadoria (integralidade)****, e* ***reajustadas com paridade****,* ***e fundamentadas em regras anteriores à EC 41/2003 ou em regras de transição*** *(como a da EC 70/2012): a proporção dos proventos iniciais deve ser calculada considerando o* ***tempo de contribuição medido em unidades de anos****;*
>
> *iii) no caso das aposentadorias proporcionais* ***fundamentadas em regras de transição que prevejam metodologia específica para o cálculo da proporção dos proventos,*** *sejam estes calculados pela média ou com base na última remuneração do cargo efetivo em que se deu a aposentadoria (integralidade): a proporção dos proventos iniciais deve ser calculada conforme sistemática de cálculo específica contida na própria norma constitucional."*

4. Por fim, determinei o reenvio dos autos à Consultoria Jurídica deste Tribunal, solicitando-lhe nova manifestação sobre a matéria, a seguir reproduzida, em face da abordagem delineada no parecer do Ministério Público junto ao TCU, a qual, em certa medida, aduz novos enfoques na abordagem do assunto e cujas conclusões conflitam, em parte, com os pareceres constantes dos autos:

"I. INTRODUÇÃO

Trata-se de solicitação, oriunda do Gabinete do Ministro Augusto Nardes, de nova manifestação desta Consultoria Jurídica acerca da metodologia de cálculo do valor dos proventos das aposentadorias proporcionais, tendo em vista o novo enfoque conferido pelo Ministério Público junto ao TCU, em recente parecer sobre a referida matéria.

2. A fim de contextualizar os fatos que antecedem a presente oitiva, permitimo-nos reproduzir histórico elaborado pelo Procurador Marinus Eduardo de Vries Marsico, no parecer que emitiu no âmbito da presente Representação, em atenção à solicitação do Relator do feito, Ministro Augusto Nardes:

'Trata-se de representação administrativa formulada pelo SPI (Serviço de Pagamento de

Inativos e Pensionistas), questionando a possibilidade de efetuar o cálculo dos proventos iniciais de aposentadorias proporcionais, utilizando no numerador e no denominador da respectiva proporção o tempo de serviço/contribuição medido em unidade de dias, e não em unidades de anos, para as aposentadorias que tenham sido concedidas anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003.

O Serviço de Pagamento de Inativos e Pensionistas do TCU (SPI) relata que vinha calculando os proventos iniciais de aposentadorias proporcionais de seus servidores considerando no numerador e no denominador da fração o tempo de contribuição medido em unidades de anos, em obediência ao disposto no art. 101 da Lei 8.112/1990. No entanto, a Orientação Normativa nº 1/2007, do Ministério da Previdência Social (MPS), a qual regulamentou a forma de cálculo das aposentadorias proporcionais submetidas à EC 41/2003, teria instituído, em seu art. 57, §§ 1º e 2º, uma nova metodologia de cálculo, estabelecendo que a proporção desses proventos deveria considerar o tempo de contribuição medido em unidades de dias, tanto no numerador quanto no denominador.

Nesse sentido, o SPI autuou a presente representação para questionar a possibilidade de utilizar a novel metodologia de cálculo para todas as aposentadorias proporcionais, inclusive para aquelas anteriores à EC 41/2003. Para tanto, a SPI colacionou, em sua instrução à peça 1, os argumentos, a seguir sintetizados:

a) a Lei 8.112/1990 não regularia a forma de cálculo de proventos, mas tão somente estabeleceria o método de contagem de tempo para fins de se conceder ou não a aposentadoria, pela combinação dos artigos 101 e 186, inciso III, de maneira que haveria uma omissão legislativa quanto à sistemática de cálculo dos proventos proporcionais para aposentadorias não atingidas pela EC 41/2003, e por analogia, deveriam ser aplicadas as regras estabelecidas na ON MPS/SPS nº 1/2007;

b) a adoção da metodologia de cálculo anterior dos proventos de aposentadorias proporcionais desconsideraria todo o período inferior a trezentos e sessenta e cinco dias efetivamente trabalhado pelo servidor, resultando em proventos menores do que aqueles calculados considerando o período em dias, fato que consistiria em uma situação injusta.

A Dilpe (Diretoria de Legislação de Pessoal), em despacho à peça 3, entendeu de maneira semelhante à SPI, e propôs determinar ao representante que adotasse as medidas para corrigir o cálculo dos proventos proporcionais de todos os inativos, com aposentadorias instituídas a partir da publicação da EC 20/1998, substituindo o cálculo anterior, que considerava na proporção o tempo de contribuição medido em anos, para adotar a nova metodologia, considerando o tempo de contribuição medido em unidades de dias. Em despacho à peça 10, a Segedam anuiu ao entendimento das suas subunidades.

Por sua vez, a Consultoria Jurídica do Tribunal (Conjur), divergindo dos pareceres até então contidos nos autos, em seu pronunciamento à peça 11, colacionou, em síntese, os seguintes argumentos:

*a) antes da ON MPS/SPS nº 1/2007, **a questão relativa ao cálculo das aposentadorias proporcionais teria sido tratada pela ON MPS nº 2/2002, que regulamentou as aposentadorias submetidas à EC 20/1998,** a qual teria estabelecido, em seu art. 49 que a proporção fosse calculada considerando o tempo de contribuição medido **em anos,** e não em dias;*

*b) a **ON MPS/SPS nº 3/2004, publicada no DOU em 17/8/2004,** que regulamentou as aposentadorias submetidas à EC 41/2003, teria previsto **pela primeira vez** no ordenamento jurídico, no § 2º do seu art. 53, que o valor dos proventos em aposentadorias proporcionais deveria considerar o tempo de contribuição medido em unidades de **dias**; **até então, não haveria previsão normativa para que o cálculo da aposentadoria proporcional adotasse essa sistemática;***

c) posteriormente, a ON MPS/SPS nº 3/2004 teria sido revogada pela ON MPS/SPS nº

1/2007, a qual teria embasado a presente representação, mas que a redação anterior, relativa ao cálculo de proventos proporcionais, teria sido mantida, apenas se modificando o número do artigo, que passou a ser o art. 57, §2º; da mesma forma, a ON MPS/SPS nº 1/2007 também já teria sido revogada e substituída pela ON MPS/SPS nº 2/2009, ainda vigente, que também manteve a mesma redação quanto à sistemática de cálculo das aposentadorias proporcionais, no seu art. 62, § 2º;

d) considerando que as orientações normativas do MPS seriam de observância obrigatória para toda a Administração Pública, incluindo o TCU, em razão do disposto no art. 9º, incisos I e II da Lei 9.717/1998, apenas para as aposentadorias proporcionais instituídas a partir de 17/8/2004 (data da publicação da ON MPS/SPS nº 3/2004), o cálculo da proporção deveria considerar o tempo de contribuição medido em unidade de dias; para as aposentadorias anteriores a essa data, o cálculo deveria continuar considerando o tempo de contribuição medido em anos;

e) no caso específico das aposentadorias por invalidez, com proventos proporcionais, haveria um aparente conflito de normas quanto à sistemática de cálculo, uma vez que o art. 2º da ON nº 6/2012, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), que estabeleceu orientação aos órgãos e entidades do Sipec quanto à aplicação da EC 70/2012, teria previsto critério diverso do adotado pelo MPS, determinando que o valor inicial da aposentadoria por invalidez deveria ser calculado considerando o tempo de contribuição medido em anos, e não em dias;

f) no entanto, considerando que a norma do MP não teria aplicação no âmbito do TCU, visto que esse não é órgão integrante do Sipec, mesmo no caso das aposentadorias por invalidez, deveria ser adotada a sistemática de cálculo que considera o tempo de contribuição medido em anos, para as aposentadorias instituídas anteriormente à publicação da ON MPS/SPS nº 3/2004, qual seja, a data de 17/8/2004, e adotar a nova sistemática, considerando o tempo de contribuição medido em dias, apenas para as aposentadorias instituídas a partir da referida data.

Finalmente, em razão do despacho à peça 16, em que o Relator solicitou a oitiva do Ministério Público junto ao TCU, nos termos do art. 62, inciso III, do RITCU, este parquet foi instado a se manifestar sobre a matéria.'

II. EXAME DA MATÉRIA

3. Uma leitura atenta do parecer exarado pelo Ilustre membro do Parquet de Contas revela que este diverge da manifestação desta Consultoria sobre o tema, levada a efeito em resposta à oitiva solicitada pelo Secretário-Geral de Administração, no âmbito do TC-007.898/2008-7, fundamentalmente em 2 (dois) pontos.

4. O primeiro ponto controvertido diz respeito à delimitação da norma infralegal que conferiria suporte jurídico à nova sistemática de cálculo dos proventos proporcionais, mediante a aplicação, para fins de fixação do tempo de contribuição, de um fator de proporção, em dias, e não em anos, como era realizado no âmbito do Serviço de Pagamento de Aposentados e Pensionistas da Secretaria de Gestão de Pessoas (SPI/Segep), antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003.

*5. Em parecer precedente, a Conjur entendeu que '**a previsão normativa** para o cálculo do valor inicial dos proventos de aposentadoria utilizando-se a contagem do tempo de serviço em dias **surgiu apenas** com a publicação da Orientação Normativa SPS/MPS n. 03, ou seja, **em 17 de agosto de 2004'**.*

6. Já o Representante do Ministério Público junto ao TCU entende que a sistemática de cálculo dos proventos proporcionais, considerando o tempo de contribuição medido em dias, é a instituição da média no cálculo dos referidos proventos', que veio a ser implementada com a regulamentação da Emenda Constitucional nº 41/2003, pela Medida Provisória nº 167, de 19/04/2004, posteriormente convertida na Lei nº 10.887/2004.

*7. Para o Ilustre Representante do Parquet de Contas, a Orientação Normativa SPS/MPS nº 03/2004, 'deve ser aplicada, **a princípio,** a todas as aposentadorias concedidas na vigência da EC 41/2003'.*

8. Em que pese as lúcidas razões expostas pelo Ministério Público junto ao TCU, pedimos vênia para reafirmar nosso posicionamento anterior no sentido de que a nova sistemática do cálculo do valor inicial dos proventos da aposentadoria proporcional, considerando a medição do tempo de contribuição em dias, e não em anos, só passou a vigorar com a publicação da Orientação Normativa SPS/MPS nº 03/2004, em 17/08/2004.

9. Isto porque em matéria de direito previdenciário os critérios de certeza e segurança jurídica, aliados ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema (art. 201, caput, c/c art. 195, § 5º da CF), primam pela adoção de uma interpretação mais restritiva da norma, interpretação esta que, na resolução de conflitos de direito intertemporal, privilegia a regra da irretroatividade e aplicação do princípio tempus regit actum, consagrado pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

10. Nesse sentido, aliás, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal ao dar provimento ao Recurso Extraordinário nº 415.454-4, interposto pela Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o qual questionou acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais, que determinou o recálculo dos proventos de benefício de pensão por morte, concedido antes da edição da Lei nº 9.032/1995, conforme ementa reproduzida a seguir, in verbis:

> *EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSTO PELO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), COM FUNDAMENTO NO ART. 102, III, 'A', DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM FACE DE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO: PENSÃO POR MORTE (LEI Nº 9.032, DE 28 DE ABRIL DE 1995). 1. No caso concreto, a recorrida é pensionista do INSS desde 04/10/1994, recebendo através do benefício nº 055.419.615-8, aproximadamente o valor de R$ 948,68. Acórdão recorrido que determinou a revisão do benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei no 9.032/1995. 2. Concessão do referido benefício ocorrida em momento anterior à edição da Lei no 9.032/1995. No caso concreto, ao momento da concessão, incidia a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. 3. Pedido de intervenção anômala formulado pela União Federal nos termos do art. 5º, caput e parágrafo único da Lei nº 9.469/1997. Pleito deferido monocraticamente por ocorrência, na espécie, de potencial efeito econômico para a peticionária (DJ 2.9.2005). 4. O recorrente (INSS) alegou: **i) suposta violação ao art. 5o, XXXVI, da CF (ofensa ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido); e ii) desrespeito ao disposto no art. 195, § 5o, da CF (impossibilidade de majoração de benefício da seguridade social sem a correspondente indicação legislativa da fonte de custeio total)**. 5. Análise do prequestionamento do recurso: os dispositivos tidos por violados foram objeto de adequado prequestionamento. Recurso Extraordinário conhecido. 6. Referência a acórdãos e decisões monocráticas proferidos quanto ao tema perante o STF: RE (AgR) no 414.735/SC, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.4.2005; RE no 418.634/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 15.4.2005; e RE no 451.244/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJ 8.4.2005. 7. Evolução do tratamento legislativo do benefício da pensão por morte desde a promulgação da CF/1988: arts. 201 e 202 na redação original da Constituição, edição da Lei no 8.213/1991 (art. 75), alteração da redação do art. 75 pela Lei no 9.032/1995, alteração redacional realizada pela Emenda Constitucional no 20, de 15 de dezembro de 1998. 8. **Levantamento da jurisprudência do STF quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo. Consagração da aplicação do princípio tempus regit actum quanto ao momento de referência para a concessão de benefícios nas relações previdenciárias.** Precedentes*

citados: RE no 258.570/RS, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.2002; RE (AgR) no 269.407/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 2.8.2002; RE (AgR) no 310.159/RS, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.8.2004; e MS no 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1o.4.2005. 9. ***Na espécie, ao reconhecer a configuração de direito adquirido, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia (CF, art. 5o, XXXVI), conforme consolidado por esta Corte em diversos julgados****: RE no 226.855/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.10.2000; RE no 206.048/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, DJ 19.10.2001; RE no 298.695/SP, Plenário, maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.10.2003; AI (AgR) no 450.268/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.5.2005; RE (AgR) no 287.261/MG, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26.8.2005; e RE no 141.190/SP, Plenário, unânime, Rel. Ilmar Galvão, DJ 26.5.2006. 10. De igual modo, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, o acórdão recorrido negligenciou a imposição constitucional de que lei que majora benefício previdenciário deve, necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total (CF, art. 195, § 5o). Precedente citado: RE no 92.312/SP, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11.4.1980. 11. Na espécie, o benefício da pensão por morte configura-se como direito previdenciário de perfil institucional cuja garantia corresponde à manutenção do valor real do benefício, conforme os critérios definidos em lei (CF, art. 201, § 4o). 12. Ausência de violação ao princípio da isonomia (CF, art. 5o, caput) porque, na espécie, a exigência constitucional de prévia estipulação da fonte de custeio total consiste em exigência operacional do sistema previdenciário que, dada a realidade atuarial disponível, não pode ser simplesmente ignorada. 13. O cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3o, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da prévia indicação legislativa da dotação orçamentária exigida (CF, art. 195, § 5o). Precedente citado: julgamento conjunto das ADI´s no 3.105/DF e 3.128/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ o acórdão, Min. Cezar Peluso, Plenário, maioria, DJ 18.2.2005. 14.* ***Considerada a atuação da autarquia recorrente, aplica-se também o princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput), o qual se demonstra em consonância com os princípios norteadores da Administração Pública (CF, art. 37). 15. Salvo disposição legislativa expressa e que atenda à prévia indicação da fonte de custeio total, o benefício previdenciário deve ser calculado na forma prevista na legislação vigente à data da sua concessão. A Lei no 9.032/1995 somente pode ser aplicada às concessões ocorridas a partir de sua entrada em vigor.*** *16. No caso em apreço, aplica-se o teor do art 75 da Lei 8.213/1991 em sua redação ao momento da concessão do benefício à recorrida. 17. Recurso conhecido e provido para reformar o acórdão recorrido.'*

11. Esclarecedor quanto aos fundamentos que levaram o STF a adotar o posicionamento em questão é o voto que conduziu o decisum, proferido pelo Relator do mencionado Recurso Extraordinário, Ministro Gilmar Mendes, o qual permitimo-nos reproduzir trechos em que aborda o tema ora tratado:

> *'No caso em apreciação, não se constata qualquer alteração global do regime previdenciário das pensões, com dano direto para os eventuais beneficiários.*
>
> *Em primeiro lugar, a ora recorrida é pensionista do INSS desde* ***04/10/1994,*** *recebendo através do benefício nº* ***055.419.615-8,*** *aproximadamente o valor de R$ 948,68* ***[novecentos e quarenta e oito reais e sessenta e oito centavos de real]'*** *(grifo no original, fl. 4).*

Ademais, argumentou-se, na origem, que 'tal pensionarnento é inferior ao montante exato a que a parte Autora ***[ora recorrida]*** *tem direito, pois não corresponde ao percentual de 100% (cem por cento) a que deveria, por força de Lei' - (fl. 4).*

A rigor, portanto, a ora recorrida pretendeu, na origem, a aplicação da Lei nº 9.032/1995 para o cálculo das prestações futuras relativas a benefício já concedido pelo INSS. Com relação à matéria de aplicação da lei previdenciária no tempo, é válido mencionar alguns julgados deste Tribunal que consagram o princípio do tempus regit actum nas relações previdenciárias.

> ***EMENTA:*** *Aposentadoria previdenciária. Direito adquirido. Súmula 359.*
>
> *Esta Primeira Turma (assim, nos RREE 243 .415, 266.927, 231.167 e 258.298) firmou o entendimento que assim é resumido na ementa do acórdão do primeiro desses recursos: 'Aposentadoria: proventos : direito adquirido aos proventos conforme à lei regente ao tempo da reunião dos requisitos da inatividade, ainda quando só requerida após a lei menos favorável (Súmula 359 , revista): aplicabilidade fortiori à aposentadoria previdenciária'.*
>
> *- Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.*
>
> *Recurso extraordinário conhecido e provido nos termos do voto do relator' (RE n" 258. 570/RS, Rel. Min.* ***Moreira Alves,*** *1ª Turma, unânime, DJ 19.4.2002).*
>
> ***EMENTA :*** *CONSTITUCIONAL.PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA: PROVENTOS: DIREITO ADQUIRIDO.*
>
> *I. Proventos de aposentadoria: direito aos proventos na forma da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos da inatividade, mesmo se requerida após a lei menos favorável. Súmula 359-STF: desnecessidade do requerimento. Aplicabilidade à aposentadoria previdenciária. Precedentes do STF.*
>
> *2. II. Agravo não provido' (Agravo Regimental no RE nº 269.407/RS, Rel. Min.* ***Carlos Velloso,*** *2ª Turma, unânime, DJ 2.8.2002).*
>
> ***'EMENTA:*** *Recurso extraordinário. Agravo regimental. 2. Aposentadoria. Direito adquirido quando preenchidos todos os requisitos. Súmula 359/STF. 3 .Requerimento administrativo. Desnecessidade. Precedentes.4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento, tão-somente, para afastar a retroação da data de início da aposentadoria' (Agravo Regimental no RE n" 310.159/RS, Rel. Min.* ***Gilmar Mendes*** *, 2ª Turma, unânime, DJ 6.8.2004).*
>
> ***'EMENTA :*** *APOSENTADORIA - REGÊNCIA. A aposentadoria é regida pelas normas constitucionais e legais em vigor na data em que implementadas as condições pelo servidor Verbete nº 359 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. APOSENTADORIA EM CARGO CIVIL MILITAR REFORMAD. A Constituição Federal de 1967 bem como a de 1988, na redação primitiva, anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, não obstaculizavam o retorno do militar reformado ao*

serviço público e posterior aposentadoria no cargo civil, acumulando as vantagens respectivas'(MS n° 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. ***Marco Aurélio****, DJ l°.4.2005} regime de vencimentos do servidor público')*

Assim, afigura-se evidente que, ao reconhecer a configuração de direito adquirido na espécie, o acórdão recorrido violou frontalmente a Constituição, fazendo má aplicação dessa garantia, conforme consolidado diversas vezes por esta Corte. Nesse sentido, arrolo os seguintes precedentes:

i) Agravo Regimental no RE nº 287.261/MG, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 26.8.2005 (cuja ementa é explícita em reiterar o entendimento deste Tribunal de que: 'não há direito adquirido a regime jurídico.');

ii) Agravo Regimental no AI nº 450.268/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.5.2005 (em cuja ementa, se lê: 'a garantia do direito adquirido não impede a modificação para o futuro do regime de vencimentos do servidor público'.

iii) RE Nº 206.048/RS, Plenário, maioria, Rel. Ministro Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min.Nelson Jobim, DJ 19.10.2001 (caso da caderneta de poupança Bônus do Tesouro Nacional Fiscal BTNF, cujo acórdão prescreve que: 'a Medida Provisória nº 168/1990 observou o princípio constitucional do direito adquirido');

v) no RE Nº 226.855/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.10.2000 (caso dos planos econômicos do FGTS, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA: *Fundo de Garantia por Tempo de Servico FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetáriasdecorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser,Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II.*

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado.

Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de q1J.e não há direito adquirido a regime jurídico.

Quanto à atualização dos saldos do FGTS

relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 19901 , não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

- No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direi to adquirido a regime jurídico.

Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto a atualização no mês de maio de 1990) e co..lor II.' (RE

nº 226.855/RS, Plenário, maioria, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.10.2000)

vi) RE nº 298.695/SP, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24.10.2003 (caso da Lei nº 11.722/:3P, ern que este Tribunal reconheceu que a irredutibilidade de vencimentos é uma forma qualificada de direito dquirido); e RE nº141.190/SP, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, sessão de 14.9.2005, acórdão pendente de publicação (rencete caso em que esta Corte interpretou que a aplicação da tablita, deflator previsto no âmbito do art. 27 da Lei 8.177, de 1º de março de 1991, não ofende direito adquirido.

De igual modo, nosso ordenamento constitucional impõe não ser possível invocar mera transposição das regras atuais de elevação do coeficiente de cálculo do benefício para 100% (cem por cento), para favorecer beneficiário ou pensionista, sem a devida correlação com as bases de custeio previstas para sustentar estes pagamentos.

Tendo em vista que a legislação inovadora nada dispôs sobre a concessão ou não do benefício, não parecer haver outra alternativa hermenêutica senão a de que a Lei nº 9.032/1995 há de ser interpretada no sentido de que se lhe confira aplicação imediata, sob pena de violação à regra constitucional constante do art. 195, § 5º, da CF, a qual preconiza que 'nenhum benefício ou serviço de seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total'.

Diante do silêncio eloquente do legislador ordinário, a Lei nº 9.032/1995 deve ser aplicada, portanto, tão somente às concessões de benefícios ocorridos no período de sua vigência.

(...)

Assim, o acórdão recorrido, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, acabou por negligenciar a imposição constitucional de que lei que majora benefício da 'pensão por morte' deve necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total.

É dizer, não é possível interpretar essa legislação previdenciária inovadora de modo apartado das condicionantes orçamentárias previstas no § 5º do art. 195 da Constituição Federal. Logo, a Lei previdenciária aplicável ao presente caso concreto é a vigente ao tempo da concessão (princípio tempus regit actum)

(...)

Assim, na situação presente, em que a ausência de disposição em sentido contrário é manifesta, não é possível invocar a pretensão de aplicação de novo critério de cálculo do benefício da pensão por morte. Isso ocorre porque as regras constitucionais de estipulação de dotação orçamentária expressa e específica vinculam o legislador ordinário.

Veja-se, ademais, que, se as circunstâncias normativas fossem diametralmente opostas, (isto é, se a legislação inovadora estabelecesse restrição ou até mesmo diminuição da base de cálculo ou do percentual de definição do valor desse benefício), não haveria qualquer plausibilidade jurídica em aplicar retroativamente as novas disposições aos benefícios já concedidos.

Em segundo lugar, ao estabelecer novos critérios diferenciados para o cálculo dos benefícios concedidos a a partir da vigência da Lei nº 9.032/1995, a alternativa hermenêutica que se coloca é a da imposição das leis gerais de regulamentação do setor previdenciário.

Assim, em princípio não há falar em privilégios ou concessão diferenciada de benefícios previdenciários porque, a rigor, todos e cada um dos beneficiários são titulares da garantiade 'reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme os critérios definidos em lei.'(CF, art. 201, § 4º)

Nesse contexto, o cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da necessária dotação orçamentária exigida, de modo prévio, pela Constituição (CF, art. 195, § 5º).

Trata-se do princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 37) e, no que interessa a este caso, da própria atuação da autarquia ora recorrente.

Afinal, diante da expressão literal da Lei nº 9.032/1995 não há como presumir o direito de retroação do índice aos benefícios concedidos anteriormente pela lei antiga (Lei nº 8.213/1991). O benefício concedido em momento pretérito deve ser regulado pela legislação vigente ao momento da concessão.

(...)

A seguridade social, autêntica realidade institucional disciplinada constitucionalmente entre nós, obriga o legislador a promulgar um complexo normativo que assegure sua existência, funcionalidade e utilidade pública e privada

A necessidade de previsão de fonte de custeio da seguridade social, prevista no art. 195, § 5º, da Constituição, que serve de parâmetro à discussão da inconstitucionalidade ora em exame, por certo, não encontra no texto da Carta, disciplina suficiente ou exaustiva. Ao contrário, assume feição típica das instituições. Não há ali, um conceito estático de 'benefício' ou 'serviço da seguridade social'.

(...)

As disposições legais a ela relativas têm, portanto, inconfundível, caráter concretizador e interpretativo. E isso obviamente não significa a admissão de um poder legislativo ilimitado.

Nesse processo de concretização ou realização, por certo, serão admitidas tão somente normas que não desabonem os múltiplos significados admitidos pelas normas constitucionais concretizadas. Na perspectiva de proteção a direitos individuais, tais como as prerrogativas constitucionais dos contribuintes, deverá ser observado especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições ou ampliações legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

Enfim, a faculdade confiada ao legislador de regular o complexo institucional da seguridade, assim como suas fontes de custeio, obriga-o a compatibilizar o dever de contribuir do indivíduo com o interesse da comunidade. Essa necessidade de ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os

direitos fundamentais, não sendo uma especificidade da seguridade social.

Neste passo, reconhece-se que a seguridade social, instituição que entre nós encontra disciplina constitucional, está submetida a um permanente e intenso processo de concretização.

O fenômeno é o mesmo quando se discute especificamente a fonte de custeio da seguridade prevista no art. 195, § 5, da Constituição, ora consubstanciada por meio da Lei nº 9.032/1995.

Fixados tais pressupostos, não se afigura admissível qualquer leitura que pretenda aplicar os critérios estabelecidos pela Lei nº 9.032/1995 para o cálculo dos benefícios concedidos sob a égide de legislação anterior.

Por fim, tendo em vista esse perfil do modelo contributivo e da necessidade de fonte de custeio (CF, art. 195, § 5º), o próprio sistema previdenciário, constitucionalmente adequado, deve ser institucionalizado com vigência para o futuro.

Afasto, por conseguinte, qualquer leitura do diploma legal referido (Lei n. 9.032/1995) que impute aplicação de suas disposições a benefícios de pensão por morte concedidos em momento anterior.

Em outras palavras, a Lei nº 9.032/1995 somente pode ser aplicada às novas concessões do benefício da pensão por morte. Isto é, ela deve ser aplicada, tão-somente, aos novos beneficiários que, por uma questão de fonte de custeio (CF, art. 195, § 5º), fazem jus a critérios diferenciados na concessão de benefícios.'

12. Cabe neste passo frisar que as Emendas Constitucionais, regulamentadas pelas Orientações Normativas SPS/MPS nº 02/2002 (EC nº 20/98), e Orientação Normativa SPS/MPS nº 03/2004 (EC nº 41/2003), consagram, em seus respectivos textos, a aplicação do princípio tempus regit actum, ao estabelecerem que 'os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, ***serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente****.' (art. 3º, § 2º, de ambas as emendas).*

13. Por outro lado, conforme já assentado por esta Conjur no parecer anterior, tem-se que a determinação de observância das Orientações Normativas do Ministério da Previdência Social, por toda a Administração Pública, decorre diretamente da Lei nº 9.717/1998.

14. Partindo-se, portanto, da premissa de que, por força de delegação expressa da Lei nº 9.717/1998, as Orientações Normativas do Ministério da Previdência Social exercem, no que concerne à forma de cálculo dos proventos iniciais das aposentadorias proporcionais, o papel de legislação de regência da espécie, e tendo em mente o postulado do tempus regit actum e a orientação fixada pelo STF no julgamento do RE 415.454/SC, tem-se que, à uma aposentadoria proporcional, calculada e deferida na vigência da Orientação Normativa SPS/MPS nº 02/2002, - primeira que regulou a matéria e previu contagem em anos –, que teve a sua formação aperfeiçoada na vigência desta última norma, em sendo ato jurídico perfeito, não pode sofrer incidência de norma posterior, no caso a Orientação Normativa SPS/MPS nº 3/2004, que estabeleceu sistemática de cálculo dos proventos iniciais das aposentadorias proporcionais, mediante a fixação do fator de proporção em dias, sob pena de ofensa ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e ao art. 3º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 41/2003.

15. Assim, considerando que a vocação da norma previdenciária é ter eficácia prospectiva, com aplicação para o futuro, só podendo retroagir se houver previsão expressa, e à míngua de previsão legal específica quanto à extensão temporal dos efeitos das modificações legislativas

operadas pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e pela Medida Provisória nº 167, de 19/04/2004, posteriormente convertida na Lei nº 10.887/2004, a situações pretéritas, não há que se falar em retroação da sistemática de cálculo do tempo de contribuição em dias, estabelecida pela Orientação Normativa SPS/MPS nº 03/2004, para alcançar as aposentadorias proporcionais aperfeiçoadas sob a vigência da Orientação Normativa SPS/MPS nº 02/2002, ainda que concedidas sob a égide da citada emenda constitucional.

16. Sendo, portanto, constitucional, legal, proporcional e razoável a norma editada pelo Ministério da Previdência Social no exercício do poder normativo conferido pela Lei n. 9.717/98, fixando a forma de cálculo dos proventos proporcionais, aplicável para toda a Administração Pública Federal, conforme exposto nos §§ 17 a 21 do anterior parecer desta Conjur, a resolução da controvérsia trazida no presente processo administrativo não pode prescindir das premissas então lançadas, relativas à sucessão de normas no tempo e ao ato jurídico perfeito.

17. Havendo regras específicas a regularem o tema – regras essas presumivelmente constitucionais – a moderna dogmática enfatiza, diversamente da forma de aplicação dos princípios, sua natureza normativa aplicável mediante a técnica da subsunção: havendo a ocorrência fática descrita na hipótese de incidência, deve a norma incidir impondo a consequência descrita no enunciado normativo.

18. No entender desta Conjur, a questão trazida nos autos não se resolve por meio de uma argumentação principiológica, tendo em vista o ordenamento jurídico ter assumido a densidade necessária a regular especificamente o tema, conforme orientações normativas editadas pelo Ministério da Previdência Social, a serem aplicadas em cada período de respectiva vigência.

19. Entende-se que iguais fundamentos são aplicáveis quanto às aposentadorias provenientes de regras de transição, tema tratado no parecer do douto MP/TCU. Também em nosso sentir tais regras constitucionais de transição não previram o tema específico ora tratado: forma de cálculo dos proventos proporcionais, se contados em anos ou em dias, o que nos leva a sustentar a incidência das mesmas regras editadas pelo Ministério da Previdência Social, nos seus respectivos períodos de vigência, conforme exposto nos §§ 10 a 14 do anterior parecer da Conjur.

20. Prosseguindo, temos que o segundo ponto de divergência, suscitado pelo Representante do Ministério Público de Contas em relação ao parecer anteriormente exarado por esta Conjur, diz respeito à aplicabilidade, no âmbito do TCU, da Orientação Normativa nº 6/2012, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que prevê o cálculo dos proventos iniciais das aposentarias proporcionais por invalidez, em anos, e não em dias.

21. De fato, sob o prisma de uma interpretação mais estrita – que como vimos é a mais adequada em matéria previdenciária – esta Conjur entende que o conflito entre as disposições da norma em questão e às constantes das Orientações Normativas editadas pelo Ministério da Previdência que, a partir da ON SPS/MPS nº 03/2004, adotaram a sistemática de cálculo do tempo de contribuição, para fins de fixação dos proventos iniciais da aposentadoria proporcional, em dias, e não mais em anos, resolve-se em favor destas últimas, visto que 'foi a esse Ministério que a Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, conferiu a competência para orientar e estabelecer parâmetros e diretrizes gerais relativas ao tema'.

22. Já o MP/TCU entende inexistir tal conflito, pelas seguintes razões:

> *'A esse respeito, ressaltamos que as normas no MPS que supostamente estariam em conflito com a ON nº 6/2012 do MP, de acordo com a Conjur, são muito anteriores à publicação da EC 70/2012, e certamente não consideram o conteúdo da aludida emenda constitucional. Aliás, vale mencionar que, após a publicação da EC 70/2012, o MPS publicou a ON MPS/SPS nº 1/2012, estabelecendo orientações para o cálculo das aposentadorias por invalidez fundamentadas na EC 70/2012. Transcrevemos o dispositivo que regula a forma de cálculo de proventos proporcionais:*
>
> *Vale mencionar que a redação da referida ON é bem sucinta **e, apesar de não mencionar expressamente que a sistemática de cálculo a ser adotada para os***

proventos de aposentadorias proporcionais, fundamentadas na EC 70/2012, deve ser aquela que considera o tempo de contribuição em unidades de anos, o art. 2º da referida norma deixa claro que tais proventos devem ser calculados de acordo com o §1º do art. 40 da CF/1988, com a redação dada pela EC 20/1998.

Vale lembrar ainda que, para as aposentadorias proporcionais, instituídas sob a vigência da EC 20/1998, o MPS já havia estabelecido na ON MPS/SPS nº 2/2002, em seu artigo 49, que os respectivos proventos seriam calculados considerando o tempo de contribuição medido em unidades de anos. Nesse sentido, entendemos que não há dúvidas sobre ao posicionamento do MPS quanto às metodologias de cálculo dos proventos em aposentadorias proporcionais, no sentido de que:

i) se os proventos são calculados com base na última remuneração do cargo em que se deu a aposentadoria (integralidade) e reajustados com paridade, o tempo de contribuição deve ser medido em anos;

ii) se os proventos são calculados com base na média e reajustados com base nos índices do RGPS, o tempo de contribuição deve ser medido em dias.

Assim, entendemos que o art. 2º da ON nº 6/2012, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, fixou metodologia de cálculo em perfeita consonância com as orientações do MPS. Aliás, vale dizer que o cabeçalho da referida norma leva em consideração o disposto na ON MPS/SPS nº 1/2012 para estabelecer as orientações pertinentes à aplicação da EC 70/2012 aos órgãos e entidades integrantes do Sipec.

Portanto, no que se refere às aposentadorias proporcionais por invalidez, com as devidas vênias, divergimos do entendimento manifestado pela Conjur, segundo o qual, para aquelas aposentadorias instituídas após a publicação da ON MPS/SPS nº 3/2004, ocorrida em 17/8/2004, os respectivos proventos seriam calculados de acordo com a sistemática mais benéfica, considerando o tempo de contribuição em dias. Como expusemos acima, em nossa compreensão a questão não se refere à data da vigência da aposentadoria, mas sim ao fundamento utilizado.

*Desse modo, independentemente da data de concessão das aposentadorias proporcionais por invalidez, **se estas forem fundamentadas na EC 70/2012, deve ser usada a sistemática de cálculo anterior, com o tempo de contribuição medido em anos**. Apenas para as aposentadorias proporcionais por invalidez que fujam à incidência da EC 70/2012, e que, portanto, sejam calculadas pela média, é que se deve aplicar a nova sistemática de cálculo que considera o tempo de contribuição em dias.*

23. Como se pode perceber, o MP/TCU, não obstante a ausência de texto expresso de lei sobre o assunto, defende a aplicação da sistemática de cálculo dos proventos iniciais das aposentadorias por invalidez, adotada pela Orientação Normativa MPOG, nº 06/2012, de 25/07/2012, que prevê a medição do tempo de contribuição, em unidades de anos, às concessões fundadas nas disposições da Emenda Constitucional nº 70/2012, de 29/03/2012, ainda que anteriores à sua vigência.

24. Como assinalado alhures, o acolhimento da tese em questão encontra óbice no entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado por ocasião do julgamento do RE 415.454, no sentido de que a retroação dos efeitos da norma previdenciária sobre situações pretéritas depende de lei específica e expressa neste sentido, ausente no caso concreto.

25. Por outro lado, conforme já assentado por esta Conjur no parecer anterior e reafirmado no presente, tem-se que a competência do Ministério da Previdência Social para orientar e editar normas com vista à disciplina dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e membros dos poderes da União, de observância obrigatória pela Administração Pública, incluindo o TCU, encontra amparo em dispositivo expresso da Lei nº 9.717/1998, assim disposto, verbis:

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;

26. Desta forma, pedindo mais uma vênia aos que pensam em contrário e louvando a linha argumentativa desenvolvida de forma consistente pelo membro do Ministério Público junto a esta Corte de Contas, esta Conjur reafirma sua posição no sentido de que, nos cálculos dos proventos iniciais relativos às aposentadorias por invalidez, deverão ser observadas as Orientações Normativas do Ministério da Previdência, editadas no uso da competência que lhe foi conferida pela Lei 9.717/1998, respeitando-se, para efeito de sua incidência, as respectivas datas de vigência.

III. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

27. Considerando dirimidos em razão do exposto os dois pontos principais de divergência suscitados pelo parecer do Ministério Público junto ao TCU, esta Conjur é pela reiteração das premissas e das conclusões contidas em sua manifestação de 28 de junho de 2017 ***(DE 11)****, exarada nos autos da representação formulada pelo Serviço de Pagamento de Aposentados e Pensionistas da Secretaria de Gestão de Pessoas (TC-007.898/2008-7).”*

É o relatório.

VOTO

Trata-se de representação visando a esclarecer a metodologia de cálculo do valor relativo aos proventos de aposentadorias proporcionais.

2. Fundamentalmente, o Serviço de Pagamento de Inativos e Pensionistas (SPI) deste TCU calculava os proventos iniciais de aposentadorias proporcionais considerando no numerador e no denominador da fração o tempo de contribuição medido em unidades de anos, em obediência ao disposto no art. 101 da Lei 8.112/1990.

3. No entanto, a Orientação Normativa (ON) nº 1/2007, do Ministério da Previdência Social, a qual regulamentou a forma de cálculo das aposentadorias proporcionais submetidas à Emenda Constitucional (EC) 41/2003, teria instituído, no art. 57, §§ 1º e 2º da ON, nova metodologia de cálculo, estabelecendo que a proporção desses proventos deveria considerar o tempo de contribuição medido em unidades de dias, tanto no numerador quanto no denominador.

4. Diante dessa orientação, o SPI autuou a presente representação para questionar a possibilidade de utilizar a novel metodologia de cálculo para todas as aposentadorias proporcionais, inclusive para aquelas anteriores à EC 41/2003.

II

5. Em termos mais didáticos, importa esclarecer as consequências da decisão a ser tomada. Nesse sentido, aproveito as explicações detalhadas fornecidas pelo Secretário-Geral de Administração em seu despacho constante da peça 10, **verbis**:

> 23. A modificação da sistemática do cálculo inicial dos proventos em anos, para computar dias, melhora a proporção do benefício, visto que, passa a aproveitar todo o tempo de contribuição do servidor.
> 24. Só para ilustrar, na situação do cômputo do tempo de contribuição por ano, uma servidora hipotética que computasse 29 anos, 11 meses e 29 dias seria aposentada com proventos equivalentes a 29/30 de sua remuneração, muito embora lhe faltasse apenas 1 dia para se inativar com a integralidade de sua remuneração ou média dela (30/30). Assim, o tempo de contribuição de 11 meses e 29 dias, que foi base de cálculo e objeto de recolhimento de contribuição social e que não totaliza 1 ano por apenas 1 dia, acaba por ser desprezado no cálculo da proporção dos proventos.
> 25. Cabe destacar que embora o art. 61 da Orientação Normativa citada no item 22 retro, se refira ao cálculo dos proventos pela média das remunerações, nos moldes delineados pela EC nº 41, o art. 62, acima transcrito, deixa bem claro que sua aplicação é geral, para todas as hipóteses de aposentadoria proporcional, sendo que somente na hipótese do seu § 1º, que trata especificamente dos proventos calculados pela média das remunerações base de contribuição, há mais um cuidado a se tomar. Se o artigo quisesse limitar-se aos cálculos pela média teria inserido tal comando no seu **caput**.
> 26. Ademais, se o servidor é remunerado mensalmente, recebendo o salário relativo aos dias trabalhados, acaba por também contribuir para o regime previdenciário diariamente. Numa situação hipotética, caso o servidor trabalhasse apenas 1 dia, seria remunerado por esse dia, descontando-se também a respectiva contribuição previdenciária.
> 27. A título de exemplo, a servidora hipotética mencionada no item 24 teria a seguinte proporção para o cálculo dos proventos iniciais de aposentadoria pelos dois diferentes métodos de cálculo:

Método	Período de tempo	Total dias	Proporção	Salário na atividade	Proventos na aposentadoria
Cálculo por anos	29 anos, 11 meses, 29 dias	10949	29/30 = 0,9667	10.000,00	9.666,67
Cálculo por dias	29 anos, 11 meses, 29 dias	10949	10949/10950 = 0,9999	10.000,00	9.999,09

> 28. Observa-se no exemplo acima apresentado que a servidora hipotética possui redução no cálculo da proporção inicial e consequente redução de seus proventos, totalizando uma perda anual de R$ 4.321,46 ((R$ 9.999,09 – R$ 9.666.67) x 13)

III

6. Quanto ao tema, pelas razões expostas no relatório precedente, o representante do **Parquet** concluiu por responder à representação nos seguintes termos:

i) no caso das aposentadorias proporcionais **calculadas pela média** e **reajustadas com base nos índices de reajustes gerais concedidos ao RGPS**, de acordo com a Lei 10.887/2004, conversão da MP 167/2004, **e fundamentadas** na **regra geral do art. 40 da CF/1988**, **com a redação dada pela EC 41/2003**: a proporção dos proventos inicias deve ser calculada considerando o **tempo de contribuição medido em unidades de dias**;

ii) no caso das aposentadorias proporcionais **calculadas com base na última remuneração do cargo efetivo em que se deu a aposentadoria (integralidade)**, e **reajustadas com paridade**, **e fundamentadas em regras anteriores à EC 41/2003 ou em regras de transição** (como a da EC 70/2012): a proporção dos proventos iniciais deve ser calculada considerando o **tempo de contribuição medido em unidades de anos**;

iii) no caso das aposentadorias proporcionais **fundamentadas em regras de transição que prevejam metodologia específica para o cálculo da proporção dos proventos,** sejam estes calculados pela média ou com base na última remuneração do cargo efetivo em que se deu a aposentadoria (integralidade): a proporção dos proventos iniciais deve ser calculada conforme sistemática de cálculo específica contida na própria norma constitucional.

7. De sua parte, a Conjur elaborou duas instruções no mesmo sentido, concluindo que, a partir de 17 de agosto de 2004, data da publicação da Orientação Normativa SPS/MPS nº 03/2004, o cálculo dos proventos iniciais de aposentadoria proporcional deveria considerar o tempo total de serviço em dias, e não em anos, sendo vedada a aplicação retroativa desse critério em período anterior à publicação desse normativo.

IV

8. Conforme visto no relatório antecedente, a matéria foi objeto de diversas manifestações da Consultoria Jurídica deste Tribunal e do representante do **Parquet**, cujas conclusões divergem basicamente nos seguintes pontos:

i) delimitação da norma infralegal que conferiria suporte jurídico à nova sistemática de cálculo dos proventos proporcionais, mediante aplicação, para fins de fixação do tempo de contribuição, de um fator de proporção, em dias, e não em anos, como era realizado no âmbito do Serviço de Pagamento de Aposentados e Pensionistas da Secretaria de Gestão de Pessoas (SPI/Segep), antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003; e

ii) aplicabilidade, no âmbito do TCU, da Orientação Normativa nº 6/2012, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que prevê o cálculo dos proventos iniciais das aposentadorias proporcionais por invalidez, em anos, e não em dias.

V

9. Antecipando o juízo de mérito e pedindo vênias às opiniões contrárias, forte nos argumentos emitidos pela Conjur em seus pareceres (peças 11 e 19), cujas razões incorporo às minhas razões de decidir, entendo que, **nos cálculos dos proventos iniciais relativos às aposentadorias por invalidez, deverão ser observadas as Orientações Normativas do Ministério da Previdência, editadas no uso da competência que lhe foi conferida pela Lei 9.717/1998, respeitando-se, para efeito de sua incidência, as respectivas datas de vigência**.

10. Resumidamente, a fundamentação e motivação dessa conclusão passo a resumir dos lúcidos, ponderados, percucientes e razoáveis argumentos emitidos pela Conjur em sua peça 19, os quais peço licença para utilizar como meus:

i) em direito previdenciário os critérios de certeza e segurança jurídica, aliados ao princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema (art. 201, **caput**, c/c art. 195, § 5º da CF), adotam interpretação mais restritiva da norma, o que, na resolução de conflitos de direito intertemporal, privilegia a regra da irretroatividade e aplicação do princípio **tempus regit actum**,

consagrado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada;

ii) nesse sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal ao dar provimento ao Recurso Extraordinário nº 415.454-4, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o qual questionou acórdão da Turma Recursal dos Juizados Especiais que determinou o recálculo dos proventos de benefício de pensão por morte, concedido antes da edição da Lei 9.032/1995;

iii) esclarecedor quanto aos fundamentos que levaram o STF a adotar esse posicionamento é o voto que conduziu o **decisum**, proferido pelo Relator do mencionado Recurso Extraordinário, Exmo. Ministro Gilmar Mendes, trecho a seguir transcrito:

> (...) nosso ordenamento constitucional impõe não ser possível invocar mera transposição das regras atuais de elevação do coeficiente de cálculo do benefício para 100% (cem por cento), para favorecer beneficiário ou pensionista, sem a devida correlação com as bases de custeio previstas para sustentar estes pagamentos.
>
> Tendo em vista que a legislação inovadora nada dispôs sobre a concessão ou não do benefício, não parece haver outra alternativa hermenêutica senão a de que a Lei nº 9.032/1995 há de ser interpretada no sentido de que se lhe confira aplicação imediata, sob pena de violação à regra constitucional constante do art. 195, § 5º, da CF, a qual preconiza que 'nenhum benefício ou serviço de seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total'.
>
> Diante do silêncio eloquente do legislador ordinário, a Lei nº 9.032/1995 deve ser aplicada, portanto, tão somente às concessões de benefícios ocorridos no período de sua vigência.
>
> (...)
>
> Assim, o acórdão recorrido, ao estender a aplicação dos novos critérios de cálculo a todos os beneficiários sob o regime das leis anteriores, acabou por negligenciar a imposição constitucional de que lei que majora benefício da 'pensão por morte' deve necessariamente e de modo expresso, indicar a fonte de custeio total.
>
> É dizer, não é possível interpretar essa legislação previdenciária inovadora de modo apartado das condicionantes orçamentárias previstas no § 5º do art. 195 da Constituição Federal. Logo, a Lei previdenciária aplicável ao presente caso concreto é a vigente ao tempo da concessão (**princípio tempus regit actum**)
>
> (...)
>
> Assim, na situação presente, em que a ausência de disposição em sentido contrário é manifesta, não é possível invocar a pretensão de aplicação de novo critério de cálculo do benefício da pensão por morte. Isso ocorre porque as regras constitucionais de estipulação de dotação orçamentária expressa e específica vinculam o legislador ordinário.
>
> Veja-se, ademais, que, se as circunstâncias normativas fossem diametralmente opostas, (isto é, se a legislação inovadora estabelecesse restrição ou até mesmo diminuição da base de cálculo ou do percentual de definição do valor desse benefício), não haveria qualquer plausibilidade jurídica em aplicar retroativamente as novas disposições aos benefícios já concedidos.
>
> Em segundo lugar, ao estabelecer novos critérios diferenciados para o cálculo dos benefícios concedidos a partir da vigência da Lei nº 9.032/1995, a alternativa hermenêutica que se coloca é a da imposição das leis gerais de regulamentação do setor previdenciário.
>
> Assim, em princípio não há falar em privilégios ou concessão diferenciada de benefícios previdenciários porque, a rigor, todos e cada um dos beneficiários são titulares da garantia de 'reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme os critérios definidos em lei.' (CF, art. 201, §4º)
>
> Nesse contexto, o cumprimento das políticas públicas previdenciárias, exatamente por estar calcado no princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I), deve ter como fundamento o

fato de que não é possível dissociar as bases contributivas de arrecadação da necessária dotação orçamentária exigida, de modo prévio, pela Constituição (CF, art. 195, § 5º).

Trata-se do princípio da preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 37) e, no que interessa a este caso, da própria atuação da autarquia ora recorrente.

Afinal, diante da expressão literal da Lei nº 9.032/1995 não há como presumir o direito de retroação do índice aos benefícios concedidos anteriormente pela lei antiga (Lei nº 8.213/1991). O benefício concedido em momento pretérito deve ser regulado pela legislação vigente ao momento da concessão.

(...)

A seguridade social, autêntica realidade institucional disciplinada constitucionalmente entre nós, obriga o legislador a promulgar um complexo normativo que assegure sua existência, funcionalidade e utilidade pública e privada

A necessidade de previsão de fonte de custeio da seguridade social, prevista no art. 195, § 5º, da Constituição, que serve de parâmetro à discussão da inconstitucionalidade ora em exame, por certo, não encontra no texto da Carta, disciplina suficiente ou exaustiva. Ao contrário, assume feição típica das instituições. Não há ali, um conceito estático de 'benefício' ou 'serviço da seguridade social'.

(...)

As disposições legais a ela relativas têm, portanto, inconfundível, caráter concretizador e interpretativo. E isso obviamente não significa a admissão de um poder legislativo ilimitado.

Nesse processo de concretização ou realização, por certo, serão admitidas tão somente normas que não desabonem os múltiplos significados admitidos pelas normas constitucionais concretizadas. Na perspectiva de proteção a direitos individuais, tais como as prerrogativas constitucionais dos contribuintes, deverá ser observado especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições ou ampliações legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

Enfim, a faculdade confiada ao legislador de regular o complexo institucional da seguridade, assim como suas fontes de custeio, obriga-o a compatibilizar o dever de contribuir do indivíduo com o interesse da comunidade. Essa necessidade de ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade é, todavia, comum a todos os direitos fundamentais, não sendo uma especificidade da seguridade social.

Neste passo, reconhece-se que a seguridade social, instituição que entre nós encontra disciplina constitucional, está submetida a um permanente e intenso processo de concretização.

O fenômeno é o mesmo quando se discute especificamente a fonte de custeio da seguridade prevista no art. 195, § 5º, da Constituição, ora consubstanciada por meio da Lei nº 9.032/1995.

Fixados tais pressupostos, não se afigura admissível qualquer leitura que pretenda aplicar os critérios estabelecidos pela Lei nº 9.032/1995 para o cálculo dos benefícios concedidos sob a égide de legislação anterior.

Por fim, tendo em vista esse perfil do modelo contributivo e da necessidade de fonte de custeio (CF, art. 195, § 5º), o próprio sistema previdenciário, constitucionalmente adequado, deve ser institucionalizado com vigência para o futuro.

Afasto, por conseguinte, qualquer leitura do diploma legal referido (Lei n. 9.032/1995) que impute aplicação de suas disposições a benefícios de pensão por morte concedidos em momento anterior.

Em outras palavras, a Lei nº 9.032/1995 somente pode ser aplicada às novas concessões do benefício da pensão por morte. Isto é, ela deve ser aplicada, tão-somente, aos novos beneficiários que, por uma questão de fonte de custeio (CF, art. 195, § 5º), fazem jus a critérios diferenciados na concessão de benefícios.'

iv) as Emendas Constitucionais mencionadas, regulamentadas pelas Orientações Normativas SPS/MPS nº 02/2002 (EC nº 20/98), e Orientação Normativa SPS/MPS nº 03/2004 (EC nº 41/2003), consagram a aplicação do princípio **tempus regit actum**, ao estabelecerem que "*os proventos da aposentadoria a ser concedida aos servidores públicos referidos no caput, em termos*

integrais ou proporcionais ao tempo de contribuição já exercido até a data de publicação desta Emenda, bem como as pensões de seus dependentes, ***serão calculados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou nas condições da legislação vigente****."* (art. 3º, § 2º, de ambas as emendas);

v) **a determinação de observância das Orientações Normativas do Ministério da Previdência Social, por toda a Administração Pública, decorre diretamente da Lei nº 9.717/1998.**

vi) a vocação da norma previdenciária é ter eficácia prospectiva, com aplicação para o futuro, só podendo retroagir se houver previsão expressa, e, à míngua de previsão legal específica quanto à extensão temporal dos efeitos das modificações legislativas operadas pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e pela Medida Provisória nº 167, de 19/04/2004, posteriormente convertida na Lei nº 10.887/2004, a situações pretéritas, não há que se falar em retroação da sistemática de cálculo do tempo de contribuição em dias, estabelecida pela Orientação Normativa SPS/MPS nº 03/2004, para alcançar as aposentadorias proporcionais aperfeiçoadas sob a vigência da Orientação Normativa SPS/MPS nº 02/2002, ainda que concedidas sob a égide da citada emenda constitucional;

vii) sob o prisma de uma interpretação restritiva, devem prevalecer as normas constantes das Orientações Normativas editadas pelo Ministério da Previdência, que, a partir da ON SPS/MPS nº 3/2004, adotaram a sistemática de cálculo do tempo de contribuição, para fins de fixação dos proventos iniciais da aposentadoria proporcional, em dias, visto que, ressalte-se novamente, foi ao Ministério da Previdência que a Lei 9.717/1998 conferiu a competência para orientar e estabelecer parâmetros e diretrizes gerais relativas ao tema;

viii) diante disso, a competência do Ministério da Previdência Social para orientar e editar normas com vista à disciplina dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e membros dos poderes da União, é de observância obrigatória pela Administração Pública, **incluindo o TCU**, tem amparo expresso da Lei nº 9.717/1998, **verbis**:

> 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;

IV

11. Acerca do tema, é prudente alertar que eventual entendimento da possibilidade de que as aposentadorias proporcionais anteriores a 17/8/2004, data de edição da ON SPS/MPS 3/2004, sejam consideradas com cálculo em dias, poderá impactar de forma imprevisível as despesas previdenciárias de toda a Administração Pública. Por isso, é recomendável interpretação restritiva quanto ao tema, informando-se que somente neste Tribunal, em termos monetários, significará em atrasados (respeitado o prazo prescricional, contado desde 14/4/2008, data da proposição desta representação), a quantia correspondente a R$ 15 milhões (dados de 29/6/2017 – ver peça 13).

12. Para o futuro, neste Tribunal, não haverá impacto orçamentário, vez que desde 2013 os cálculos de aposentadorias proporcionais já são computados e pagos em dias. Quanto a isso, informa a representante que a metodologia de cálculo ora defendida vem sendo adotada embora não houvesse delegação de competência para isso. Assim, é necessário também ratificar a forma de cálculo de proventos a ser aprovada, já utilizada pelas unidades administrativas desta Corte.

Diante do exposto, Voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 19 de setembro de 2018.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator

ACÓRDÃO Nº 2205/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 017.901/2017-0.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Representante: Tribunal de Contas da União.
4. Órgão/Entidade: Tribunal de Contas da União.
5. Relator: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidades técnicas: Secretaria-Geral de Administração e Consultoria Jurídica.
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação visando a esclarecer a metodologia de cálculo do valor relativo aos proventos de aposentadorias proporcionais,

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 representação, com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. informar à representante que, a partir de 17 de agosto de 2004, data da publicação da Orientação Normativa SPS/MPS n. 03/2004, o cálculo dos proventos iniciais de aposentadoria proporcional, bem como das aposentadorias por invalidez, deveria considerar o tempo total de serviço em dias, e não em anos, sendo vedada a aplicação retroativa desse critério em período anterior à publicação desse normativo;

9.3. ratificar a metodologia de cálculo de proventos relativos a aposentadorias proporcionais, adotadas pelas unidades administrativas desta Corte, desde que estejam em consonância aos critérios estabelecidos no subitem 9.2, supra, e observado, no que diz respeito a eventuais atrasados, o prazo prescricional aplicável; e

9.4. dar ciência desta deliberação aos interessados, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal, ao Conselho Nacional da Justiça, ao Conselho Nacional do Ministério Público, ao Ministério da Previdência Social, ao Ministério do Planejamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República.

10. Ata n° 36/2018 – Plenário.
11. Data da Sessão: 19/9/2018 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2205-36/18-P.

13. Especificação do quorum:
13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes (Relator), José Múcio Monteiro e Ana Arraes.
13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AUGUSTO NARDES
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral