

A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO

Atualmente discuti-se, em âmbito federal, a possibilidade da instituição de um regime de previdência complementar que alcance exclusivamente os servidores públicos, alegando-se que esta é uma das principais medidas a ser implementada para conter o crescente déficit dos Regimes Próprios de Previdência Social no Brasil e concluir as reformas promovidas nos anos de 1.998 e 2.003.

A previdência social visa manter os meios necessários para a manutenção do trabalhador e de sua família, mas não o padrão de vida do mesmo, adquirido na ativa.¹

Daí o fundamento para que o sistema previdenciário brasileiro seja composto hoje por dois regimes considerados, pela Constituição Federal, como básicos cuja filiação é de natureza obrigatória e um regime denominado complementar com características diferenciadas dos demais.

O Regime Próprio integra o rol de regimes básicos e é destinado aos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, aos ocupantes de cargos vitalícios e àqueles que foram estabilizados pela Constituição de 1.988, conforme consta do artigo 12, da Orientação Normativa n. 02 de Março de 1.999 editada pelo Ministério da Previdência Social, bem como aos militares.

O segundo regime básico é o Regime Geral de Previdência Social, que contempla na condição de segurado os trabalhadores da iniciativa privada, bem como aqueles que mesmo atuando no âmbito estatal não se enquadram em nenhum dos vínculos anteriormente mencionados, como é o caso dos contratados por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público.

1. CONCEITO:

Além dos regimes básicos, o sistema previdenciário brasileiro é integrado pela Previdência Complementar que se constitui em regime securitário autônomo, de caráter facultativo e suplementar, destinado à concessão de benefícios a seus participantes, mediante a constituição de reservas financeiras.

2. CARACTERÍSTICAS:

O regime suplementar possui como características a complementariedade, a facultatividade, a constituição de reservas, a garantia de recebimento dos benefícios contratados e a regulamentação por Lei Complementar.

A complementariedade representa a atuação paralela deste regime aos regimes básicos, sem o condão de substituí-los, mas sim de permitir ao participante manter o padrão de vida que possuía anteriormente a sua aposentadoria, já que esta, conforme já assinalado, não é a missão dos regimes básicos.

A facultatividade é característica que diferencia fundamentalmente os regimes básicos do regime complementar, já que consiste no fato de que a adesão do participante ao regime é voluntária, cabendo somente a este definir sobre sua filiação ou não.

A necessidade de constituição de reservas demonstra a obrigatoriedade de constituição de patrimônio suficiente para o custeio dos benefícios futuros.

Essa característica ressalta a importância da observância dos equilíbrios financeiro e atuarial em qualquer regime previdenciário, uma vez que a inexistência de recursos pode impedir a manutenção dos benefícios já concedidos e o pagamento dos que ainda estão por ser concedidos.

De outra monta não se pode esquecer que a finalidade da previdência complementar é a garantia do recebimento dos benefícios contratados pelos participantes que a ela aderem, ou se filiam.ⁱⁱ

A regulamentação por Lei Complementar indica que o sistema suplementar deve ter seus regramentos gerais fixados em Lei Complementar.

Há de se destacar que o § 15, do artigo 40, estabelece que a instituição dos regimes complementares dos servidores públicos será feita mediante Lei de iniciativa do Poder Executivo.

O dispositivo em questão dispõe sobre a instituição do Regime e não sobre a fixação de suas regras gerais, isto porque, as normas de caráter genérico a serem observadas tanto no âmbito público quanto no privado estão estabelecidas no artigo 202, da Constituição Federal e nas Leis Complementares n. 108/01 e 109/01.

Em razão destas características a relação mantida entre as entidades de previdência complementar e seus participantes possui natureza jurídica de contrato.

As operações da previdência complementar são realizadas por dois tipos de entidades as abertas e as fechadas.

As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e tem por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário, concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.ⁱⁱⁱ

Já as entidades fechadas são constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil, acessíveis a determinados grupos de pessoas, também com o objetivo de operar planos de benefícios previdenciários, com renda sob a forma continuada ou de pagamento único.

O plano de benefício do sistema complementar consiste no conjunto de regras definidoras dos requisitos para sua concessão, podendo estas serem comuns à totalidade dos participantes ou destinadas a grupos de participantes ou assistidos por uma determinada entidade.

Existem no âmbito da previdência complementar dois tipos de planos de benefícios.

O plano de benefício definido é aquele no qual o valor do resgate, pagável de uma só vez ou sob a forma de renda, é estabelecido previamente na proposta de inscrição.^{iv}

E o plano de contribuição definida que é aquele onde o valor e o prazo de pagamento das contribuições podem ou não ser definidos previamente, contudo a renda a ser recebida pelo participante dependerá dos valores acumulados por este durante o período de contribuições para o plano.

3. HISTÓRICO:

Dos 80 anos da Previdência Social, a Previdência Complementar participa de 25, considerando, como ponto de partida, o primeiro marco institucional desse mecanismo de apoio ao trabalhador e de equilíbrio social, a Lei n.º 6.435, de 17 de julho de 1977. Tal dispositivo, que trouxe à luz o sistema, regulamentado pelo Decreto n.º 81.240, do ano subsequente, garantiu para a sociedade brasileira a Previdência Complementar.^v

Boa parte desta participação da Previdência Complementar, no sistema previdenciário brasileiro, decorre do advento da Emenda Constitucional n. 20/98, que insere expressamente em seu texto os regramentos gerais para o tema.

O Texto Maior, modificado, estabeleceu, no artigo 202, as regras alusivas ao sistema complementar da iniciativa privada, concomitantemente estabeleceu, nos §§ 14, 15 e 16, do artigo 40, diretrizes para sua instituição no âmbito dos Regimes Próprios.

Os dispositivos inseridos permitiram aos Entes Federados a criação de Regimes Complementares de Previdência para seus servidores efetivos, ocasião em que os benefícios pagos pelo Regime básico deveriam ter o valor limitado ao salário de benefício praticado pelo Regime Geral de Previdência Social (§ 14).

E que seria necessário a edição de Lei Complementar, com observância dos preceitos contidos no artigo 202, da Carta Maior, contendo normas de caráter geral para a instituição de tais regimes (§ 15).

Estabeleceu, ainda, que os regimes de previdência complementar dos Entes Federados, somente poderiam ser criados após a edição da dita Lei Complementar (art. 10, da Emenda Constitucional n. 20/98).

O disposto no artigo 10, da Emenda Constitucional n. 20/98, feria o princípio da autonomia dos Entes Federados, já que no âmbito da previdência social a competência legislativa dos Entes Federados é concorrente.

A Constituição brasileira adotou a competência concorrente não cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e o Distrito Federal especificá-las, através de suas respectivas leis. É a chamada competência suplementar dos Estados-membros e Distrito Federal (CF, art.24, § 2º).^{vi}

Ao disciplinar o exercício da competência legislativa concorrente entre os Entes Federados, outorgou aos Estados e ao Distrito Federal o poder de, na inércia legislativa da União, editar os regramentos acerca da matéria que possuirão eficácia até a edição da dita norma geral (§§ 3º e 4º, do artigo 24).

Assim o artigo 10, da Emenda Constitucional n. 20/98, encontrava-se eivado de inconstitucionalidade já que caracteriza ofensa ao princípio da autonomia do ente federativo, integrante do rol de cláusulas pétreas da Constituição Federal, pois veda ao ente federado o exercício de sua competência legislativa constitucionalmente estabelecida sob a natureza suplementar o que não poderia ser efetivado pelo constituinte derivado, ante ao reconhecimento da jurisprudência pátria acerca da inconstitucionalidade de emendas constitucionais que violem o núcleo material do texto maior.^{vii}

Em que pese a manifesta inconstitucionalidade, a restrição somente sucumbiu com a edição da Lei Complementar n. 108, de 29 de Maio de 2.001, que dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar.

E posteriormente pela revogação do dito artigo, promovida pela Emenda Constitucional n. 41/03.

Por fim, retratou o princípio da facultatividade, ao estabelecer que o Regime Complementar somente se aplicaria ao servidor quando este optasse expressamente pelo mesmo (§ 16).

A reforma promovida em 2.003, por intermédio da Emenda Constitucional n. 41, alterou apenas o § 15, do artigo 40, mas as modificações foram profundas, já que impuseram além da necessidade de observância dos preceitos contidos no artigo 202 outras determinações que serão melhores analisadas a frente.

Com o objetivo de regulamentar os dispositivos atinentes à previdência complementar dos servidores públicos federais, o Poder Executivo encaminhou em 2.007, projeto de Lei ao Congresso Nacional autuado sob o número 1.992 que se encontra ainda em discussão nas Casas legislativas.

4. O REGIME COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS:

A implementação de Regime de Previdência Complementar para os servidores públicos, após as mudanças promovidas no texto constitucional, impôs como características principais a necessidade de que sua instituição se de por Lei de iniciativa do Poder Executivo, Entidade Gestora Fechada de Natureza Pública, constituição de Plano de Benefícios na modalidade Contribuição Definida, contribuição do Patrocinador no máximo igual a do participante, limitação dos benefícios no Regime Básico ao limite máximo do salário de benefício do Regime Geral e adesão facultativa dos servidores.

4.1. Instituição por Lei do Poder Executivo:

A atual redação do § 15, do artigo 40, da Constituição Federal exige a instituição do Regime de Previdência Complementar dos servidores por intermédio de Lei cuja propositura é da competência do Poder Executivo, observando, no que couber, os preceitos contidos no artigo 202.

Anteriormente o mesmo parágrafo estabelecia que Lei Complementar traria regras gerais sobre o tema.

Então é preciso diferenciar as duas situações, a redação inicial do parágrafo, pressupunha a necessidade de Lei Complementar com o intuito de estabelecer-se normas de caráter geral que pudesse dar os contornos norteadores do sistema complementar para o servidor.

E, porque não dizer, como forma de fortalecer a competência concorrente em matéria de previdência social, definida na própria Constituição Federal.

A dita Lei Complementar, conforme já mencionado, foi editada no ano de 2.001, sob o número 108.

Hoje, o § 15, não mais fala em Lei Complementar, primeiramente porque esta já existe, mas também porque ao estabelecer que o Regime Suplementar dos Servidores deve observar os preceitos do artigo 202, da Constituição, que por sua vez, já impõe a obrigatoriedade de edição de Lei Complementar disciplinando as regras gerais do sistema.

Fazendo-se, necessário, agora, a edição de Lei para instituir o Regime, definindo suas características e peculiaridades, o que deve ser feito de forma específica pelo Ente e por intermédio de Lei ordinária, como o fez a União ao enviar ao Congresso Nacional em 11 de setembro de 2.007, a Mensagem n.º 664/2007 que deu origem o Projeto de Lei n.º 1.992/07.

O referido projeto conta com a seguinte ementa *institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona, fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição, autoriza a criação de entidade fechada de previdência complementar denominada Fundação*

de Previdência Complementar do Servidor Público Federal - FUNPRESP, e dá outras providências.

A competência exclusiva do Poder Executivo para a propositura da matéria, mantém a linha que se tentou adotar com a inserção em 2.003, do § 20, no mesmo artigo 40, da Constituição Federal.

Naquela oportunidade o constituinte reformador buscou atribuir todas as ações relacionadas à previdência social a um único Poder, no caso o Executivo, com o intuito de uniformizar procedimentos e permitir a implementação da reforma em sua totalidade.

O projeto inclusive avança ainda mais, no conceito de Unidade Gestora única ao franquear, em seu artigo 23, a Estados, Distrito Federal e Municípios a possibilidade deste aderirem aos planos de benefícios oferecidos pelo FUNPRESP na condição de patrocinadores.

Com isso, permite que os Entes Federados, ao invés de criarem uma estrutura voltada para a implementação, gestão e manutenção de um sistema de previdência complementar, possam instituí-lo dentro de seu regime, por intermédio do sistema criado pela União para seus servidores.

Contudo, a existência de apenas uma Entidade com o objetivo de gerir a previdência complementar federal, assim como o foi no Regime básico, não agrada os demais poderes e os órgãos auxiliares que se utilizam dos mais variados argumentos com a intenção de afastar-se do sistema criado pelo Executivo.

O atual modelo constitucional, não permite tal diferenciação, até porque se no âmbito do sistema básico de previdência dos servidores da União, a gestão deve obrigatoriamente ser feita por uma única Unidade Administrativa, como poderia no regime suplementar permitir-se a criação de várias Entidades com o próprio de fazer a sua gestão.

Contudo, o projeto apresentado pelo Executivo permite a discussão acerca da descentralização, a medida que ao definir os participantes do sistema afasta os integrantes do Poder Legislativo, afrontando a Constituição no que tange a gestão e única e a necessidade de tratamento igualitário entre os cidadãos, no caso, os servidores públicos.

4.2. Entidade Fechada:

Isto porque a Constituição Federal optou por restringir o acesso do sistema previdenciário complementar dos Entes Federados somente a um grupo de pessoas determinado dentre aquelas que exercem atividades no âmbito estatal.

A análise simples e superficial dos dispositivos constitucionais enseja a conclusão de que são abrangidos pelo novo regime complementar apenas os servidores ocupantes de cargos efetivos (art. 40) e os vitaliciados (artigos 73, § 3º, 93, VI e 129, § 4º).

Nesse sentido, também caminhou o projeto de Lei da União ao estabelecer em seu artigo 1º, que o regime ali instituído destina-se aos servidores ocupantes de cargos efetivos e aos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas.

Ocorre que o Projeto falha ao não contemplar dois seguimentos que estão vinculados ao Regime Próprio, quais sejam, os estabilizados e os militares.

Conforme aqui já noticiado os estabilizados foram reconhecidos pelo próprio Ministério da Previdência como segurados do Regime Próprio, entendimento este balizado em parecer da Advocacia Geral da União.

O referido parecer é categórico ao reconhecer a igualdade de direitos entre os estabilizados e os ocupantes de cargos efetivos, senão vejamos:

Em primeiro lugar, parece não haver dúvida de que a interpretação da norma de estabilidade especial vale dizer, excepcional, constante do Ato das Disposições Transitórias teve por objetivo, tal como passou a ser tradição nas Constituições brasileiras a partir de 1946, conceder a quantos servidores contassem com o tempo de serviço igual ou superior a cinco anos, na data da promulgação da Constituição – excepcionalmente – os mesmos direitos dos servidores efetivados no cargo pela regra geral de ingresso no serviço público mediante concurso e aquisição de estabilidade após um estágio chamado probatório. De fato, a norma constitucional transitória estabeleceu a necessidade de concurso público para efetivação dos servidores não concursados, os quais tornou estáveis aos cinco anos de serviço. Contudo, entender que o legislador pretendeu criar uma espécie de servidor atípico, ou seja, com todos os direitos do servidor estável, exceto o direito a previdência por regime próprio dos servidores, é interpretação que não parece razoável. A interpretação mais lógica e mais segura, é entender-se exatamente o oposto, ou seja, que, embora tenha concedido aos servidores não estáveis os mesmos direitos do servidor estável, inclusive, e naturalmente, a aposentadoria, quis o legislador, com a exigência do concurso, nada mais do que aperfeiçoar o processo de integração dos mesmos no serviço público, mediante a correção do meio de ingresso no serviço público, via concurso, ressalte-se, de modo a retirar dos mesmos a condição de servidores com ingresso especial, ao viabilizar a integração completa dos mesmos no status de servidores efetivos comuns, inclusive pela forma de ingresso no serviço.^{viii}

Portanto, o Regime Complementar a ser instituído no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios deve obrigatoriamente contemplar este grupo de servidores públicos.

No mesmo sentido há de caminhar a questão referente aos militares, pois apesar de se tratar de uma classe diferenciada de servidores, integra o grupo cuja gestão, administração e manutenção do regime básico encontram-se sob a responsabilidade dos Entes Federados.

Muito se discute se o sistema previdenciário dos militares se constitui em um regime apartado do dos demais servidores ou se integram um único regime com regras diferenciadas.

Em que pese a diferenciação de critérios para a concessão de benefícios não se pode dizer que as peculiaridades da carreira militar autorizam por si só a existência de um regime básico paralelo que contemple este grupo de servidores.

É preciso, que o regime único, observe estas diferenciações com o objetivo de tratar os militares e seus dependentes de acordo com as particularidades da carreira, só que isso não pode significar um permissivo para a criação de um Regime em apartado.

Os militares da União e da maioria dos Estados, em especial os Oficiais, possuem salários superiores ao limite máximo do salário de benefícios do Regime Geral de Previdência Social, fato este que os torna elegíveis ao regime complementar.

Diante de tais constatações não seria possível admitir a existência de duas instituições para gerir o sistema de previdência complementar dos servidores públicos, uma abrangendo os servidores civis de todos os Poderes e outra destinada apenas aos militares.

Além disso, o projeto também não contempla os servidores do Poder Legislativo, uma vez que não faz alusão a este. Nesse caso é preciso destacar que o dito poder é integrado também por servidores ocupantes de cargos efetivos e estabilizados e pelos parlamentares.

Ora, assim sendo, aplicar-se-á, por todas as razões já apresentadas, as regras do sistema complementar aos servidores efetivos e estabilizados daquele Poder, devendo, portanto, estar inseridos no Projeto apresentado.

Os parlamentares que forem servidores efetivos ou estabilizados e estão no exercício do mandato manterão sua filiação ao Regime Próprio de Previdência, em qualquer outra circunstância serão filiados ao Regime Geral.

Devendo, portanto, na primeira hipótese optar-se pelo regramento contido no Projeto de Lei encaminhado ao Congresso Nacional, contudo não há expressa previsão legal nesse sentido.

Uma possível explicação para essa situação residiria no fato de que o Plano de Seguridade Social dos Congressistas, instituído pela Lei n. 9.506/97, constitui-se em um sistema complementar destinado aos parlamentares, e, nesse sentido a filiação dos parlamentares-servidores a este afastaria a possibilidade desta ocorrência no FUNPRESP.

Contudo, tal entendimento ofende a unidade administrativa apregoada no Regime Próprio básico e exaustivamente discutida aqui.

Então, o correto seria o regime de previdência complementar a ser instituído pelo Projeto de Lei n.º 1.992/07, contemplar além dos ocupantes de cargos efetivos e os vitaliciados, também os estabilizados pela Constituição Federal de 1.998 e os militares, bem como os integrantes do Poder Legislativo que possuam vínculos desta natureza com o Estado, independentemente do exercício de mandato eletivo.

4.3. *Natureza Pública da Entidade:*

O legislador constituinte reformador ao estabelecer que a Entidade gestora do Regime Complementar deve possuir *natureza pública* introduziu grande polêmica acerca da

personalidade jurídica do órgão responsável pela gestão do sistema de previdência complementar dos servidores públicos.

A organização administrativa brasileira clássica contempla basicamente dois tipos de entidades, aquelas de direito público dentre as quais figura a Administração Direta, Autarquias e as de direito privado onde figuram as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista.

No que tange as chamadas Fundações Públicas controverte-se a doutrina acerca de sua personalidade jurídica.

Formaram-se, basicamente, duas correntes: de um lado, a que defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo poder público e, de outro, a que entende possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada, a primeira das quais como modalidade de autarquia. Após a Constituição de 1.988, há quem entenda que todas as fundações governamentais são pessoas jurídicas de direito público.^{ix}

O Projeto de Lei n. ° 1.992/07, no parágrafo único, do artigo 4º, estabeleceu que a entidade responsável pela gestão do sistema previdenciário complementar federal será constituída sob a forma de Fundação Pública de Direito Privado.

O fundamento para que a Entidade gestora tenha personalidade jurídica de Direito Privado consiste no fato de que o Regime Complementar, mesmo aquele destinado ao servidor público, deve revestir-se de contornos do sistema privado, na verdade ele é privado.

Em suma, resta claro que, em nossa atual Constituição, a previdência oficial (estatal, de filiação obrigatória e submetida a regime de direito público), disciplinada basicamente pelos arts. 40 e 201, não se confunde com a previdência privada (complementar, facultativa, contratual, baseada na constituição de reservas garantidoras dos benefícios, e, por tudo isso, submetida a regime jurídico de direito privado, com restrições de ordem pública), disposta no art. 202, não nos parecendo possível que o só emprego da expressão “de natureza pública” pelo art. 40, § 15, da Constituição tenha, numa interpretação sistemática e em vista da unidade do texto constitucional o condão de alterar essa conformação jurídico-constitucional do sistema previdenciário brasileiro.^x

Além destes argumentos e para que a expressão “natureza pública” não se tornasse letra morta no texto constitucional, os defensores da personalidade jurídica atribuída à Entidade gestora do regime complementar afirmam que é preciso que seja observado os princípios decorrentes da Administração Pública, daí ter o referido Projeto elencado em seu texto os pressupostos que caracterizam sua natureza pública:

Art. 8º A natureza pública das entidades fechadas a que se refere o § 15 do art. 40 da Constituição consistirá na:

I - submissão à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos;

II - realização de concurso público para a contratação de pessoal;

III - publicação anual, na imprensa oficial ou em sítio oficial da administração pública certificado digitalmente por autoridade para esse fim credenciada no âmbito da Infra-Estrutura de Chaves Públicas

Brasileira - ICP-Brasil, de seus demonstrativos contábeis, atuariais, financeiros e de benefícios, sem prejuízo do fornecimento de informações aos participantes e assistidos do plano de benefícios e ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, na forma das Leis Complementares nos 108 e 109, de 2001.

O dispositivo em questão busca assemelhar o regime jurídico do FUNPRESP ao estabelecido para as Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIN n. 2.135-4, reconhecendo a inconstitucionalidade das alterações que foram promovidas no *caput* do artigo 39, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n. 19/98 fulminou de morte a possibilidade de criação de Fundações Públicas de Direito Privado no âmbito da Administração Pública federal, *in verbis*:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo exaurimento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

Isto porque, no caso de fundações públicas de direito privado, o pessoal, em nosso entender, deve sujeitar-se normalmente ao regime trabalhista comum, traçado na CLT. Sendo de natureza privada tais entidades, não teria sentido que seus servidores fossem estatutários. Na verdade, haveria mesmo incompatibilidade, haja vista que o regime

estatutário, com seu sistema de cargos e carreiras, é adequado para pessoas de direito público, como é o caso das autarquias e das fundações autárquicas, sem contar, como é óbvio, as pessoas políticas da federação.^{xi}

E a decisão em questão, além de declarar inconstitucional o texto reformador, reestabeleceu a vigência da redação original do *caput* do artigo 39, da Carta Maior, cujo teor é o seguinte:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

O texto constitucional não faz menção expressa ao regime estatutário como Regime Jurídico único dos servidores públicos, mas impõe aos Entes Federados a escolha de apenas um regime (estatutário ou celetista) para reger as relações entre estes e os integrantes da Administração Direta, das Autarquias e Fundações.

A União, ainda em 1.990, optou pelo regime estatutário para os servidores públicos federais da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações, ao instituir, por intermédio da Lei n. 8.112, de 11 de Dezembro do mesmo ano *o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*.

Portanto, as Fundações Públicas de Direito Privado federais, não encontram mais espaço em nosso ordenamento jurídico, já que, ante a sua personalidade de Direito Privado, são obrigadas a observar o regime celetista para seu pessoal que, por sua vez, é incompatível com o disposto no *caput*, do artigo 39, da Constituição Federal, no âmbito da Administração Pública federal já que esta optou pelo regime estatutário para seu servidores.

Desta forma, os argumentos utilizados pelos defensores da necessidade de instituição de uma pessoa jurídica com personalidade de Direito Privado, não mais encontra respaldo, uma vez que as demais entidades existentes na Organização Administrativa Federal, com esta característica (Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista), não comportam a atribuição de gestão do sistema previdenciário complementar do servidor público.

E a única que poderia, ainda, encontrar, mesmo que de forma precária, algum respaldo jurídico, acabou sucumbindo diante da inconstitucionalidade do disposto no *caput* reformado, do artigo 39, da Carta Magna.

4.4. Benefícios sob o Regime de Contribuição Definida:

O legislador constituinte definiu, dentre as formas de financiamento dos planos de benefício, que o sistema complementar dos Entes Federados seria financiado sob o regime de contribuição definida.

Ou seja, somente poderão ser oferecidos planos de benefícios pelos Regimes Complementares ao RPPS na modalidade Contribuição Definida (CD). Essa modalidade de plano é a mais conservadora para os regimes, pois o participante sabe o quanto tem que

contribuir, mas o valor de seu benefício dependerá do montante vertido para o regime ao longo do tempo, o benefício, portanto é indefinido e variável, nessa modalidade.^{xii}

Portanto, o valor que o participante do Regime receberá a título de renda vitalícia mensal, dependerá dos valores pagos a título de contribuição por ele e pelo patrocinador, ou seja, o respectivo Ente Federado, somados aos rendimentos decorrentes da aplicação destes recursos.

4.5. Contribuição do Patrocinador igual a do Participante:

O § 15, do artigo 40, ao estabelecer a observância dos ditames do artigo 202, da Constituição Federal, impôs aos Entes Federados sua participação no sistema de previdência complementar na condição de patrocinador, a qual estará limitada ao mesmo valor aportado pelo participante, conforme determina o § 3º, do artigo ducentenário.

A Lei Complementar n. 108/01, que dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, no art. 6º, § 1º, também adota a fórmula 1:1. Esta regra tem como finalidade impedir que a sociedade subsidie a complementação dos benefícios previdenciários dos servidores públicos, uma vez que a característica deste regime complementar é o da capitalização e não o da solidariedade (aplicável ao regime geral e ao regime próprio até o limite do regime geral).^{xiii}

Portanto, as receitas do regime de previdência complementar limitar-se-ão, as contribuições dos participantes que, por sua vez, será igual a do Ente Federado que atuará na condição de patrocinador, bem como aos recursos provenientes da rentabilidade das aplicações a serem realizadas pela FUNPRESP e as improváveis, mas não impossíveis, doações que o Fundo de Previdência Complementar venha a receber.

O projeto de Lei enviado ao Congresso pela União, assim o estabelece, senão vejamos:

Art. 10. A FUNPRESP será mantida integralmente por suas receitas, oriundas das contribuições dos participantes, assistidos e patrocinadores, dos resultados financeiros de suas aplicações e de doações e legados de qualquer natureza, observado o disposto no § 3º do art. 202 da Constituição.

É fato que em um País com a economia estável como é o caso do Brasil, a rentabilidade seja de títulos, seja de fundos de investimento não alcança percentuais astronômicos, o que dificultará ainda mais a sua capitalização, levando a exigência de metas atuárias e de políticas de investimentos ousadas para a produção de recursos suficientes para o oferecimento de perspectivas de benefícios atrativos aos futuros participantes.

Por outro lado, quando falamos em políticas ousadas em previdência sempre surge o temor de fraudes e nesse aspecto o Projeto de Lei n. 1.992, limita-se a estabelecer, em seus artigos 20 e 21, que a fiscalização da FUNPRESP será feita pela Superintendência

Nacional de Previdência Complementar – PREVIC em conjunto com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

E no artigo 22, determina a aplicação do regime disciplinar previsto na Lei Complementar n. 109/01, no âmbito do sistema complementar dos servidores da União.

É preciso que sejam criadas regras rígidas e especificamente voltadas para as peculiaridades da Administração Pública, sob pena de os recursos aportados ao Fundo estarem expostos a uma série de riscos inerentes à Administração Pública.

4.6. Limite do Salário de Benefícios do RGPS no Regime Básico:

A implantação do Regime de Previdência Complementar no âmbito do serviço público, conclui, sem dúvida nenhuma, a principal intenção do legislador constituinte reformador que é a aproximação entre os dois regimes básicos de previdência existentes em nosso ordenamento jurídico.

Isto porque, permitirá que o Regime Próprio atue no sentido de proporcionar aos seus segurados apenas os recursos suficientes para manter o sustento de suas necessidades básicas pós-inativação, atuando da mesma forma que se comporta hoje o Regime Geral de Previdência Social.

Então, com a instituição do sistema complementar, os servidores que possuem altos salários terão seus benefícios restringidos ao limite máximo do salário de benefício praticado pelo INSS no momento de sua aposentadoria.

Por exemplo, suponhamos que exista hoje o Regime de Previdência Complementar em um determinado Ente Federado e entre seus participantes figure um servidor cuja remuneração total em atividade é de R\$ 5.800,00 (cinco mil e oitocentos reais).

Caso este resolva se aposentar hoje, seus proventos terão como limite máximo o valor de R\$ 3.689,66 (três mil, seiscentos e oitenta e nove reais e sessenta e seis centavos) que é o maior valor pago a título de benefício pelo Regime Geral.

Lembrando, sempre, que no Regime Próprio de Previdência Social, os proventos de aposentadoria são calculados com base na chamada média contributiva, criada pela Emenda Constitucional n. 41/03 e instituída pela Lei n. 10.887/04.

Em contrapartida a base de cálculo de sua contribuição previdenciária também deverá ter como limite máximo de incidência o teto do salário de contribuição do Regime Geral que hoje possui o mesmo valor do salário de benefício.

4.7. Adesão Facultativa:

A Previdência Complementar dentro da sua finalidade de proporcionar ganhos maiores ao seu participante de forma a garantir a manutenção do padrão de vida que este possuía antes da sua inativação, adota para os Regimes Próprios, uma de suas principais características, consistente na possibilidade de escolha quanto à adesão ou não ao sistema.

Desta forma, a Lei não pode compelir o servidor público a filiar-se ao regime complementar cabendo exclusivamente a este a decisão acerca de assim proceder ou não.

Sendo este sabedor que ao optar pela não adesão e tendo seu ingresso no serviço ocorrido após a instituição do Regime Complementar pelo Ente Federado a que se encontra vinculado, seus proventos estarão limitados ao valor máximo pago pelo Regime Geral a título de salário de benefício.

Isto porque, para os atuais servidores ativos a não adesão ao Regime de Previdência Complementar, quando de sua criação, implicará na manutenção das regras que hoje regulam a concessão de suas aposentadorias no Regime Próprio.

Enquanto que para aqueles que venham a ingressar posteriormente a entrada em vigor da Lei que instituir o sistema complementar, independentemente de adesão a este, terão seus proventos relativos à aposentadoria do Regime básico limitados aos valores praticados pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Inicialmente é preciso destacar que o modelo de Previdência Complementar proposto pela União é *natimorto*, uma vez que o modelo jurídico escolhido para a Entidade Gestora encontra-se eivado de inconstitucionalidade.

Mas em se corrigindo os vícios que afrontam o texto maior, aqui mencionados. Não se pode deixar de lado o fato de que na prática, a Previdência Complementar não faz falta para o servidor público tendo em vista que sua aposentadoria não é limitada por um teto como é a do regime geral de previdência social. Os proventos são calculados, em regra, considerando a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizada como base para as contribuições do servidor correspondentes a 80% de todo o período contributivo. Isso faz com que o valor da aposentadoria não seja muito diferente do valor da remuneração do cargo na ativa.^{xiv}

Contudo a vontade estatal de aproximar os dois regimes básicos de previdência existentes no País faz com que sejam criados mecanismo que possam amenizar os impactos decorrentes desta mudança, daí a necessidade de se instituir um Regime de Previdência Complementar específico para os servidores públicos.

Os servidores públicos por uma série de fatores históricos tem regramento legal diferenciado dos demais trabalhadores da iniciativa privada, dentre os quais ainda figura a questão previdenciária.

A implantação do regime complementar na forma apregoada pelo texto constitucional e proposta pelo Governo federal, encontra-se eivada de inconstitucionalidades e afasta cada vez mais dos Regimes Próprios as características que norteiam o Regime Jurídico dos servidores públicos.

É preciso, então, que seja feita uma profunda reflexão acerca do modelo previdenciário que vem sendo proposto para o País e o regramento jurídico que regula as relações entre o Estado e seus servidores.

BRUNO SÁ FREIRE MARTINS, servidor público, advogado e professor universitário, autor do livro **DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO** e de vários artigos na área previdenciária.

ⁱ IBRAHIM, Fábio Zambitte, CURSO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO, 16ª edição, Ed. Impetus, página 757.

ⁱⁱ SANTOS, Jerônimo Jesus do. PREVIDÊNCIA PRIVADO, Ed. Jurídica do Rio de Janeiro, página 67.

ⁱⁱⁱ MARTINS, Sérgio Pinto. DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL. 27ª edição, Ed. Atlas, página 465.

^{iv} SANTOS, Jerônimo Jesus do. PREVIDÊNCIA PRIVADO, Ed. Jurídica do Rio de Janeiro, página 151.

^v PINHEIRO, Vinícius Carvalho; SILVA, Delúbio Gomes Pereira, Guimarães, Mônica Cabanas *et AL.* 80 ANOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: A História da Previdência Social no Brasil – um levantamento bibliográfico documental e iconográfico. Ministério da Previdência Social. 2.002, página 118.

^{vi} MORAES, Alexandre de. DIREITO CONSTITUCIONAL. 27ª edição, Ed. Atlas, página 325.

^{vii} MARTIS, Bruno Sá Freire. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO. Ed. LTr, páginas 133 e 134.

^{viii} Parecer AGU n.º GM 030, de 03 de Abril de 2002, publicado no DOU n.º 65, da mesma data.

^{ix} DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. DIREITO ADMINISTRATIVO. 21ª edição, Ed. Atlas, página 412.

^x PULINO, Daniel. Previdência Complementar do Servidor Público *in* REGIMES PRÓPRIOS – ASPECTOS RELEVANTES. Volume 4. Organizador ABPIEM. Pátria Editora, página 40.

^{xi} FILHO, José dos Santos Carvalho. MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 23ª edição, Ed. *Lumen Juris*, página 574.

^{xii} IBRAHIM, Fábio Zambitte; MARCELO, Leonardo Tavares e VIEIRA, Marcos André Ramos. COMENTÁRIOS À REFORMA DA PREVIDÊNCIA. Ed. Impetus, página 41.

^{xiii} BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes e JÚNIOR, Miguel Hovarth. PREVIDÊNCIA SOCIAL – ASPECTOS PRÁTICOS E DOUTRINÁRIOS DOS REGIMES JURÍDICOS PRÓPRIOS. Editora Atlas, página 229.

^{xiv} SPECHOTO, Karina. DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. Editora LTr, página 38.