

A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS – aspectos controvertidos



Fábio Zambitte

Professor e coordenador de Direito Previdenciário da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj)
Doutor em Direito Público pela Uerj
Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP

PALAVRAS-CHAVE: Entidades fechadas de previdência complementar; isonomia; Regime Geral de Previdência Social; regime de previdência complementar.

KEYWORDS: *Complementary closed pension entities; complementary pension regime; General Pension Regime; isonomy.*

RESUMO: Com o advento da Lei nº 12.618/2012 foi instituído o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, sendo fixado valor máximo para a concessão de aposentadorias e pensões. Na nova lei está prevista a criação de três entidades fechadas de previdência complementar. O objetivo das entidades é que os regimes próprios de previdência de servidores (RPPS) possam adotar o mesmo limite máximo de pagamento do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). A razão da inovação é limitar o gasto do regime público e transferir os pagamentos superiores ao sistema complementar, como já funciona no setor privado. O novo regime é um instrumento de isonomia, um exemplo de modelo previdenciário que trata todos os brasileiros com igual consideração e respeito. Contudo, embora seja regra no regime de previdência complementar a submissão ao limite máximo de pagamento do RPPS, deveria comportar exceção. Deveriam manter o benefício integral pago pelo Estado as carreiras típicas de Estado, a fim de assegurar a necessária isenção na função pública. Adicionalmente, a Constituição Federal prevê que essas entidades fechadas de previdência complementar sejam dotadas de natureza pública. Essa previsão, contraditoriamente, gera violação à isonomia, com vantagens aos participantes dessas entidades quando comparadas com os demais fundos privados. Desta forma, os efeitos práticos são limitados à necessidade de concurso para a contratação de pessoal, submissão ao procedimento licitatório e publicidade no funcionamento da entidade.

ABSTRACT: Since the edition of the law nº 12.618/2012, a complementary pension regime was implemented for the federal government servers with permanent posts, being fixed a maximum number for concessions of retirements and pensions. The new law foresees the creation of three new complementary closed pension entities. The objective of these entities is that the own government servers' pension regime would be able to use the same maximum number of payments as the General Pension Regime. The reason for the innovation is to limit the costs of the public regime and to transfer payments to a superior complementary system, just the way it works in the private segment. The new regime is an isonomic tool, an example of a pension model that treats every Brazilian citizen with equal respect and consideration. However, even though submission to the maximum limit of payments for the federal government servers' pension regime is the rule, it should have exceptions. With the purpose of maintaining necessary impartiality in the public role, the whole benefit paid by the government should be kept for the servers with typical government role. The Constitution predicts that the complementary closed pension entities have a public nature. This prediction generates a violation of isonomy, which generates benefits for these entities when compared to the others with private funds. In this way, the practical effects are limited to the necessity of exams preview to hiring people, a submission to the bidding procedure and publicity in the functioning of the entity.

INTRODUÇÃO

No dia 2 de maio de 2012 foi publicada a Lei nº 12.618, oriunda do Projeto de Lei nº 2, de 2012 (PL nº 1.992/2007 na Câmara dos Deputados), que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, fixando o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo RPPS federal.

A Lei nº 12.618/2012 autoriza a criação de três entidades fechadas de previdência complementar, sob a denominação de Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud).

A ideia original do governo federal era estabelecer uma entidade única, mas em razão das resistências de alguns setores – em especial do Judiciário – optou-se por fundos de pensão por Poder. O acordo foi importante de forma a diminuir os potenciais conflitos futuros, especialmente pela questionável atribuição dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 41/2003 ao chefe do Executivo para estabelecer o projeto de lei sobre o tema (art. 40, § 15 da Constituição Federal).

De toda forma, a Lei nº 12.618/2012 traz a expressa possibilidade de fusão das carreiras em uma única Funpresp, como se nota no art. 4º, § 2º. Não é, portanto, obrigatória a criação das três fundações; tudo dependerá dos acordos entre os responsáveis de cada um; o presidente da República, o presidente do Supremo Tribunal Federal e os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Pelo arranjo atual, há fundos para o Executivo e o Judiciário. O do Executivo prevê a

A lógica, em linhas gerais, é limitar o gasto do regime público e transferir os pagamentos superiores ao sistema complementar, como já funciona no setor privado.

inclusão do Legislativo, enquanto a fundação do Judiciário traz a possibilidade de adesão do Ministério Público Federal.

FINALIDADE E VIGÊNCIA

Como se observa no art. 40, §§ 14 a 16 da Constituição Federal (CF/1988), tais entidades devem ser criadas para que os regimes próprios de previdência de servidores (RPPS) possam adotar o mesmo limite máximo de pagamento do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). A União deu partida ao seu sistema, assim como alguns estados. A lógica, em linhas gerais, é limitar o gasto do regime público e transferir os pagamentos superiores ao sistema complementar, como já funciona no setor privado.

Em geral, tal inovação é apresentada como instrumento de isonomia, pois a sistemática diferenciada para servidores, do ponto de vista estritamente protetivo, nunca teve razão de ser. Isso não implica, necessariamente, apontar servidores como privilegiados – em especial no âmbito federal –, pois desde o advento da EC nº 03/1993 e respectiva regulamentação há contribuição sobre o total da remuneração. A questão central, como se disse, não é a derrocada de alegados privilégios, mas somente trilhar um modelo previdenciário que trate todos os brasileiros com igual consideração e respeito.

No entanto, acredito que, em algumas carreiras, seja necessária a manutenção, por lei, de benefício integral pago pelo Estado, com adequado financiamento do servidor e do Poder Público, como forma de assegurar a necessária isenção na função pública, particularmente em carreiras típicas de Estado, como magistratura, fiscalização e Ministério Público. Essa, todavia, seria a exceção, e não a regra.

Infelizmente, essa não foi a opção do constituinte derivado, o qual manteve os regimes previdenciários diferenciados – RGPS e RPPS, mas submetidos a um mesmo limite máximo de pagamento. Preserva-se, assim, a anacrônica segregação de regimes e, ao mesmo tempo, é eliminada importante prerrogativa das carreiras típicas de Estado. Sem dúvida, a pior opção.

De acordo com o art. 40, § 16 da Constituição, a limitação ao teto do RGPS somente alcançará, de forma obrigatória, os servidores que ingressarem em RPPS após a publicação da Lei nº 12.618, o que ocorreu em 2 de maio de 2012.¹ Apesar de o art. 33, I da Lei nº 12.618/2012 deslocar a vigência da parte inicial do texto, onde é instituído o novo regime, à data de criação da primeira Funpresp (o que somente ocorreu em 20 de setembro do mesmo ano) e o art. 1º, parágrafo único, da mesma lei, postergar a opção para esta última data, a Constituição é muito clara ao afirmar que o marco para o novo sistema é a publicação do novo regime, e não sua vigência.

O art. 30 da Lei nº 12.618/2012 prevê, compreensivelmente, que o *exercício* dessa opção somente poderá concretizar-se a partir da data da publicação pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) da au-

torização de aplicação dos regulamentos dos planos de benefícios. A restrição é razoável, pois não há como materializar essa opção antes disso. Todavia, o *direito* à opção existe desde a publicação da Lei nº 12.618/2012.

Ou seja, em qualquer aspecto que seja interesse do servidor, pode-se considerar válido o novo regime desde 2 de maio de 2012. Pouco importa que a Funpresp-Exe, primeira entidade, tenha sido somente criada com o Decreto nº 7.808, de 20 de setembro de 2012 (DOU de 21/09/2012).

Pelo mesmo motivo, a limitação dos benefícios de novos servidores ao teto do RGPS, *a priori*, já seria aplicável desde a publicação da Lei nº 12.618/2012, a qual, no art. 1º, prevê a instituição do regime de previdência complementar dos servidores. Todavia, é perfeitamente admissível, quando for vantajoso ao servidor, acatar a vigência postergada até 20 de setembro de 2012.

A ideia, a princípio contraditória, decorre da natural compreensão que a Constituição, ao estabelecer um marco para o novo regime previdenciário, traz forma de preservar expectativas de direito, sem excluir possíveis vantagens. Se a regulamentação legal decide estabelecer novo marco, isso somente seria admissível no sentido de ampliar as garantias já asseguradas, e nunca restringi-las.

Ou seja, aquele que ingressou no serviço público federal, após a publicação da lei, mas antes de 20 de novembro de 2012, ainda poderá escapar à limitação do teto do RGPS, tendo em vista a benesse do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.618/2012. Já para outros aspectos, como o benefício especial ou o benefício proporcional

¹ Art. 40, § 16, da Constituição: “Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar” (grifo nosso). Já o art. 1º da Lei nº 12.618/2012 dispõe: “É instituído, nos termos desta Lei, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União”.

diferido, vale a data de publicação da referida lei, haja vista o potencial adiamento, nesse caso, implicar restrição inconstitucional.²

Com isso, preceitos possivelmente vantajosos para servidores já vinculados a RPPS desejosos de ingressar no novo sistema, como benefício proporcional diferido e autopatrocínio, já estão em plena vigência, permitindo a adesão imediata, a partir da publicação da Lei nº 12.618/2012, embora o *exercício* dos mesmos permaneça postergado

até o efetivo funcionamento do sistema ou o transcurso de todos os prazos legais.

De toda forma, é importante notar que o ingresso em qualquer uma das Funpresp é sempre voluntário, nos termos do art. 202, *caput*, da Constituição. O que será obrigatório aos novos servidores é a limitação ao teto do RGPS.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E EXERCENTES DE MANDATO ELETIVO

O art. 4º da Lei nº 12.618/2012, que autoriza a criação das entidades, faz o delineamento de suas estruturas e composições. Estranhamente, o Ministério Público Federal, apesar de expressamente incluído no sistema, não faz parte da composição de qualquer uma das três modalidades de fundação. Sem embargo, isso não implicará prejuízo, mas sim a possível adesão a qualquer uma delas.

Parte do problema foi a recusa, à época, por parte do Judiciário, da inclusão dessa carreira em sua fundação. Ironicamente, quando da



criação da Funpresp-Jud, pela Resolução STF nº 496, de 26 de outubro de 2012, acabou-se por trazer a possibilidade de adesão do MPF e mesmo dos servidores do Legislativo e Tribunal de Contas.

Uma discussão interessante para os membros do MPF será a existência ou não do direito a aderir à entidade que desejarem, até de forma individual. Por uma aplicação analógica do art. 31, § 2º da Lei nº 12.618/2012, haveria o ingresso automático na primeira entidade criada, a Funpresp-Exe. Todavia, como o dispositivo prevê situação um pouco diversa, que é a inércia na criação de um dos três fundos existentes – e, aqui, não há qualquer fundo que atenda o MPF –, acredito que o silêncio legal seja interpretado como uma opção mais abrangente, permitindo a adesão a qualquer entidade.

Também o Decreto nº 7.808/2012 prevê a possibilidade de esses servidores, assim como os vinculados ao Legislativo, aderirem à Funpresp-Exe, mediante convênio de adesão (art.

² Sem embargo, o *exercício* desses direitos somente poderá tomar lugar com a publicação da autorização de aplicação dos regulamentos dos planos de benefícios (art. 30 da Lei nº 12.618/2012).

5º). Acredito que ambas as entidades possam criar planos de benefício voltados a essas carreiras, podendo os servidores, individualmente, optarem pela mais adequada.

Interessante também notar que a Lei nº 12.618/2012, no art. 4º, II prevê a adesão, no Legislativo, de servidores titulares de cargo efetivo, o que exclui, ao menos a princípio, a possibilidade de adesão de deputados e senadores. Parece-me ser tal exclusão correta, pois o art. 40 da Constituição somente trata de servidores dotados de cargo público de provimento efetivo e, na sequência, a Lei nº 10.887/2004, ao dar nova redação às Leis nºs 8.212/1991 e 8.213/1991, expressamente incluiu tais pessoas no RGPS, na qualidade de segurados empregados. Logo, por não participarem de RPPS, estão automaticamente excluídos da adesão ao Funpresp. Naturalmente, caso seja um deputado ou senador que possua cargo público efetivo, em âmbito federal, poderá optar pela adesão ao Funpresp.

Ao que parece, a organização atual restará limitada às Funpresp-Exe e Funpresp-Jud. Como o Legislativo possui quantitativo reduzido de servidores, especialmente quando confrontado com o Executivo e o Judiciário, a tendência é que tais pessoas, necessariamente, acabem por aderir a uma das fundações existentes, assim como o MPF.

NATUREZA JURÍDICA

De acordo com o art. 4º, § 1º da Lei nº 12.618/2012, cada uma das entidades será estruturada na forma de *fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado*. A redação é peculiar e expõe um percalço que, certamente, ainda será apreciado pelos Tribunais.

O tema não é irrelevante, pois há consequências decisivas na distinção, apesar de, não raramente,



a diferença não ser tão visível em entidades criadas pelo Poder Público (FERREIRA, 1970, p. 15). O tema, de saída, carece de apreciação constitucional, pois há previsão normativa sobre a questão.

Sobre a natureza de fundação, não há críticas a se fazer. A Funpresp atende as três notas típicas de quaisquer fundações, que são a universalidade de bens, a personalização e a finalidade (CRETILLA JÚNIOR, 2002, p. 4), ou seja, como é uníssono na doutrina, uma fundação é um patrimônio personificado com determinado fim (GOMES, 1978, p. 217). Trata-se de uma associação de bens com uma finalidade, ao contrário das demais pessoas jurídicas, que, em geral, são compostas por uma associação de pessoas, com determinada finalidade.

Importa notar que, a princípio, a Funpresp, assim como as entidades fechadas de previdência complementar em geral, padeceria de um obstáculo à natureza de fundação, pois, em verdade, nessas entidades o patrimônio, via de regra, ainda não existe, mas será formado por meio de cotizações fixadas atuarialmente. Sem

embargo, o obstáculo é aparente, pois o patrimônio não carece de existência real no momento da criação da entidade, mas pode ser *potencial*, estabelecido por meio de receitas ainda a serem realizadas, especialmente quando os objetivos a serem alcançados são fixados em futuro remoto. A própria doutrina, desde longa data, admite a formação patrimonial da fundação *a posteriori* (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 15). Ademais, o art. 25 da Lei nº 12.618/2012 prevê aporte inicial para as entidades.

O art. 40, § 15 da Constituição, na redação dada pela EC nº 41/2003, prevê que as entidades fechadas de previdência complementar dos servidores são dotadas de *natureza pública*. A previsão não foi propriamente derivada de uma reflexão sobre o modelo ideal de sistema, mas sim da preocupação com o risco maior de qualquer sistema previdenciário, que é a insolvência. A natureza pública, nesse aspecto, teria o condão de transformar o Estado em uma espécie de ressegurador do modelo, especialmente pela cultura nacional de que empresas e entidades públicas *não quebram*. A previsão é problemática, pois a natureza pública gera potenciais vantagens frente aos demais fundos privados, como uma possível

imunidade tributária, na forma do art. 150, § 2º da Constituição, em flagrante violação à isonomia; por exemplo, pelas dificuldades gerenciais que isso provoca, como a necessidade de concurso público e licitação na contratação da gestão de recursos garantidores. Surge, também, como um contrassenso uma entidade pública para gerir, exclusivamente, recursos privados, visto que se trata de patrimônio de servidores, e não do Estado.

Entendo que tal entidade não possui condições de ostentar uma verdadeira natureza pública. Não há uma finalidade propriamente pública em seu funcionamento, porque se trata de patrimônio dos servidores. Além disso, é desprovida de poder de império e sem imposição de associação, pois a filiação é sempre facultativa, nos termos do art. 202, *caput* da Constituição, o que, enfim, exclui a possível natureza pública.³

A facultatividade de ingresso, inclusive, representa princípio constitucional da previdência complementar brasileira, atuando como expressão da livre iniciativa que fundamenta o campo das atividades econômicas (PULINO, 2011, p. 274). É neste contexto que se insere a proteção complementar nacional.

³ Sobre o poder de império e a imposição de ingresso como atributos necessários de entidades públicas, ver Ferreira (1970, p. 20).



Para contornar a questão, a Lei nº 12.618/2012 traz a figura inusitada da fundação privada com natureza pública, como forma de moldar o texto constitucional à pré-compreensão do sistema de previdência complementar. De modo mais enfático, o art. 8º da Lei nº 12.618/2012 discorre sobre os efeitos práticos dessa natureza pública, basicamente limitando-a à necessidade de concurso para a contratação de pessoal, submissão ao procedimento licitatório e publicidade no funcionamento da entidade.

Uma observação importante aqui. O fato de uma fundação ser criada por lei é, por natural, requisito necessário a uma instituição pública, mas nem toda fundação criada por lei assim será.⁴ Logo, a Funpresp, mesmo que criada por lei, não necessariamente teria de ostentar o status de pessoa jurídica de direito público. Não busca serviço público nem se submete a regime jurídico de direito público.

Ainda que a lei pretenda, com a *natureza pública*, estabelecer alguns requisitos limitadores, como na contratação de pessoal e na terceirização de gestão de recursos garantidores, isso não traz qualquer mutação da natureza dessa entidade, como se vê, por exemplo, em empresas públicas e sociedades de economia mista. Cria-se, assim, um ornitorrinco na previdência complementar, o que certamente só servirá para gerar desconfiança e dúvidas variadas no funcionamento da entidade, especialmente sobre a divisão das situações em que venha a ser submetida a regime privado ou não. Pessoalmente, considero a melhor solução a inconstitucionalidade parcial com redução de texto do art. 40, § 15 da CF/1988, na atual redação



dada pela EC nº 41/2003, excluindo a expressão *natureza pública*.

Para piorar, a lei esquece-se de prever a possível inclusão do pessoal das fundações nos planos de benefício por elas gerenciados. É erro primário, muito comum, outrora, em fundos de pensão, que se omitiam quanto ao ingresso de seus próprios funcionários. Pelo texto hoje vigente, como os funcionários são celetistas, a conclusão é pela impossibilidade de adesão, o que certamente não ajudará no comprometimento e seleção de tais profissionais.

PLANO DE BENEFÍCIOS

De modo geral, percebe-se que a Lei nº 12.618/2012 copia a terminologia tradicional da previdência complementar, com os conceitos de patrocinadores, participantes e assistidos. Nada mais natural, pois é de previdência complementar que se trata.

⁴ Neste sentido, ver Cretella Júnior (2002, p. 28-29). Como afirma o autor, fundação pública é “caracterizada por um regime jurídico de direito público típico, que não se justapõe, mas derroga e exorbita do paralelo regime a que é submetida a fundação de direito privado” (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 23). Mais adiante, de forma mais completa, afirma que “fundação de direito público, espécie do gênero autarquia, é a pessoa jurídica de direito público, administrativa, de substrato patrimonial, criada pelo Estado para a consecução de serviço público específico e sujeita à tutela administrativa da entidade política matriz criadora” (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 33).

O art. 12 desta lei estabelece, de forma compulsória, a modalidade de contribuição definida a quaisquer dos planos de benefícios ofertados. Embora a praxe dos novos planos de previdência complementar seja a adoção de tal modalidade, a restrição não é absoluta.

As normas gerais sobre previdência complementar, previstas nas LC nºs 108/2001 e 109/2001, no que couber, também vinculam o funcionamento da previdência complementar ao servidor, haja vista a expressa remissão do art. 40, § 15 da Constituição ao art. 202. Tendo a LC nº 109/2001, no art. 7º, admitido outras modalidades, não poderia a lei ordinária fixar restrição tão severa. Somente entidades fechadas constituídas por instituidores é que se submetem a tal limitação, em razão do maior risco de insolvência (art. 31, § 2º, II da lei).

Em verdade, o estabelecimento coercitivo do plano *contribuição definida*, quando analisado em conjunto com os demais dispositivos do Capítulo III da Lei nº 12.618/2012, expõe, muito claramente, a perturbadora e patológica necessidade de afastar, de toda e qualquer maneira, a responsabilidade estatal por eventuais déficits das fundações.

A neurose vai desde dispositivos desnecessários, como o art. 12, § 1º, que trata da evidente necessidade de revisão do plano de custeio quando necessário, até a exposição de motivos da lei, que defende o modelo de contribuição definida como forma de blindar a União, pois o sistema nunca seria deficitário.⁵ Por natural, em modelos de contribuição definidos puros, o benefício dura enquanto perdurarem as reservas; terminado o dinheiro, acaba o benefício.⁶

É certo que a CF/1988, na parte final do art. 40, § 15 prevê a obrigatoriedade dos planos de contribuição definida, mas cabe aqui, também, o temperamento necessário, de modo a limitar tal imposição somente aos benefícios programados, como aposentadorias por idade ou tempo de contribuição.⁷

Em prestações de risco, como benefícios por morte, doença ou invalidez, caberá algum tipo de seguro diferenciado ou, dependendo das opções das entidades, a criação de prestações na modalidade benefício definido, haja vista a dificuldade de concretizar coberturas de eventos imprevisíveis no modelo expresso na Constituição.⁸ A própria Lei nº 12.618/2012, no art. 12, §§ 3º e 4º, prevê um regime diferenciado para benefícios de risco, embora os limitando aos benefícios de invalidez ou morte. O art. 17, § 1º também traz o Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários, voltado a riscos não programados. O ideal seria o sistema atender a quaisquer afastamentos remunerados autorizados ao servidor.

SERVIDORES COM INGRESSO EM RPPS ANTERIOR À LEI Nº 12.618/2012 – OPÇÃO PELO BENEFÍCIO ESPECIAL

A Constituição, na atual redação do art. 40, § 16, dispõe que o servidor “que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”, ou seja, quando da publicação da Lei nº 12.618/2012 (art. 1º, *caput*), apenas aderirá às novas regras mediante prévia e expressa opção.

5 O item 19 do EMI nº 00097/2007/MP/MPS/MF, que acompanhou o PL nº 1997, reza que os planos de benefícios a serem oferecidos aos servidores, conforme as disposições estabelecidas no Capítulo III do Projeto, serão estruturados de modo a manter características de contribuição definida nas fases de acumulação de recursos e de percepção dos benefícios. Tal desenho apresenta vantagens do ponto de vista fiscal, pois elimina a possibilidade de geração de eventuais déficits.

6 Tal situação, em tese, poderá ser atendida pelo Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários (FCBE), previsto no art. 17, § 1º da Lei nº 12.618/2012.

7 Sobre as distinções dos benefícios típicos e atípicos da previdência complementar, ver Póvoas (2007, p. 387 e seg.).

8 Sobre o funcionamento de modelos híbridos na previdência complementar, ver McGillet et al. (2010, p. 380 e seg.).

Em primeiro lugar, cumpre reforçar a data marco para início do novo regime. Em seu art. 33, I, a lei posterga a vigência até a criação de uma das fundações, o que ocorreu em 20 de setembro de 2012, com a Funpresp-Exe. Todavia, como visto, tal adiamento só pode ser considerado válido se, com isso, amplia as vantagens para o servidor. No que for eventualmente desfavorável, há de prevalecer o marco constitucional, o qual claramente adota a *publicação*.

Por certo, o permissivo constitucional, ao prever o direito de opção, traz, implicitamente, a necessidade de alguma compensação pelo tempo de contribuição transcorrido, no qual o servidor, em muitas situações, já terá contribuído com valores superiores ao teto do Regime Geral de Previdência Social para o regime próprio de previdência.

Daí a razão para a Lei nº 12.618/2012, no art. 3º, §§ 1º a 8º prever o chamado *benefício especial*, que nada mais é do que uma indenização pela contribuição já realizada pelo servidor, em valores superiores ao limite máximo do RGPS.

A aferição somente sobre valores acima do teto do RGPS é correta, pois até tal limite ainda preservará o servidor seu direito à aposentadoria pelo RPPS. A adesão ao novo regime não o

exclui da vinculação obrigatória a regime próprio. Mesmo que deixe o serviço público, ainda poderá averbar tal interregno no RGPS.

O cálculo do benefício especial é composto de duas partes. Em primeiro lugar, faz-se a média remuneratória do servidor desde julho de 1994 (período do Plano Real) até a data de mudança do regime. De forma a facilitar o entendimento, vamos imaginar um servidor que vinha recebendo, em todos os seus anos na atividade pública, R\$ 20.000,00 e o limite máximo do RGPS, no mesmo período, tenha se mantido no fictício valor de R\$ 4.000,00. Para o exemplo, não há inflação no período.

Pois bem, admitindo-se essa permanência de valores, a média das 80% maiores remunerações do servidor, em valores atuais, será de R\$ 20.000,00. Desse valor, que é calculado a partir das remunerações atualizadas mês a mês – correção essa aqui considerada como inexistente – terá agora o RPPS que fazer a diferença frente ao limite máximo do RGPS vigente. No exemplo, R\$ 4.000,00. Logo, a base de cálculo para o benefício especial será de R\$ 16.000,00.

O segundo ponto é a fixação do percentual (fator de conversão), que será, no máximo, igual à unidade. O índice é encontrado a partir da razão entre a quantidade de contribui-



ções mensais efetuadas ao RPPS até a data de opção dividida por 455, quando servidor titular de cargo efetivo; por 390, quando servidora (ou professor de ensino fundamental); e por 325, quando professora de ensino fundamental.

Os parâmetros apresentados não são arbitrários. A regra para o homem, com divisor de 455, decorre da multiplicação de 35 anos (tempo de contribuição mínimo para o benefício pleno em RPPS) por 13, número de contribuições anuais, incluindo a gratificação natalina. O mesmo raciocínio vale para mulheres (30 anos) e professores (30 ou 25 anos, homem ou mulher, respectivamente).

Interessante notar que a Lei nº 12.618/2012 não expõe percentuais para outras situações de tempo reduzido de trabalho, como os policiais, mas prevê a adequação necessária no art. 3º, § 4º. A solução natural, até por isonomia, será aplicar a mesma razão entre tempo de contribuição *versus* tempo mínimo necessário à aposentadoria.

Continuando no exemplo citado, caso se trate de um homem, servidor há exatos 10 anos, que venha a se afastar, terá como fator de conversão o percentual de 0,2857 (130/455). Sendo a base de cálculo apurada o valor de R\$ 16.000,00, seu benefício especial, a ser concedido quando da aposentadoria do RGPS, em somatório ao valor desta, será de R\$ 4.571,20. Importante observar que o benefício especial não será pago pela Funpresp, mas sim pelo RPPS federal, quando da obtenção do benefício básico, aposentadoria ou pensão por morte, por quanto tempo esse perdurar. Em suma, o benefício especial, sem dúvida, é construído na modalidade benefício definido.

Todavia, há no art. 3º, § 5º da Lei nº 12.618/2012 uma inconstitucionalidade flagrante. Reza a lei que o benefício especial será pago quando da concessão de aposentadoria

ou pensão pelo RPPS, somente. Ou seja, ignora a opção do servidor exonerar-se do serviço público e, quando da aposentadoria do RGPS, usufruir de seu benefício especial.

O preceito, além de violar frontalmente o art. 202 da Constituição, que prevê a autonomia da previdência complementar frente aos regimes básicos, entra em choque com outros dispositivos da mesma lei, como o art. 14, III, que prevê a possibilidade expressa de benefício proporcional diferido e autopatrocínio; situações típicas (embora não exclusivas) de pessoas que se desligam do patrocinador.

O fato de o benefício especial ser concedido pelo RPPS não muda sua natureza. Uma vez feita a opção, trata-se de previdência complementar, dotada de existência autônoma. Não poderia a lei violar esse atributo fundamental, o qual foi um dos mais importantes da reforma previdenciária de 1998. Infelizmente, a meta puramente econômica da nova legislação impediu a compreensão das possíveis benesses da nova regulamentação. Provavelmente, caberá ao Judiciário reconhecer tais violações.

Conforme preceitua o art. 3º, § 7º da Lei nº 12.618/2012, o prazo para opção, irrevogável e irretratável, é de 24 meses a partir do início da vigência do regime de previdência complementar, o que, como visto, ocorrerá com a criação da primeira Funpresp (art. 33, I). Naturalmente, como a regra já vale desde a publicação da referida lei, a opção poderia ser feita desde maio de 2012.

Igualmente problemático o art. 22 da Lei nº 12.618/2012. O mesmo dispõe que o benefício especial se aplica aos servidores públicos federais oriundos, sem quebra de continuidade, de cargo público estatutário de outro ente da Federação que não tenha instituído o respectivo regime de previdência complementar e que ingressem em cargo público efetivo a partir da instituição da primeira Funpresp.

O preceito carece de interpretação conforme a Constituição. As regras transitórias em matéria previdenciária, nas EC n.ºs 20/1998, 41/2003 e 47/2005, preveem que as mesmas são aplicadas aos que já possuíam cargo público nas datas estabelecidas. Em momento algum as reformas estipularam a necessidade de permanência no mesmo cargo, função, poder ou ente federativo.

Regras transitórias, como se sabe, existem como forma de adequar o regime jurídico vigente a novas realidades, com transição razoável de forma a preservar a confiança e boa-fé que regem a relação entre Administração e administrados (BARROSO, 2004). Não há razão para a mudança de cargo público trazer a perda do regime transitório. Na verdade, isso apenas serviria para estimular a inércia profissional e a insatisfação dos que visavam a novas colocações no serviço público. Nada disso encontra amparo na Constituição de 1988.

Dessa forma, o preceito do art. 22 da Lei n.º 12.618/2012 deve ser interpretado como uma opção dada a tais servidores, para que, caso desejem, possam ingressar no novo sistema, contando com a quantificação do benefício especial pelo tempo pretérito exercido em cargos públicos estaduais, distritais ou municipais. Somente em tal contexto poderá o dispositivo vigorar.

INGRESSO E MANUTENÇÃO DA FILIAÇÃO

Mesmo para novo servidor, cumpre notar que o ingresso no regime de previdência complementar será sempre voluntário (art. 202, *caput* da CF/1988). Caso não deseje ingressar, pode optar por somente contribuir para o regime próprio sobre o limite máximo do RGPS, garantindo o benefício nas regras vigentes do RPPS. Pode mesmo optar por regime de previdência

complementar aberto, por convicção pessoal ou outro motivo, ou ainda assegurar seu futuro por investimentos diferentes, como imóveis. O que importa é que resta assegurada a liberdade do servidor em optar pelo melhor meio de usufruir de seu patrimônio.

A Lei n.º 12.618/2012, por natural, não ingressa em detalhes de manutenção mínima, períodos de contribuição, quantificação de renda mensal, os quais, por prudência, devem ser fixados nos respectivos regulamentos, passíveis de adequações periódicas quando há motivação atuarial para tanto. Portanto, o art. 13, *caput* delega aos regulamentos dos planos de benefícios a disciplina específica das prestações.

Sem embargo, a delegação não traduz liberalidade plena às fundações, pois os órgãos regulador e fiscalizador (Conselho Nacional de Previdência Complementar e Previc, respectivamente) deverão exigir o cumprimento dos preceitos administrativos vigentes e demais requisitos que demonstrem o equilíbrio financeiro e atuarial da entidade.

A contribuição, fixada na mesma lei, tanto para o participante como para o patrocinador é de 8,5% (art. 16, § 3º). Nada impede que o

É, sem dúvida, imoral que o Estado venha a subsidiar as prestações futuras de servidores com patamar remuneratório mais elevado e, por outro lado, deixe sem qualquer contraprestação aqueles com vencimentos inferiores ao teto do RGPS.

servidor efetue, além da contribuição normal, recolhimentos superiores ao percentual estabelecido, mas não haverá, para tais excedentes, contraprestação do patrocinador estatal (art. 16, § 4º).

Interessante notar que a lei, expressamente, atribui a possibilidade de servidores que recebam remuneração inferior ao limite máximo do RGPS de contribuir também para o sistema complementar (art. 13, parágrafo único). Todavia, em tais situações, como não há valores acima do teto, a contribuição voluntária será somente do servidor, sem a contrapartida do ente público.

Julgo a restrição inconstitucional. Apesar de, à primeira vista, sensata, impõe prejuízo aos servidores que, justamente, careceriam de maior estímulo à poupança e investimento. É, sem dúvida, imoral que o Estado venha a subsidiar as prestações futuras de servidores com patamar remuneratório mais elevado e, por outro lado, deixe sem qualquer contraprestação aqueles com vencimentos inferiores ao teto do RGPS.

Novamente, observa-se aqui a gênese do modelo de previdência complementar com intuito unicamente financeiro, e não protetivo. A intenção de limitar as prestações dos RPPS ao mesmo limite do RGPS é defensável, mas o patrocínio estatal apenas para servidores de remunerações mais elevadas acaba por criar quadros de segunda classe no serviço público. A Lei nº 12.618/2012 também admite a manutenção da filiação ao regime complementar nas hipóteses de cessão a outro órgão, mesmo empresas públicas ou sociedades de economia mista, licenças com ou sem remuneração, e ainda para os que optarem pelo benefício proporcional diferido ou autopatrocínio (art. 14). Caso seja uma cessão com ônus, ou seja, quando o órgão cedente mantém o pagamento da remuneração, o respectivo patrocinador preserva, também, o encargo de continuar efetuando as contribuições devidas.

Caso o ônus seja do cessionário, este assume, frente ao servidor público, os encargos do patrocinador.

Interessante notar que, como o art. 14 da Lei nº 12.618/2012 prevê, expressamente, a possibilidade de permanência de filiação nas hipóteses de benefício proporcional diferido ou autopatrocínio, reconhece a lei que o servidor poderá exonerar-se do cargo público e obter, no futuro, prestações devidas. Com isso, evidencia-se a necessidade de temperamento do art. 3º, § 5º da Lei nº 12.618/2012.

PORTABILIDADE E RESGATE

Outro aspecto omissos da lei, tanto para servidores já pertencentes ao RPPS como para no-



vos integrantes, é a opção de portabilidade e resgate. Como prevê a Lei Complementar nº 109/2001, art. 14, tais institutos, em conjunto com o autopatrocínio e o benefício proporcional diferido, são obrigatórios em qualquer plano de benefícios.

Em razão da lacuna da Lei nº 12.618/2012, deve-se adotar o art. 40, § 12, da Constituição, o qual justifica, nesse caso, a aplicação analógica da LC nº 109/2001 aos servidores públicos federais. A aplicabilidade da LC nº 109/2001 é reconhecida no próprio corpo da Lei nº 12.618/2012, haja vista várias referências à mesma e previsão expressa nesse sentido, no art. 27.

Ademais, seria flagrante violação à isonomia estabelecer plano de benefícios de previdência complementar com opções mais restritivas somente pela natureza funcional dos participantes.

Como se disse, a criação da previdência complementar dos servidores, embora defensável tecnicamente, não teve tal substrato, mas voltada, de modo precípua, ao encontro de contas do Poder Público. É visível que algumas vantagens oriundas do sistema de previdência complementar foram, propositadamente, omitidas da nova regulamentação, mas é razoável concluir que o Judiciário não terá outro caminho senão reconhecê-las como válidas no modelo de previdência complementar brasileiro, em todos os setores.

CONCLUSÃO

A temática da previdência complementar, em especial desde a reforma de 1998 e a publicação das LC n^{os} 108 e 109/2001, muito tem evoluído, tendo o sistema nacional uma maturidade nunca antes alcançada. No momento em que os regimes próprios de previdência aderirem ao sistema, haverá um natural crescimento do setor, demandando acompanhamento rigoroso do Poder Público, dos participantes e assistidos. Não poderá o sistema ser utilizado como instrumento político ou meio de assegurar o equilíbrio financeiro do Estado, sem compromisso com o bem-estar dos participantes.

A Lei n^o 12.618/2012 traz algumas previsões preocupantes, as quais, talvez, sejam oriundas do descuido natural de um projeto aprovado com grande celeridade, mas que nunca poderão propiciar um modelo inferior e mais restritivo que a previdência complementar privada hoje existente.

A nova disciplina normativa, inserida no contexto da seguridade social brasileira, deve observar, na melhor medida do possível, a efetividade da cobertura dos participantes e, também, o respeito ao direito acumulado de cada um. A viabilidade do novo sistema só se concretizará mediante o respeito aos ditames da Lei Complementar n^o 109/2001, os quais, necessariamente, devem ser conjugados ao regramento da Lei n^o 12.618/2012, especialmente no âmbito das prerrogativas básicas, como a portabilidade, o direito proporcional diferido, o resgate ou o autopatrocínio. Somente com tais cuidados terá o servidor a confiança para aderir ao novo sistema que, afinal, é facultativo.

Para tanto, é importante reconhecer a natureza verdadeiramente privada dos fundos de pensão dos servidores, assim como a autonomia patrimonial e financeira frente ao Estado, com plena transparência da gestão da entidade, em especial, quanto aos recursos garantidores dos benefícios. Em resumo, tendo o servidor aderido à sistemática de proteção social – o que é possível desde a publicação da Lei n^o 12.618/2012 –, terá ele a seu favor todo o arcabouço normativo existente, impondo deveres e direitos como forma de atender a preservação de seu bem-estar nos momentos e condições estabelecidos pelo regulamento previdenciário.

Sendo o objetivo principal do novo regime a isonomia, e não o mero equilíbrio financeiro, deve o Estado reconhecer os direitos decorrentes da normatização inovadora, adotando, nas dificuldades apontadas, o paradigma dos modelos privados, já maduros e robustecidos pelas experiências dos últimos anos.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência – Ascensão e Queda de um Regime de Erros e Privilégios. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro, n. 58, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Fundações de Direito Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. **As fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público no Brasil**. Rio de Janeiro, 1970.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A previdência social no Estado contemporâneo**, Niterói: Impetus, 2011.
- McGILL, Dan et al. **Fundamentals of private pensions**. 9. ed. New York: Oxford, 2010.
- PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência privada: filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- PULINO, Daniel. **Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas**. São Paulo: Conceito, 2010.

