

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO
Secretaria de Gestão Pública
Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal
Coordenação-Geral de Elaboração, Consolidação e Sistematização das Normas

Nota Técnica nº 88/2014/CGECS/DENOP/SEGEP-MP

Assunto: Alteração do Ofício-Circular nº 25, de 29 de outubro de 2004, que trata da concessão do abono de permanência.

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. A Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo ao apreciar processo da Superintendência do Ministério Regional de São Paulo do Trabalho e Emprego constatou impropriedade legal na Orientação Normativa nº 02/MPS/SPS, de 31 de março de 2009, do Ministério da Previdência Social e no **Ofício-Circular nº 25/SRH/MP**, de 29 de outubro de 2004, desta pasta, ao regulamentarem os procedimentos necessários para a concessão do abono de permanência com a exigência de **opção expressa** do servidor por permanecer em atividade.
2. Esta Nota Técnica apresenta os argumentos que substanciam a posição daquela Consultoria Jurídica e corrobora com a constatação. Conclui, a exemplo de procedimento já adotado pelo Ministério da Previdência Social em relação aos seus atos normativos, com a sugestão de alteração do ato emitido por esta Pasta por meio da supressão da formalidade exigida, de forma a sanar a impropriedade.
3. Por fim, considerando o posicionamento contido na Nota nº 3847 – 3.23/2012/EF/CONJUR-MP/CGU/AGU, às fls. 2/4 dos autos, sugere-se o encaminhamento de minuta de ofício-circular à apreciação da Senhora Secretária de Gestão Pública para, se de acordo, proceder à assinatura, publicação e divulgação.

4. Esta demanda decorre de requerimento de abono de permanência formulado pelo xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, perante a Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Trabalho e Emprego – SPOA/MT. A concessão do abono de permanência tem fundamento na EC n° 41/2003 e na Lei n° 10.887/2004 e deve ser concedido ao servidor ocupante de cargo efetivo que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária estabelecidas pela alínea “a” do inciso III do art. 40 da Constituição Federal e, também, “que opte por permanecer em atividade”.

5. Ocorre que, depois de preenchidos diversos requisitos foi também exigido do servidor a manifestação expressa de opção por permanecer em atividade, de acordo com o que determinam atos infralegais do Ministério da Previdência Social e deste Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, tendo o parecerista da AGU, na ocasião de apreciação do requerimento, entendido que tal exigência não deveria prosperar, haja vista estabelecer obrigação para o servidor que não se pauta no texto legal, conforme expõe a Nota n° 3847 – 3.23/2012/EF/CONJUR-MP/CGU/AGU (fl. 2 a 4):

Encaminhados os autos à Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo, foi exarado o PARECER N° 0816/2012/SAZP/CJU-SP/CGU/AGU (fls. 61-66v), aprovado pelo Coordenador-Geral Substituto (fl.67), em que, embora tenha o parecerista reconhecido a regularidade do procedimento, o que apontaria, outrossim, no sentido da possibilidade do pagamento dos valores devidos a título de abono de permanência sob a forma de exercícios anteriores, registrou que há dois atos infralegais – um deles oriundo da extinta Secretaria de Recursos Humanos deste Ministério e outro da Secretaria de Políticas de Previdência Social (Ofício-Circular SRH/MP n° 25/2004 e Orientação Normativa MPS/SPS n° 02/2009, respectivamente) – que condicionam o recebimento do abono de permanência pelo servidor não só ao requerimento administrativo de pagamento da parcela, mas também à manifestação expressa de opção por permanecer em atividade.

Aos olhos do ilustre Parecerista, tal exigência não haveria de prosperar, considerando-se que “não há tal exigência na EC n° 41/2003 nem na Lei n° 10.887/93 (rectius: 10.887/2004). Na verdade, a ausência de tal exigência permitiria que a opção fosse manifestada tacitamente pela simples continuidade do servidor em atividade no serviço público, ou pela manifestação expressa devidamente formalizada”.

(...)

Em abono a sua tese, o Parecerista erige argumentos de diversas ordens, tais como a impossibilidade de se criar direito, ônus ou obrigação senão por virtude de lei (princípio da estrita legalidade), a existência de precedentes jurisprudenciais contrários à exigência e até mesmo os efeitos reflexos do requerimento do abono de permanência (que obviamente só pode ser pago a quem permanece em atividade).

6. Com estes apontamentos a Consultoria Jurídica encaminha o processo à SEGEP para manifestação, “a fim de que, na condição de Órgão Central do SIPEC, manifeste-se preliminarmente sobre a celeuma (...)”.

7. Complementa o posicionamento, o Parecer/MP/CONJUR/RA/n° 1895-2.9/2004, in litteris:

Pode-se dizer, portanto, que a permanência na atividade, na hipótese, é direito adquirido decorrente da estabilidade constitucional, sendo independente de qualquer ato administrativo, vinculado ou discricionário. E nem se conceberia que ocorresse tal permanência, sem que houvesse uma opção do servidor, ainda que tácita, já que, tendo adquirido o direito à aposentadoria, nada há no ordenamento que obrigue a permanecer em exercício. Tanto é assim que, atualmente, prevê a Constituição o ‘abono’, justamente para incentivar tal permanência.

Assim, têm-se que a mera falta de formalização da opção não tem o condão de postergar o direito à isenção/abono, pois a permanência em atividade, em si mesma, pressupõe, evidentemente, uma opção, expressa ou tácita, e nem a Constituição, nem a lei ordinária exigem que a opção seja expressa. A orientação contida no Ofício Circular n° 65/2001/SRH/MP, de 12.12.2001, acha-se desatualizada, pois anterior à instituição do abono de permanência, e é propiciadora do enriquecimento sem causa, por parte do erário.

8. A exigência de opção expressa vem sendo contestada nas análises sobre a questão e o ponto sobre o qual se apresentam tem por base a supracitada expressão da norma constitucional inserta no §19 do art. 40 (grifei):

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que **opte por permanecer em atividade** fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 41, 19.12.2003).

9. Conforme exhaustivamente defendido pelos pareceres jurídicos anexados ao processo, de fato, a Constituição Federal de 1988 instituiu o abono de permanência para o servidor que opte em permanecer em exercício sem, no entanto, exigir a manifestação expressa de sua opção, como muito bem explica o Parecer n° 155/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU:

Como se vê, tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a Lei n° 10.887/2004 estabelecem que o abono de permanência será devido ao servidor que optar por permanecer em atividade, incluindo de forma expressa a cláusula ‘que opte por permanecer em atividade’.

Há que se avaliar, então, o significado e o alcance dessa cláusula: será que essa expressão torna obrigatória, como condição formal indispensável à obtenção do abono de permanência, a emissão de uma declaração formal de permanência em atividade por parte do servidor interessado? Ou será que essa cláusula quer apenas significar que o abono de permanência será devido se ocorrer, no caso concreto, a efetiva continuidade no exercício das atividades laborais por parte do servidor público (o que poderia ser chamado aqui de permanência em atividade propriamente dita), independentemente, portanto, da existência de uma declaração formal de permanência em atividade?

Como se tentará demonstra a seguir, entende-se que essa cláusula impõe, tão-somente, a exigência de permanência em atividade propriamente dita. Nesse sentido, o abono de permanência poderá/deverá ser concedido independentemente da mera formalidade consistente da emissão de uma declaração formal de permanência em atividade por parte do servidor interessado. Concordamos, assim, quanto a esse ponto, com a CJU-SP/CGU/AGU.

De fato, se tomarmos por base as características gerais do abono de permanência – um direito que, como o próprio nome diz, é devido ao servidor que, tendo a possibilidade de requerer uma aposentadoria voluntária (ou seja, deixar de trabalhar, afastar-se definitivamente das funções que vinha exercendo junto à sua repartição pública), decide, voluntariamente permanecer em atividade, comparecendo diariamente à sua repartição e exercendo o seu trabalho normalmente, sem requerer a aposentadoria e o afastamento -, será fácil concluir que é a permanência em atividade propriamente dita que interessa para a constituição do direito, sendo irrelevante a sua mera declaração.

Portanto, é a permanência em atividade propriamente dita o elemento material que integra e constitui o núcleo do direito ao abono de permanência, e não mera formalidade consistente na emissão de uma declaração de permanência em atividade.

É verdade que a permanência em atividade propriamente dita, elemento nuclear da constituição e existência do direito, terá de ser aferida e comprovada em cada caso concreto. Poder-se-ia interpretar, então, que a CF/88 e a Lei nº 10.887/2004, ao se utilizarem da cláusula ‘que opte por permanecer em atividade’, estariam prescrevendo não só o elemento constitutivo do direito (a permanência em atividade propriamente dita) mas também o meio de comprovação desse elemento (a emissão de uma declaração de permanência em atividade por parte do servidor interessado). Talvez, a locução ‘que opte’ poderia levar a esse entendimento.

Não nos parece, porém, que essa seja a melhor interpretação.

Em primeiro lugar, porque isso não está expresso em nenhuma dessas normas. Nenhuma delas afirma expressa ou mesmo implicitamente que a permanência em atividade propriamente dita terá de ser obrigatoriamente comprovada através da emissão de uma declaração de permanência em atividade por parte do servidor interessado. E nem poderiam fazê-lo, pois, s.m.j., não é o papel de uma Carta Magna descer a detalhes e minúcias dessa natureza.

E, em segundo lugar, porque esse elemento material de constituição do direito – a permanência em atividade propriamente dita – poderá ser comprovado por outros meios muitos mais simples, eficazes e confiáveis, como, por exemplo, a verificação in loco de que o servidor continua efetivamente comparecendo ao trabalho do dia-a-dia; o controle de ponto; o relatório de chefia; a verificação das suas tarefas diárias, etc. Significa dizer, portanto, que a singela declaração de permanência em atividade emitida pelo próprio interessado, ademais de ser um documento de frágil valor probatório, não se apresenta como meio de prova mais adequado para se comprovar a permanência propriamente dita.

Daí, porque se entende, repita-se, que nem a CF/88, nem a Lei n° 10.887/2004, teria pretendido prescrever uma obrigação formal dessa natureza.

Por tudo isso, então, e respondendo objetivamente ao primeiro questionamento aqui proposto, conclui-se que, do ponto de vista legalmente constitucional (art. 40, §19, CF/88; EC n° 41/2003; art. 7° da Lei n° 10.887/2004), **a existência de uma declaração formal de permanência em atividade não é condição indispensável à concessão do abono de permanência**. Logo, a Administração Pública não pode negar a concessão do abono caso o servidor não tenha feito uma declaração formal dessa natureza.

10. Não obstante, registre-se a preocupação da Secretaria de Gestão Pública em relação à necessidade de se alertar o servidor para solicitar o abono de permanência, uma vez que não haveria como a Administração Pública concedê-lo de ofício, em razão da dificuldade em saber o momento exato em que estariam implementados os requisitos legais do benefício.

11. Registre-se, ainda, que o requerimento do servidor é importante para a definição do marco inicial da contagem da prescrição de parcelas vencidas do abono de permanência. A aplicação da prescrição quinquenal no pagamento do abono de permanência foi objeto do PARECER N° 0183-3.10/2012/RA/CONJUR/MP-CGU/AGU, acrescido do entendimento exarado no Despacho do Coordenador-Geral Jurídico de Recursos Humanos, em sentido diverso, aprovado pelo Consultor Jurídico desta Pasta em 03/04/2012. Este assunto foi tratado na Nota Técnica n° 304/2012/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, 12 de setembro de 2012, com ampla divulgação aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil – SIPEC (processo administrativo n° xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx).

12. A mesma preocupação foi externada pela Secretaria de Políticas de Previdência Social – SPPS/MS, por meio do PARECER n° 109/2012/CGNAL/SPPS/MPS, destacando que os atrasos nas averbações do tempo de serviço dificultariam a Administração em monitorar o momento em que estariam efetivamente preenchidos os pressupostos do abono de permanência, in litteris:

Quanto aos motivos da previsão de opção expressa do servidor pela permanência em atividade, entende-se que não houve pretensão de obstar ou dificultar o exercício do direito constitucionalmente assegurado, visto que os mesmos dispositivos preveem que o abono será devido a partir do cumprimento dos requisitos para a aposentação.

Por outro lado, a dispensa de qualquer manifestação do servidor pela continuidade em exercício pode retardar o pagamento do abono, pois, em regra, a Administração não tem controle sobre a data em que todos os servidores cumprirão os requisitos em cada regra. Um dos fatores que dificultam o monitoramento é a demora do servidor em averbar o tempo cumprido em vínculos anteriores, estatutários ou trabalhistas.

13. Dessa forma, deve ser exigido do servidor um requerimento formal de concessão para o abono de permanência, de forma a deflagrar o processo para a concessão do benefício, sendo este requerimento o marco interruptivo do lapso prescricional para exigir o pagamento de parcelas pretéritas, limitado à vigência da EC n° 41/2003. Ou seja, não pode a Administração ser obrigada a conceder o benefício de ofício.

14. O Ministério da Previdência Social encaminhou a esta Secretaria de Gestão Pública o Ofício n° 127/2014/SPPS/MPS, de 26 de março de 2014, no qual informa que foi alterada a redação do item 12.3 do Anexo da Portaria MPS n° 402, de 2008, que trata do pagamento do abono de permanência aos servidores, e que oportunamente será realizada alteração também do §4° do art. 86 da ON SPS n° 02, de 2009, cuja interpretação submete-se à redação vigente do Anexo da Portaria MPS n° 402, de 2008, que passou a adotar o seguinte texto:

12.3. O pagamento do abono de permanência é de responsabilidade do respectivo ente federativo e será devido a partir do cumprimento dos requisitos para obtenção do benefício, mediante requerimento do segurado.

15. Conforme o exposto e considerando os problemas relatados para a concessão do Abono de Permanência, recomenda-se alteração da norma emitida por esta Pasta com igual teor das alterações registradas pelo Ministério da Previdência.

CONCLUSÃO

16. Decorre do exposto a conclusão pela necessidade de revisão do comando emanado por este órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal para a implementação pelos órgãos e entidades da concessão do Abono de Permanência.

17. Assim, apresenta-se esta Nota Técnica para apreciação das autoridades competentes, de forma que, caso julguem pertinente, seja emitido novo Ofício-Circular, cuja minuta segue em anexo, em substituição ao Ofício-Circular SRH/MP nº 25/2004, no qual se exige como ato do servidor apenas o requerimento para a concessão do abono de permanência.

18. Submeto a presente manifestação à consideração superior.

Brasília, 17 de dezembro de 2014.

MARA CLÉLIA BRITO ALVES

Chefe da Divisão de Elaboração de Atos Normativos

De acordo. Encaminhe-se à consideração do Sra. Diretora do Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal Substituta.

Brasília, 17 de dezembro de 2014.

DANIEL PICOLO CATELLI

Coordenador-Geral de Elaboração, Consolidação e Sistematização das Normas

De acordo. Encaminhe-se à consideração da Senhora Secretária de Gestão Pública.

Brasília, 17 de dezembro de 2014.

ANA CRISTINA SÁ TELES D'ÁVILA

Diretora do Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal Substituta

Aprovo. Publique-se o Ofício-circular, para ampla divulgação aos órgãos e entidades do SIPEC.

Brasília, 17 de dezembro de 2014.

ANA LÚCIA AMORIM DE BRITO

Secretária de Gestão Pública