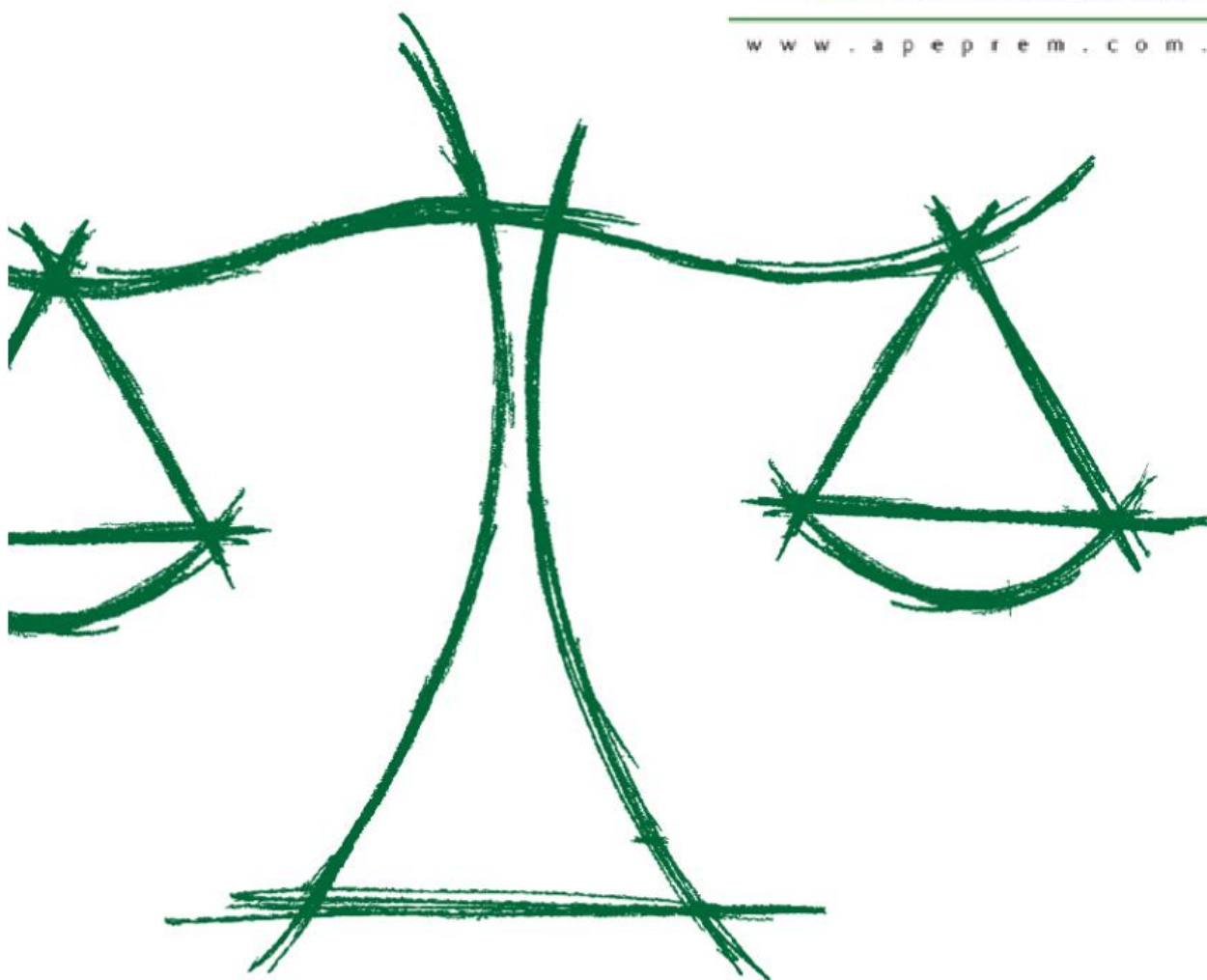




REGIMES PRÓPRIOS

Aspectos Relevantes

Volume 2

DB2 Consultoria em Marketing e editora LTDA.

R. Flórida, 1703, Brooklin

CEP 04565-001

São Paulo-SP

Tel.: 5505-6065

Capa

Direção de arte: Marcelo Paton

Projeto: Gabriel de Moraes Luiz

Produção Editorial e Arte: ERJ Composição Editorial

Presidente:

João Carlos Figueiredo/IPREJUN – Jundiaí/Sp

Vice-presidente:

Welligton Costa Freitas – IPS – Serra/Es

Secretário-geral:

Valnei Rodrigues – IPASEM/ Novo Hamburgo/Rs

Conselho de Administração:

Demetrius Ubiratan Hintz – IPESC – Santa Catarina/Sc

André Luiz Goulart – IPREMU – Uberlândia/Mg

José Maria Correa

Luiz Guilherme Machado de Carvalho – IPMA – Ananindêua/Pa

Conselho Fiscal:

Roberta Cabral Medeiros

José de Anchieta Batista – Acreprevidência

Presidente :

João Carlos Figueiredo – Jundiaí

Vice-Presidente:

Jonas Baldissera – Santa Fé do Sul

1ª Secretária:

Lucia helena Vieira – Diadema

2ª Secretária:

Solange Maria Maximiano de Pádua – Paraguaçu Paulista

1º Tesoureiro:

Antonio Corrêa – Indaiatuba

2º Tesoureiro:

Antonio Scamatti – Fernandópolis

Conselho Administrativo Titulares:

André Luiz da Silva Mendes – Peruíbe, PERUIBEPREV

Alberto Marques Passos – São Bernardo do Campo, FUPREM

Christian Petterson Antunes Lemos – Jacareí, IPMJ

Eliane Valim dos Reis – Hortolândia, HORTPREV

Fernando Rodrigues da Silva – Guarulhos, IPREF

Glória Satoko kono – Santo André, IPSA

Kleber Vicente Cavalcante – Praia Grande, IPMPG

Marcia Regina Moralez – São Paulo, IPREM

Marcus Vinicius Esteves Nunes – Paulínia, PAULIPREV

Moacir Benedito Pereira – Campinas, CAMPPREV

Paulo César Pinto de Oliveira – Bilac, IPREM-BILAC

Paulo Henrique Pastori – Ribeirão Preto, IPM

Roberto da Silva Oliveira – Diadema, IPRED

Sebastião Benedito Gonçalves – Ilha Solteira, IPREM-ILHA SOLTEIRA

Sirleide da Silva – Ubatuba, IPMU

Conselho Administrativo Suplentes:

Antonio Carlos Molina – São João da Boa Vista, IPSJBV

Elisa Maria Rocha – Barretos, IPMB

Guiomar de Souza Pazian – Birigui, BIRIGUIPREV

Francisco Carlos Conceição – Caraguatatuba, CARAGUAPREV

Maria Aparecida Della Villa – Piracicaba, IPASP

Onésimo Canos Silva Júnior – Assis, ASSISPREV

Paulo Vicentino – Mogi das Cruzes, IPREM-MOGI

Vandré Lencioni de Camargo – Paranapanema, IPESPEM

Conselho Fiscal Titulares

Edmilson Martins – Macatuba, IPREMAC

José Tomaz – São Manuel, IPREM-SM

Nelson Rodrigues de Mello – Marília, IPREMM

Conselho Fiscal Suplente:

Luiz Roberto Lopes de Souza – Garça, IAPEM

Varlino Mariano de Souza – Bauru, FUNPREV

APRESENTAÇÃO

O papel que as associações têm assumido na formação da cultura previdenciária no Brasil é inquestionável. Eis que por estarem em contato direto e permanente com os Regimes Próprios de Previdência Social, vislumbram as necessidades dos gestores, que procuram meios de estar atualizados em relação aos diversos campos da gestão.

Atualmente, as associações realizam encontros, seminários e congressos visando transmitir esses conhecimentos e dirimir o grande número de dúvidas que o setor ainda comporta.

Todavia, esse conhecimento não mantém memória escrita, e é nesse sentido que lançamos este segundo volume, ante a conclusão de que precisamos de várias ferramentas — de distintos interesses — para fortalecer e difundir o conhecimento.

Novos instrumentos estão começando a fazer diferença na difusão desse conhecimento, como a TV Abipem e a revista *Previdência Nacional*, que a Apeprem e a Abipem lançaram recentemente em conjunto.

O segundo volume agora lançado, cuja leitura se torna obrigatória pelo conteúdo e pela visão multidisciplinar, vem somar mais um tijolo na construção dessa estrutura de conhecimento necessária para sustentar os Regimes Próprios como modalidade de previdência imprescindível a uma nação que deve respeitar os verdadeiros responsáveis pela sua construção: os servidores públicos.

O excepcional conteúdo dos artigos aqui presentes só é superado pelo espírito de seus autores, que gratuitamente cederam seus conhecimentos por reconhecer a importância da formação dos responsáveis pelos Regimes Próprios e dos demais interessados, bem como o prazer que é contribuir com a geração do conhecimento.

Qualificação, esse é o objetivo final desta obra e a busca permanente que a Apeprem e a Abipem têm procurado trazer não só aos seus associados, mas também aos componentes desse sistema de previdência tão especial — e desconhecido da maioria da população.

Apresentamos mais esta contribuição a você, leitor, com a certeza de que estamos contribuindo para a formação de uma sociedade mais justa e fraterna.

Boa leitura!

João Carlos Figueiredo
Presidente da Apeprem e da Abipem

PREFÁCIO

Tenho a satisfação de apresentar ao leitor o segundo volume do livro *Regimes Próprios: Aspectos Relevantes*. É mais uma iniciativa da ABIPEM e da APEPREM em busca da divulgação e da consolidação de informações relacionadas aos Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS.

O esforço pela normatização e estruturação dos RPPS como regimes de previdência contributivos e equilibrados está prestes a completar uma década. O marco da regulação foi estabelecido pela Lei nº 9.717, de 1998. A seguir, promulgou-se a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que constitucionalizou os principais requisitos para organização e funcionamento dos regimes próprios. Além dos aspectos estruturais, estas mudanças exigiram também que se fizessem diversas alterações quanto à concessão de benefícios aos servidores e seus dependentes. A Reforma iniciada pela Emenda nº 20, de 1998, teve continuidade com a edição da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, complementada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005.

O Ministério da Previdência Social foi encarregado, pela Lei nº 9717/98, de realizar a supervisão e acompanhamento dos RPPS. Por conseguinte, desde o início do processo, desenvolve um trabalho de disseminação da legislação previdenciária entre todos os entes federativos. Para tanto, é realizado um acompanhamento individualizado dos regimes próprios, no que se refere à adequação da legislação, gestão do regime, arrecadação, aplicação e destinação dos recursos previdenciários. Esse trabalho tem causado retorno positivo nas finanças do regime previdenciário dos diversos entes e nas finanças públicas do país como um todo. O fortalecimento da cultura sobre a responsabilidade previdenciária gerou uma considerável melhoria na qualidade da gestão dos recursos administrados pelos RPPS.

Antes da regulamentação, os entes não segregavam os recursos previdenciários em contas distintas dos demais recursos públicos. Os valores decorrentes das contribuições previdenciárias eram utilizados para fins diversos, especialmente assistência à saúde dos servidores e outros serviços assistenciais, bem como em despesas administrativas do ente. Os recursos previdenciários sobressalentes eram aplicados pelos entes em ativos de risco ou não rentáveis, tais como aquisição de imóveis, em títulos de baixa ou nenhuma rentabilidade e principalmente em empréstimos ao próprio ente.

Considerando que a principal fonte de financiamento dos regimes próprios são as receitas de contribuições dos grupos previdenciários envolvidos (servidores ativos, aposentados e pensionistas e o ente público), observou-se a necessidade de

uma melhor estruturação desses regimes de forma capitalizada, permitindo o ingresso dessa nova fonte de recursos que é o retorno das aplicações financeiras dos recursos previdenciários. Isto possibilitará que, a médio e longo prazo, os regimes possam assumir integralmente os compromissos previdenciários, desonerando os tesouros dos respectivos entes federativos da responsabilidade de pagamento de benefícios previdenciários, permitindo ao Ente aplicar melhor os demais recursos públicos em prol da sociedade.

A cooperação do Ministério envolve a assistência técnica e metodológica aos governos, no sentido de lhes oferecer as condições básicas para o fortalecimento das competências das instituições responsáveis pela gestão previdenciária com relação às medidas a serem adotadas no estabelecimento, organização e manutenção dos RPPS.

Logo, as ações de esclarecimento e conscientização dos gestores públicos, bem como o acompanhamento dos RPPS, têm propiciado aos entes possuidores de Regime Próprio a oportunidade de se organizar de forma a cumprir os dispositivos legais a fim de garantir a seus servidores a concessão futura de todos os benefícios previstos na legislação.

Mostrou-se fundamental o trabalho desenvolvido pelas diversas associações que se dedicam a esclarecer e apoiar os entes nesta tarefa. Muitos dos pequenos municípios, cuja estrutura organizacional é deficiente, necessitam de auxílio especial para garantir aos servidores a implementação e até mesmo a continuidade do regime próprio. Trata-se de garantir o cumprimento do disposto no art. 40 da Constituição Federal que, expressamente, assegura aos servidores titulares de cargo efetivo, o regime especial nos moldes que delineia, além de determinar os critérios para que os servidores sejam aposentados. Embora as regras de concessão tendam a se aproximar daquelas aplicáveis aos demais trabalhadores, ainda há muitas diferenças previstas no texto constitucional e nas diversas Emendas. Além disso, está garantida a organização e funcionamento do regime em cada ente da federação, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Para que os regimes se mantenham em funcionamento e cumpram seu objetivo é necessário que sejam cumpridos os preceitos constitucionais, essencialmente o caráter contributivo e o equilíbrio financeiro e atuarial.

Desejando a todos uma excelente leitura, parabenizo à ABIPEM e à APEPREM por mais esta iniciativa. Em razão do conteúdo e da excelência dos temas apresentados, o livro irá, sem dúvida, contribuir para a evolução da discussão sobre a matéria.

Brasília, junho de 2008.

Carlos Eduardo Gabas

Secretário Executivo do Ministério da Previdência Social

SUMÁRIO

Artigo 1 – A Condição de Servidor Público e a Previdência Social: Aspectos do Direito Comparado	1
---	---

Maria Garcia

Artigo 2 – A Proteção Previdenciária dos Servidores Públicos Após as Reformas Constitucionais.....	9
--	---

Zélia Luiza Pierdoná

Artigo 3 – Função do Tribunal de Contas na Aprovação de Aposentadorias e Pensões	27
--	----

Antonio Fernando Jorge R. de C. Malheiro

Artigo 4 – Previdência Complementar do Servidor Público	45
---	----

Daniel Pulino

Artigo 5 – As Súmulas Vinculantes e a Previdência Social	113
---	-----

Miguel Horvath Júnior

Artigo 6 – Averbação e Desaverbação do Tempo de Contribuição	119
--	-----

Magadar Rosália Costa Briguet

Maria Cristina Lopes Victorino

Artigo 7 – Aspectos Relevantes do Direito Civil Aplicáveis aos Regimes Próprios de Previdência Social — RPPS.....	137
---	-----

Elma Lyra de Barros Carvalho

Artigo 8 – Menor Sob Guarda e o Direito À Pensão Deixada Pelo Avô	157
---	-----

Magadar Rosália Costa Briguet

Artigo 9 – A Perícia Médica no Contexto dos RPPS — Benefícios por Incapacidade	159
---	-----

Dr. Cláudio J. Trezub

Artigo 10 – Mudança Organizacional no Setor Público: Um Estudo de Caso da Previdência Pública Municipal	189
--	-----

Sandro Breval

Artigo 11 – O Servidor de Novo Hamburgo e seu Sistema de Seguridade Social	205
---	-----

Eusébio Finkler

Vera Campagnoni

Valnei Rodrigues

Artigo 12 – A Contabilidade dos Regimes Próprios de Previdência Social	211
---	-----

Diana Vaz de Lima

Artigo 13 – Sustentabilidade Financeira dos Regimes Próprios de Previdência	227
--	-----

Paulo Ricardo Di Blasi

Artigo 14 – Certificação ABIPEM	231
---------------------------------------	-----

Edmundo Maia de Oliveira Ribeiro

Artigo 1

A CONDIÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO E A PREVIDÊNCIA SOCIAL: ASPECTOS DO DIREITO COMPARADO

Maria Garcia¹

Refere-se, constantemente, um *novo modelo previdenciário* propondo-se, entre as várias medidas necessárias à regulação do sistema, “um modelo único para todos, à exceção dos trabalhadores rurais, que teriam regime específico”.²

De longa data, a existência de regime previdenciário próprio dos servidores públicos tem sido objeto de análises, algumas negativas, no sentido de representar privilégio para uma classe específica de trabalhadores.

Após a Emenda Constitucional n. 20/98, o *regime previdenciário próprio* deferiu-se, apenas, aos servidores estatutários efetivos, e o Regime Geral de Previdência a cargo do INSS foi estendido a todos os demais servidores públicos brasileiros.³

¹ Livre-docente pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito Constitucional, Direito Educacional e Biodireito Constitucional na PUC/SP. Vice-Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP. Membro da CoBi do HCFMUSP e do Instituto dos Advogados do Estado de São Paulo/IASP. Procuradora Aposentada do Estado de São Paulo. Membro fundador e atual Diretora Geral do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). Coordenadora da *Revista de Direito Constitucional e Internacional* (Editora Revista dos Tribunais), Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

² Abram Szajman. “Por um novo modelo previdenciário”. *O Estado de S. Paulo*, 25 de janeiro de 2007, p. B2.

³ A respeito e sobre “A natureza híbrida da CLT no serviço público”, Ivan Barbosa Rigolin. *BDA — Boletim de Direito Administrativo*, set. 2007, p. 1009 e segs.

A respeito dos Servidores Públicos — conforme refere a nomenclatura atual, de acordo com os artigos 39 e seguintes da Constituição de 1988 e de seu regime previdenciário —, torna-se necessário repor alguns pontos básicos que se vinculam diretamente à Administração Pública.

O Servidor Público é a Pessoa do Estado

Perante os cidadãos e os interessados em geral, o indivíduo no guichê, no balcão ou no gabinete *torna-se a pessoa do Estado* e é a única forma direta de comunicação.

Consciente ou não dessa representatividade, o servidor público, como parte integrante dos Poderes, *é o Estado em ação*.

Em notável ensaio de 1887, o presidente norte-americano Woodrow Wilson, também professor de Ciências Políticas, analisa a Administração Pública,⁴ quando esclarece com suprema sabedoria:

As tarefas administrativas têm, em nossos dias, que ser tão exaustiva e sistematicamente ajustadas a diretivas cuidadosamente testadas, razão por que estamos tendo agora o que jamais tivemos antes — uma Ciência da Administração. Os mais importantes debates sobre princípios constitucionais ainda não estão, de modo algum, concluídos, mas eles já não são de mais iminente atualidade prática que as questões de Administração. Está se tornando cada vez mais difícil administrar uma Constituição do que elaborá-la.

O campo da Administração é um campo de atividades apolíticas. Ele está afastado da pressa e lutas da política; sob alguns aspectos, mesmo ele se mantém afastado do controvertido terreno do estudo constitucional. É uma parte da vida política somente na medida em que os métodos do escritório comercial são uma parte da vida social; somente como a máquina é parte do produto manufaturado. Mas, ao mesmo tempo, ele se eleva muito acima do nível enfadonho do mero detalhe técnico pelo fato de que, através de seus maiores princípios, ele se liga diretamente às máximas duradouras da sabedoria política, às verdades permanentes do progresso político.

⁴ “O estudo da Administração”. *O que é Administração Pública?. Textos selecionados de Administração Pública*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1962. V. 1, p. 15 e segs.

(...) O mais importante a ser observado é a verdade já tantas vezes e com tanto sucesso reiterada pelos nossos reformadores do serviço público, a saber que a Administração está fora da esfera própria da política. As questões administrativas não são questões políticas. Embora a política determine as tarefas para a administração, não se deve tolerar que ela maneje as suas repartições.

E ressalta a frase de Niebuhr: “A liberdade depende incomparavelmente mais da Administração do que da Constituição”.

Este é um aspecto preliminar da questão que compreende, agora, *o elemento humano da Administração Pública*.

Analisando “A nova Administração Pública”,⁵ afirma E. Griffith:

A tarefa de pesquisar, inquirir e atuar constitui atribuição específica do administrador, ao passo que o assentamento de normas é função legislativa. Entretanto, essas duas funções, teoricamente distintas, hoje são desempenhadas pelas repartições públicas. A fixação de salários e do número de horas de trabalho, o controle do câmbio, a determinação de quotas para a produção agrícola e mineral — estas são, entre muitas outras, funções características do moderno administrador.

Não será demais, pois, dizer que uma observação mundial do governo moderno em ação encarece desde logo *o funcionário civil permanente, isto é, o administrador, elevando-o à categoria de pessoa mais importante no seio do Estado* (grifos nossos).

E prossegue:

Por importantes que possam ser os legisladores, os juízes e mesmo o chefe titular do Estado, o destino deste depende realmente, mais e mais, da presença, na administração pública, de uma adequada espécie de homens.

É da administração que surge a maioria de idéias que posteriormente se transformam em leis e em princípios orientadores (políticas).

⁵ Ernest S. Griffith. “O que é Administração Pública?”. Op. cit., p. 91 e segs. (estudo de 1940).

Essas leis e princípios dependem, na mais extensa medida, dos administradores, os únicos que podem executá-los suplementando-os por meio de ordens administrativas, adjudicando de acordo com eles, fazendo, em suma, os necessários ajustamentos na vida econômica de uma nação, com o fim de atender os propósitos daquelas mesmas leis e princípios.⁶

Da importância dessas funções públicas decorre, inevitavelmente, a especial condição do servidor público na classe dos trabalhadores, distinta *qua* pública, estatal. Conforme bem distingue Ivan Barbosa Rigolin, o regime jurídico dos servidores públicos abrange questionamentos de ao menos quatro ramos do Direito: constitucional administrativo, trabalhista e securitário.⁷

O Direito Securitário, por sua vez, além das estatuições procedidas da Constituição Federal, que naturalmente se impõem a toda e qualquer regra infraconstitucional, pode ser federal, estadual ou municipal. (...) Até que ponto trilhar por cada qual dessas sendas, e em que momento superpô-las harmonicamente, e de que modo, eis o nó górdio!

Por isso mesmo, segundo entendemos, a necessidade de uma nova dimensão a ser estudada e estabelecida na compreensão do *status* do servidor público, que passaria a ser o *funcionário civil permanente* de que fala o Direito Administrativo norte-americano — ou *funcionário civil estatutário*, de acordo com o nosso Direito Administrativo, extinguindo-se de uma vez por todas a classe “celetista” ou congênere, experiência desastrosa da Administração Pública brasileira.

A *função pública* apresenta vínculos estatais sobremodo importantes — como o próprio Estado —, que a distinguem por si mesma e fazem do *funcionário civil* (como o militar) parte integrante da instituição estatal, *permanente e inerente*, dado que se trata de um *corpus* que representa, orgânica e efetivamente, a pessoa estatal — eis que governantes vêm e

⁶ Para tanto, lembra mais adiante da necessidade de “programas de treinamento em serviço” (*in-service training programs*), por exemplo, “(que) constituem meio sistemático de ajudar os funcionários públicos a sanarem suas deficiências intelectuais, preparando-os assim para o melhor desempenho das respectivas funções” (p. 98).

⁷ Loc. cit., p. 1012.

vão, na sua transitoriedade, embora possam imprimir sua marca pessoal e, por essa forma apenas, e se de interesse público, permanecerem como tal.

A Constituição Alemã, no art. 74A, n. 1, significativamente menciona “relação pública de serviço e de lealdade” com referência aos funcionários públicos.

O que implica, por consequência, *regime próprio de proteção social*, no risco ou contingência.⁸

Alguns Aspectos de uma Visão Internacional de Previdência Social

Os chamados “quadros de proteção” na França⁹ envolvem um *regime geral*, compreendendo trabalhadores da indústria e comércio que não se beneficiam de um regime especial (minas etc.), e pessoas assemelhadas; um *regime agrícola*, em suas peculiaridades, e *regimes especiais de categorias particulares de trabalhadores*, os quais são extremamente variados: regime dos funcionários, mineiros, marinheiros etc.

Na Constituição Alemã, o citado art. 74A prevê a legislação concorrente dos entes federativos relativamente “à remuneração e assistência social de funcionários públicos”.

A opção deste breve estudo pelos sistemas acima registrados tem razão de ser uma vez que os mesmos apresentam, para o Direito Brasileiro, notadamente:

- a) A influência da Constituição norte-americana de 1787 na elaboração da Constituição de 1891, notadamente o princípio republicano e o governo democrático;
- b) O sistema jurídico francês e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, art. 2, estabelecendo o direito à segurança e a doutrina francesa da Seguridade Social de consti-

⁸ O que ocorre, efetivamente, é a enorme disparidade de valores do benefício das aposentadorias e pensões, devendo-se buscar, nesse particular, a paridade de situação dos trabalhadores da área privada com esses valores da área pública, não se justificando os irrisórios valores do Regime Geral. A propósito dos *déficits* da Previdência Social Geral, ver artigo de Sandra Cavalcanti, “As bases de uma nova Previdência” (*Estado de S. Paulo*, 5 de março de 2003, p. A2), e nossos artigos na *Revista de Direito Constitucional e Internacional*.

⁹ Jean-Jacques Dupeyroux. *Sécurité sociale*. Paris: Dalloz, 1973. p. 299 e segs.

tuir-se esta *une dette sacrée* da sociedade para com os trabalhadores/construtores da ordem econômica;

- c) A Constituição alemã e o modelo federativo alemão e sua influência nos sistemas jurídicos e políticos contemporâneos (os princípios da solidariedade e da subsidiariedade).

Insiste-se, por fim, na justificativa de um sistema previdenciário próprio dos *funcionários civis permanentes* pela vocação específica do *serviço público*.

A Administração Pública significa o *Estado em ação*: “já não se vê no Estado um conjunto de Poderes individualizados (entre eles Poder Executivo ou Administração Pública)”, dizem Garcia de Enterría e Fernandez¹⁰, “mas uma pessoa jurídica única que realiza múltiplas funções, uma das quais seria precisamente a de administrar”.

Portanto, muito embora seja reconhecido “que hoje parece impossível separar com clareza grandes blocos de atividades, umas submetidas ao Direito Administrativo e outras ao Direito Privado”, que se entrecruzam intrinsecamente em qualquer ato da Administração Pública,¹¹ o serviço público detém natureza estatal fundamental que se estende à função de seus colaboradores, exigindo por isso requisitos próprios e específicos dos *fins públicos* representados.

Assim, apesar de “a noção de serviço público [provocar], após longos anos, controvérsias intermináveis”, refere Jacques Chevallier,¹² “a gestão desses serviços constitui, à mesma vez, o fundamento e o limite do poder dos governantes, na medida em que são instituídos para satisfazer as necessidades dos cidadãos”.

Conforme esclarece Dinorá Musetti Grotti:¹³

o elemento determinante para a definição de uma atividade como serviço público vai ser o que Villar Palasí chamou *publicatio*, ato de *publicatio*, a atribuição de sua titularidade à Administração e a ex-

¹⁰ Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramon Fernandez. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 34-35.

¹¹ Op. cit., p. 57.

¹² “Introdução”. *Le service public*. Paris: Puf, 1971. (Tradução livre.)

¹³ *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 25-26.

clusão de seu desenvolvimento pelos particulares sem prévia concessão outorgada a seu favor pela Administração, que, em todo caso, continuará sendo a titular da atividade, uma vez que produziu sua *publicatio*.

(...) Serviço público e *publicatio* (passagem à titularidade do Estado) aparecem, assim, indissolavelmente ligados na cultura jurídica europeia de raiz francesa, diferentemente do que sucederá nos países anglo-saxões.

(...) Nesse contexto histórico — ideológico, político e cultural — surge o conceito técnico-jurídico do serviço público, tal como chegou até nós.

No processo dessa atividade de interesse público envolvendo, por vezes, o interesse nacional, encontra-se a figura atuante e indispensável do funcionário público, o elemento humano do Estado, a sua representação pessoal diante da comunidade, gestor da *res pública* — do que dimana a importância da função em toda a sua circularidade de consequências.

A necessidade de regime previdenciário dos funcionários civis permanentes demonstra-se incontornável, ao mesmo tempo que leva à reflexão sobre uma nova política dos benefícios e dos beneficiários do Regime Geral, especialmente a sua efetiva expressão em termos de substituição dos salários, mantendo-se a dignidade da pessoa humana.

Artigo 2

A PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS APÓS AS REFORMAS CONSTITUCIONAIS

Zélia Luiza Pierdoná¹

Os direitos sociais estão elencados no Capítulo II, Título II, da Constituição Federal, o qual versa sobre os direitos e garantias fundamentais. E entre os direitos fundamentais, o nosso ordenamento constitucional inclui os direitos sociais.

No art. 6 da CF estão arrolados os referidos direitos, nos quais se incluem a saúde, a previdência e a assistência, que, juntas, formam o que a Constituição denomina *seguridade social*. No entanto, cada uma das subáreas integrantes da seguridade apresenta preceitos específicos, o que nos leva a diferenciar o regime jurídico aplicável a elas.

O art. 196 dispõe que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”. Por sua vez, o art. 203 estabelece que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social”. Assim, tanto os direitos relativos à saúde como os vinculados à assistência independem de contraprestação direta dos beneficiários para que estes tenham acesso à sua prestação.

Já no que se refere aos direitos previdenciários, as disposições do art. 201, bem como do art. 40, ambos da Constituição, exigem a contribuição dos segurados para que eles e seus dependentes façam *jus* às prestações previdenciárias.

¹ Procuradora da República em São Paulo. Mestre e Doutora pela PUC/SP. Professora da graduação e da pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie em São Paulo. Autora do livro *Contribuições para a seguridade social* (São Paulo, LTr, 2003) e de diversos artigos publicados em revistas especializadas.

Definindo Previdência Social, assim nos manifestamos:²

direito fundamental social assegurado a todos os trabalhadores e seus dependentes, que garante recursos nas situações em que não poderão ser obtidos pelos próprios trabalhadores, em virtude de incapacidade laboral. É, no entanto, direito fundamental que depende do cumprimento de um dever fundamental correlato: necessidade de contribuição do segurado (...).

Apresenta proteção obrigatória e facultativa. Aquela abrange todos os trabalhadores que estarão vinculados ao regime geral ou aos regimes próprios. O regime geral é abrangente e residual e tem por finalidade proteger todos os trabalhadores, excetuando apenas aqueles vinculados aos regimes próprios, os quais são instituídos pelos respectivos entes federativos para dar proteção previdenciária aos seus servidores titulares de cargos efetivos. Assim, a proteção obrigatória se dá pelo regime geral e pelos regimes próprios dos entes federativos, sendo que os citados regimes excluem-se mutuamente. Por meio dos dois regimes o Estado viabiliza a todos o acesso à previdência e, com isso, o trabalhador estará protegido das contingências geradoras de necessidades, uma vez que será garantido recurso quando o trabalhador, em virtude de sua incapacidade laboral, não os obtém com o fruto de seu trabalho.

A proteção previdenciária obrigatória apresenta limites de proteção, os quais, ainda, são diversos no regime geral e nos regimes próprios: o limite aplicável ao regime geral é de dez salários-de-contribuição,³ e o limite do regime dos servidores públicos está previsto no art. 40, § 11, da Constituição Federal, o qual determina que aos proventos de inatividade deverá ser aplicado o limite fixado no art. 37, XI (teto remuneratório dos servidores públicos). Dessa forma, ainda há limites diferenciados para os dois regimes obrigatórios. No entanto, a Constituição preceitua que os entes federativos poderão adotar o mesmo limite aplicado ao regime geral, devendo, para isso, criar previdência complementar aos seus servidores nos termos dos §§ 14 a 16 do art. 40.

² PIERDONÁ, Zélia Luiza. Previdência social. In: DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 296-297.

³ A partir de 1º/3/08 o limite corresponde a R\$ 3.038,99.

Além da proteção previdenciária obrigatória referida anteriormente, a CF prevê proteção complementar, prevista no art. 202. O regime de previdência complementar, de forma diversa dos regimes obrigatórios, é facultativo e tem como objetivo garantir a manutenção do mesmo padrão de vida do trabalhador, complementando a aposentadoria dos regimes obrigatórios. Citado regime é estruturado pelas Leis Complementares ns.108 e 109, de 2001.

Assim, feitas as considerações gerais em relação à previdência, passaremos a abordar o regime previdenciário dos servidores públicos previsto, conforme já mencionado, no art. 40 da CF, o qual foi profundamente alterado pelas ECs ns. 20/98, 41/03 e 47/05.

O regime próprio de previdência abrange os servidores públicos titulares de cargos efetivos, excluindo, nos termos do § 13 do art. 40, os servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, bem como os ocupantes de cargo temporário ou de emprego público, aos quais se aplica o Regime Geral de Previdência Social.

As normas gerais sobre os regimes próprios estão preceituadas no art. 40 da CF e na Lei n. 9.717/98. Além disso, conforme dispõe o § 12 do art. 40, o regime de previdência dos servidores públicos deve observar, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social, o qual é considerado regime básico.

O § 20 do art. 40 da CF veda a existência de mais de um regime próprio para os servidores titulares de cargos efetivos, bem como de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal.

As ECs ns. 20/98 e 41/03 introduziram profundas mudanças na previdência dos servidores públicos. A EC n. 47/05 amenizou as mudanças da EC n. 41/03.

A EC n. 20/98 impôs a contributividade e a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Além disso, proibiu a contagem de tempo fictício; introduziu um limite mínimo de idade para a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição; e determinou a permanência mínima de dez anos no serviço público e cinco anos de cargo para as aposentadorias por tempo de serviço/contribuição e por idade. Também vedou a concessão do auxílio-reclusão aos dependentes dos servidores que recebiam, antes da prisão, proventos superiores a determinado limite.⁴

⁴ A partir de 1º/3/08 o limite é de R\$ 710,08. Entendemos que tal preceito não encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico, já que veda o acesso ao benefício e, com isso, viola o art. 60, § 4º, da CF.

A EC n. 41/03, por sua vez, terminou com a integralidade (última remuneração como base de cálculo das aposentadorias e pensões, tendo sido mantido apenas nas regras de transição) e com a paridade (reajuste dos benefícios de acordo com o reajuste da remuneração dos servidores em atividade); extinguiu definitivamente a aposentadoria proporcional⁵ ao revogar o art. 8º da EC n. 20/98; permitiu a cobrança de contribuição dos aposentados e pensionistas para os benefícios acima de determinado valor;⁶ e criou um redutor de 30% para as pensões nos valores que superarem o limite do Regime Geral de Previdência Social.

⁵ A aposentadoria proporcional antes da EC n. 20/98 era devida aos 25 anos de contribuição, se servidora, e aos 30 anos, se servidor. A referida emenda garantiu a aposentadoria proporcional apenas aos servidores que tivessem ingressado no serviço público até a data de sua publicação (16/12/98), tendo estabelecido, em seu art. 8º, uma regra de transição, a qual previa uma idade mínima e um período adicional de tempo. Como a aposentadoria proporcional foi extinta definitivamente pela EC n. 41/03, apenas os servidores que na data da publicação da mencionada emenda (31/12/03) tinham completado o citado tempo, mais o adicional (pedágio) a que se refere a letra “b” do inciso I do § 1º do art. 8º da EC n. 20/98 (40% do tempo que em 16/12/98 faltava para 25 anos de contribuição, se mulher, e 30 anos, se homem) e a idade mínima mencionada no inciso I do art. 8º da EC n. 20/98 (53 anos de idade se homem, e 48 anos, se mulher) têm direito à aposentadoria proporcional, a qual poderá ser requerida a qualquer tempo. Sendo-lhes aplicada a legislação vigente quando da publicação da EC n. 41/03, caso optem pela referida aposentadoria. Ou seja, o valor de sua aposentadoria considerará o tempo de serviço existente no dia 31/12/03, não sendo acrescido o tempo posterior.

⁶ A EC n. 41/03 estabeleceu que, para os servidores da União, a contribuição incidiria sobre a parcela que superasse 60% do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (INSS), o qual a emenda em discussão fixou em R\$ 2.400,00 e que atualmente está em R\$ 3.038,99. Já para os servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a contribuição incidiria sobre o que superasse 50% do limite anteriormente referido.

Entendemos que a diferença entre os valores de contribuição dos servidores da União e dos demais entes federativos não se justificava, uma vez que violava o princípio da isonomia previsto no art. 150, II, da Constituição Federal. Melhor seria se tivesse sido considerado o limite aplicado aos segurados filiados ao Regime Geral de Previdência Social (R\$ 3.038,99), haja vista a imunidade prevista no art. 195, II, da CF.

Em nosso artigo “As Questões Tributárias da Reforma da Previdência dos Servidores Públicos — EC n. 41/03”, publicado no *Repertório de Jurisprudência IOB* (n. 11), na 1ª quinzena de junho de 2004, defendemos a constitucionalidade da contribuição dos aposentados e pensionistas sobre os valores que excedam ao limite fixado pelo regime geral. Essa diferença foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal tanto no que se refere à diferença entre os valores fixados para os servidores da União e dos demais entes federativos, quanto ao que diz respeito à diferença entre os mencionados valores e o limite do Regime Geral de Previdência Social citado, o qual é aplicado aos servidores que ainda estão em atividade e os que ingressaram no serviço público depois de 31/12/03. O STF (na ADIN 3099/DF, Rel. Min. Ellen Gracie) decidiu que a contribuição é constitucional. Entretanto, a incidência é devida apenas nos valores que superem o limite do Regime Geral de Previdência Social (atualmente de R\$ 3.038,99).

A EC n. 41/03 tinha garantido o reajuste paritário (mesmo reajuste concedido aos servidores em atividade) apenas aos servidores que já estavam aposentados quando da publicação da referida emenda (31/12/03) e àqueles que já tinham direito adquirido à aposentadoria (tinham preenchidos todos os requisitos para sua concessão).

A EC n. 47/05 garantiu a paridade para a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição a todos os servidores que ingressaram no serviço público antes da publicação da EC n. 41/03 (31/12/03). Além disso, criou uma regra de transição para os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC n. 20/98 (16/12/98), permitindo que se aposentem antes de atingir a idade mínima.

Assim, feitas as considerações gerais sobre as ECs ns. 20/98, 41/03 e 47/05 passaremos, a seguir, a apresentar os preceitos constitucionais relacionados aos benefícios das três referidas emendas.

Em relação às aposentadorias, a Constituição prevê cinco tipos: por invalidez, compulsória, por idade, por tempo de serviço/contribuição (com inclusão de idade mínima) e especial.

Aposentadoria por Tempo de Serviço/ Contribuição

Os servidores que preencherem os requisitos para a aposentadoria e optarem por permanecer em atividade farão jus a um abono de permanência equivalente ao valor da contribuição previdenciária. O mencionado abono será concedido tanto aos servidores que já tinham direito adquirido à aposentadoria quando da publicação da EC n. 41/03 (§ 1º do art. 3º da EC n. 41/03), quanto aos que preencherem os requisitos posteriormente (§ 5º do art. 2º da EC n. 41/03, e § 19 do art. 40 da CF).

Conforme já foi dito aqui, com a publicação da EC n. 41/03 foi definitivamente extinta a aposentadoria proporcional do servidor público. Assim, apenas aqueles que na data da publicação da referida emenda (31/12/03) tinham preenchidos todos os requisitos previstos no art. 8º da EC n. 20/98 têm direito a aposentar-se proporcionalmente.

Os Servidores Que Ingressaram⁷ no Serviço Público Até a Promulgação da EC n. 20/98 (16/12/98) Têm Três Opções para a Aposentadoria por Tempo de Serviço/Contribuição

1ª opção: Poderão aposentar-se quando, cumulativamente, preencherem os seguintes requisitos:

- 1) 53 anos de idade, se homem, e 48 anos, se mulher;
- 2) 5 anos de exercício no cargo em que se der a aposentadoria;
- 3) contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:
 - a) 35 anos de idade, se homem, e 30 anos, se mulher;
 - b) um período adicional de contribuição equivalente a 20% do tempo que, na data de publicação da EC n. 20/98, faltaria para atingir o limite de tempo constante acima.

O servidor que cumprir as mencionadas exigências terá seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade (60 anos, se homem, e 55, se mulher) na proporção de 3,5% para aquele que completar as exigências para aposentadoria até 31 de dezembro de 2005 e requerer o benefício até a mencionada data; e de 5% para aquele que completar as exigências a partir de 1º de janeiro de 2006.

É importante ressaltar que os servidores que optarem pela aposentadoria de acordo com essa opção terão seu benefício calculado com base na média das suas contribuições nos dois regimes (próprio dos servidores e regime geral), e os reajustes serão de acordo com critérios fixados em lei, ou seja, tanto a apuração do valor da aposentadoria como de seu reajuste seguirá a sistemática atualmente adotada para os benefícios concedidos pelo regime geral (INSS). O cálculo considerará as remunerações a partir de julho de 1994 ou da data em que houver remune-

⁷ A Orientação Normativa n. 3, de 12 de agosto de 2004, da Secretaria de Previdência Social, em seu art. 57, estabelece que será considerada a data da mais remota investidura em cargo efetivo no serviço público na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, em qualquer dos entes federativos, desde que não tenha ocorrido interrupção.

rações quando posterior àquela data (a MP n. 167/04, convertida na Lei n. 10.887/04, determina que se utiliza 80% dos salários-de-contribuições retirando-se, para o cálculo da média, os 20% menores).

2ª opção: Poderão optar pela seguinte situação, devendo atender, cumulativamente, às seguintes condições:⁸

- 1) 60 anos de idade, se homem, e 55 anos, se mulher;
- 2) 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos, se mulher;
- 3) 20 anos de efetivo exercício no serviço público;
- 4) 10 anos de carreira e 5 anos no cargo.

Com a EC n. 41/03, os proventos da aposentadoria concedida na forma acima mencionada serão integrais e sua revisão será na mesma proporção e na mesma data em que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, nos termos da lei (paridade mitigada). A esses aposentados a EC n. 41/03 não estendia os benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, como fazia para os que eram aposentados e pensionistas e para os que já haviam preenchido todos os requisitos em 31/12/03. No entanto, a EC n. 47/05 estendeu a esses servidores os benefícios e vantagens mencionados.

3ª opção: Poderão ainda optar pela seguinte situação:

A EC n. 47/05 amenizou a ausência de regras de transição, permitindo que os servidores públicos que ingressaram no serviço público até a publicação da EC n. 20/98 (16/12/98) aposentem-se com proventos integrais desde que preencham, cumulativamente, as seguintes condições:

- 1) 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos, se mulher;
- 2) 25 anos de serviço público, 15 anos de carreira e 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria;
- 3) idade mínima resultante da redução, a qual considera o mínimo de idade de 60 anos, se homem, e 55 anos, se mulher, e o tempo de contribuição do servidor. Reduz-se um ano de idade para cada

⁸ Aplica-se também aos servidores que ingressaram no serviço público entre as ECs ns. 20/87 e 41/03, ou seja, entre 17/12/98 e 31/12/03.

ano de contribuição que exceder 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos, se mulher.

A regra acima é aplicada apenas aos servidores que ingressaram no serviço público até a data da publicação da EC n. 20/98, ou seja, até 16/12/98, não sendo aplicada aos servidores que ingressaram no serviço público de 17/12/98 a 31/12/98.

Entendemos correta a aplicação da referida regra apenas aos servidores que ingressaram no serviço público até a EC n. 20/98, uma vez que esta já havia fixado a idade mínima de 60 anos para o servidor e 55 para a servidora. Assim, não há que se falar de regra de transição para redução de idade.

Servidores Que Ingressaram no Serviço Público Até a Promulgação da EC n. 41/03 (31/12/2003)

Para eles obterem a aposentadoria deverão cumulativamente atender às seguintes condições:

- 1) 60 anos de idade, se homem, e 55 anos, se mulher;
- 2) 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos, se mulher;
- 3) 20 anos de efetivo exercício no serviço público;
- 4) 10 anos de carreira e 5 anos no cargo.

Com a EC n. 41/03 os proventos da aposentadoria seriam integrais e revistos na mesma proporção e na mesma data em que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei. A EC n. 41/03 não lhes estendia os benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, como o fazia para os que eram aposentados e pensionistas e para os que já haviam preenchido todos os requisitos em 31/12/2003. A lei é que determinaria se as vantagens seriam ou não estendidas. Assim, a EC n. 41/03 instituiu uma paridade mitigada, a qual foi modificada pela EC n. 47/05.

A EC n. 47/05 prevê a extensão dos benefícios e vantagens mencionados, como a EC n. 41/03 fez para quem já era aposentado. Dessa forma, em termos de reajuste, com a EC n. 47/05 tem-se a garantia de que os proventos serão iguais aos vencimentos dos servidores em atividade.

Assim, podemos afirmar que, com a última emenda, temos a paridade integral para todos os servidores que ingressaram no serviço público até 31/12/03, quer seja antes da EC n. 20/98 ou entre ela e a EC n. 41/03.

De maneira diversa dos servidores que ingressaram no serviço público antes da EC n. 20/98 (os quais têm três opções de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição), os servidores que ingressaram entre 17/12/98 e 31/12/03 somente poderão aposentar-se atendendo aos requisitos acima (opção única). Aos que ingressaram depois dessa data aplica-se a situação descrita no parágrafo seguinte.

Servidores Que Ingressarem no Serviço Público Depois da Publicação da EC n. 41/03

Para eles aplica-se o art. 40 da CF, com redação atual, o qual exige, para a concessão da aposentadoria:

- 1) 10 anos no serviço público e 5 anos no cargo;
- 2) 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher.

Os proventos de aposentadoria e as pensões serão calculados de acordo com as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor ao seu regime próprio e ao regime geral (INSS), nos casos em que o servidor antes tenha trabalhado na iniciativa privada. Após a concessão do benefício, o reajuste atenderá a critérios fixados em lei, preservando em caráter permanente o seu valor real. *Ressaltamos que o valor da aposentadoria é a média encontrada, a qual poderá ser superior ao limite do regime geral.* Teremos a aplicação do mencionado limite apenas se, e quando, for criada a previdência complementar.

Sobre os proventos da aposentadoria e da pensão haverá incidência de contribuição quando superarem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral (INSS), com percentual igual ao estabelecido para os servidores em atividade. Ressaltamos que a EC n. 47/05 dobrou mencionado limite⁹ para fins de incidência de contribuições quando o beneficiário for portador de doença incapacitante.

⁹ Incidirá apenas sobre as parcelas que superarem o dobro do limite do regime geral. Considerando que atualmente o limite é de R\$ 3.038,99, a contribuição incidirá no que exceder a R\$ 6.077,98.

Por fim, caso os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores, poderão fixar, para o valor da aposentadoria e pensão, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral (INSS) (atualmente de R\$ 3.038,99).

No entanto, destacamos que isso somente ocorrerá com a instituição, pelos entes federativos, da previdência complementar. Enquanto isso não ocorrer, o servidor, mesmo aquele que ingressar no serviço público após a EC n. 41/03 (31/12/03), não está sujeito ao limite aplicável aos segurados do regime geral (INSS). Ele contribuirá sobre a totalidade de sua remuneração, sendo que na apuração do valor de sua aposentadoria serão considerados os salários de contribuição no regime próprio e no regime geral, caso ele antes tenha trabalhado na iniciativa privada. Portanto, serão consideradas as remunerações de toda sua vida laboral e sua aposentadoria terá o valor da média das mencionadas remunerações, mesmo que seja superior ao limite do regime geral. Os reajustes da aposentadoria serão efetuados com base em critérios estabelecidos em lei.

Aposentadorias por Invalidez, por Idade e Compulsória

O art. 40, § 1º, da CF, estabelece as regras aplicáveis às aposentadorias no serviço público. Além da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, acima referida, o mencionado artigo constitucional trata das aposentadorias por invalidez, por idade e compulsória.

No que tange à aposentadoria por invalidez, o texto constitucional estabelece que os proventos serão proporcionais ao tempo, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável. O fato gerador da citada aposentadoria é a incapacidade total e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade laboral, a qual deve ser constatada por meio de perícia médica.

A base de cálculo será a média dos salários de contribuição (tanto para os servidores que ingressaram antes das até aqui mencionadas emendas constitucionais, como para aqueles que ingressaram depois), sobre a qual é aplicada a alíquota de 100%, no caso de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, e proporcional ao tempo, nos demais casos.

As aposentadorias compulsórias e por idade sempre se darão com proventos proporcionais ao tempo de serviço. Ressaltamos que, desde a redação originária da Constituição, os proventos são proporcionais ao tempo de serviço.

Para a aposentadoria compulsória não há requisito de tempo mínimo no serviço público ou no cargo, a qual ocorre quando o(a) servidor(a) atinge 70 anos de idade (há PEC em andamento para alterar a idade para 75 anos). Os proventos são proporcionais ao tempo de serviço, no qual é incluído, também, o tempo de trabalho na iniciativa privada.

Quanto à aposentadoria por idade, a CF exige tempo mínimo de 10 anos de serviço público e 5 no cargo, bem como a idade mínima de 65 anos, se servidor, e 60 anos, se servidora. Da mesma forma que a aposentadoria compulsória, os proventos são proporcionais ao tempo de serviço (de serviço público e de iniciativa privada).

Entretanto, a questão que se coloca não está relacionada à proporcionalidade em relação ao tempo de serviço/contribuição, mas no tocante à base de cálculo utilizada para efeitos de apuração do valor do benefício, ou seja, à proporcionalidade relacionada ao tempo é aplicada uma base que pode ser a última remuneração ou a média das remunerações.

As administrações públicas federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal, em razão das normas gerais infraconstitucionais editadas, têm entendido que a base de cálculo será *sempre* apurada com base no § 3º do art. 40, o qual preceitua que, “para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei”.

Assim, a base sobre a qual é aplicada uma alíquota (proporcional ao tempo de serviço/contribuição) sempre será a média das remunerações, e não a última remuneração recebida, *mesmo para aqueles servidores que ingressaram no serviço público antes das ECs ns. 20/98 e 41/03*. Ressaltamos que referida forma de apurar o benefício foi instituída pela EC n. 41/03.

O entendimento administrativo mencionado anteriormente baseia-se no fato de que as emendas constitucionais ressalvaram apenas a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição. Entretanto, entendemos

que é necessário interpretar sistematicamente a Constituição, aplicando-se a nova base de cálculo apenas aos servidores que ingressaram no serviço público após a EC n. 41/03, sob pena de violar o princípio da segurança jurídica, o qual abrange o princípio da proteção da confiança.¹⁰

A nova sistemática de cálculo deverá ser aplicada a todos os tipos de aposentadorias, mas apenas aos servidores que ingressaram no serviço público depois da EC n. 41/03. Àqueles que ingressaram antes da referida emenda constitucional, a base de cálculo a ser aplicada deverá ser sempre a última remuneração, pois, do contrário, estar-se-á privilegiando a aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, que é exceção à regra em termos de benefício previdenciário, em detrimento das aposentadorias que protegem a incapacidade real (invalidez) ou presumida (idade avançada). O equilíbrio financeiro e atuarial determinado constitucionalmente será atingido com a proporcionalidade relacionada ao tempo (alíquota aplicada à base de cálculo).

Aposentadoria Especial

A Constituição, no art. 40, § 4º, com redação dada pela EC n. 47/05, permite que lei complementar adote critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores portadores de deficiência, aos que exercem atividades de risco, bem como àqueles cujas atividades sujeitam-se a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Na redação original do referido parágrafo havia a previsão apenas da adoção de critérios diferenciados no caso de atividades exercidas sob condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física. Também havia a exigência de lei complementar que definisse tais atividades.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 250. "(...) O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas".

Mencionada lei complementar ainda não foi editada, o que tem levado muitos servidores a buscar na Justiça¹¹ regras para a adoção de critérios diferenciados por meio de mandado de injunção, nos termos do art. 5º, LXXI, da Constituição Federal.

Há os que defendam a aplicação analógica das regras do Regime Geral de Previdência Social, as quais estão fixadas nos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213/91. Na decisão do Mandado de Injunção n. 721 (transcrito na nota de rodapé), o STF determinou a aplicação das regras do regime geral. Ressaltamos que também para esse regime de previdência há a necessidade, atualmente, de regulamentação por meio de lei complementar. Entretanto, a EC n. 20/98 estabeleceu que até a edição do citado instrumento normativo deverão ser aplicados os mencionados artigos da Lei n. 8.213/91.

Em razão da ausência da edição da lei complementar acima referida, estados, como por exemplo o de Santa Catarina, já fixaram regras para a aposentadoria especial. Entendemos que, nos termos do § 3º do art. 24 da CF, é possível mencionada regulamentação. Quando for editada norma geral pela União, nos termos do inciso XII e § 1º do art. 24 da CF, deverá ser aplicado o § 4º do citado artigo.

Entendemos que a aposentadoria do professor é uma espécie de aposentadoria especial, cujos requisitos foram fixados pela própria Constituição. Assim, o(a) professor(a) que comprove, exclusivamente, tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, poderá aposentar-se, desde que atendidos os seguintes requisitos:

- 1) 10 anos no serviço público e 5 anos no cargo;
- 2) 55 anos de idade e 30 de contribuição, se professor, e 50 anos de idade e 25 de contribuição, se professora.

¹¹ MANDADO DE INJUNÇÃO — DECISÃO — BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA — TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS — PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR — INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR — ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral (art. 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91). (STF, Mandado de Injunção n. 721, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30/8/07).

Servidores Aposentados e Aqueles Que Já Eram Pensionistas em 31/12/03

A única mudança introduzida pela EC n. 41/03 para os pensionistas ou os servidores que já eram aposentados foi a instituição¹² de contribuição sobre seus proventos. Os valores a partir dos quais há a incidência de tal contribuição hoje equivalem a R\$ 3.038,99, ou seja, ao limite do Regime Geral de Previdência Social, conforme decisão do STF na ADIN 3099/DF, Rel. Min. Ellen Gracie.

Lembramos, conforme já mencionamos, que a EC n. 47/05 dobrou mencionado limite¹³ para fins de incidência de contribuições sobre os proventos de aposentadoria e pensão quando o beneficiário for portador de doença incapacitante.

Pensão por Morte

O § 7º do art. 40 estabelece regras sobre a pensão por morte, a qual será igual ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido até o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (a EC n. 41/03 estabeleceu em R\$ 2.400,00, valor que atualmente está em R\$ 3.038,99), acrescido de 70% da parcela excedente a esse limite, caso aposentado à data do óbito; ou ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral, acrescido de 70% da parcela excedente a esse limite, caso em atividade na data do óbito. Sobre os valores da pensão também incidem contribuições no que exceder o limite acima referido.

Assim, considerando-se a nova sistemática de cálculo, o preceito constitucional está criando uma situação de extrema desigualdade entre

¹² Desde a edição da EC n. 41/03 nos manifestamos favoráveis à instituição da contribuição sobre aposentadorias e pensões, conforme artigo de nossa autoria já referido acima: “As Questões Tributárias da Reforma da Previdência dos Servidores Públicos — EC n. 41/03”, publicado no *Repertório de Jurisprudência IOB* (nº 11), na 1ª quinzena de junho de 2004.

¹³ Incidirá apenas sobre as parcelas que superarem o dobro do limite do regime geral. Considerando que atualmente o limite é de R\$ 3.038,99, a contribuição incidirá no que exceder a R\$ 6.077,98.

os pensionistas nos casos de o servidor ainda estar em atividade ou aposentado, já que se estiver em atividade, será considerada sua remuneração integral, e se estiver aposentado, será considerado o valor da aposentadoria, a qual, pelas novas regras, é a média dos salários-de-contribuição (remunerações no serviço público e sobre o valor recolhido para o INSS).

A forma de reajuste das pensões é a mesma que a do regime geral (INSS), ou seja, pelos índices estabelecidos em lei, os quais devem garantir a manutenção do valor real. Assim, não é mais aplicado o mesmo reajuste dos servidores em atividade, exceto na hipótese das pensões decorrentes das aposentadorias concedidas pela regra de transição criada pela EC n. 47/03, prevista no art. 3º (opção 3, anteriormente comentada), aplicável aos servidores que ingressaram no serviço público até a EC n. 20/98.

Nessa hipótese será adotado o critério de paridade às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com o mencionado artigo. Dessa forma, se o servidor falecido se aposentar com outras regras que não a de transição já mencionada, a pensão terá uma forma de atualização (correção com base na lei, preservando o valor real); se a aposentadoria for deferida com base nas citadas regras, o critério será outro (paridade com os servidores em atividade).

Previdência Complementar para os Servidores Públicos Titulares de Cargos Efetivos

A Constituição, no art. 40, §§ 14 a 16, prevê que os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) podem adotar, no regime dos servidores públicos, o mesmo limite do valor dos benefícios adotados pelo regime geral. Para tanto, devem instituir regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

Nesse caso, a proteção obrigatória no serviço público será limitada nos valores do regime geral (INSS). Assim, a manutenção do mesmo padrão de vida do servidor será “garantida” pela previdência complementar.

A instituição da previdência complementar depende de lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo e deve observar, no que couber, as disposições do art. 202 da CF, e serão entidades fechadas de previdência complementar, com planos de benefícios na modalidade de contribuição definida (define-se previamente o valor das contribuições, não dos benefícios).

O limite a que nos referimos aqui *será aplicado, obrigatoriamente, aos servidores que ingressarem no serviço público após a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar*. Aos servidores que ingressarem antes da mencionada data, será dada opção para, caso queiram, aderirem à previdência complementar. A lei instituidora deverá fixar data para essa adesão.

Ressaltamos que, se e quando instituído o regime de previdência complementar, os servidores estarão protegidos obrigatoriamente até o limite do regime geral (atualmente de R\$ 3.038,99). Acima do mencionado valor será dada a possibilidade de terem proteção complementar, cuja adesão será facultativa.

A possibilidade de criação da previdência complementar para os servidores públicos é uma demonstração do caminho traçado pelo ordenamento jurídico atual: a criação de uma proteção única a todos os trabalhadores, quer da iniciativa privada, quer do setor público.

Conclusão

Apresentamos neste artigo, de forma sintética, a proteção previdenciária dirigida aos servidores públicos titulares de cargos efetivos após as reformas previdenciárias implementadas pelas ECs ns. 20/98, 41/03 e 47/05. Entendemos que era necessário reformar o sistema anterior, uma vez que representava, em alguns casos, verdadeiros privilégios em relação à população em geral, a qual financiava uma proteção em que não havia nenhuma exigência de tempo mínimo no serviço público, bem como não havia contribuição para custear as aposentadorias (os servidores pagavam contribuição para a pensão e saúde) etc.

Entretanto, observamos que as reformas não foram acompanhadas por regras de transição adequadas e proporcionais, quando qualquer mudança no ordenamento jurídico previdenciário deve vir acompanhada das citadas regras. Assim, algumas disposições das emendas referidas,

bem como interpretações administrativas (como, por exemplo, a base de cálculo das aposentadorias por idade, por invalidez e compulsória para os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC n. 41/03), devem ser afastadas pelo Poder Judiciário, haja vista que violam princípios fundamentais do Estado instituído pela Constituição de 1988, em especial o da segurança jurídica, o qual inclui o princípio da proteção da confiança.

Artigo 3

FUNÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NA APROVAÇÃO DE APOSENTADORIAS E PENSÕES

Antonio Fernando Jorge R. de C. Malheiro¹

Introdução

A apreciação dos atos concessórios de aposentadorias e pensões pelo Tribunal de Contas está prevista na Constituição Federal, no seu art. 71, inciso III, que relaciona as competências das Cortes de Contas, assim lhe determinando especificamente:

III — apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal [...], bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório [...]

Essa função, expressa de forma separada e individualizada das demais previstas naquele artigo, completa a atividade dos órgãos de controle externo. A análise da legalidade da aposentadoria é uma função administrativa e, portanto, de quem exerce seu controle.

A forma prevista no regramento constitucional ao longo do tempo para o controle externo dessas ações, **julgar** ou **apreciar**, é fruto tanto da dinâmica política do tempo quanto do entendimento político do momento da constituinte, quando decide pela melhor forma de sua institucionalização. Mas a análise das concessões de aposentadorias sempre foi vista, no nosso entender de forma correta, como matéria que necessita

¹ Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Acre, Engenheiro Eletricista pela UFMT, concluiu os cursos de Economia e Direito na UFAC, pós-graduado (MBA) pela Universidade Cândido Mendes em Auditoria Fiscal e Tributária.

passar pelo controle administrativo pelos motivos óbvios de sua natureza e consequências na despesa pública.

O volume de processos de registro de aposentadorias e pensões é considerável em todos os tribunais de contas. Eles se acumulam em face do sempre grande número de servidores dos órgãos públicos, porque grande é a máquina estatal, como também pelas mudanças constantes das regras de análise em face das alterações dos planos, fruto das variações das estruturas da administração pública e dos constantes movimentos reivindicatórios por melhorias, exercidos pelas entidades de classes dos servidores, trazendo alterações nas regras de enquadramento, concessão de gratificações, promoções, enfim, nas regras que atingem a composição dos salários dos servidores públicos, com reflexos diretos na definição dos seus proventos na inatividade.

Por conta disso, críticas são feitas, por vezes, à fiscalização dos atos de inatividade pelos Tribunais de Contas, com o argumento de que estes deveriam estar mais presentes na análise das contas de despesas de maior monta, as quais serão julgadas nessas Cortes de Contas.

Há razão neste entendimento quanto ao volume desses processos, todos com valor pequeno em relação ao montante do orçamento que se precisa controlar. No entanto, a soma de pequenos valores pagos de forma incorreta ou a permissão de uma interpretação errônea da lei, lesiva ao Erário, pode se configurar em pesada perda de recursos, uma vez que, caso não corrigida, se perpetua ao longo dos anos. Além do mais, essa é uma medida que facilita o julgamento da despesa geral, bem como a análise da conta de inativos, uma vez que já foram apreciados individualmente os seus valores.

Diante da angústia de se debruçar na análise de tão numerosos processos e do tempo que se despende nessa atividade, faz-se necessário tê-los sob o controle da forma que ele foi pensado e estipulado na norma constitucional. Mas hoje esse problema foi amenizado com a chegada da ajuda imprescindível da informática. Os cálculos de tempo de serviço, antigamente enfadonhos e demorados, hoje são feitos com um simples toque de tecla de computador. E a análise dos enquadramentos e valores devidos são também verificados por meio de sistemas de computação, mais complexos, nos quais os problemas surgem mais por divergências na interpretação das normas legais, geralmente não simplificadas num

único mandamento legal, mas espalhadas num emaranhado de leis, que por dificuldades de programação desses sistemas.

Dessa forma, com tais avanços, esse controle se manifesta importante e mais ágil, servindo como respaldo para os Tribunais de Contas na análise e julgamento das contas maiores.

Apreciação para Fins de Registro *Versus* Julgamento de Contas

A apreciação dos atos de aposentadoria pelo Tribunal de Contas não tem a mesma natureza do julgamento que essa Instituição realiza nas contas dos administradores, pois assim quis a Constituinte, diferentemente do que ocorre na Itália, onde o Tribunal de Contas julga tal ato. Esse posicionamento no nosso ordenamento constitucional não traz nenhuma diminuição aos órgãos de controle externo.

Pela concepção dada à organização do controle externo brasileiro, ficou muito bem marcado que as Cortes de Contas julgam matéria de “Contas” e não de “Direitos” — estes só têm uma jurisdição, a do Poder Judiciário. E quando se apreciam os atos de aposentadoria, há em questão, além do interesse da proteção do Erário público, direitos individuais dos servidores. E se há direitos individuais envolvidos, a matéria é da competência julgadora do Poder Judiciário.

Assim, o Tribunal de Contas **julga** as contas dos seus jurisdicionados e **aprecia**, para fins de registro, os atos de aposentadoria e de pensões.

Tal posicionamento é muito claro no ordenamento formado e pacificado nas decisões do Supremo Tribunal Federal. O julgamento da matéria de “contas” cabe aos Tribunais de Contas e se envolvida matéria de “direitos”, o julgamento é do Poder Judiciário, conforme anteriormente afirmado.

Para melhor entendermos essa distinção no modelo de atuação dos Tribunais de Contas, primeiro focaremos o julgamento das contas, cabendo aqui repetir trecho do pronunciamento do eminente Ministro Carlos Ayres de Brito no pré-Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, ocorrido em 30 de março de 2001, na cidade do Rio de Janeiro, publicada sob o título “A Real Interpretação da Instituição Tribunal de Contas”:

[...]

A função do Tribunal (de Contas) é o controle externo, controlar e fiscalizar, verificar a legalidade da despesa e a irregularidade das contas.

[...]

Controlar é julgar, é avaliar, é emitir juízo de valor para decidir. E fiscalizar é apreciar, é investigar.

[...]

E o Tribunal de Contas, tal como o Poder Judiciário, julga. E **naquela matéria de sua competência, o mérito não pode ser revisto pelo Poder Judiciário.**

[...]

O Poder Judiciário tem a força da revisibilidade das decisões do Tribunal de Contas, porém num plano meramente formal, para saber se o devido processo legal foi observado, se direitos e garantias individuais foram ou não respeitados. Porém, o mérito da decisão, o controle, que é próprio do Tribunal de Contas, orçamentário, contábil, financeiro, operacional e patrimonial, logo o mérito da decisão é insindicável pelo Poder Judiciário. É uma exceção ao princípio da livre apreciação do Poder Judiciário sobre o direito material. O Poder Judiciário pode decidir toda e qualquer questão, salvo aquelas adjudicadas com exclusividade a outro órgão igualmente constitucional. (grifos nossos)

Como dito acima, a análise das contas e da aplicação do dinheiro público, na sua forma orçamentária, contábil, financeira, operacional e patrimonial, é uma questão de “Contas” e, por conseguinte, sujeita ao julgamento do Tribunal de Contas, não cabendo a sua revisão de mérito ao Poder Judiciário quando a discussão se ativer a contas. O Poder Judiciário poderá rever a decisão do Tribunal de Contas se houver algum erro processual que atinja os “direitos” dos indivíduos aos quais as contas pertencem: ausência do devido processo legal e cerceamento do amplo direito de defesa. Aqui sim, ele fará a revisão das decisões da Corte de Contas porque é o titular da jurisdição dos “Direitos”.

O Supremo Tribunal Federal assim já definiu esse entendimento.

Para melhor ilustrá-lo, cabe copiar o ilustre conhecedor do assunto e autor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e transcrever a citação de Roberto Rosas² a esse respeito:

No STF, asseverou o Ministro Rafael de Barros Monteiro que as decisões do Tribunal de Contas não podem ser revistas pelo Poder Judiciário, a não ser quanto ao seu aspecto formal, palavras corroboradas na mesma assentada pelo Min. Djaci Falcão, considerando essas decisões com força preclusiva (RE 55.821; RTJ 43/151).

E adiante prossegue:

Em outro julgado do Pretório Excelso (MS n. 16.255; RTJ 38/245), o relator Ministro Lins, ainda que restringindo o âmbito da função jurisdicional do Tribunal de Contas, não negou sua competência constitucional, afirmando que “tudo quanto ultrapassa este limitado objeto de exame da regularidade intrínseca das contas prestadas pelos responsáveis, refoge à competência jurisdicional restrita, e inampliável por lei, do Tribunal de Contas. Só o que toca a este exame, já para liberar o responsável, já para declará-lo em alcance, constitui decisão jurisdicional definitiva, a cavaleiro de qualquer decisão judicial” [...]. No mesmo passo acentuaram os Ministros Aliomar Baleeiro e Carlos Medeiros Silva em aresto da Corte Suprema (MS n. 15.381; RTJ 37/462).

Para complementarmos o assunto, transcreveremos a ementa de outras duas decisões do Supremo Tribunal Federal:

Ementa. Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta. Mandado de Segurança não conhecido.³

² ROSAS, Roberto. *Aspectos jurisdicionais na competência dos tribunais de contas*. CIDA-DE: EDITORA. p. 109.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 7.280-MS. Relator: Ministro Henrique D’Avilla. Brasília, 20 de junho de 1960. *Revista Trimestral de Jurisprudência*. São Paulo, v. 14-01, p. 96.

E em outra decisão:

Ementa. Mandado de Segurança denegado. Os julgamentos de Tribunal de Contas, no uso da atribuição conferida pelo art. 77 da Constituição, só poderão ser cassados por mandado de segurança quando resultem de ilegalidade manifesta ou abuso de poder.⁴

Pontes de Miranda, sempre exaltado e citado pelo experiente (apesar da pouca idade) e ex-membro das Cortes de Contas (foi conselheiro e membro do Ministério Público de Contas por muitos anos), portanto grande conhecedor do assunto, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, assim recomenda:

[...] desde que a execução caiba ao juiz comum, não pode esse conhecer de qualquer **infringência** ou de qualquer **modificação** no julgado do Tribunal de Contas. Lei que o permita é inconstitucional.

E esclarece que:

Tal jurisdição (dos Tribunais de Contas) exclui a intromissão de qualquer juiz, razão pela qual seria a própria Corte de Contas que julgaria os embargos infringentes!⁵

É importante que fique clara essa questão para que se entenda perfeitamente a ação dos Tribunais de Contas ao apreciar, e não julgar, os atos de aposentadorias e pensões.

Se o papel dos Tribunais de Contas, como julgador das “Contas” referentes ao Erário, está bem definido no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a apreciação dos atos de aposentadoria por eles também o está.

Como síntese do entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 197.227-ES, publicado em 22

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 5.490-MS. Relator: Ministro Antonio Villas Boas. Brasília, 20 de agosto de 1958. *Diário da Justiça — Poder Judiciário*. Brasília, 25 set. 1958, Seção 1, p. 68.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Os fundamentos atuais do direito constitucional*. CIDADE: EDITORA. p. 24-25.

de outubro de 1996, que teve como Relator o eminente Ministro Ilmar Galvão, aquela Corte assim se posicionou:

A aposentadoria é ato administrativo sujeito ao controle dos Tribunais de Contas, que detêm competência para examinar a legalidade do ato e recusar o registro quando lhe faltar base legal.

Magadar Rosália Costa Briguet, em sua brilhante obra *Previdência Social*, colaciona diversas decisões da Suprema Corte nesse sentido e que bem permitem a apreensão da diferença entre julgar e apreciar esses atos no exercício do controle:

O plenário desta Corte firmou o entendimento de que as recomendações do Tribunal de Contas, a autoridade administrativa, feitas em conversão de julgamento de legalidade de aposentadoria em diligência, não obrigam esta a rever o ato administrativo de concessão de aposentadoria para ajustá-lo a tais recomendações, razão por que, se a autoridade administrativa os rever para fazer esse ajuste, não está ela atuando como mera executora material das recomendações do Tribunal de Contas, mas sim é a autoridade que responde pela prática do ato administrativo de ajuste.⁶

Aqui ficou bem definido que a decisão do Tribunal de Contas não é terminativa.

Em outra decisão acerca da aposentadoria, e no mesmo sentido, assim se expressa a mais alta Corte, formadora do ordenamento jurídico vigente:

Mandado de segurança. — Falta de legitimidade passiva *ad causam* do procurador-geral da República, uma vez que o cumprimento da decisão do Tribunal de Contas da União não foi determinado por ele, mas sim pelo Secretário-Geral da Procuradoria-Geral da República. — Igualmente falta legitimidade passiva *ad causam* ao Tribunal de Contas, porquanto a conversão, em diligência, do julgamento de ilegalidade por ele feita, não obriga a autoridade administrativa a

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 21.683-RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. *Diário da Justiça — Poder Judiciário*. Brasília, 16 dez.1994, p. 34886.

cumprir as diligências determinadas. Assim, o ato atacado é o da autoridade administrativa que observou as diligências ordenadas pelo Tribunal de Contas da União, apesar de a isso não estar obrigado, e de, portanto, não ser mera executora da determinação desse Tribunal. Mandado de Segurança não conhecido.⁷

Mais completa, mas no mesmo sentido, ficou a seguinte decisão expressa no voto do Ministro Celso de Mello:

No exercício da sua função constitucional de controle, o Tribunal de Contas da União procede, dentre outras atribuições, à verificação da legalidade da aposentadoria, e determina — tal seja a situação jurídica emergente do respectivo ato concessivo — a efetivação, ou não, de seu registro. O Tribunal de Contas da União, no desempenho dessa específica atribuição, não dispõe de competência para proceder a qualquer inovação no título jurídico de aposentação submetido a seu exame. Constatada a ocorrência de vício de legalidade no ato concessivo de aposentadoria, torna-se lícito ao Tribunal de Contas da União — especialmente ante a ampliação do espaço institucional de sua atuação fiscalizadora — recomendar ao órgão ou entidade competente que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, evitando, desse modo, a medida radical da recusa de registro. Se o órgão de que proveio o ato juridicamente viciado, agindo nos limites de sua esfera de atribuições, recusar-se a dar execução à diligência recomendada pelo Tribunal de Contas da União — reafirmando, assim, o seu entendimento quanto à plena legalidade da concessão da aposentadoria —, caberá à Corte de Contas, então, pronunciar-se, definitivamente, sobre a efetivação do registro.⁸

Assim, claro fica que o Tribunal de Contas controla os atos de Aposentadorias e Pensões, apreciando a sua legalidade, com o intuito de fiscalizar as contas e proteger o Erário, conforme foi concebido no ordena-

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 21.462-DF. Relator: Ministro Néri da Silveira. *Diário da Justiça — Poder Judiciário*. Brasília, 29 abr.1994, p. 9730.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 21.466-DF. Relator: Ministro Celso de Mello. *Diário da Justiça — Poder Judiciário*. Brasília, 6 maio1994, p. 10486.

mento constitucional, sem, contudo, poder ultrapassar seu limite de competência, isto é, sem invadir a esfera de atuação do Poder Judiciário, a quem cabe falar do Direito individual do servidor, se este o provocar na defesa dos próprios interesses. Como o assunto foge à jurisdição das “contas”, foge também à jurisdição dos Tribunais de Contas.

E para tirar quaisquer dúvidas de que as Cortes de Contas não julgam, mas apenas apreciam as concessões de aposentadorias e pensões, cite-se que no julgamento do Mandado de Segurança n. 21.449-SP, impetrado contra o TCU, o Supremo Tribunal Federal entendeu que nos procedimentos de registro de aposentadorias e pensões, o direito ao contraditório no Tribunal de Contas não incluiria, necessariamente, as pessoas atingidas pelo ato concessivo do benefício, como expressa o voto do relator, Ministro Otávio Gallotti:

O registro das concessões e pensões, como de aposentadorias e reforma, e ainda o dos atos de admissão de pessoal (art.71, III, da Constituição), é uma atividade de auditoria, assinalada pelo caráter exaustivo do controle de legalidade. Desenrola-se, o respectivo procedimento, entre os órgãos de fiscalização e os de gestão, sem margem para a participação ativa de eventuais credores da Fazenda que possam vir a sofrer efeitos da glosas ou correções impostas.

A Súmula Vinculante n. 3, aprovada na Sessão Plenária de 30/5/2007, assim define a posição do Supremo Tribunal Federal:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa, quando a decisão puder resultar em anulação ou revogação do ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Dessa forma, claro fica que a ação do Tribunal de Contas em relação a esses atos é tão-somente o de apreciação da sua regularidade administrativa e não o de julgar ainda o direito individual do servidor, caso contrário, obrigatória seria a participação do interessado.

As Decisões dos Tribunais de Contas Quando da Apreciação e Registro das Aposentadorias e Pensões

Fazendo então parte do rol de atividade dos Tribunais de Contas, no ordenamento constitucional vigente e já delineado pela Suprema Corte, a apreciação da legalidade dos atos de aposentadoria e pensões. No que tange às decisões das Cortes de Contas no desempenho dessa função, se vislumbram as seguintes situações:

- 1) A apreciação da legalidade para fins de registro é competência do Tribunal de Contas e constitui etapa necessária à conclusão do ato da aposentadoria.
- 2) O Tribunal de Contas, diante da conformidade legal do ato, aprova-o e registra-o como tal.
- 3) Diante da discordância da proposta da administração para o ato de aposentadoria, a Corte nega o seu registro, se diante da ilegalidade total, quando o interessado não tiver direito à inatividade, cessando o pagamento de qualquer verba.

Até aqui não há maior discussão sobre essas posturas e procedimentos. No último caso, tanto a administração quanto o interessado podem recorrer ao Tribunal de Contas. Mas mantida a decisão, o servidor interessado que se julgar prejudicado deverá levar a discussão e defesa de seus direitos ao fórum apropriado para estes, o do Poder Judiciário. E se vencedor da questão, terá sua aposentadoria retificada e seus direitos restituídos, restabelecendo-se assim o direito individual por quem tem a prerrogativa de fazê-lo, o Poder Judiciário.

De qualquer forma, o Erário e o interesse coletivo foram defendidos no vislumbre de que estariam sendo atacados, papel esse inerente ao Tribunal de Contas. E com a apreciação do Poder Judiciário, o Erário não fica acima do senso de Justiça e da defesa dos Direitos Constitucionais. Por isso que essa concepção do ordenamento institucional feito na Constituinte está perfeita. Cada um cuida da sua área de responsabilidade. Não há sobreposição de ações.

Mas agora começa a maior discussão em face da ausência de maior detalhamento no ordenamento infra-constitucional:

[...] diante de proventos calculados a menor ou a maior que aqueles que considera pertinentes, no caso de servidor com direito à inatividade, o Tribunal de Contas [...]

O que faz o Tribunal de Contas?

Aqui surgem as divergências de entendimentos. E para equacionarmos a questão, novamente lembraremos que as Cortes de Contas julgam “contas”, e que o Poder Judiciário julga “Direitos”.

Dessa forma, analisaremos agora os dois casos possíveis:

1. Pagamento de proventos a menor que aqueles considerados pertinentes pelo Tribunal de Contas.

Nesse caso, não se tem motivo para não efetivar o registro da aposentadoria, pois não pode o Tribunal de Contas reprovar uma conta menor que a que é devida, quando além de tudo a sua análise não é terminativa quanto aos direitos individuais envolvidos, **devendo**, isso sim, **notificar o servidor para que tome conhecimento do seu entendimento** e, querendo, acionar e requerer seus direitos no fórum competente, o Poder Judiciário, caso o administrador não siga as recomendações da Corte de Contas para recompô-los.

O Tribunal de Contas, no ordenamento constitucional, é um órgão destinado a fiscalizar as contas dos administradores, de modo a proteger o Erário. Ele não pode, de forma alguma, ordenar ou majorar despesa. Ele pode determinar o corte da despesa, mas não pode determinar a sua majoração, por isso só aponta as verbas que, entende, deveriam também ser pagas.

Ao registrar o ato que comporta proventos a menor do que aqueles que entende serem legais e de direito, reconhece a despesa praticada, mas afirma, inclusive, que ela poderia ser maior, mas não pode punir o gestor, pois este “protegeu em demasia” o Estado. Acende, contudo, a luz do equilíbrio da justiça, notificando o interessado para que busque a sua recomposição, que se efetivará se assim também entender o Poder Judiciário.

Dessa forma, nesses casos, resumimos ser o mais pertinente o registro do ato e a notificação do servidor para que tome conhecimento do entendimento do Tribunal de Contas a respeito dos valores dos proventos da sua inatividade, que entende ser maiores que os anteriormente definidos no ato de sua fixação, para que, através do Poder Judiciário possa, definitivamente, conhecer se a eles tem ou não direito.

No outro caso:

2. Pagamento de proventos a maior que aqueles considerados pertinentes pelo Tribunal de Contas.

Aqui a questão muda um pouco. A percepção de despesa a maior empurra o Tribunal de Contas para uma postura de protetor do Erário. E qualquer que seja a sua posição, não pode se afastar desse papel. Ele é um Tribunal de Contas e agora a Conta se configura desfalcada.

Deve ele então notificar o gestor, dando-lhe tempo para corrigir a distorção encontrada. O gestor pode não cumprir a alteração recomendada, mas não se vislumbra razoável motivo para deixar de cumpri-la, pois se sujeita a ser multado e receber uma Tomada de Contas Especial para devolução dos valores considerados pagos a maior. Isso porque cabe à Corte de Contas a glosa da reconstituição ao Erário dos pagamentos considerados irregulares feitos pelos gestores ao inativo — neste caso utilizam-se os mesmos princípios legais e ações que o Tribunal de Contas usa para repor ao Erário valores considerados pagos de forma incorreta e ilegal a servidor da ativa, na folha de pagamento.

Para que o gestor reverta uma situação como essa, só com a apresentação de decisão do Poder Judiciário, reconhecendo os valores considerados a maior. E não é o gestor o interessado em propor tal ação, com vistas a reverter o posicionamento da Corte de Contas. Ao servidor cabe a discussão dos seus direitos na esfera do Poder Judiciário contra a administração. Assim, não vemos por que o gestor deva deixar de cumprir a recomendação do Tribunal de Contas, pois esta visa proteger o Erário por meio do Princípio de Proteção ao Erário. E se houver busca de definição de direitos no Poder Judiciário por parte do interessado, mesmo que este questione a pessoa do gestor, esse processo não lhe poderá imputar responsabilidade que vá além da responsabilidade inerente ao cargo, determinando à Administração, e não a ele, a recomposição da perda e efetivação do pagamento.

E aí sim, todos desempenharam o seu papel na forma desenhada na Constituição:

O Tribunal de Contas defendeu o Erário naquilo que achava coerente.

O gestor cumpre a sua determinação.

O interessado discute o direito no Poder Judiciário.

Este diz a palavra final sobre o “direito” em questão.

Com isso, o Erário e a coletividade foram protegidos contra um possível dano e o interessado não teve seu direito cerceado, se o considerava pertinente. E se assim for a conclusão definitiva do Poder Judiciário, dada pela organização concebida na Constituinte, seu direito é recomposto, pois o senso de justiça está acima da coletividade.

Dessa forma, nesses casos, os Tribunais não devem conceber o registro da aposentadoria, mas pressionar a correção dos proventos, não no âmbito do direito, mas no de Contas, para que se tenha um procedimento de defesa do Erário.

Também não é pertinente que a Administração fique disputando com o Tribunal de Contas um possível direito do servidor, numa questão em que nenhum dos dois tem a palavra final para dizer se é ou não devido. É esse o motivo pelo qual não entendemos por que a administração contrariaria uma postura mais conservadora do Tribunal de Contas em vez de alterar os proventos e cientificar de imediato o interessado para que este logo corra atrás da discussão do seu possível direito no fórum adequado e de decisão definitiva. Isso não faz sentido. Assim, frisamos, não se justifica a recusa do administrador em ajustar os proventos quando inicialmente definidos a maior, pois, como já mencionado, cabível é a glosa das contas do gestor ao Tribunal de Contas.

E prosseguindo: também não é coerente negar-se o registro do ato de inatividade, pois isso traz a conseqüente suspensão do pagamento de toda a parcela do servidor, mais por uma disputa e queda-de-braço que se travaria entre a administração e o Tribunal de Contas que pelo bom senso de manter o pagamento em níveis já reconhecidos, passível de revisão no Poder Judiciário, caso o interessado vislumbre maior direito que aquele ali reconhecido.

Assim, para concluir a questão, quando o ato de fixação de proventos, pela administração, foi feito a maior que o do juízo do Tribunal de Contas, só cabe o registro quando devidamente corrigido pela administração, pois, caso contrário, não seria aquele uma Instituição de Contas responsável pela fiscalização e controle dos atos administrativos.

A Função do Tribunal de Contas na Aprovação das Aposentadorias e Pensões

A função dos Tribunais de Contas na aprovação das aposentadorias e pensões, conforme claramente a expõe Magadar Briguet,⁹ não é conceder o benefício tampouco confirmar ou ratificar a concessão, uma vez que “a Corte de Contas apenas examina a legalidade do ato para efeitos financeiros, aprova-o e registra a despesa correspondente”.

E acrescenta, com base nas palavras de Flávio Teixeira,¹⁰ que aprovado o ato de aposentadoria, três efeitos dele decorrem: “a indisponibilidade ou intangibilidade do ato pelo órgão emitente, a garantia da executoriedade ou eficácia incondicionada ou definitiva do ato, salvo decisão judicial em contrário, e a regularidade da despesa com a aposentadoria registrada”.

É nesse sentido que reafirmamos a importância do papel zeloso dos Tribunais de Contas ao proteger o Erário, insurgindo-se contra os atos de fixação de proventos acima do valor que considera legal e correto.

Mas o papel das Cortes de Contas vai além da apreciação desses atos.

Por se tratarem de processos numerosos, pois grande e constante é o número de servidores que entram na inatividade, também é sua função orientar e promover a discussão permanente sobre a interpretação das leis e normas que regem os pagamentos e vantagens dos servidores e suas aposentadorias.

A discussão unicamente no âmbito do processo de inatividade dos entendimentos acerca de enquadramentos nos planos de cargos e carrei-

⁹ BRIGUET, Magadar Rosália Costa. *Previdência Social*. São Paulo: Atlas Juridica, 2007. p. 234.

¹⁰ TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. *O controle das aposentadorias pelos tribunais de contas*. São Paulo: Fórum, 2004. p. 209.

ras, de incidência de vantagens adquiridas nos embates das reivindicações das associações dos servidores, aprovadas de forma correta pelo parlamento, precisa ser constante. Se não, processos emperram por divergências de interpretação, notificações para correção de atos por parte dos administradores se multiplicam e o ordenamento jurídico, no emaranhado de leis que regem esse assunto, fica dominado por poucos conhecedores do assunto e sem a discussão necessária.

Assim, entendemos que os órgãos que deste assunto cuidam necessitam estar em permanente debate sobre a interpretação das leis que o regem: a Administração, que inicia e prepara os atos de fixação dos proventos; a Procuradoria-Geral do Estado, que freqüentemente dá pareceres sobre a interpretação dessas normas legais; o órgão de Previdência, que arcará com o pagamento dos proventos; os técnicos de controle externo, que analisarão os processos sob a ótica de fiscalização do ato; o Ministério Público de Contas, que fiscaliza a regularidade da aplicação dos princípios legais; e os julgadores nos Tribunais de Contas, que precisam discutir freqüentemente o assunto — o que dará mais celeridade a esses processos.

Como já afirmamos no início, a análise dos atos de aposentadoria pode hoje ser feita por sistemas informatizados que calculam rapidamente o tempo de serviço, as regras de enquadramento da aposentadoria e as de fixação de proventos.

Mas cabe ressaltar, como é óbvio, que o fazem sob a ótica das regras que forem estabelecidas e ditadas para o sistema. E é aí que um fórum de discussão permanente agiliza fortemente a tramitação desses processos, pois a discussão dos entendimentos da aplicação dos fundamentos legais traz para esses sistemas de informática os entendimentos já bastante discutidos e com a anuência de todos, inclusive do controle dos Tribunais de Contas, o que permite que esses processos passem a não ser um peso dentro da dinâmica da fiscalização das Cortes de Contas.

Relação Tribunal de Contas e Executivo (Órgão da Pasta de Servidores e da Previdência): Experiência no Acre

No Acre, em fins de 2003 e início de 2004, se tornou premente a necessidade de agilizar a apreciação desses processos para fins de registro no Tribunal de Contas do Estado — permitindo assim a compensação Previdenciária com a União referente às contribuições feitas pelos servidores e aposentados no Regime Próprio de Previdência do Estado — e para a Previdência Geral, dentro do modelo definido pela União.

As iniciativas isoladas da Administração Estadual e do Tribunal de Contas não tiveram nenhuma eficácia.

Mas o interesse pela agilização da tramitação desses processos permaneceu em ambos, e assim se iniciou a elaboração de um sistema informatizado para a análise dos atos de aposentadoria, conferindo tempo de serviço, enquadramentos e proventos.

Como já afirmamos, os problemas não apareceram no sistema que analisa as aposentadorias e pensões, mas na divergência que ocorre na interpretação das normas legais em cada um dos órgãos envolvidos de alguma forma nesses processos.

Eles hoje caminham de forma mais ágil, com menor número de funcionários cuidando de sua instrução. Mas ficou bem nítido que, quanto mais frequentes são as discussões acerca da interpretação das leis e normas aplicadas entre todos os operadores anteriormente citados, maior a agilidade na tramitação dos processos de aposentadoria e pensões. E quando regras novas são aprovadas pelo parlamento, necessário se faz dirimir as dúvidas de sua interpretação, pois isso facilita as alterações e ajustes necessários no programa do sistema informatizado, dando maior celeridade à tramitação desses processos.

Nessa linha, hoje, dentro da Sede do Tribunal de Contas do Estado do Acre, está instalada, em sala própria cedida pelo Tribunal, a Secretaria que cuida dos servidores e o Instituto de Previdência Estadual, com servidores dos seus respectivos quadros, que agilizam as informações necessárias à instrução dos processos e, com os técnicos do Tribunal de Contas, detectam os pontos de interpretação legal divergentes, levando-os à pauta da próxima discussão conjunta. Alguns assuntos levam mais

de uma reunião para ser dirimidos, mas no geral, através de exaustiva discussão do tema, se chega ao consenso acerca da sua interpretação. Dificilmente há necessidade de um posicionamento final do Pleno do Tribunal, realizado sob a forma de consulta.

Conclusão

Conforme aqui mencionamos, a função do Tribunal de Contas na aprovação de aposentadorias e pensões fica mais fácil de ser entendido se o vimos como uma Instituição concebida no ordenamento constitucional e como órgão de controle, portanto, com a função de proteger o Erário.

Sendo um órgão que julga “contas” e não “direitos”, seu posicionamento com relação à decisão sobre a regularidade das contas dos gestores públicos e acerca de um ato de aposentadoria tem que ser inerentemente diferente, pois este último contém elementos do direito individual cuja discussão não se pode furtar à Instituição constitucionalmente competente para fazê-lo: o Poder Judiciário.

Dessa forma, diferente é a postura do Tribunal quando reconhece o direito do servidor à inatividade mas não concorda com os proventos propostos pela administração. Quando entender maiores que os que estão sendo pagos, avisa o detentor do direito para que os verifique com o Poder Judiciário, mas registrando a despesa, pois assim não onera o Erário, ao contrário. Já se, no sentido inverso, como fiscalizador e defensor do Erário, não pode conceder o registro ao ato, não deve também negá-lo, a fim de não prejudicar o servidor. Deve, porém, usar da sua força constitucional e das punições aplicáveis a quem prejudica o Erário para reprovar essa conta, como o faz quando algum servidor da ativa recebe vantagem sem a sua autorização legal. Tudo de forma a preservar o Erário, não se vislumbrando, nesses casos, motivos que justifiquem ao gestor não cumprir a orientação dos Tribunais, pois estes só poderiam se insurgir se pudessem ir ao Poder Judiciário e, no caso, só ao servidor compete contestar a posição recomendada pelo Tribunal de Contas perante o Poder Judiciário.

Artigo 4

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO

Daniel Pulino¹

Introdução

Vamos tratar dos aspectos jurídicos da previdência complementar do servidor público, no contexto das reformas constitucionais do sistema previdenciário brasileiro. O tema tomou novo impulso com a edição da reforma previdenciária feita pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e deverá ser regulamentado por projetos de lei, tanto da União quanto dos demais entes políticos.

Esses projetos vão afetar a vida de muitos trabalhadores públicos — os servidores públicos ocupantes de cargo de provimento efetivo e os chamados membros de Poder — que representam parcela expressiva e influente da população, esperando-se, por isso, grande embate sobre ele. É, portanto, importante aprofundar as diversas discussões que o tema suscita.

Mas o que viria a ser essa previdência complementar do servidor público? A rigor, temos ainda muito desconhecimento na matéria, que é nova, havendo muita coisa por desvendar e mesmo por construir. É preciso, então, tomarmos os poucos elementos disponíveis hoje e com eles traçar o caminho mais seguro para extrair a adequada compreensão da matéria. Numa visão jurídica, evidentemente, esses pontos de partida não poderiam ser buscados senão em nossa Constituição.

¹ Professor de Direito Previdenciário da PUC/SP. Graduado pela Faculdade de Direito da USP, Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Procurador Federal. Ex-Diretor Jurídico da Secretaria de Previdência Complementar (2004/2005).

Vamos dividir esta exposição em duas partes: na primeira, após situarmos, a título de ambientação da matéria, o sistema previdenciário previsto em nossa Constituição, traçaremos breve panorama das reformas constitucionais da previdência social, *para que possamos compreender o contexto em que o tema da previdência complementar dos servidores públicos surge no direito positivo brasileiro.*

Numa segunda etapa, após ambientado o assunto na Constituição e entendido o contexto em que surge a matéria em estudo no direito brasileiro, veremos o que é a previdência complementar do servidor público, qual seu fundamento constitucional e quais as condições jurídicas para instituí-la, de acordo com as normas de nível constitucional.

Ressaltamos que iremos tratar apenas dos *aspectos jurídicos* que envolvem o tema (e, ainda assim, sem qualquer pretensão de esgotar-se o assunto), embora haja muitos outros, também importantes, fora da área jurídica, na previdência complementar do servidor público, como os de natureza política, econômica, atuarial etc. Vamos nos concentrar, porém, apenas na questão jurídica, e basicamente no nível constitucional, para que ao final possamos ao menos *trazer à reflexão* (eis aí nosso único propósito) alguns dos principais pontos deste tema que, como já dissemos, ainda é muito desconhecido, mesmo porque ainda pendente de regulamentação em nível legal e de efetiva implementação.

Reformas Constitucionais do Sistema Previdenciário

Sistema Previdenciário na Constituição

Como se sabe, nossa Constituição de 1988 inaugurou amplo sistema de proteção social, conformando, no Capítulo II de seu Título VII (Ordem Social), a seguridade social, compreendendo três áreas de atuação: saúde, assistência social e previdência social.

Concentrando-nos, diante da finalidade deste estudo, no subsistema previdenciário, é preciso que vejamos, ainda que brevemente, de que forma o mesmo se acha disposto em nossa Constituição.²

A previdência social é a parte do sistema de proteção social que se destina à cobertura das situações de necessidade social que afligem, basicamente,³ os trabalhadores e seus dependentes. Aqui, diferentemente do que se passa em relação às demais áreas da seguridade social, não serão todos e quaisquer cidadãos os destinatários das prestações de previdência social, mas sim, como adiantado, apenas, essencialmente, aqueles que exercem trabalho — seja qual for a modalidade em que este se desenvolve e independentemente de os trabalhos serem prestados na área pública ou perante a iniciativa privada — ou que retirem seu sustento, total ou parcialmente, de alguém que trabalha.

Previdência oficial (pública), básica e obrigatória

Assim, no Brasil, todos os trabalhadores têm direito à proteção previdenciária, que é, aliás, um dos direitos sociais elencados pelo art. 6º da Constituição. Nem todos, contudo, têm direito ainda à mesma proteção previdenciária, ao mesmo regime de previdência social, pois alguns se vinculam aos regimes próprios de previdência social — RPPS's (servidores públicos ocupantes de cargo de provimento efetivo⁴ da União, Esta-

² É na Seção IV do Capítulo relativo à seguridade social que a Constituição brasileira disciplina a previdência social, fazendo-o em dois artigos: o 201, relativo ao regime geral de previdência social, e o 202, referente ao regime de previdência privada. Portanto, é a ambos os regimes (e, como se verá, também aos chamados *regimes próprios*, de que trata o art. 40) que se refere, o texto constitucional brasileiro por meio da expressão “previdência social”.

³ A única exceção fica por conta da figura dos segurados facultativos, admitida exclusivamente para o regime geral de previdência social (art. 201, § 5º, da Constituição)

⁴ Incluem-se, aqui, na expressão e, assim, no âmbito subjetivo dos RPPS's (e, nessa medida, da futura previdência complementar do servidor público), também os chamados membros de Poder (todos os magistrados, membros do Ministério Público e os conselheiros de Tribunais de Contas), diante da remissão dos arts. 93, VI, 129, § 4º e 73, § 3º, da Constituição ao regime do art. 40 desta. Assim, do universo de trabalhadores vinculados diretamente ao setor público, apenas restam excluídos dos RPPS's os ocupantes de cargos em comissão sem vínculo efetivo com a Administração Pública, os empregados públicos e os temporários (figuras expressamente afastadas pelo art. 40, § 13), bem como os detentores de mandatos eletivos (chefes do Poder Executivo e parlamentares) e demais agentes políticos (i. é, os auxiliares diretos dos chefes do Executivos, que são os Ministros de Estado ou Secretários estaduais, distritais ou municipais).

dos, Distrito Federal e Municípios), disciplinado pelo art. 40 de nossa Constituição,⁵ e outros, todos os demais trabalhadores,⁶ filiam-se ao regime geral de previdência social — RGPS (art. 201 da CF), que é, neste sentido, residual.

Vinculando-se a um ou outro desses regimes, tanto faz, o que importa ter claro é que o que nosso sistema não admite é que quem exerce trabalho fique legalmente sem alguma forma de proteção previdenciária.

Mas quando dizemos isso, estamos tratando de que forma de proteção previdenciária? Ou, perguntando de outro modo, são estes, o RGPS e os RPPS's, os únicos regimes de previdência admitidos em nossa Constituição?

Como se sabe, não são apenas estes dois tipos de regime previdenciário (RGPS e RPPS's) os previstos em nossa Constituição, já que ela também disciplina, em seu art. 202, o que denomina de “regime de previdência privada”. Assim, quando dizemos que nenhum trabalhador pode ficar legalmente sem alguma forma de proteção previdenciária, estamos nos referindo apenas à proteção previdenciária básica ou oficial.

Esta forma de proteção previdenciária, que alcança, portanto, tanto o RGPS quanto os RPPS's, é chamada de oficial justamente porque é imposta, por lei, a todos os trabalhadores, independentemente de sua vontade, sendo prestada sob regime de direito público, em princípio por entidades estatais, organizadas sob a forma descentralizada autárquica

⁵ Embora formalmente mencionados pela Lei n. 9.717, de 1998 — que dita as normas gerais relativas aos regimes próprios de previdência social —, e embora também eles sejam ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo, nossa Constituição exclui da incidência de importantes regras do art. 40 (sobretudo aquelas que vieram com as reformas constitucionais, justamente para enfatizar o caráter contributivo e o mecanismo segurador nos regimes próprios, como adiante veremos), a proteção previdenciária conferida a *militares*, quer os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares de Estados e Distrito Federal (art. 42), quer os membros das Forças Armadas (art. 142, parágrafos 1º e 2º, e 142, parágrafo 3º, IX e X). A eles não se aplica, por exemplo, o fim dos critérios de integralidade na concessão (aliás, ainda é possível e corrente que a aposentadoria ultrapasse o valor da última remuneração) e paridade no reajustamento, que foi imposto pela reformas para os servidores públicos “civis”.

⁶ Inclusive, segundo dispõe ainda a lei (arts. 13 da Lei n. 8.212/91 e 12 da Lei n. 8.213/91), os servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, no caso de não ter sido criado, pelo ente político para o qual trabalham (ou ao qual se vinculem as autarquias para as quais trabalhem), sistema próprio de previdência.

ou ainda por órgãos desconcentrados da Administração direta. E ela é tida como básica porque, num sentido meramente operacional,⁷ alcança a proteção das situações de necessidade social sentidas pelos trabalhadores ou por seus dependentes, que se encontrem abaixo do limite legalmente estipulado para a cobertura do respectivo regime.

São, assim, características dessa previdência oficial, desenvolvida quer pelo RGPS quer pelos RPPS's: (a) combate de situações de necessidade social *básicas* (porque comportadas abaixo do teto fixado em lei),⁸ mas voltadas à manutenção, em alguma medida (na medida do histórico laboral-contributivo do próprio trabalhador, ainda que imperfeitamente), do nível de vida do trabalhador, e não, necessariamente, ao atendimento do patamar de mera subsistência (“mínimos sociais”), cujo combate fica a cargo, basicamente, dos benefícios do subsistema de assistência social; (b) determinar vinculação **obrigatória** dos trabalhadores a seu âmbito de proteção; e (c) ser ela prestada **sob regime de direito público**, com administração em princípio a cargo de entidades estatais (mediante autarquias ou a própria administração direta), submetendo-se, assim, à estrita legalidade (daí, a propósito, a constante referência à expressão

⁷ Reconheça-se que a utilização da expressão “básica” para designar o RPPS (cujo limite mensal de cobertura atualmente, no caso da União, p. ex., pode, no limite, atingir R\$ 24.500,00 mensais, que representam hoje pouco mais de US\$ 14.000,00) não seria adequada, na medida em que permite cobertura praticamente integral, se considerado o nível de vida dos servidores em atividade, alcançando, ademais, patamar muito superior ao do RGPS, que acolhe a maioria dos trabalhadores brasileiros (e cujo “teto” legal é hoje de no máximo R\$ 3.038,99, quase US\$ 1.800,00). Apenas, portanto, num sentido operacional a denominação “proteção básica” poderia aqui empregada, no sentido então de alcançar quaisquer necessidades comportadas dentro do “teto” de proteção dos benefícios, quer do RGPS, quer de qualquer dos RPPS's.

⁸ A rigor, apenas com a Emenda n. 20, de 1998, fixou-se teto de benefícios para o RPPS, ou seja, de limite máximo para o pagamento das aposentadorias e pensões dos servidores públicos, que passou a ser o valor da remuneração do cargo efetivo em que se deu a aposentadoria (ou que serviu de referência para a concessão da pensão por morte). Até então, o valor das aposentadorias do RPPS podiam, de modo perfeitamente válido sob o ponto de vista constitucional e legal, até exceder tal parâmetro, o que ocorria frequentemente, segundo a legislação própria de cada entidade política (cf., p. ex., no âmbito federal, o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, art. 184, e o art. 192 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que foi revogado pela Medida Provisória n. 1.522, de 14 de outubro de 1996, sucessivamente reeditada pelo Presidente, até a conversão na Lei n. 9.527, de 10 de dezembro de 1997).

“nos termos da lei” ou outra equivalente, encontrada em diversas disposições dos arts. 40, 195 e 201 da Constituição, quando disciplinam o custeio, os benefícios e a gestão dos regimes de previdência oficial).⁹

Previdência privada, complementar e facultativa

Para além do limite de cobertura que margeia a atuação da previdência oficial, abre-se campo para o regime de previdência privada, disciplinado pelo art. 202 de nossa Constituição, cuja redação foi inteiramente dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998.

Este regime, cujas características veremos logo na seqüência, é prestado por sujeitos privados (as entidades de previdência complementar, que podem ser abertas ou fechadas), os quais colaboram com o Poder Público no aparelho de proteção dos trabalhadores, mas — importa destacar — sem que isso signifique que tais sujeitos particulares perdem aquelas características que lhes são próprias num regime de direito privado, informado, basicamente, pelo princípio da autonomia da vontade.

É exatamente isso o que ensina Wagner Balera:

“Integram o quadro de componentes do Sistema de Seguridade Social brasileiro os entes de previdência privada. Servem, os entes supletivos, como estruturas de expansão do arcabouço de proteção, formando, como já se costuma dizer em França, segunda rede de seguridade social, em estreita colaboração com o Poder Público, no interior do aparato de bem-estar social. Mas não perdem os traços característicos que são peculiares às pessoas privadas”.¹⁰

Aliás, é importante observar que, antes da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, havia previsão, na redação original do art. 201, § 7º da possibilidade de prestação de seguro complementar e facultativo (“§ 7º. A previdência social manterá seguro coletivo, de caráter complementar

⁹ Em outro trabalho, tivemos ocasião de identificar na Constituição brasileira um regime jurídico específico de previdência social, composto dos seguintes princípios: 1. filiação prévia; 2. proteção precípua aos trabalhadores; 3. relevância das contingências sociais como critério específico de proteção; 4. contributividade; 5. manutenção limitada do nível de vida do beneficiário e; 6. natureza pública do regime (cf. A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro, São Paulo, LTr, 2001, p. 30-61).

¹⁰ Sistema de Seguridade Social, São Paulo, 2000, LTr, p. 61.

e facultativo, custeado por contribuições adicionais”),¹¹ possibilidade esta que restou eliminada com a nova sistematização imposta pela citada Emenda aos arts. 201 e 202 da Constituição, a partir da qual, muito claramente, foram separadas a previdência social oficial, prestada sob regime público, em princípio por entes estatais, da previdência social complementar, operada por entidades particulares em regime de autonomia privada.

Vejamos, agora, quais são as principais características do regime de previdência privada na Constituição brasileira, extraíndo-as integralmente do já mencionado art. 202, que assim se acha redigido:

Art. 202. O regime de previdência **privada**, de caráter **complementar** e organizado de forma **autônoma** em relação ao regime geral de previdência social, será **facultativo**, baseado na **constituição de reservas** que **garantam** o benefício **contratado**, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência *privada* o **pleno acesso às informações** relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as **condições contratuais** previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência *privada* **não integram o contrato de trabalho** dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência *privada* pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades **fechadas** de previdência *privada*, e suas respectivas entidades **fechadas** de previdência *privada*.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação

¹¹ Não é irrelevante mencionar que tal previsão, que era acompanhada de outra, constante do art. 9º, II e parágrafo segundo, da Lei n. 8.213, de 1991, jamais chegou a ser implementada, possivelmente diante da inadequação consistente justamente em se atrelar a proteção previdenciária de natureza privada a uma pessoa pública.

de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades *fechadas* de previdência *privada*.

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades *fechadas* de previdência *privada* e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Do texto constitucional, pode-se extrair algumas das características básicas da previdência privada, que deve ser (a) de caráter complementar, (b) autônoma em relação aos regimes de previdência oficial, (c) facultativa, (d) contratual, (e) baseada em formação de reservas garantidoras dos benefícios, (f) marcada pela necessidade especial de transparência e (g) gera relações jurídicas autônomas de trabalho e de previdência quanto ao trabalhador-participante.

O caráter complementar do regime de previdência privada significa, como visto acima, que não lhe compete a cobertura das necessidades sociais tidas como básicas, a qual fica a cargo, em nosso sistema, necessariamente dos regimes de previdência social de vinculação obrigatória para os que trabalham. Quer isto dizer, antes de mais nada, que, em nosso país, diferentemente de outros da América Latina e do resto do mundo (nos quais logo acima do nível de assistência social pública aos desamparados já se coloca a proteção previdenciária privada), a previdência privada *não* pode ter papel *substitutivo* do Estado (ou nem mesmo *concorrente* com este) na proteção básica dos trabalhadores, realizada, como já vimos, pelo RGPS ou pelos RPPS's.

Assim, como o Estado garante a cobertura previdenciária básica pela chamada previdência oficial (RGPS ou RPPS, conforme o caso), aqueles trabalhadores que pretendam *aperfeiçoar* o nível de cobertura oferecida por esses regimes oficiais, buscando manter, na inatividade, padrão de vida mais próximo ao daquele que tinham em atividade, devem aderir ao sistema de previdência complementar.

Disso decorre uma necessária separação entre os espaços funcionais de atuação dos regimes de previdência básica e do regime de previdência complementar.

Já a *autonomia* (ou *desvinculação*) em relação à previdência oficial significa, em primeiro lugar, que, diferentemente do que se passa entre o

RGPS e os RPPS's — os quais são mutuamente excludentes, na medida em que o trabalhador somente estará vinculado a um ou a outro deles, mas não a ambos concomitantemente, ao menos se considerada uma mesma relação de trabalho de um mesmo sujeito — o regime de previdência privada convive, coloca-se ao lado do regime oficial para, juntamente com este, conferir proteção ao trabalhador que a ele se vincula.

Todavia, por força deste verdadeiro princípio constitucional — e é este o ponto que expressa seu verdadeiro conteúdo — apesar dessa coexistência vertical, digamos, entre os regimes oficial e privado, *este não pode estar necessariamente atrelado àquele*, vale dizer, a concessão e o valor dos benefícios dos planos de previdência complementar não devem depender, em princípio, da concessão e do valor das prestações conferidas pela previdência oficial.

Cabe lembrar, a propósito, que a lei complementar a que se refere o *caput* do art. 202 da Constituição (Lei Complementar n. 109, de 2001), ao traçar as linhas básicas do regime de previdência complementar, determinou, no art. 68, § 2º, que a “concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social”.

Igualmente, diferentemente do que a idéia de complementação possa inicialmente aparentar, não há qualquer relação necessária entre o valor dos benefícios da previdência privada e os da previdência pública, no sentido de que aqueles devam se somar a estes para resultar em valor equivalente ao da última remuneração do trabalhador.

A **facultatividade** (ou voluntariedade) do regime em estudo é expressão da livre iniciativa, representando, especificamente, a liberdade que têm os sujeitos para contratar ou não contratar (liberdade contratual em sentido estrito), relativamente a plano de benefícios operado por entidade de previdência complementar.

Quer isto significar que as decisões de iniciar (e mesmo de manter) um programa previdenciário a seus trabalhadores — do ponto de vista do tomador do trabalho — ou de aderir ou não àquele programa (e de, uma vez tendo aderido, dele retirar-se) — agora por parte do próprio trabalhador — encontram-se no campo de liberdade, de autonomia dos próprios sujeitos, não podendo haver imposição do Estado ou dos particulares quanto a isso.

Outra das características sucintamente enunciadas pelo art. 202, *caput*, do texto constitucional é o caráter **contratual** da previdência complementar, segundo o qual as partes, justamente por este aspecto negocial que a Constituição determina para a matéria, poderão, segundo suas vontades e suas possibilidades concretas, desenhar livremente (dentro dos acentuados limites legais de intervenção do Estado neste importante setor, aos quais nos referiremos logo à frente) a extensão e os efeitos da proteção previdenciária que resolverem contratar, valendo isso quer no momento de criação da vinculação a um plano previdenciário, quer no de suas alterações e mesmo no de sua eventual extinção.

Assim, diferentemente do regime de previdência oficial, para o qual impera o princípio da legalidade estrita, os direitos, deveres e obrigações das partes devem estar estabelecidos em **contrato**. Em relação às entidades fechadas de previdência complementar, as partes com ela envolvidas (patrocinadores ou instituidores, de um lado, e os participantes ou assistidos, de outro) manifestam sua vontade por meio dos instrumentos previstos em lei (termo de adesão, estatutos e regulamentos dos planos de benefícios) e as relações jurídicas devem ser, necessariamente, regidas com base no que foi contratado entre as partes, prevalecendo neste sistema o princípio do *pacta sunt servanda*.

Cumprir observar apenas que os princípios da facultatividade e da contratualidade nada mais são do que os mais acentuados reflexos do **sobreprincípio da autonomia privada**, verdadeira pedra de toque do regime de direito privado, que informa inequivocamente o regime de previdência privada em nossa Constituição.

Uma única observação deve ser feita aqui. É que apesar de inequivocamente submetido a regime jurídico de direito privado, o sistema de previdência complementar desenvolve-se dentro de limites acentuadamente marcados em lei. Afinal, decorre da própria finalidade previdenciária (complementar, como visto) desse regime, de suma importância para o constituinte no sistema de proteção social, não poucas restrições, fixadas pela própria Constituição e pelas Leis Complementares ns. 108 e 109, ambas de 29 de maio de 2001.

Nesse sentido, veja-se, por exemplo, além do disposto no art. 202, o art. 21, VII, da Constituição — segundo o qual compete à União fiscalizar as operações de previdência privada —, na Lei Complementar n. 109, de 2001, que compete ao órgão federal de regulação e fiscalização

do sistema — atualmente, no caso das entidades fechadas e segundo o art. 74 dessa lei, o Ministério da Previdência Social, por meio Conselho de Gestão da Previdência Complementar e da Secretaria de Previdência Complementar, respectivamente — controlar a constituição e funcionamento das entidades fechadas de previdência privada, autorizar previamente a aplicação dos estatutos dessas entidades e os regulamentos dos planos de benefícios, assim como as respectivas alterações, os atos de fusão, cisão ou incorporação de entidades etc. (cf. art. 33), além da fiscalização, e, eventualmente, da intervenção e liquidação das entidades, bem como da aplicação de sanções disciplinares a seus administradores.

Encerrado o parêntese, voltemos ao exame das características constitucionais da previdência privada.

A Constituição Federal estabeleceu ainda que os planos de previdência complementar devem pautar-se pela **necessária constituição de reservas garantidoras dos benefícios contratados (capitalização)**.

No regime de capitalização, os próprios contribuintes gerarão, na atividade, o montante necessário para financiar as prestações em sua inatividade (não havendo aqui o famoso “pacto de gerações” que é inerente ao sistema público, baseado na *repartição* simples e fundado na solidariedade de toda a sociedade). A capitalização impõe, portanto, duas fases bastante distintas no sistema: uma de acumulação (período contributivo) e outra de fruição (período concessivo). Nesse regime, quando se inicia a fase de concessão (ou seja, antes de se começar a série de pagamento das parcelas previstas a título de benefício), a reserva deverá estar constituída, daí porque tal regime é também chamado de “regime de pré-pagamento” ou “pré-financiamento”.¹²

É por isso que os §§ 1º e 3º do art. 18 da Lei Complementar n. 109, de 2001, aplicáveis a planos de previdência complementar fechada, dispõem, respectivamente, tanto que “o regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas”, quanto que “as reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromis-

¹² Cf. GUSHIKEN, Luiz. *et al. Regime próprio de previdência dos servidores: como implementar? Uma visão prática e teórica*. Brasília: Ministério da Previdência e Assistência Social, 2002, p. 121.

sos assumidos, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador”.

É compreensível a mais acentuada preocupação revelada pelo constituinte com a **transparência** do sistema de previdência complementar, na medida em que, se o desenvolvimento do mesmo depende justamente da facultativa vinculação dos sujeitos, torna-se absolutamente fundamental que, segundo o texto constitucional, garanta-se “o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos” (202, § 1º). De mais a mais, como se acabou de ver, justifica-se a preocupação também em vista da necessidade de que seja *garantida* a proteção exatamente como contratada. Há, na Lei Complementar n. 109, de 2001, vários dispositivos que dão concreção a este princípio (p. ex., os arts. 7º, 10, 22 e 24).

Por fim, extrai-se do texto constitucional o princípio da **autonomia entre as relações jurídicas de trabalho e de previdência complementar**, de suma importância para a previdência complementar fechada (e para os planos coletivos de previdência complementar aberta).

Por força dessa característica constitucional imposta ao regime — e que não passa, aliás, de decorrência do princípio da facultatividade — a Constituição, além de expressamente afastar a repercussão dos direitos contratados no plano de previdência privada daqueles que decorram do contrato de trabalho (ou do vínculo estatutário, relativamente aos servidores efetivos), dá margem à fixação legal de mecanismos que permitem a continuidade da relação contratual de previdência complementar já formada, independentemente da sorte da relação de trabalho.

Assim, para dar maior segurança à relação previdenciária em vista das condições reais do mercado de trabalho dos dias de hoje, tanto poderá ocorrer de um participante, se assim o quiser, não mais participar de plano previdenciário ao qual tenha se vinculado, ainda que nenhuma alteração tenha sofrido sua relação de trabalho (caso em que efetuará o resgate das contribuições por ele vertidas ao plano, à luz do art. 14, III, da Lei Complementar n. 109, de 2001), quanto se poderia verificar, perfeitamente, que o participante que tenha cessado seu vínculo de trabalho com a empresa, caso queira, continue protegido pela relação de previdência privada ou complementar, quer dentro do *mesmo plano* de benefícios (hipótese na qual teria que optar pelo instituto do autopatrocínio ou do benefício proporcional diferido, previstos respectivamente no art. 14, incisos IV e I, da Lei Complementar n. 109, de 2001), quer em *outro*

plano de benefícios para o qual levaria suas reservas totais (e aqui valendo-se do instituto da portabilidade, previsto no inciso II do dispositivo legal que se acabou de mencionar).

Enfim, estas são as bases constitucionais do regime de previdência privada ou complementar, aqui apenas sucintamente apresentadas por evidente limitação.

Como em nosso modelo esse tipo de proteção previdenciária pode ser prestado por dois tipos de entidades, as abertas e as fechadas, e como a Constituição se reporta de passagem a esta distinção, justamente para restringir às entidades *fechadas* a administração dos futuros planos de previdência complementar dos servidores públicos ocupantes de cargo de provimento efetivo, convém vermos brevemente o que caracteriza uma entidade *fechada* de previdência complementar, diferenciando-a das entidades abertas.

Entidades fechadas de previdência complementar

Guardando coerência com aquilo que já *prevê expressamente* o art. 202, §§ 4º e 5º, da Constituição, o art. 40, § 15, assinalou que a previdência complementar do servidor público será realizada — se e quando instituída, e a depender da conveniência e oportunidade políticas de cada ente da federação, como em breve se verá — por intermédio *apenas* de entidades *fechadas* de previdência privada.

Com isso restaram *excluídas* da matéria as entidades *abertas* de previdência complementar. Estas, segundo o art. 36 da Lei Complementar que traça, em obediência ao comando do art. 202, *caput*, da Constituição, o regime de previdência privada ou complementar (Lei Complementar n. 109, de 2001), apresentam as seguintes características: (a) são acessíveis a quaisquer pessoas físicas, independentemente de qualquer vínculo de trabalho ou de classe que possuam; (b) constituem-se sob a forma de sociedade anônima ou de seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida e; (c) apresentam finalidade lucrativa e (d) são reguladas e fiscalizadas por órgãos vinculados ao Ministério da Fazenda.¹³

¹³ Que são, respectivamente, o Conselho Nacional de Seguros Privados — CNSP e a Superintendência de Seguros Privados — SUSEP.

Vejamos, agora, bastante resumidamente, as características legais das entidades fechadas de previdência complementar — EFPC's, o que é dado basicamente pelos arts. 31 da Lei Complementar n. 109, de 2001 e 8º a 23 da Lei Complementar n. 108, de 2001.

Primeiramente, as entidades fechadas recebem essa denominação porque são acessíveis *apenas* a determinado grupo de pessoas, as quais guardam entre si certa **identidade de grupo**, de origem laborativa ou associativa, sendo, portanto, “fechado” o acesso para outros sujeitos que não participem desses grupos. Nesse sentido, dispõe a o art. 31 da Lei Complementar n. 109, de 2001:

Art. 31. As entidades fechadas são aquelas **acessíveis**, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, **exclusivamente**:

I — aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e

II — aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

§ 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de **fundação** ou sociedade civil, **sem fins lucrativos**.

Como se vê expressamente do texto legal transcrito (e também em vista do que expressamente dispõe o art. 8º, parágrafo único da Lei Complementar n. 108, de 2001), a segunda característica obrigatória das EFPC's consiste na sua **ausência de finalidade lucrativa**. Este traço aliás pode ser apontado, sob o ponto de vista da rentabilidade das reservas, fundos e provisões dos planos de previdência privada, como um dos diferenciais que podem favorecer os planos administrados por EFPC's em relação aos das entidades abertas, pois, tendo em vista a ausência da finalidade lucrativa, o patrimônio pertencente a cada plano de benefícios gerido pelas EFPC's terá possibilidade de crescer num ritmo mais elevado, pois todo o resultado financeiro é revertido em favor desses planos, beneficiando, enfim, seus participantes.

Quanto à forma sob a qual se organizam, dispõem tanto o artigo 31, § 2º, da LC n. 109, de 2001 quanto o parágrafo único do art. 8º da Lei Complementar n. 108, de 2001, que as EFPC's serão **fundações**.¹⁴

¹⁴ Ou sociedades civis, segundo a redação dos dispositivos acima citados, que é, todavia, anterior ao novo Código Civil brasileiro, aplicável desde janeiro de 2003, que extinguiu tal figura.

As EFPC's têm, ademais, por *objeto exclusivo* gerir *planos de benefícios de natureza previdenciária*,¹⁵ sendo vedado às mesmas prestar outros serviços, como, por exemplo, o oferecimento de planos de saúde ou a concessão de benefícios de natureza assistencial.¹⁶ Tal vedação tem por objetivo justamente proteger o patrimônio gerido pelas EFPC's, deixando claro que os recursos ali constantes destinam-se exclusivamente ao pagamento de benefícios previdenciários.

A legislação prevê ainda como deve ser a estrutura organizacional das EFPC's, sendo que, em relação às entidades patrocinadas pela União, Estados, Municípios e suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas, a Lei Complementar n. 108, de 2001 detalhou a estrutura dos órgãos que compõem as EFPC's, estabelecendo, por exemplo, a gestão paritária entre os representantes dos patrocinadores e dos participantes e assistidos nos conselhos deliberativo e fiscal, a eleição direta para a escolha dos representantes dos participantes e assistidos no conselho deliberativo e a duração do mandato dos membros do conselho deliberativo, bem como a competência e as atribuições do conselho fiscal e da diretoria-executiva que são os outros órgãos que, juntamente com o conselho deliberativo, compõem a estrutura organizacional das EFPC's. Teremos oportunidade ainda de voltar a este assunto.

É, assim, por meio dessas entidades fechadas que deverá, necessariamente, ser realizado o regime de previdência complementar dos servidores efetivos e membros de Poder, caso a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios desejem implementá-lo para o respectivo âmbito, dentro do juízo de mérito político que cabe a cada um deles avaliar, nos termos do art. 40, §§ 14 e 15, da Constituição, tal como logo veremos.

¹⁵ Dispõe a Lei Complementar n. 109, de 2001, em seu art. 32, que: “As entidades fechadas têm como objeto a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária. Parágrafo único. É vedada às entidades fechadas a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito de seu objeto, observado o disposto no art. 76”.

¹⁶ De se observar, contudo, a regra transitória estabelecida no art. 76 da Lei Complementar n. 109, de 2001.

Razões Apontadas e Extensão das Reformas

Agora que repassamos como está disposto atualmente o sistema previdenciário em nossa Constituição, vejamos por que razões e em que extensão este sistema foi sendo moldado pelas reformas constitucionais.

Como se sabe, a **Constituição de 1988** inaugura formalmente a era da **seguridade social** no Brasil, ampliando o sistema de proteção social, em nível constitucional, para além dos contornos da previdência social (restrita a contingências sociais ligadas à prestação de trabalho). Entre nós (Constituição, arts. 194 a 204), a seguridade social compreende três áreas — *saúde, previdência social e assistência social* — e reproduz as características que inspiraram o modelo surgido, na Inglaterra, ainda em meio à Segunda Guerra Mundial: a proteção de todos em face de todas as situações de necessidade (*universalidade*), consoante o primeiro objetivo do parágrafo único do art. 194; a *integralidade* da proteção, mediante a articulação das três áreas citadas num único “conjunto integrado de ações”, na discreta dicção do art. 194, *caput*; e o dever de *toda a sociedade financiar o sistema* (art. 195).

As novéis disposições constitucionais trazidas com a Carta Cidadã de 1988 tiveram **inspiração nitidamente expansiva**, ampliativa do modelo de proteção previdenciária até então vigente no Brasil, ao determinar, entre outras coisas:¹⁷ a necessária uniformidade da proteção para trabalhadores urbanos e rurais (194, parágrafo único, II); a impossibilidade de pagamento de quaisquer benefícios substitutivos dos rendimentos em valor inferior ao do salário-mínimo (201, § 2º); a irredutibilidade do valor dos benefícios, mediante atualização monetária plena, de acordo com parâmetros definidos exclusivamente em lei (não mais em Portarias editadas pelo Ministério da Previdência Social — cf. arts. 194, IV, e 201, §§ 3º, 4º e 11); a revisão dos benefícios já concedidos antes da Constituição, para recomposição das perdas reconhecidamente (constitucionalmente reconhecidas!) sentidas pelos beneficiários ao longo dos anos com os critérios de atualização aplicados na ordem anterior (art. 58 do ADCT); concessão de pensão por morte ao viúvo, independentemente de ser inválido; introdução de aposentadoria proporcional também à mulher; a

¹⁷ Aqui, diante dos propósitos da exposição, deixamos de lado pontos de expansão da proteção relacionados às áreas de saúde e assistência social.

redução da idade de aposentadoria para rurícolas (o que foi importantíssimo, ao lado de sua equiparação ao urbano); e, especificamente no âmbito dos servidores públicos, previsão de criação de regime jurídico único (com importantes repercussões previdenciárias), dentro do qual foram incluídos, com aparente afronta ao texto constitucional (art. 19, ADCT) — por lei da União,¹⁸ acompanhada, no particular, por praticamente todas as legislações estaduais e municipais —, servidores indevidamente efetivados, que passaram a ter direito a proventos integrais de aposentadoria.

Todas essas determinações da Constituição de 1988, como não poderia deixar de ser, tiveram *grande impacto no aumento das despesas do sistema*.

Importa observar que **nessa mesma época** em que aqui se implantam essas novas diretrizes expansivas ao modelo de proteção social dos brasileiros, lá fora, o **panorama universal** da matéria tomava, em geral, rumo diametralmente oposto, pois já revelava a ocorrência de **reformas** dos diversos sistemas de seguridade e previdência social, como reação aos sinais de *crise* já apresentados pelos diferentes regimes, reformas essas que seguiam linha reducionista, claramente marcadas pela contenção de despesas (não pela ampliação da cobertura).

E nível universal, tem-se apontado, em extrema síntese, como **causas** para a generalizada onda de reformas dos sistemas nacionais de proteção, fatores de três ordens, a saber: (a) de *ordem demográfica* (a diminuição da natalidade e sobretudo o envelhecimento crescente das populações, a partir do aumento da expectativa de vida, ocasionada por melhora das condições sanitárias, diminuição das mortes infantis e maior acesso aos alimentos, tudo isso comparativamente às condições existentes no início do século XX, quando foram projetados os modelos de proteção previdenciária); (b) de *ordem econômica* (desemprego crescente e aumento do fenômeno da informalidade, fazendo com que o volume dos postos formais de trabalho — base tradicional e ainda vigente no Brasil, cabe lembrar, do financiamento dos sistemas previdenciários — não acompanhasse o aumento da população e, assim, dando margem a que cada

¹⁸ No âmbito da União, a inconstitucionalidade do dispositivo legal em questão foi pedida pelo Procurador-Geral da República na ADIn n. 2.968 (contra o art. 243 da Lei n. 8.112/90), que ainda pende de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

vez mais houvesse menos trabalhadores ativos sustentando mais inativos, e por mais tempo de inatividade); e mesmo, com papel destacado, (c) fatores no plano das idéias ou de *ordem política*, pois, em resumo, com a volta aos ideais liberais, que levam à propagação da necessidade de diminuição crescente do tamanho e do papel do Estado na ordem social e econômica, a idéia de solidariedade social, que foi absolutamente fundamental ao aparecimento histórico de todos os modelos de seguridade social, passa a ceder terreno para o retorno à ênfase nos valores individualistas.

Ainda que não seja apropriado, evidentemente, discutir neste trabalho amplamente o assunto, é certo dizer que também para o caso brasileiro tem-se apontado, para a crise do sistema e a conseqüente necessidade de reformá-lo, os mencionados fatores, aos quais se aliam as crescentes despesas que a própria ampliação da proteção na nova Constituição implicava, além de recorrentes casos de fraude, deficiente administração do regime, e desvios de recursos captados sob a forma de contribuições previdenciárias.

Diante de todo este panorama — de um lado, a justa (porque harmônica com os princípios centrais da nova ordem constitucional de 1988) imposição normativa de expansão do modelo de proteção social aos brasileiros, e de outro, o impacto dos fatores universais e locais de crise do sistema —, fez com que também aqui se impusesse, nos meios políticos, econômicos e de formação de opinião, uma espécie de *consenso* sobre a necessidade de mudanças, logo no início da década de noventa, o que nos pôs também no rumo das discussões referentes às futuras *reformas do sistema brasileiro* (o qual, redimensionado, como vimos, de modo expansivo no final de 1988, pela Constituição, mal havia começado a ser implementado), que não tardaram a se concretizar, tendo por *objeto* não toda a seguridade social, mas tão-somente o *subsistema previdenciário* (embora, como logo veremos, atingindo-o por completo, em todos os seus regimes), que passa a ser modificado freqüentemente por leis infraconstitucionais e, pouco adiante, *também por emendas à Constituição* (até mesmo diante do grande detalhamento da matéria em nível constitucional), como foram as de número 20, de 15 de dezembro de 1998, 41, de 19 de dezembro de 2003 e 47, de 05 de julho de 2005.

Em *nível constitucional*, tais reformas vão atingir todo o sistema previdenciário, quer o regime geral de previdência social — RGPS (alte-

rado sobretudo com a primeira reforma, concretizada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998), quer dos regimes próprios de previdência social — RPPS's, destinados aos servidores públicos e membros de Poder (alvo claro tanto da mencionada Emenda n. 20, quanto, e de modo quase que exclusivo, da segunda reforma, veiculada pela Emenda Constitucional n. 41, de 2003), quer, ainda, do regime de previdência complementar ou privada, que teve suas bases constitucionais substancialmente reforçadas e claramente definidas no texto do artigo 202 da Constituição, cuja redação foi integralmente dada pela EC n. 20, de 1998, e na legislação complementar a ela conseqüente (Leis Complementares ns. 109 e 108, de 29/5/2001) .

Cabe observar, de passagem, que, sob o enfoque constitucional, o Brasil passa a viver o dilema de ter que *reformular o modelo previdenciário ainda no momento em que ele mal começava a ser implementado*, ao menos no que diz respeito a vários daqueles pontos que a Constituição determinou sua expansão, sua ampliação de cobertura, como os acima citados.

Tônica das Reformas

Assim, como a necessidade de reformas justificou-se como contraposição aos alegados desequilíbrios apresentados pelo sistema, sua **tônica** não poderia ser outra, evidentemente, senão a de **guiar-se pela busca de ajuste, de equilíbrio** entre despesas e receitas, por uma política não de expansão da cobertura (e assim, dos gastos) mas, ao contrário, de contenção de gastos públicos. Essa *lógica de racionalização*, de prioridade na contenção dos gastos públicos, passou a ser, aliás, o vetor obrigatório de quaisquer discussões sobre o tema. Veja-se, nesse sentido, por todas, a significativa expressão “caráter contributivo, *observados* critérios que *preservem o equilíbrio* financeiro e atuarial”, dada pela EC n. 20, de 1998, logo ao *caput* tanto do art. 40 (RPPS) quanto do art. 201 (RGPS) da Constituição.

Para conseguir tal objetivo, procurou-se **acentuar os fundamentos clássicos da técnica do seguro**, no seguro previdenciário, basicamente de duas formas: 1) mediante **reforço do caráter contributivo** que marca o regime previdenciário (p. ex., lembre-se da mudança conceitual de aposentadoria por “tempo de serviço” para aposentadoria “por tempo de contribuição”) e; 2) da **concessão de prestações previdenciárias apenas diante de contingências (“riscos”) sociais causadoras de situação de ne-**

cessidade para o trabalhador ou seus familiares — como, p. ex., a tentativa (para o RGPS) ou a efetiva (para os RPPS's) imposição de idade mínima para se aposentar¹⁹ e o fim das aposentadorias proporcionais por tempo de serviço, antes possíveis já aos 30 ou 25 anos de atividade, respectivamente, de homens e mulheres ou mesmo o fim da possibilidade de redução do tempo de serviço para a aposentadoria de professores universitários. Quis-se, assim, dar ao sistema, digamos, mais “cara de seguro”, abrandando a idéia de que suas aposentadorias, seus benefícios tenham caráter apenas retributivo, funcional, isto é, que sejam concedidas em função do exercício, por certo tempo, da atividade ou cargo do sujeito, independentemente de terem sido vertidas contribuições específicas e suficientes para isso ou independentemente de o trabalhador estar ou não em plenas condições de continuar a desenvolver suas atividades.

Em brevíssimas palavras, é este o rumo que tomam as reformas constitucionais para a generalidade do sistema previdenciário brasileiro.

Mas é possível que detectemos, nas modificações do texto constitucional, de que forma aquela tônica geral apontada (busca de equilíbrio, mediante acentuação das técnicas próprias do seguro) atingiu particularmente o chamado RPPS, destinado aos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo (e membros de Poder e do Ministério Público) na administração pública direta e nas autarquias (e fundações públicas) da União e de Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹⁹ A introdução de idade mínima para as aposentadorias ordinárias foi conseguida — especificamente quanto às regras permanentes — apenas para o art. 40, relativo ao RPPS (60 anos para o homem e 55 para as mulheres), pois quanto ao RGPS (art. 201, da Constituição), não foi aprovado (por faltar apenas um voto), na tramitação do projeto que resultou na Emenda Constitucional n. 20, de 1998, o destaque para inclusão de idade mínima às aposentadorias por tempo de contribuição. Tal situação levaria, posteriormente, à edição da Lei n. 9.876, de 26/11/99, criando o fator previdenciário para o cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição (onde é obrigatório) e por idade (onde só será considerado efetivamente se favorável ao segurado) do RGPS. O “fator previdenciário” é uma fórmula que leva em conta a o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de sobrevida do segurado (calculada esta a partir de tábuas de sobrevivência elaboradas pelo IBGE) e que funciona, na prática, como um redutor do valor da aposentadoria por tempo de contribuição concedida pelo INSS aos segurados que se aposentem com idade reduzida. Para o RGPS, portanto, não há hoje, a rigor, idade mínima para requerer aposentadoria por tempo de contribuição, embora a aplicação do fator previdenciário ao cálculo deste benefício possa levar ao desestímulo (e assim à postergação, para o trabalhador que tenha condições de esperar) de pedidos precoces — nesse sentido — de aposentadoria.

Como vimos acima, a totalidade do sistema previdenciário passa a ser alvo das reformas constitucionais, que alcançam não só o regime geral — RGPS, administrado pelo INSS, como também os regimes próprios de servidores públicos — RPPS's (objeto quase que exclusivo da segunda reforma, da EC n. 41, de 2003) e o regime de previdência privada.

Se pudéssemos reduzir a apenas uma diretriz principal o viés das reformas **com relação, particularmente, aos regimes próprios** de previdência social — RPPS's, destinados aos servidores públicos titulares de cargo efetivo, poderíamos dizer que as mesmas desenvolveram-se no sentido de **buscar uma aproximação cada vez maior entre esses regimes e o regime geral de previdência social** — RGPS, administrado pelo INSS.

Nesse sentido, primeiramente, já a EC n. 20, de 1998 introduziu o parágrafo 12 ao art. 40 (RPPS) da Constituição,²⁰ determinando explícita remissão da aplicação subsidiária das regras do art. 201 desta, que fixa, justamente, as bases do RGPS. Depois, com a EC n. 41, de 2003, foram introduzidos novos — e substanciais²¹ — pontos de equalização com as regras do RGPS, tais como, p. ex: a) fim do critério de integralidade para o teto das aposentadorias do RPPS (equivalente ao valor dos vencimentos correspondentes à remuneração do último cargo efetivo ocupado pelo servidor) para adotar-se o cálculo das aposentadorias dos servidores pela média das contribuições vertidas ao sistema previdenciário (quer ao RPPS, quer ao RGPS) e; b) fim do critério de reajustamento das aposentadorias e pensões do RPPS pelo critério de paridade (que era a extensão aos inativos e pensionistas de todos e quaisquer aumentos dados aos servidores em atividade) e adoção de correção monetária segundo índice e periodicidade estabelecidos em lei.

Pois bem. É justamente neste contexto que surgem as reformas constitucionais tendentes a **estender, no Brasil, a previdência privada (ou complementar) para o âmbito dos servidores públicos**, porque, afinal,

²⁰ Art. 40, § 12, da Constituição: “Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social”.

²¹ Afinal, as apontadas aproximações dizem respeito ao próprio critério de cálculo de concessão inicial e manutenção das prestações, que são a resultante concreta de qualquer plano de proteção previdenciária.

num certo sentido,²² a *principal diferença* que há entre os regimes próprios de previdência social (RPPS's) e o regime geral de previdência social, administrado pelo INSS, é justamente o *limite máximo quantitativo de cobertura* da proteção previdenciária, vale dizer, o chamado “teto” dos benefícios, e a solução que se encontrou para acabar com essa significativa (e econômica e politicamente sensível) diferença foi a de poder-se adotar, *para o futuro*, no âmbito dos RPPS's o mesmo valor-teto usado pelo RGPS, *desde que* o respectivo ente político que o queira promover (U, E, DF, M) ofereça a seus servidores possibilidade de complementação previdenciária acima do teto do INSS, por intermédio de uma entidade fechada de previdência privada.

Vale a pena sublinhar que dissemos, no início do parágrafo anterior, “reformas constitucionais”, no plural, porque essa idéia de aplicação aos servidores públicos da proteção previdenciária privada para valores superiores ao teto de cobertura do INSS foi objeto tanto da primeira quanto da segunda reforma do sistema constitucional de previdência social.

Com efeito, a Emenda Constitucional n. 20, de 1998, já havia tratado da matéria ao introduzir os parágrafos 14, 15 e 16 ao art. 40 da Constituição, que transcrevemos:

Art. 40. (...)

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 16. 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.

²² É que o nível financeiro de proteção é a expressão final dos limites de qualquer sistema protetivo e, além disso, como vimos, também os próprios objetivos que inspiraram as Reformas Previdenciárias — no Brasil e no exterior, de um modo geral — pautaram-se pela racionalização financeira, pelo ajuste e contenção do gasto público.

Cabe mencionar que a lei complementar a que se referia o citado parágrafo 15 em sua antiga redação, fixando as normas gerais para a previdência complementar dos servidores públicos, não chegou sequer a ser editada, diante de diversas disputas travadas durante a tramitação do projeto de lei complementar (o conhecido PLP n. 09/99) no Congresso Nacional. Entre essas disputas, destacava-se a relativa ao nível de complementação a ser oferecido, à modalidade de plano de benefícios que deveria ser adotada para os servidores, discutindo-se se deveria, necessariamente, ser imposto o plano de contribuição definida (por isso chamados de planos CD) ou se seria permitida a contratação de planos na modalidade benefício definido (BD).

E como, diante do que expressamente estabeleceu o art. 10 do corpo da EC n. 20/98, somente após a publicação daquela lei complementar da União veiculadora de normas gerais a que se referia o citado § 15 é que os entes políticos (U, E, DF, M) poderiam instituir, em seus âmbitos, o regime de previdência complementar para os servidores públicos, a implantação de dito regime simplesmente não chegou a ser efetivada.

Diante dessa situação, a previdência complementar para os servidores públicos voltou a ser objeto da Reforma Previdenciária seguinte, realizada por meio da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, que deu novo impulso à matéria ao alterar justamente o § 15 do art. 40 da Constituição, que agora passou a apresentar a seguinte redação:

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

Agora, como se vê, além de fechada a polêmica questão a respeito da modalidade de plano de benefícios aplicável à complementação da previdência dos servidores, que deverá ser, necessariamente, de contri-

buição definida (CD),²³ não mais se passou a exigir a prévia edição de lei complementar pela União para que Estados, Distrito Federal e Municípios implementassem tal regime aos respectivos servidores.

Deixemos, porém, a análise deste ponto e de outros envolvidos nessas breves — porém significativas — disposições constitucionais que foram transcritas para deles tratar pontualmente a breve trecho.

Assim, a título de conclusão deste tópico, pode-se dizer que, após passados mais de quatro anos da promulgação da EC n. 41, de 2003, embora ainda não tenha sido efetivamente implantada a previdência complementar para os servidores e os chamados membros de Poder alcançados pelo RPPS do art. 40 da Constituição — cabendo apontar que recentemente, em 06 de setembro de 2007, foi formalmente encaminhado, no âmbito da União, o respectivo projeto de lei pelo Presidente da República ao Congresso Nacional (Projeto n. 1992/07, em tramitação na Câmara dos Deputados) —, já estão plantadas as bases para que se opere em idêntico nível pecuniário máximo de cobertura (“teto”) a previdência básica e obrigatória dos servidores públicos (RPPS’s) e a dos demais trabalhadores do Brasil (RGPS).

Previdência Complementar do Servidor Público

Fundamento Constitucional da Previdência Complementar do Servidor Público: Instituição Não-obrigatória

Como vimos, o fundamento constitucional para criação da previdência complementar ou privada para os servidores públicos titulares de cargo de provimento efetivo está nos §§ 14 a 16, do art. 40 da Constituição, os

²³ Desde 07 de dezembro de 2005, com a publicação da Resolução n. 16, de 22 de novembro de 2005, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (órgão regulador do sistema fechado de previdência complementar), fez-se a definição jurídico-positiva das modalidades de planos de benefícios, no âmbito da previdência complementar fechada. Nos termos desta Resolução, assim estão definidos os planos de contribuição definida – CD: “Art. 3º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de *contribuição definida* aquele cujos *benefícios programados* têm seu valor *permanentemente ajustado ao saldo de conta* mantido em favor do participante, *inclusive na fase de percepção de benefícios*, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos.”

quais tiveram sua redação determinada pelas Emendas Constitucionais ns. 20/98 (caso dos §§ 14 e 16) e 41/2003 (§ 15).

Embora expresso nesses dispositivos, convém, no entanto, chamarmos a atenção para o seguinte ponto: a **instituição de regime** de previdência complementar para os servidores públicos, segundo a atual conformação constitucional da matéria no Brasil, **não é obrigatória para nenhuma entidade política** (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), sendo, assim, facultativa. Sua adoção decorre então, necessariamente, de um prévio **juízo político**, de conveniência e oportunidade políticas, que será tomado por cada uma daquelas entidades.

A Constituição permite, uma vez oferecida a *possibilidade de adesão a previdência complementar*, que o regime próprio (RPPS) de cada entidade passe a adotar para os servidores e membros de Poder que ingressarem a partir daí o mesmo teto do INSS. Assim, se o regime próprio respectivo não pretende mais pagar as aposentadorias acima do teto INSS para os futuros servidores a ele vinculados poderá, desde que ofereça a estes previdência complementar, adotar o mesmo teto do INSS, cujo valor é, como visto acima, potencialmente bem inferior.

Então, o primeiro ponto a se compreender quanto ao assunto é que, a rigor, não é obrigatória a previdência complementar do servidor público. A União, cada Estado, cada Município, o Distrito Federal, é que vão decidir se querem ou não, se podem ou não, instituir a previdência complementar para a totalidade de seus servidores e membros de Poder. E uma vez instituída a previdência complementar pela entidade federativa, poderá ela adotar, a partir daí, o mesmo valor-teto do RGPS (INSS) para as aposentadorias que ela paga no regime próprio dos seus servidores; e se não instituiu, seus servidores titulares de cargo efetivo (e, sempre, também os membros de Poder, como já exaustivamente dito) continuarão vinculados aos respectivos regimes próprios, podendo deles receber benefícios previdenciários até o valor máximo permitido para cada ente político (nos termos dos arts. 40 e 37, XI, da Constituição), sem, portanto, poder ser adotado o mesmo “teto” utilizado para os benefícios pagos pelo INSS.

Condições Jurídico-Constitucionais para Instituição da Previdência Complementar do Servidor Público

Veremos, agora, o ambiente jurídico no qual o Município, o Estado, o Distrito Federal e a União irão atuar se resolverem instituir, por lei, a previdência complementar para os seus servidores.

É preciso dizer que iremos buscar esses elementos apenas a partir do que a Constituição determina para a matéria, eis que não há ainda, a rigor, lei alguma dispondo especificamente sobre o assunto (ainda que, como dito, o Presidente da República já tenha encaminhado, no dia 06 de setembro de 2007, o projeto de lei para o âmbito da União²⁴).

A propósito, justamente pelo grau de incerteza que a matéria ainda apresenta em nível infraconstitucional, concentraremos esforços mais propriamente em levantar questões jurídicas para a reflexão do que em analisar peremptoriamente o assunto.

Assim, a análise, em geral, será breve, procurando ao menos levantar as principais discussões jurídicas que podem surgir em cada um dos pontos abordados, de acordo com o panorama já existente em nível constitucional. Porém, ante a relevância e as implicações jurídicas do tema, iremos nos concentrar com um pouco mais de atenção no polêmico ponto decorrente do qualificativo “natureza pública”, previsto no art. 40, § 15 da Constituição para designar a entidade previdenciária privada que haverá de gerenciar a previdência complementar do servidor público.

²⁴ Advirta-se, contudo, que a lei federal que resulte do referido projeto de lei pode produzir efeito também quanto às demais esferas políticas, quer diante da consideração de que tal lei venha a veicular *normas gerais em matéria de competência concorrente* (consoante discutiremos a breve trecho), quer diante da faculdade, aberta pelo art. 23 do próprio Projeto, para que Estados, Distrito Federal e Municípios possam aderir à entidade fechada de previdência complementar prevista no projeto para administrar plano de previdência complementar para os servidores públicos e membros de Poder federais.

Ressalte-se, finalmente, que trataremos apenas das condições jurídicas. Há, como dissemos, outras condições muito importantes a analisar, de ordem política²⁵, econômica²⁶ etc., mas que escapam ao escopo deste modesto trabalho, de abordagem eminentemente jurídica, embora sejam — repita-se — absolutamente fundamentais para o ente federativo no momento em que vier a analisar a conveniência de instituir ou não o plano de previdência complementar em seu âmbito.

Atração do Regime Jurídico-constitucional de Previdência Privada

Embora deflúa naturalmente do fato de estarmos diante de um sistema de previdência complementar, não é demais ressaltar que todas aquelas características constitucionais — já vistas acima — impostas para o regime de que cuida o art. 202 da Constituição aplicar-se-ão, em princípio, também aos servidores públicos, uma vez editada a lei instituidora do regime de complementação de suas aposentadorias e pensões.

Assim, a instituição de previdência complementar do servidor público deverá obedecer às características impostas pela Constituição nos §§ 14, 15 e 16, do art. 40, que passam a ser arroladas na sequência. Além disso, atrairá também os fundamentos impostos ao regime de previdência complementar, previstas no art. 202 da Constituição, que são, entre outras: a) caráter complementar, pois não substituirá a cobertura básica (até o mesmo valor-teto usado pelo INSS), a ser concedida pelo respectivo RPPS ao qual estiver vinculado o servidor (e não, portanto, pelo INSS, é bom ter isso claro); b) autonomia em relação à proteção básica, não podendo, em princípio, a concessão e o valor da complementação estarem necessariamente atrelados à concessão do benefício pelo RPPS; c)

²⁵ P. ex., se haverá maioria suficiente para o governo aprovar o projeto no Legislativo respectivo.

²⁶ P. ex., se a quantidade de servidores que ganham mais do que o teto do INSS justifica ou não a implantação do fundo, ou se o custo de transição poderá ou não ser suportado pelo ente político, o qual, a partir da criação do fundo de previdência complementar, não só deixará de arrecadar as contribuições previdenciárias de seus servidores incidentes sobre o valor dos proventos destes que supere o teto do INSS, como também terá que efetivamente verter contribuições a esse fundo (coisa que ele não era obrigado a fazer no RPPS, geralmente operado num regime de caixa, em que se admite que a “contribuição” da entidade pública seja feita no momento de efetiva saída dos recursos), que haverá de funcionar em regime financeiro de capitalização, como já apontado.

facultatividade, de modo que o servidor titular de cargo efetivo (quer os atuais, quer os futuros, como logo se verá) somente poderá vincular-se ao plano complementar se expressamente assim manifestar sua opção; d) contratual, significando que a extensão e os limites da proteção previdenciária complementar será pactuada no regulamento de benefícios do respectivo plano, não sendo dada, em seu conteúdo, totalmente por lei; e) o regime financeiro de capitalização será obrigatório para os benefícios programados; f) os servidores terão assento obrigatório nos Conselhos Deliberativo e Fiscal da entidade previdenciária gestora do plano complementar, assegurando-se, ademais, pleno acesso do servidor participante a todas as informações relativas à gestão de seu plano.

Da Lei a Que se Refere o Art. 40, § 15, da Constituição

Uma característica importante do ponto de vista jurídico consiste em saber qual é a lei que vai “instituir o regime”, na dicção constitucional. Já sabemos que isso deverá ser feito pela lei de cada entidade política, da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios. Afinal, é por lei que a entidade política expressa a sua “vontade”.

Neste ponto, é preciso fazer uma subdivisão da questão em três temas: a) de quem é a *competência* para editar essa lei? b) que *tipo de lei* seria essa, complementar ou ordinária? c) finalmente, de quem é a *iniciativa* do projeto que resultará nessa lei? É o que passamos a examinar na sequência.

Quanto à primeira questão, a lei instituidora da previdência complementar do servidor público deverá ser editada por **cada entidade política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios)**. Mas cabe uma observação importante: trata-se de um juízo de cada entidade, *mas a União*, pela Constituição, tem competência para ditar *normas gerais*, porque previdência social, segundo o artigo 24, XII, da Constituição, é matéria de competência concorrente da União com os Estados e o Distrito Federal. E em matéria de competência concorrente, como se sabe, a União dita *normas gerais* e os demais entes suplementam a legislação.

A discussão aqui envolve o sempre delicado problema de saber o que é e o que não é “norma geral”, a ser assim necessariamente absorvida por Estados, Municípios e Distrito Federal. E, afinal, o que se deve entender por normas gerais? Toda lei é geral e abstrata, como se sabe. Portanto, não é de uma generalidade “comum”, banal, por assim dizer,

que estamos tratando. Normas gerais têm que ser aquelas veiculadas numa lei (federal) com acentuada generalidade. Serão normas gerais aquelas que tenham um nível de generalidade peculiar, porque veiculam apenas princípios, fundamentos, diretrizes, critérios básicos que precisam ser absorvidos pelas outras entidades da federação, mas não esgotam, não exaurem o assunto²⁷. Normas gerais, segundo outra diretriz, são aquelas que necessariamente têm que ser uniformes para todas as entidades da federação.

Portanto, as leis que criarão, eventualmente, os planos complementares dos servidores serão leis de cada ente político, mas a União poderá ditar as normas gerais, segundo o artigo 24, XII, da Constituição²⁸.

Uma observação apenas deve ser feita: o inciso XII do artigo 24 diz que compete à União legislar concorrentemente sobre previdência social, de modo que caberia indagar: o regime complementar de que ora cuidamos é previdência *social* ou é previdência *complementar*? A rigor, trata-se de previdência social também, que seria, então, por assim dizer, “previdência social privada, complementar”. Isso porque a previdência social encontra-se disciplinada, na Constituição, no Título VII (Da Ordem Social), dentro do Capítulo II (Da Seguridade Social), na Seção III, (*Da Previdência Social*), que tem dois artigos. O primeiro artigo desta Seção III, o art. 201 (correspondente, para os servidores, ao art. 40) traça as regras do Regime Geral de Previdência Social (INSS, previdência básica) e o art. 202, dentro da mesma Seção, dispõe, textualmente, sobre o “regime de previdência privada”. Portanto, cuida-se, num ou noutro caso, de “previdência social” (básica, pública e obrigatória, de um lado, e complementar, privada e facultativa, de outro), de modo que também se trata de competência concorrente, nos termos do art. 24, da Constituição.

²⁷ Cf., embora noutro contexto, as sempre preciosas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, 2003, Malheiros, p. 486 e 487, que aqui aproveitamos inteiramente.

²⁸ Ainda que, a nosso ver, não se limite a este ponto a discussão sobre o que constitui ou não *norma geral* no Projeto de Lei federal n. 1.992, de 2007, em tramitação perante as Comissões da Câmara dos Deputados, o art. 8º de referido projeto, que define o que vem a ser a “natureza pública” da entidade de previdência complementar dos servidores, nitidamente, dirige sua disciplina para as entidades previdenciárias de todas as esferas políticas, alcançando, assim, também as que eventualmente sejam criadas nos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Enfrentemos agora a segunda questão acima apontada quanto a este subitem. A lei exigida para criação de complementação previdenciária aos servidores públicos e membros de Poder deve ser **lei ordinária**, porque a Constituição diz que “o regime de previdência complementar dos servidores públicos e ocupantes de cargo de provimento efetivo será instituído por lei de iniciativa do Poder Executivo, observado o disposto no artigo 202”. Ora, como se vê, o texto constitucional referiu-se apenas a “lei”, não a “lei complementar”, o que dispensa a veiculação dessa última espécie normativa. É verdade que o artigo 202 da Constituição dispõe que o regime de previdência complementar será disciplinado por lei complementar (tanto que foram instituídas as Leis Complementares ns. 108 e 109, de 2001). Mas estas duas leis tratam da disciplina do regime, não, pontualmente, da autorização para formar o fundo complementar do servidor. Para esta finalidade específica, referida no transcrito art. 40, § 15, da Constituição, que, em verdade, *não passará de autorizar o patrocínio do plano e a criação da entidade previdenciária*, a lei haverá de ser ordinária, pois houve silêncio eloquente da Constituição. E uma das características da lei complementar, em nosso sistema, é justamente a de ser exigida expressamente pela Constituição, como sabem todos.

Finalmente, quanto à última das perguntas acima formuladas, a **iniciativa** para propor a lei instituidora do regime complementar dos servidores públicos é **competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo** (Presidente da República, Governador do Estado ou do Distrito Federal e o Prefeito municipal), segundo o § 15 do art. 40 da Constituição, que nenhuma ressalva faz quanto aos servidores e membros dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou mesmo do Ministério Público.

Portanto, mesmo considerando que a futura previdência complementar do servidor público, uma vez instituída em cada ente político, alcançará os servidores de todos os Poderes desse ente, e ainda que a opção do legislador seja a de criar uma única entidade de previdência

complementar para mais de um Poder ou mesmo todos os Poderes^{29 30}, será exclusivamente do Chefe do Poder Executivo, de acordo com a literalidade do texto constitucional, a competência para encaminhar ao Legislativo a apreciação do projeto de lei da previdência complementar do servidor público.

Diga-se, por fim, que existe uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIn n. 3297-DF) proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil justamente contra esse ponto, diante da pretensa ofensa dos dispositivos constitucionais que asseguram a independência entre os Poderes e a autonomia administrativa e financeira ao Poder Judiciário. Mas a menos que se julgue favoravelmente o pedido dessa ação, só se pode ter por válida essa disposição trazida pela Emenda Constitucional n. 41, de 2003, determinante de competência ao Chefe do Executivo para a apresentação do projeto de lei instituidor da previdência complementar dos servidores.

Entidade Fechada de Previdência Complementar

Já vimos acima a distinção que há em nosso sistema de previdência complementar entre as entidades abertas e as fechadas. Tendo-a em vista, é hora de dizer que a previdência complementar do servidor público terá que ser administrada, necessariamente, por uma entidade **fechada** de previdência complementar. Isso significa que o regime de previdência complementar do servidor não poderá ser gerenciado por uma entidade de previdência do tipo aberto e, assim, não se trata de entregar, como

²⁹ Cumpre observar que, *sob o ponto de vista jurídico*, entendemos que nada há que impeça a criação de uma única entidade de previdência complementar para todos os servidores de dada esfera política ou então para que se crie mais de uma entidade, seja mediante a criação de uma entidade de previdência complementar para os servidores e membros de cada Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público), seja pela criação até de mais de uma entidade por Poder (quer se trate de várias entidades previdenciárias por carreiras — p. ex., das carreiras de auditores fiscais federais ou carreiras jurídicas — ou mesmo por órgãos — p. ex., uma entidade para a proteção dos servidores do INSS ou da SUSEP ou do Tribunal Superior do Trabalho).

³⁰ A redação inicial do Projeto de Lei federal n. 1.922, de 2007, em tramitação recém-iniciada perante a Câmara dos Deputados, previu-se a criação (*rectius*: autorizou-se a criação pelo Poder Executivo da União, eis que se trata de pessoa jurídica privada sob a forma de fundação) de uma única entidade fechada de previdência complementar para todos os servidores federais e membros de Poder, a FUNPRESP (Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal).

comumente se diz, a um “banco”, a uma “instituição financeira”, ou a uma seguradora a administração dessa previdência. É isso o que determinam, *expressamente*, tanto o art. 40, § 15, quanto o art. 202, §§ 3º e 4º, da Constituição, que já tivemos oportunidade de transcrever.

Lembremos que as entidades *fechadas* de previdência complementar — EFPC's são, como já vimos, entidades acessíveis exclusivamente aos empregados ou, neste caso, aos servidores daquela unidade política determinada (U, E, DF, M). Tais entidades não podem, por lei, ter finalidade lucrativa e, quanto à estrutura organizacional, deverão ter um conselho deliberativo, um conselho fiscal, uma diretoria-executiva, aplicando-se aqui tudo o que está na Lei Complementar nº 108, de 2001, por força do que dispõem, diretamente, os próprios parágrafos 4º, 5º e 6º, do art. 202 da Constituição.

Embora já o tenhamos dito acima apenas de passagem, em notas de rodapé, é oportuno dizer que se tem questionado também a possibilidade de se criar apenas uma entidade por unidade de federação (alcançando, indistintamente, os servidores efetivos e membros de todos os Poderes e carreiras), ou, num mesmo ente federativo, apenas uma entidade por Poder (uma para o Executivo, outra para Legislativo e Judiciário, e até para o Ministério Público), ou até mesmo mais de uma dentro de um mesmo Poder (p. ex., no Poder Executivo, uma para os auditores fiscais, outra para os membros das carreiras integrantes da advocacia pública etc.; no Judiciário federal, uma para Justiça do Trabalho, outra para a Justiça comum Federal etc.). Isso tudo dependerá da lei instituidora do regime de previdência complementar do servidor. Diga-se, por fim, que, segundo o projeto apresentado pelo Presidente da República (que, como tal, está sujeito à análise e à conformação dada nas Casas que compõem o Congresso Nacional), foi prevista a autorização de criação de apenas uma entidade (denominada Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal — FUNPRESP) para administrar e executar plano de benefícios previdenciários para todos os servidores e membros de Poder da União.

Embora não se trate de questão estritamente jurídica, a escolha por uma ou outra dessas possibilidades, em tese, deverá, entre outras coisas, levar em conta também se há ou não escala suficiente, isto é, massa de servidores que queiram se vincular ao regime complementar em número que torne viável o funcionamento de uma entidade. Por exemplo, diga-

mos que, pela média salarial e pelo perfil da massa (idade, remuneração, índice de rotatividade no cargo ou carreira etc.), acaba-se estimando ser necessário um número de pelo menos 500 ou 1000 servidores para o funcionamento adequado de uma entidade. Aliás, a questão da escala é também fundamental quer para os custos de manutenção da entidade, quer para o próprio objetivo primordial dos planos de complementação previdenciária dos servidores, porque gera implicações diretas nos investimentos, na rentabilidade e, assim, no próprio valor das aposentadorias, sobretudo porque, como logo veremos, os planos de benefícios terão que ser estruturados, necessariamente, na modalidade CD (contribuição definida).

Ainda fora da questão jurídico-positiva, outro ponto (de natureza político-representativa, digamos) a pesar nessa definição do número de EFPC's seria o problema da representação dos vários servidores nos conselhos deliberativo e fiscal das entidades, já que pela Lei Complementar n. 108/01 — aplicável em princípio, diante do art. 202, § 4º, da Constituição —, as vagas destinadas a representantes dos participantes e assistidos são limitadas (no máximo, 3 no conselho deliberativo e 2 no conselho fiscal). Ora, é evidente que quanto maior o número de servidores abrangidos por esta entidade, mais acirradas serão as disputas eleitorais pelas vagas de representação naqueles órgãos diretivos entre as diversas vinculações (a órgãos de diferentes Poderes e a carreiras diversas) de servidores públicos e membros de Poder.

Finalmente, outra questão que se discutirá quanto a este ponto — e esta, sim, é uma questão eminentemente jurídica — será a de saber se a definição do número de entidades previdenciárias constitui ou não norma geral, de modo a que o modelo previsto na lei editada pela União (uma por Poder ou uma só para todos os Poderes) tenha, ou não, que ser absorvido obrigatoriamente pelos demais entes federativos.

Alcance da Expressão “Entidades Fechadas de Previdência Complementar, de Natureza Pública”

A Constituição, em seu § 15, art. 40, diz que a administradora da nova previdência que aqui analisamos será uma **entidade fechada de previdência complementar “de natureza pública”**. Está-se aqui, ao menos aparentemente, diante de uma contradição que precisará ser objeto de interpretação para adequada solução. Ora, o que seria isso, essa entidade privada “de natureza pública”?!?

Temos que nos deter um pouco mais sobre esse assunto, que é, ao menos do ponto de vista jurídico, seguramente, um dos mais polêmicos que envolverão a efetiva criação da previdência complementar do servidor público em nível legal.

Pois bem, já tendo sido analisada boa parte do contexto constitucional imposto para a matéria, e visto que a conformação do sistema previdenciário brasileiro na Constituição se dá, de um lado, mediante a prestação da chamada proteção básica ou oficial — de caráter obrigatório, estatal e submetida a regime de direito público — e, de outra parte, pela proteção conferida pela previdência complementar ou privada — prestada por sujeitos particulares, em caráter complementar e facultativo, informada pelo regime de direito privado —, concentremo-nos especificamente sobre a questão que motiva o presente subitem, para que busquemos entender qual o significado constitucional da expressão “entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública”, veiculada pelo art. 40, § 15, da Constituição, segundo a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 41, de 2003.

Da Atecnia do Legislador Constituinte e da Necessidade de Interpretação Sistemática da Constituição

Antes de mais nada, convém seja feito um alerta. É que a expressão “de natureza pública”, veiculada pelo art. 40, § 15, da Constituição, como de resto quaisquer outras expressões contidas em dispositivos do direito positivo, não pode ser interpretada *in abstracto*, isto é, de maneira completamente desvinculada do contexto jurídico-constitucional dentro do qual a mesma teria que ser aplicada.

Com efeito, tomada num contexto geral, é possível que a expressão “natureza pública” se mostrasse clara, sem suscitar qualquer dúvida (como, p. ex., ocorreria se disséssemos que “o processo penal tem natureza pública”). Entretanto, considerada a expressão “natureza pública” no contexto específico do regime de previdência complementar — vale dizer, num regime de previdência que, como vimos, caracteriza-se constitucionalmente pela disciplina segundo os postulados do *direito privado* (autonomia privada e, assim, liberdade contratual — quer a liberdade de contratar ou facultatividade, quer a liberdade de configuração interna dos contratos —, liberdade associativa, liberdade deliberativa, ou mesmo a liberdade de praticar inúmeros atos unilaterais, a necessidade de formação prévia das reservas garantidoras dos benefícios até o momento

de sua concessão etc.) —, temos que aquela expressão passa a suscitar dúvidas, que necessitam ser eliminadas pelo intérprete.

Assim, devemos ter presente, desde logo, que, se as dúvidas levantadas a partir da expressão “natureza pública” decorrem essencialmente do contexto específico em que a mesma foi utilizada pelo legislador constituinte — o regime de previdência privada —, é natural que a extração do exato sentido da expressão só poderá ser buscado a partir, justamente, da consideração do regime de previdência complementar na Constituição. Daí a necessidade incontornável de se recorrer à *interpretação sistemática* e à consideração dos princípios aplicáveis à matéria. A propósito, são preciosas as palavras de Eros Roberto Grau:

“... sustento que, assim como jamais se aplica *uma norma jurídica*, mas sim *o direito*, não se interpretam normas constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo.

(...)

Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, **sempre, em qualquer circunstância**, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela — da norma — até a Constituição.

Uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico, não expressa significado normativo nenhum”³¹.

Assim, é preciso que tenhamos claro, de início, que o fato de ter sido utilizada pelo art. 40, § 15, da Constituição a expressão “de natureza pública” não significa, *só por isso*, que estejamos diante de entidade submetida inteiramente a regime de direito público, ao molde do que ocorreria com as autarquias (ou, o que daria no mesmo, como logo se verá, com as fundações públicas, que se equiparam às autarquias em seu regime jurídico).

É que, em se tratando de interpretação de expressões veiculadas em normas constitucionais, deve o intérprete tomá-las em seu **sentido leigo, comum, coloquial**, e não apreendê-las com rigor técnico-jurídico, pois é

³¹ A ordem econômica na Constituição de 1988, São Paulo, 1997, Malheiros, p. 176 e 177 — os destaques em itálico são originais; os em negrito, não.

próprio da linguagem do constituinte esse uso atécnico de conceitos que, empregados no âmbito interno dos diferentes ramos do direito, levariam a outras conclusões.

Para exemplificar e — apenas para melhor colorir a espécie — tomando um dispositivo veiculado pelo próprio art. 202 da Constituição, observemos o que dizem seus parágrafos 4º e 5º:

Art. 202. (...)

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência *privada* pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista *e outras entidades públicas*, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

(...)

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas *privadas* permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

Ora, se levarmos em conta o sentido técnico das expressões “e outras entidades públicas” e “empresas privadas”, acima destacadas em negrito, interpretando-as assim no sentido de que se uma entidade é pública a ela se deve aplicar integralmente o regime de direito público, teríamos que concluir que as empresas públicas e sociedades de economia mista, que seriam “entidades públicas” segundo a locução do parágrafo 3º, haveriam de seguir todos os princípios e regras aplicáveis às pessoas públicas, quando, em verdade, sabemos que a própria Constituição, em seu art. 173, determina a submissão das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, em princípio, ao regime de direito privado, pois expressamente dispõe que elas “não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às (empresas) do setor privado” (§ 2º) e que o estatuto jurídico das estatais disporá sobre “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Da mesma forma, e reforçando o “equívoco” do parágrafo 3º (equívoco que só existiria, claro, se tivéssemos de tomar em sentido técnico a expressão), quando o citado art. 202, § 5º, determina que se aplica a lei prevista no parágrafo 4º (a Lei Complementar n. 108, de 2001) às “em-

presas privadas” concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, dá-se a impressão de que, naqueles parágrafos 3º e 4º do art. 202, só existiriam, por contraposição, empresas “públicas”, quando sabemos que, tecnicamente, as chamadas estatais — empresas públicas e sociedades de economia mista — organizam-se ambas sob a forma de pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, é necessário que *não se atribua sentido técnico à expressão “de natureza pública”*, porque não é este o ponto decisivo para desvendar o regime jurídico a que deverão se submeter as entidades previdenciárias que venham a ser criadas para administrar o regime de previdência complementar do servidor público, de que tratam os §§ 4º e 5º do art. 40 da Constituição.

Afinal, como adiantamos, não é necessariamente técnica a linguagem empregada nas normas constitucionais.

A esse respeito, já disseram Ruy Vidal Gomes da Silva e Affonso Apparecido Moraes, valendo-se de ampla pesquisa doutrinária³²:

“*Ab initio*, há que se atender às peculiaridades da exegese do Direito Constitucional. A Lei Maior, mais do que um diploma jurídico, é um documento político.

Daí decorre que a investigação do sentido e alcance de suas normas deverá fixar-se muito mais no aspecto usual/natural do que no técnico.

A Carta Magna não é um diploma normativo dirigido a iniciados, mas à coletividade em geral.

A melhor doutrina brasileira ressalta essa orientação em lições diversas, dentre as quais se colhe:

‘A regra geral é que todas as palavras devem ser consideradas em seu sentido comum, isto é, aquele usado na linguagem usual’ (Do controle de constitucionalidade, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, págs. 76/77, Ed. Forense, 1966).

³² “Sobre a contribuição de administradores de empresas, trabalhadores avulso e autônomos”, in Revista de Previdência Social n. 169, São Paulo, 1994, LTr, p. 928.

(...)

‘... na norma constitucional, havendo dúvida sobre se uma palavra tem sentido técnico ou significado comum, o intérprete deve ficar com o comum, porque a Constituição é um documento político’ (Elementos de Direito Tributário, GERALDO ATALIBA, pág. 238, Ed. RT, 1978)”.

Ainda nessa linha, ensinam Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto:

“O discurso coloquial da Constituição é voltado para todos os membros da sociedade política. Dissemos com Carlos Ayres Britto que: ‘Instrumento inaugural de regulação das vivências coletivas, a Lei Suprema é redigida, em certa medida, à feição de cartilha de primeiras letras jurídicas, incorporando ao seu vocabulário aquela palavras e expressões de uso e domínio comum. É a primeira voz do direito aos ouvidos do povo, seu principal endereçado normativo, compondo um discurso que será tanto mais recepcionado quanto se utilize de instrumental terminológico já conhecido. São palavras como ‘povo’, ‘símbolos’, ‘capital’, ‘silvícolas’, ‘nação’, ‘território’, ‘guerra’, ‘paz’, ‘democracia’, ‘liberdade’, ‘desenvolvimento’, ‘educação’, ‘saúde’, ou locuções do tipo ‘interesse público’, ‘reputação ilibada’, ‘bem comum’, ‘justiça social’, ‘mar territorial’, ‘emissão de moeda’, ‘função social’, e tantas outras, a solicitar do intérprete, seguidas vezes, o emprego do senso comum’.”³³.

Daí porque, no caso em exame, não se deve supor que o qualificativo “de natureza pública”, empregado em linguagem constitucional e no contexto do regime de previdência privada, seja suficiente, por si só, para determinar natureza autárquica à entidade responsável pela administração e execução do sistema de previdência complementar dos servidores efetivos.

Faz-se de rigor, portanto, que interpretemos a expressão em exame sistematicamente, dentro do contexto total da Constituição da Repúbli-

³³ Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais, *apud* Celso R. Bastos, Curso de direito constitucional, São Paulo, 1997, Saraiva, p. 68 — grifamos.

ca, mesmo porque esta deve ser entendida como um sistema, dotado, portanto, de unidade.

A propósito, se a interpretação sistemática já é reconhecidamente tida como aquela capaz de determinar o resultado mais seguro na correta compreensão do sentido jurídico dos enunciados cujo significado se procura aplicar, sua utilização tem, particularmente no direito constitucional, valor ainda mais acentuado.

Confira-se, aliás, as seguintes lições de Celso Ribeiro Bastos:

“A outra razão consiste no fato de as Constituições serem autênticos códigos encerrando muitos preceitos. **A significação destes não é obténível pela compreensão isolada de cada um.** É necessário também levar-se em conta em que medida eles se interpretam. É dizer, até que ponto um preceito extravasa o seu campo próprio para imiscuir-se com o preceituado em outra norma.

Disto resulta uma interferência recíproca entre normas e princípios, que faz com que a vontade constitucional só seja extraível a partir de uma interpretação sistemática, o que por si só já exclui qualquer possibilidade de que a mera leitura de um artigo isolado esteja em condições de propiciar o desejado desvendar daquela vontade.

Há alguns princípios de obediência obrigatória na interpretação constitucional.

O primeiro deles é o da unidade da Constituição. De certa forma este princípio traduz o que acima estávamos a expor. É necessário que o intérprete procure as recíprocas implicações de preceitos e princípios, até chegar a uma vontade unitária na Constituição. Ele terá de evitar as **contradições, antagonismos e antinomias**. As constituições, compromissórias sobretudo, apresentam princípios que expressam ideologias diferentes. Se, portanto, do ponto de vista estritamente lógico, elas podem encerrar verdadeiras contradições, do ponto de vista jurídico são sem dúvida passíveis de harmonização desde que se utilizem as técnicas próprias de direito

(...)

De outra parte figura o princípio segundo o qual os preceitos constitucionais hão de ser interpretados segundo não só o que explicita-

mente postulam, mas também de acordo como que implicitamente encerram. Embora pareça óbvio, convém também consignar que as normas constitucionais têm de ser tomadas como normas da Constituição atual não como preceitos de uma Constituição futura, destituída de eficácia imediata. No entanto, como pondera Jorge Miranda, tampouco podem reconduzir-se ao absurdo de impor aos seus destinatários o impossível.

Finalmente cumpre observar que, **nada obstante o fato de as Constituições conterem conceitos exógenos, isto é, provenientes de outras searas do direito ou mesmo do campo extrajurídico, desde que apreendidos em disposições constitucionais, devem ser interpretados no sentido que adquirem por força desta nova inserção sistemática**³⁴.

Na mesma linha, ao abordar o tema, Alexandre de Moraes, citando os ensinamentos de Canotilho quanto às regras de hermenêutica das normas constitucionais, assim leciona:

“Canotilho enumera diversos princípios e regras interpretativas das normas constitucionais:

- da **unidade da constituição**: a interpretação constitucional dever ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas;
- (...);
- da **justeza ou da conformidade funcional**: os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional **não poderão chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário**;
- da **concordância prática ou da harmonização**: exige-se a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros”³⁵.

³⁴ Curso de Direito Constitucional, op. cit., p. 62 e 63 — grifamos.

³⁵ Direito Constitucional, São Paulo, Atlas, 2002, p. 44 — destaques não originais.

Portanto, consoante já exaustivamente enfatizado, não devemos nos impressionar de forma absoluta com a expressão “entidade fechada de previdência complementar *de natureza pública*”, porque não é ela, *por si só*, quem haverá de definir a questão, mesmo porque, como se verá na sequência, o que realmente importa é saber a que *regime jurídico* haverão de se submeter aquelas entidades fechadas de previdência complementar instituídas pelos entes políticos.

Da Compreensão da Expressão “De Natureza Pública” no Ambiente Constitucional do Regime de Previdência Complementar

No caso em tela, inserir sistematicamente a expressão “entidade fechada de previdência complementar, de natureza pública” implica a necessidade de tomá-la dentro da conformação constitucional da previdência social brasileira, a qual, como vimos, apresenta duas vertentes básicas de proteção: de um lado, a previdência oficial ou básica (que é estatal, obrigatória e regida pelo direito público) e, de outro lado, a previdência privada ou complementar (prestada, segundo a disciplina imposta pelo art. 202 da Constituição, em caráter complementar e facultativo, e informada pelo regime jurídico de direito privado).

Ora, como o art. 40, § 15, da Constituição, dentro do qual se acha veiculada aquela expressão, trata de disciplinar justamente o regime de previdência *complementar* do servidor público, é ao “regime de previdência privada” fixado no art. 202 da Constituição que, ao final, devemos nos reportar na busca de um sentido sistemático para a interpretação daquela expressão. Observe-se, de mais a mais, que o próprio art. 40, § 15, da Constituição expressamente se reporta ao art. 202, para dizer que, no que couber, este dispositivo e seus parágrafo devem ser observados na conformação da previdência complementar dos servidores.

Do contrário, mais do que simplesmente contrariar os postulados de hermenêutica acima expostos, põe-se em risco a unidade do sistema de proteção previdenciária tal como se acha posto no texto constitucional vigente, e, nessa medida e em última análise, a própria unidade da Constituição.

Lembre-se, ademais, a lógica que perpassa as disposições constitucionais referentes à previdência complementar do servidor público: o art. 40, § 14, da Constituição — em disposição que sintetiza, aliás, como logo se verá, a autorizada busca de futura equalização da cobertura feita

pelos regimes hoje incumbidos da proteção previdenciária em nível oficial, básico — permite (não impõe) que os regimes próprios de previdência social adotem o mesmo nível de cobertura válido para o regime geral de previdência social (hoje, fixado em R\$ 3.038,99), mas desde que os entes políticos, que assim queiram fazer, ofereçam a seus servidores efetivos a possibilidade de aderir a planos de previdência complementar administrados por entidades fechadas.

Não há dúvida, assim, de que, cuidando-se de oferecer proteção previdenciária em patamar superior ao daquele que passaria a ser comportado dentro do regime próprio se implementados os §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição, estar-se-ia tratando, segundo a sistemática previdenciária brasileira exaustivamente exposta na primeira parte deste trabalho, de *proteção previdenciária em nível complementar*. E esta, como também tivemos a oportunidade de demonstrar, possui específico regime jurídico-constitucional, marcado pela disciplina própria do direito privado — com as acentuadas limitações de ordem pública a que já tivemos oportunidade de nos referir — na exata medida da caracterização normativa que lhe é dada pelo art. 202 da Constituição, a qual ora deixamos de repetir, para, por brevidade, apenas a ela nos remeter.

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.

Não é demais lembrar, a propósito, que a sistematização atual da matéria previdenciária, dada sobretudo a partir da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, ao deixar bastante clara a divisão entre a previdência oficial e a previdência privada ou complementar, cuidou de eliminar a redação original do art. 201, § 7º, da Constituição (“A previdência social manterá seguro coletivo, de caráter complementar e facultativo, custeado por contribuições adicionais”), passando a dispor sobre a previdência

oficial, isolada e basicamente, nos arts. 201 e 40, e especificamente sobre a previdência complementar, privada, no art. 202 da Constituição.

Ademais, chegaria mesmo a ser descabido sustentar que o art. 202 da Constituição não mais estaria *em vigor* ou mesmo que ele não teria *eficácia* especificamente para o sistema de previdência privada adotado pelos entes políticos para a respectiva administração direta, autárquica ou fundacional (ou, dito de outra forma, seria descabido sustentar que o art. 202 somente teria agora eficácia para as sociedades de economia mista e “demais entidades públicas” daqueles entes políticos), **porque mesmo após o advento da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, restou intacta e clara a remissão expressa dos §§ 3º, 4º e 6º do art. 202 a “União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive suas autarquias e fundações”,** que são — com o perdão da obviedade jurídica — as pessoas jurídicas que figurarão como patrocinadoras das entidades fechadas de previdência privada “de natureza pública” a que se refere o art. 40, § 15, da Constituição.

De fato, como vimos, dispõe o texto constitucional vigente, no art. 202, §§ 3º e 4º e 6º:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

(...)

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

(...)

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência *privada* e disciplinará a inserção dos participantes nos

colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

E a regulamentar tais disposições, com base no expresse comando do acima citado parágrafo 4º, foi editada a Lei Complementar n. 108, de 29 de maio de 2001, que já em seu art. 1º dispõe:

Art. 1º A relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar, e suas respectivas entidades fechadas, a que se referem os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal, será disciplinada pelo disposto nesta Lei Complementar.

Tal lei complementar, portanto, também se aplicará plenamente às entidades fechadas de previdência complementar dos servidores públicos ocupantes de cargo de provimento efetivo, pois deriva diretamente do vigente comando constitucional inserido no art. 202, § 4º, da Constituição.

Em suma, não vemos como se possa negar vigência (ou mesmo particular eficácia para a matéria relativa à previdência complementar dos servidores) à redação do art. 202 e seus parágrafos e, sendo assim, pensamos que o *regime jurídico de direito privado* nele traduzido — eis o que nos parece decisivo! — há, sim, de se aplicar à previdência complementar do servidor público ocupante de cargo de provimento efetivo, em que pese a aparente confusão gerada pela expressão “natureza pública”, veiculada pelo art. 40, § 15, da Constituição.

Esta nos parece, entre outras significações que se queira eventualmente dar à expressão ora examinada, aquela que guarda *conformidade com as demais normas da Constituição*, aquela que — com o merecido respeito aos que porventura tomem outra posição — evita contradição, antagonismo, antinomia dentro do vigente texto constitucional.

No mesmo sentido do que ora se sustenta, coloca-se, em recente artigo, Alexandre Brandão Henriques Maimoni, para quem o vocábulo “natureza pública” do art. 40, § 15:

“...é inaplicável se for entendido no sentido de *pessoa integrante da Administração Pública, sujeita às normas de Direito Público*. E isto de-

vido à frontal colisão com o sistema erigido pelo artigo 202 da Constituição Federal, em especial os seus §§ 3º e 4º, que classificam as entidades fechadas de previdência complementar patrocinadas pela União, Estados, Distrito Federal, e Municípios como regidas pelo direito privado. (...) Pelo que procuramos investigar e analisar no presente trabalho, as EFPC que venham a ser criadas pelos entes federados para complementação dos benefícios previdenciários de seus servidores serão regidas pelo Direito Privado e deverão funcionar de acordo com as regras já previstas nas Leis Complementares n.ºs. 108 e 109, de 29 de maio de 2001”³⁶.

Dentro dessa linha, é importante observar, ainda, que não nos parece relevante, para determinar a submissão das EFPC’s administradoras da previdência complementar dos servidores efetivos ao regime jurídico de direito público, a circunstância de os recursos que alimentarão os planos de benefícios por elas operados terem *origem*, parcialmente, em recursos públicos, advindos justamente das contribuições que, ao lado daquelas vertidas pelos próprios servidores, serão recolhidas por União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações públicas.

É que tal origem dos recursos não transmudaria a *finalidade privada* das “reservas constituídas para garantir os benefícios contratados”, na dicção do art. 202, *caput*, da Constituição.

De fato, os ativos amealhados pelos planos de previdência complementar dos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo teriam sido constituídos, única e exclusivamente, para proteção e benefício dos respectivos participantes e assistidos — como de resto sói acontecer com os planos de previdência fechados já existentes — constituindo, nessa medida, patrimônio dos servidores-participantes, independentemente da parcial origem pública das contribuições que alimentaram tais planos.

Em suma, embora não se pudesse negar o interesse *coletivo* (a coletividade dos servidores da Administração direta ou autárquica deste ou daquele ente político, e dos respectivos membros de Poder) na formação das reservas e fundos dos planos de previdência complementar dos servidores, não haveria como sustentar que tais recursos fossem vocacionados

³⁶ “A natureza jurídica dos fundos de pensão dos servidores públicos”, in Jus Navegandi, www1.jus.com.Br/doutrina/texto.asp?id=5818.

a satisfazer necessidades de *toda a coletividade*. Portanto, embora coletivo, presidiria a formação daquelas reservas e fundos uma finalidade privada, um interesse privado, não um interesse público — entendido este como o que é próprio de *toda a coletividade*.

De mais a mais, se razão houvesse para diferenciar as entidades fechadas de previdência complementar dos servidores daquelas já hoje existentes apenas em função da origem parcialmente pública dos recursos por elas administrados, caberia indagar: que diferença haveria entre o caso em apreciação e o de um programa de previdência complementar administrado por EFPC cujo patrocinador seja uma entidade estatal do tipo empresa pública, cujo capital, como se sabe, é integralmente formado por recursos públicos?

Não é demais mencionar que existem, desde o final da década de 70, não poucas EFPC's patrocinadas por empresas públicas — com cem por cento, repita-se, de capital público — e nem por isso se questionou a natureza jurídica dessas entidades, nem se tem notícia de que se haja pretendido submetê-las a regime jurídico de direito público.

Por derradeiro, caberia apontar — ainda dentro de uma interpretação sistemática da questão — que nenhum sentido faria, dentro da lógica constitucional vigente, que o § 14 do art. 40 da Constituição liberasse, por assim dizer, determinado ente político de cobrir situações de necessidade previdenciária situadas acima do teto de proteção vigorante a partir de sua decisão de instituir regime de previdência complementar para seus servidores (equivalente, assim, ao mesmo limite do RGPS) para que, no dispositivo seguinte — e, claro, em se entendendo que a “natureza pública” deste § 15 do art. 40 importa na submissão a regime de direito público, numa entidade de tipo autárquico e, nessa medida, com o reconhecimento da *responsabilidade subsidiária* do ente político que a criou para o caso de esgotamento de seus recursos próprios — fosse novamente trazida, em última análise, para a responsabilidade da própria entidade política a cobertura previdenciária “contratada”, o pagamento dos benefícios contratados. Seria esta, sem dúvida, imensa diferença e vantagem para os participantes dos planos daquelas EFPC's em relação aos participantes dos planos operados pelas demais entidades de previdência privada hoje existentes, mas seria isso, no mínimo, de duvidosa constitucionalidade, diante da vigente conformação constitucional de nosso sistema previdenciário.

Pois bem. Já se pode concluir, ao longo daquilo que até aqui se expôs, que o qualificativo “de natureza pública”, constante da redação dada pela EC n. 41/03 ao art. 40, § 15 da Constituição, *não* implica que a EFPC que administrará eventualmente a previdência complementar do servidor público deva se submeter ao regime jurídico de direito público, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias.

Sendo assim, tais entidades previdenciárias *não integrariam a administração pública direta nem sequer a indireta* e, nesta medida, poder-se-ia afirmar que elas, em princípio: a) não dependeriam de recursos vinculados a peças orçamentárias, a elas destinados periodicamente pelo ente político que as criasse; b) não se submeteriam a supervisão ministerial; c) não gerariam, para os entes políticos que tenham autorizado sua criação, responsabilidade subsidiária, no caso de esgotamento dos recursos próprios; d) não teriam, em juízo, as mesmas prerrogativas asseguradas à Fazenda Pública (p. ex., prazos em quádruplo para contestar ou em dobro para recorrer, duplo grau obrigatório, juízo privativo etc.); e) seu patrimônio — e ainda menos, obviamente, o patrimônio dos planos por elas administrados — não poderia ser considerado inalienável, imprescritível ou impenhorável, ao menos não em função de uma eventual natureza pública que o marque constitucionalmente; f) os atos de seus agentes não gerariam, por si, responsabilidade objetiva para o Estado; g) seus agentes se submeteriam a regime disciplinar específico e não a sanções por abuso de autoridade ou por improbidade administrativa; h) elas se submeteriam a controle pelo órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, não se sujeitando, nessa medida e para esta competência (lembre-se que, segundo o art. 21, VIII, da Constituição, compete à União fiscalizar as operações de previdência privada)³⁷, a

³⁷ A regulamentar essa competência administrativa da União em nível infraconstitucional, e em atenção ao comando expresso do art. 202, §§ 3º e 4º, prevê o art. 24 da Lei Complementar n. 108, de 2001: “Art. 24. A fiscalização e controle dos planos de benefícios e das entidades fechadas de previdência complementar de que trata esta Lei Complementar competem ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar”. Por fim, segundo o art. 74 da LC n. 109, de 2001, “até que seja instituída a lei de que trata o art. 5º desta Lei Complementar, as funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador serão exercidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, por intermédio, respectivamente, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) e da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), relativamente às entidades fechadas...”.

controle externo pelos Tribunais de Contas, competentes, contudo, para controlar os patrocinadores públicos; i) seus empregados não ocupariam cargos públicos, de provimento efetivo ou em comissão, nem funções públicas ou postos de emprego público.

Da Forma de Organização da EFPC Prevista no Art. 40, § 15, da Constituição: Fundação de Direito Privado

Após constatada a submissão da EFPC prevista no art. 40, § 15, da Constituição ao regime jurídico de direito privado, seria pertinente abordar, dada sua correlação com o tema da natureza jurídica dessas entidades, ponto relativo à forma sob a qual as mesmas deverão se organizar, considerando para isso o que dispõem as Leis Complementares que regulamentaram o art. 202 da Constituição — LC n. 108 e 109, de 2001 —, aplicáveis, como visto, ao caso em estudo.

É que, como acima se viu, tanto o artigo 31, § 2º, da LC n. 109/01, quanto o parágrafo único do art. 8º da LC n. 108/01, determinam que as entidades fechadas de previdência privada devem ser organizadas sob a forma de fundação³⁸, sem fins lucrativos.

Dessa forma, poder-se-ia até pensar se a EFPC incumbida da administração da previdência complementar do servidor seria uma fundação de direito público ou uma fundação de direito privado.

Em que pese alguma incerteza que o tema das fundações ainda possa causar na doutrina pátria, é certo que o critério para determinar se uma fundação é pública ou privada consiste em saber se a ela se aplicam os princípios e regras típicas do direito público, com as respectivas sujeições e prerrogativas, sendo irrelevante a denominação que à mesma venha a ser dada.

Neste sentido, coloca-se a melhor doutrina:

“Saber se uma pessoa criada pelo Estado é pessoa de Direito Privado ou de Direito Público é meramente uma questão de examinar o

³⁸ A rigor, como já ressaltado, permitem as leis complementares citadas também a constituição de EFPC sob a forma de sociedades civis. Todavia, como esta figura não mais se acha contemplada entre as modalidades de pessoa jurídica dispostas no novo Código Civil — Lei n. 10.406, de 10.1.2002, cuja vigência é posterior às LC n. 108 e 109, ambas de 2001 —, resta, na ordem vigente, apenas a possibilidade de constituição de EFPC sob a forma de fundação.

regime jurídico estabelecido na lei que a criou. Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. **Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada**³⁹.

Arrematando, o citado autor deixa claro, na seqüência, que a referência feita por nossa Constituição às fundações, ao lado das autarquias — p. ex., arts. 37, XI (limite de remuneração dos agentes públicos), 38, 19 do ADCT e 40 (todos relativos aos servidores públicos), 22, XXVII e 37, XXI (licitação e contratos da Administração) etc. —, e, portanto, dentro da Administração indireta, *aplica-se somente às fundações públicas*, isto é, àquelas regidas pelo direito público, que nessa medida, como visto, em nada se distinguem das autarquias. *Verbis*:

“Em rigor, as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm”⁴⁰.

E, mais, demonstrou o autor que, se as fundações públicas não passam de autarquias, a única razão de a Constituição referir-se a autarquias e fundações públicas, separadamente, deve ser atribuída apenas às diferentes formas de conformação das pessoas jurídicas no direito brasileiro (corporações, associações e sociedades, em contraposição às pessoas de base fundacional: as fundações). Veja-se:

“A Constituição referiu-se às fundações públicas em paralelismo com as autarquias, portanto como se fossem realidades distintas, porque simplesmente existem estes nomes diversos, utilizados no Direito brasileiro para nominar pessoas jurídicas estatais”⁴¹.

³⁹ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de direito administrativo, São Paulo, 2003, Malheiros, p. 169 — grifamos.

⁴⁰ Idem, p. 171.

⁴¹ Ibidem, p. 171.

Não destoam desses ensinamentos as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação — pública ou privada — tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos”⁴².

“Também é importante assinalar que, quando a Administração Pública cria fundação de direito privado, ela se submete ao direito comum em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público, podendo essas normas derogatórias constar da própria Constituição, de leis ordinárias e complementares federais e da própria lei singular, também federal, que instituiu a entidade”⁴³.

E, na seqüência, a eminente autora nos dá um exemplo da aplicação concreta da importância do critério do regime jurídico para saber a natureza das fundações:

“O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu acórdão em mandado de segurança referente à Fundação Padre Anchieta — Centro Paulista de Rádio e TV Educativa (publicado, na íntegra, no Diário Oficial do Estado, 7-5-86, Seção I, p. 55-56); a conclusão foi no sentido de que se tratava de pessoa jurídica de direito privado, não porque rejeitasse a possibilidade de instituição de fundações públicas, claramente admitidas na fundamentação do acórdão, **mas à vista do disposto na legislação estadual instituidora da fundação e nos seus atos constitutivos**”⁴⁴.

Pode-se concluir, assim, que não se aplicam, em princípio (vale dizer, a menos, obviamente, que a lei reguladora assim o determine), a tais entidades todos os dispositivos constitucionais acima elencados, já que, como exaustivamente se viu, o art. 40, § 15, da Constituição *não* criou entidade de natureza autárquica para administração da previdência complementar do servidor público.

⁴² Direito administrativo, São Paulo, Atlas, p. 373.

⁴³ Idem, p. 379.

⁴⁴ Ibidem, p. 380 — sem grifos no original.

Em suma, se o que realmente importa para a definição da natureza jurídica das fundações é o regime jurídico a que estas se submetem (de direito público ou de direito privado) e já se tendo chegado à constatação de que a conformação do sistema previdenciário de nossa Constituição induz irresistivelmente a que a EFPC de que trata o art. 40, § 15 da Constituição submeta-se ao regime de direito privado, como as demais EFPC's hoje existentes, parece claro que *as leis que autorizarem a criação dessas entidades terão de conformá-las sob a forma de fundações, impondo-lhes, em princípio, a disciplina jus-privatista*, de acordo com aquilo que já vimos no item precedente.

Afinal, a submissão das entidades fechadas de previdência complementar ao regime jurídico de direito privado está adstrita, constitucionalmente, ao fato de exercerem elas atividade complementar à atuação do Estado em matéria previdenciária.

Sentido da Expressão “De Natureza Pública”

Diante de tudo o que até agora se viu, e em homenagem à unidade da Constituição, resta excluída do art. 40, § 15, da Constituição interpretação pela qual se pretenda submeter as entidades de previdência complementar ali mencionadas ao regime jurídico de direito público, como se de uma fundação pública — o que equivale a dizer, como visto, como se de uma *autarquia* — se tratasse.

De qualquer forma, ainda que não se deva dar sentido técnico-jurídico à expressão “natureza pública”, e em que pese a já apontada atecnia do dispositivo constitucional em exame, é possível reconhecer sentido à sua inserção no art. 40, § 15, pela Emenda Constitucional n. 41, de 2003.

Com efeito, por meio da expressão “de natureza pública”, restou enfatizada a finalidade pública que é inerente, *num sentido genérico*, lei-go, à proteção efetuada pelos sistemas de previdência complementar e que ora se estenderá, uma vez exercitada a possibilidade dada pelos parágrafos 14 a 16 do art. 40 da Constituição, também aos servidores públicos ocupantes de cargo de provimento efetivo e aos chamados membros de Poder.

De fato, este sentido comum, não é de infreqüente utilização para a descrição do regime de previdência complementar, como exemplifica a seguinte passagem, feita por um reconhecido especialista na matéria:

“Ressalte-se, de início, que a gestão previdenciária, ainda que provida por entidade privada, detém como finalidade atender o interesse público em sua concepção *lata*, ou, ao menos, de interesse coletivo”⁴⁵.

Dentro dessa linha, pode-se compreender que a expressão “de natureza pública” levaria, de um lado, a uma **exacerbação da publicidade**, da transparência das operações da EFPC administradora da previdência complementar do servidor público e, de outro, à **aplicação, sempre que possível, dos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e economicidade**.

Assim, por mero exemplo, em homenagem aos princípios acima mencionados, impõe-se a realização de processo seletivo para contratação de pessoal para a entidade previdenciária em questão, seguindo-se regras objetivas que favoreçam a igualdade, vedando favoritismos, e permitindo a admissão dos candidatos de maior qualificação que para tanto se habilitarem, bem como se impõe também.

Para finalizar, cumpre dizer que o que seria realmente importante, considerando a peculiaridade de serem públicos os *entes patrocinadores* da previdência complementar ora analisada, é que houvesse, em primeiro lugar, um rigoroso controle da relação existente entre os patrocinadores públicos e as respectivas entidades fechadas de previdência complementar, diante de uma potencialmente maior vulnerabilidade a ingerências políticas⁴⁶, se comparada com a relação mantida por EFPC's e os patrocinadores exclusivamente privados.

⁴⁵ Flávio Martins Rodrigues, *Fundos de pensão: temas jurídicos*, Rio de Janeiro, 2003, Renovar, p. 55.

⁴⁶ Essa maior vulnerabilidade a ingerências políticas é atribuída em vista dos vários papéis que os diferentes entes governamentais desempenhariam efetiva ou potencialmente na matéria, já que o Estado estaria presente, nessa previdência complementar dos servidores, enquanto Patrocinador dos planos, enquanto órgão regulador (atualmente, o Conselho de Gestão da Previdência Complementar, órgão que embora conte com representantes da sociedade civil, tem ampla maioria de assentos ocupados por representantes do Governo, sendo inclusive presidido pelo Ministro da Previdência Social) e fiscalizador (a Secretaria de Previdência Complementar, do Ministério da Previdência Social), enquanto emissor de títulos da dívida pública ou mesmo como realizador de programas e políticas de Governo (e assim com o risco de se obter, indevidamente, para fins políticos, o direcionamento da enorme quantidade de dinheiro que compõe os recursos garantidores, provisões e fundos dos planos de benefícios que serão geridos por tais entidades).

Todavia, deste ponto já cuidou expressamente o art. 202, § 4º, da Constituição, quando determinou fosse editada lei complementar específica para disciplinar aquela relação dos patrocinadores públicos com suas EFPC's, o que se materializou com o advento da Lei Complementar n. 108, de 2001. E como já deixamos claro, tanto o art. 202, inclusive seu parágrafo 4º, quanto a própria Lei Complementar n. 108, de 2001, têm aplicação às entidades mencionadas no art. 40, § 15 da Constituição.

A propósito, ocorre-nos destacar outro ponto de preocupação que, de fato, se poderia atribuir à particularidade de ser público o patrocinador, consistente justamente na eventual sobrecarga dos cofres públicos a partir de uma imprópria elevação das contribuições a serem vertidas pelo patrocinador para o plano previdenciário.

E também aqui o art. 202, § 3º, da Constituição incumbiu-se de disciplinar o assunto, pois, a par de vedar o aporte de recursos à EFPC por União, Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias e fundações, sociedades de economia mista “e outras entidades públicas” a não ser na condição de patrocinador, dispôs sobre o chamado limite de paridade, isto é, determinou regra de contenção de despesas segundo a qual a contribuição do patrocinador público poderá ser, no máximo, igual à dos participantes.

Ainda quanto a este ponto, ocorre-nos mencionar que o art. 4º da Lei Complementar n. 108, de 2001, determina a prévia manifestação do órgão de supervisão, coordenação e controle interno do patrocinador, relativamente a propostas de instituição, adesão ou alteração de plano de benefícios patrocinados por empresas estatais, em dispositivo que deverá ser estendido na lei instituidora do regime, por pertinente, também ao caso dos patrocinadores da previdência complementar do servidor público.

Conclusão do Tópico

Por todo o exposto neste subitem, podemos concluir que a polêmica expressão “entidade fechada de previdência complementar, *de natureza pública*”, veiculada pelo art. 40, § 15, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, interpretada sistematicamente, no ambiente do sistema constitucional de previdência social em vigor, não importa, a rigor, na atribuição de regime de direito público àquela entidade — como se de ente autárquico

se tratasse —, a qual haverá de se submeter ao regime de previdência complementar disposto no art. 202 da Constituição e já regulamentado pelas Leis Complementares ns. 108 e 109, de 29 de maio de 2001.

“Natureza Pública” da Entidade no Projeto n. 1.992/07

No Projeto de Lei federal n. 1.992, de 2007, há um artigo que pretende definir normativamente (e não só no âmbito federal, como já fizemos observar) o que viria a ser essa “natureza pública” da entidade de previdência complementar do servidor público. Trata-se do art. 8º do referido Projeto, assim redigido:

“Art. 8º. A natureza pública das entidades fechadas a que se refere o § 15 do art. 40 da Constituição Federal 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 do 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 nº 108 e nº 109, ambas de 2001”.

Parece-nos correto afirmar, contudo, que não é apenas desse dispositivo (por enquanto mero projeto de lei, não tendo, é claro, força normativa, não custa sublinhar) que se pode extrair o significado dado à polêmica questão da “natureza pública” da entidade de previdência complementar do servidor.

Com efeito, extrai-se de referido Projeto também que a entidade que ele autoriza a criar (a FUNPRESP) terá personalidade jurídica de direito privado, constituindo-se sob a forma fundacional (art. 4º), sendo que será o regime trabalhista comum (CLT) aquele que se aplicará ao pessoal que nela trabalhe (art. 7º).

Ademais, prevê-se, expressamente, a aplicação dos princípios da economicidade e da eficiência para o desempenho das atribuições dessa entidade (art. 9º). E, embora implicitamente, também hão de ser seguidos os princípios da moralidade e impessoalidade, quer diante daquilo que prontamente se percebe das exigências constantes dos incisos I (submissão à legislação de licitação e contratos da Administração) e II (con-

curso público para contratação de pessoal) do acima citado art. 8º do Projeto, quer diante do que estabelecem os artigos 6º, *caput* (obrigatoriedade de adoção de código de ética e de conduta pelos dirigentes da entidade) e 5º, §§ 4º e 5º (remuneração dos membros da Diretoria Executiva da entidade submetida ao teto remuneratório do art. 37, XI, da Constituição, mesmo que a remuneração desses membros deva ser paga em valores compatíveis com os valores correntes do mercado para profissionais de capacidade equivalente).

Finalmente, cremos que também na mesma linha — isto é, na definição da “natureza pública” da entidade de previdência complementar do servidor público pelo Projeto federal — se colocam as regras previstas no art. 15 do Projeto, quando determinam: (a) necessária contratação (e mediante prévia licitação, com contrato de duração não superior a 5 anos) de instituição terceirizada para administração dos recursos garantidores dos planos de benefícios da entidade; (b) necessária segregação de recursos garantidores dos planos nas mãos de pelo menos três daqueles gestores “terceirizados” (vez que nenhum deles poderia administrar mais do que 40% dos recursos garantidores) e; (c) obrigatoriedade de a aplicação dos recursos serem feitas em fundos próprios de investimento, “criados especificamente para remunerar os recursos garantidores, as provisões e os fundos do plano de benefícios e ser devidamente registrados na CVM”. Neste último caso (essas regras do art. 15 do Projeto), curiosamente (e paradoxalmente), a compreensão do que deveria ser uma entidade “de natureza pública” estaria a dar conformação até menos “estatizante”, por assim dizer, à entidade de previdência complementar do servidor público, o que poderia ser interpretado como algo feito em vista de uma tentativa de redução da maior vulnerabilidade da entidade complementar “pública” a pressões e interferências governamentais na gestão dos recursos dos planos de benefícios administrados pela entidade, tal como acima já tivemos oportunidade de mencionar⁴⁷.

⁴⁷ Advirta-se apenas que o elenco dos traços do Projeto que, a nosso sentir, possam levar a uma interpretação do que viria a ser, neste Projeto, a “natureza pública” dessa entidade, tal como acima estamos a elencar, é feita aqui acriticamente, apenas a título de descrição das linhas gerais do Projeto, e assim sem que tal descrição signifique, necessariamente, concordância pessoal com a forma em que foram eles apresentados para aprovação do Congresso Nacional.

Oferecimento de Planos de Benefícios Apenas na Modalidade de Contribuição Definida — CD

Nas entidades fechadas de previdência complementar dos servidores públicos os planos serão necessariamente formatados na modalidade de contribuição definida. A questão, como adiantamos, foi fechada de antemão, expressamente, pela redação vigente da Constituição, após a promulgação da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, até mesmo diante das grandes dificuldades políticas que a tramitação do projeto de lei complementar tendente à regulamentação da antiga redação do art. 40, § 15, da Constituição (redação então determinada pela EC n. 20/98) revelou.

Segundo o artigo 7º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 109, de 2001, o órgão regulador do sistema de previdência complementar fechada “normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar”.

A definição oficial, normativa, das modalidades de plano de benefícios é fundamental para vários aspectos (tais como o do regime tributário aplicável, para fins de estruturação das regras de portabilidade ou para os planos de benefícios da chamada previdência associativa, além, claro, da previdência complementar do servidor público, que ora analisamos) e até muito recentemente não havia sido feita, apesar de ter sido editada a Lei Complementar n. 109 ainda no primeiro semestre de 2001.

Contudo, desde 07 de dezembro de 2005, com a publicação da Resolução n. 16, de 22 de novembro de 2005, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar, fez-se a definição jurídico-positiva das modalidades de planos de benefícios, no âmbito da previdência complementar fechada, não tendo havido qualquer previsão excepcional para o caso da chamada previdência complementar do servidor público. Nos termos dessa Resolução, assim estão definidos os planos de contribuição definida — CD:

Art. 3º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição definida aquele cujos benefícios programados⁴⁸ têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos⁴⁹.

Como se vê, nos planos de contribuição definida, o valor do benefício previdenciário não é determinado *a priori* (e nem mesmo poderá sê-lo no momento de concessão da aposentadoria do servidor, isto é, na fase de percepção da aposentadoria), e assim dependerá sempre da chamada poupança acumulada pelo plano na conta do participante (quer se trate de conta individual ou coletiva). Dessa forma, o valor da aposentadoria do servidor vai ser calculado *permanentemente* segundo o saldo existente em sua conta, a qual é alimentada pelas contribuições vertidas pelo servidor e pela Administração Pública, bem como pela rentabilidade obtida com os investimentos feitos a partir dos recursos do plano.

Nesta modalidade de planos de benefício, não há se falar, a rigor, em déficits ou superávits (o que, com rigor, apenas poderia ocorrer em planos na modalidade benefício definido — BD, já que apenas estes têm o seu custeio fixado atuarialmente), muito embora o resultado (negativo ou positivo) de um plano de contribuição definida (CD) venha a afetar diretamente o valor dos benefícios, já que estes serão calculados e

⁴⁸ Entende-se por benefício programado a aposentadoria que leva em conta o tempo de vinculação ao plano e/ou a idade do participante. A este tipo de benefício, contrapõem-se os chamados benefícios de risco (basicamente, aposentadoria por invalidez e pensão por morte, ou ainda, quando prevista no regulamento dos planos, a complementação do auxílio-doença no período de licença-médica), os quais, contudo, são irrelevantes, segundo a citada Resolução CGPC n. 16, de 2005, para fins de definição da modalidade do plano.

⁴⁹ Embora não seja possível a criação nem de planos de *benefício definido* nem mesmo de *contribuição variável* para os servidores públicos, tais modalidades de planos assim fora conceituadas pela Resolução n. 16 do CGPC, respectivamente em seus arts. 2º e 4º: “Art. 2º Entende-se por plano de benefício de caráter previdenciário na modalidade de benefício definido aquele cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o custeio determinado atuarialmente, de forma a assegurar sua concessão e manutenção. Parágrafo único. Não será considerado para fins da classificação de que trata o caput o benefício adicional ou acréscimo do valor de benefício decorrente de contribuições eventuais ou facultativas”; “Art. 4º. Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição variável aquele cujos benefícios programados apresentem a conjugação das características das modalidades de contribuição definida e benefício definido”.

recalculados permanentemente a partir do saldo de conta que couber a um determinado participante. Quanto maior o saldo, evidentemente, maior o valor da aposentadoria.

Assim, em se considerando a atual regulação dada pelo órgão competente (atualmente, o Conselho de Gestão da Previdência Complementar — CGPC, do Ministério da Previdência Social) às modalidades de planos de benefícios de entidades fechadas de previdência complementar, uma vez criado o regime de que tratamos neste trabalho, o servidor público ou membro de Poder que a ele aderir terá garantida sua aposentadoria concedida pelo regime próprio (RPPS), em valor definido — que não será superior, no entanto, ao do mesmo teto do RGPS, dos benefícios do INSS — e, a partir daí, uma outra aposentadoria complementar, recebida da EFPC que administra o regime privado, num valor não definido de antemão, eis que dependente, permanentemente, do valor do saldo de conta correspondente a este servidor no plano de benefícios privado⁵⁰.

Limite de Paridade Contributiva

Outra condição jurídica importante a ser observada para a instituição e funcionamento da previdência complementar do servidor público consiste no chamado limite de paridade para a contribuição do patrocina-

⁵⁰ No Projeto federal n. 1.992, de 2007, seguiu-se (art. 12) a mesma regulamentação dada à matéria pelo CGPC, na forma acima explicitada. Todavia, possivelmente para tentar contornar o eventual desinteresse dos servidores públicos com os planos do tipo CD (contribuição definida) que, ao deverem estar permanentemente ajustados ao saldo de conta do participante, praticamente inviabilizam a concessão de benefícios de renda vitalícia, referido Projeto previu, paralelamente, no seu art. 19, que o servidor possa, ao atingir as condições para se aposentar, transferir as reservas constituídas em seu nome para outra entidade de previdência complementar aberta (ou companhia seguradora autorizada a operar planos previdenciários, naturalmente de previdência aberta também), “com o objetivo específico de contratar plano de renda vitalícia”. É preciso observar que, nesses termos, ainda que se tenha buscado aliviar o eventual desinteresse em planos de renda programada (que fatalmente resultarão diante da vigente regulamentação da matéria para a modalidade de contribuição definida, e seu conseqüente impedimento de gerar planos vitalícios perante a própria entidade de previdência complementar do servidor), é de duvidosa constitucionalidade referida disposição do Projeto, na medida em que se estaria a permitir, indiretamente, a operação da previdência complementar do servidor (justamente na fase de concessão do benefício, após exaurida a fase de acumulação das reservas) por uma entidade aberta de previdência complementar, possibilidade não albergada pelos parágrafos 15, do art. 40, e 3º e 4º, agora do art. 202, do vigente texto constitucional.

dor, previsto no art. 202, § 3º, da Constituição, segundo o qual “é vedado o aporte de recursos a entidade de previdência *privada* pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado”.

Esta regra, introduzida apenas com a Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, já é aplicável às empresas estatais desde o prazo estabelecido no art. 5º do corpo da mencionada emenda⁵¹.

Assim, a contribuição da Administração Pública, direta ou autárquica, destinada ao regime de previdência complementar de seus servidores será de, no máximo, um real, digamos, para cada um real vertido pelo participante a título de contribuição ao plano.

Cabe observar que esse patamar de contribuição é diferente daquele vertido para o regime próprio (RPPS), que permite contribuições de até o dobro do valor da contribuição do participante (ou seja, para o RPPS, a contribuição da entidade pública relativamente à do servidor é de, no máximo, dois para um), sendo que, no mínimo, tal relação deve ser de um para um⁵².

Dessa forma, uma vez criada a previdência complementar para o servidor público de determinada esfera política, haverá uma contribuição incidente até o valor dos vencimentos que não ultrapasse o teto do INSS destinada ao respectivo regime próprio (RPPS) — na relação máxima de dois para um, entre as contribuições da Administração Pública e do servidor, respectivamente — e outra incidente apenas sobre a parcela dos vencimentos que ultrapassarem o valor-teto dos benefícios do RGPS (INSS), no importe a ser fixado pelo plano de custeio desse regime complementar, mas sempre em relação de no máximo um para um (limite de

⁵¹ Assim estabeleceu a regra transitória acima referida: “Art. 5º. O disposto no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, quanto à exigência de paridade entre a contribuição da patrocinadora e a contribuição do segurado, terá vigência no prazo de dois anos a partir da publicação desta Emenda, ou, caso ocorra antes, na data de publicação da lei complementar a que se refere o § 4º do mesmo artigo”.

⁵² Cf. art. 2º da Lei n. 9.717, de 27 de novembro de 1998, com a redação que lhe deu a Lei n. 10.887, de 18 de junho de 2004.

paridade contributiva), considerando a parte contributiva do servidor-participante e do patrocinador público^{53 54}.

Governança Democrática e Paritária da Entidade

A previdência complementar do servidor público, uma vez criada, terá também que se submeter à Lei Complementar n. 108, de 29 de maio de 2001 — que é, como já vimos, específica para disciplinar a relação dos chamados *patrocinadores governamentais* (pessoas jurídicas da Administração direta e autárquica, além das empresas estatais) com suas entidades de previdência fechada, tendo sido editada a mando do art. 202, § 4º, da Constituição —, no que tange à gestão ou governança da EFPC. Há aqui um ponto importante a destacar, que diz respeito ao acesso democrático e paritário dos Conselheiros. Vejamos o que isso significa, ainda que brevemente.

O acesso democrático e paritário à governança da EFPC é uma especificidade relativa à gestão das denominadas entidades fechadas de previdência complementar de patrocínio governamental. A propósito, o art. 202, § 6º, da Constituição, determina que “a Lei Complementar a que se refere o parágrafo 4º deste artigo — que é justamente a Lei Complementar nº 108, de 2001 —, estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados em

⁵³ Segundo o Projeto n. 1992, de 2007, a alíquota de contribuição do patrocinador (Administração Pública) será igual à do participante (servidor) — donde se depreende que a paridade contributiva de um para um foi tomada não como limite (como autorizado pela Constituição), mas sim como a própria equação normal entre a contribuição de uma e outra parte —, tendo-se previsto ainda que essa alíquota, a ser definida pelo Regulamento do plano, não poderá exceder o percentual de sete e meio por cento para cada parte (redundando num plano de custeio máximo de 15%).

⁵⁴ Diga-se que, diante do que já estabelece o art. 6º da Lei Complementar n. 108, de 2001 — lei complementar esta aplicável também à previdência complementar do servidor público, como já observado, diante do que dispõem os parágrafos do art. 202 da Constituição, pode haver também a previsão no Regulamento do plano de contribuição adicional facultativa do participante do plano complementar (maior do que aquela por ele devida, e que no caso seria correspondente ao percentual definido pelo Plano a incidir sobre a parcela dos vencimentos que excede ao teto do INSS), mas, neste caso, desacompanhada da contrapartida do patrocinador público (cuja obrigação está apenas em contribuir com sua parte sobre a mesma base do servidor, ou seja sobre a parcela dos vencimentos que exceder ao valor-teto do RGPS). A propósito, tal possibilidade parece estar abrigada também no Projeto de Lei federal n. 1.992, de 2007 (art. 16, § 2º).

instancias de decisão em que seus interesses sejam objetos de discussão e deliberação”.

Na legislação de seguridade social já há um dispositivo (art. 194, parágrafo único, inciso VII) determinando que os trabalhadores, as empresas e o governo tenham assento nos órgãos colegiados da seguridade social, que, como se sabe, engloba a previdência. Mas a Constituição resolveu ser mais pontual na nossa matéria, porque, como o patrocinador público se confunde com a figura estatal, do governo, há o risco de desequilíbrio na correlação de poder dentro da entidade. A Constituição quer que seja dividido o poder na entidade patrocinada por entes públicos, daí a inserção de regras específicas na lei (arts. 11 e 15 da Lei Complementar n. 108, de 2001) disciplinando que **metade dos assentos nos Conselhos** (deliberativo e fiscal) pertençam **aos trabalhadores** (no caso, aos servidores públicos e membros de Poder que tenham optado por participar do regime complementar). Os demais membros dos Conselhos são indicados diretamente pelos patrocinadores.

Importante dizer que os assentos dos servidores públicos e membros de Poder participantes do regime de previdência complementar serão providos por **eleição direta** entre os pares (isto é, entre os demais servidores efetivos que participam do plano), diferente do que ocorre nas entidades sob patrocínio de empresas de origem exclusivamente privada (submetidas apenas às regras da Lei Complementar n. 109, de 2001), nas quais o processo de provimento dessas vagas nos Conselhos (no caso, correspondentes a apenas um mínimo de 1/3 das vagas, não à metade, como no caso das EFPCs submetidas à Lei Complementar n. 108, de 2001) é de livre escolha no estatuto da entidade, inexistindo exigência legal de que se faça necessariamente por eleição direta entre os pares. Essa é forma pela qual se concretiza na legislação reguladora do regime, particularmente, a diretriz constitucional de democracia participativa.

Finalmente, cabe observar que há mandatos limitados, outra diferença na estrutura da gestão entre entidades sob patrocínio governamental e privado. Nas entidades de patrocínio governamental, submetidas à Lei Complementar n. 108, de 2001, os mandatos para o Conselho Deliberativo são de quatro anos, renováveis por uma vez, e no Conselho Fiscal também de quatro anos, porém não renováveis. Nas entidades patrocinadas por empresas da iniciativa exclusivamente privada, nas quais se acentua fortemente a autonomia da vontade, essa matéria deve ser

regulada pelo estatuto de cada entidade, não havendo limitação expressa pela lei a elas aplicável (a Lei Complementar n. 109, de 2001).

Servidores Abrangidos

Por fim, outro ponto importante consiste em saber o âmbito subjetivo de abrangência do regime de previdência complementar do servidor público.

Antes de mais nada e embora já o tenhamos dito e repetido, convém observar, por clareza e diante da pertinência com este subitem, que o regime em estudo diz respeito à extensão da previdência privada ou complementar aos servidores públicos **ocupantes de cargo de provimento efetivo** na União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tanto na Administração direta quanto nas autarquias e fundações de direito público (as quais, como também já vimos, têm natureza autárquica). É a estes servidores que se aplica o regime (RPPS) disciplinado no art. 40 da Constituição, em cujos §§ 14, 15 e 16 encontramos a fonte da previdência complementar dos servidores públicos. Incluem-se ainda neste âmbito, por extensão, os chamados **membros de Poder** — que são todos os membros da Magistratura, membros de Ministério Público e de Tribunais de Contas (cf. arts. 93, VI, 129, § 4º e 73, § 3º da Constituição, que se reportam ao art. 40 desta).

Portanto, do universo de trabalhadores vinculados diretamente ao setor público, apenas ficam excluídos dos RPPS's e da previdência complementar de que ora cuidamos (a) os ocupantes de cargos em comissão “puros”, isto é, sem vínculo efetivo com a Administração Pública, (b) os empregados públicos e (c) os temporários⁵⁵, bem como (d) os detentores de mandatos eletivos (chefes do Poder Executivo e parlamentares) e (e) demais agentes políticos (i. é, os auxiliares diretos dos chefes do Executivos, que são os Ministros de Estado ou Secretários estaduais, distritais ou municipais).

Repassado isso, temos, quanto aos destinatários do regime de previdência complementar do servidor público, que a Constituição, no § 16 do art. 40, dispôs expressamente que “somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que

⁵⁵ As três figuras até aqui mencionadas foram expressamente afastadas pelo art. 40, § 13, da Constituição.

tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”.

Como se percebe, *em princípio*, o novo regime de previdência complementar dos servidores públicos deverá ser aplicado *para o futuro*, apenas aos novos servidores, entendendo-se como “**novos servidores**” aqueles admitidos regularmente em cargos de provimento efetivo após a implementação da previdência complementar.

E mesmo assim, é claro, somente será aplicado de fato o novo regime a esses novos servidores se eles quiserem se vincular aos planos que lhe serão oferecidos, eis que vimos ser uma das características fundamentais do regime constitucional de previdência privada ou complementar a facultatividade. Caso não queira participar dos planos de complementação privada de sua aposentadorias, o assim considerado novo servidor terá garantida a proteção previdenciária, pelos benefícios concedidos pelo RPPS a que esteja (obrigatoriamente) vinculado, até o limite máximo do teto adotado, que será equivalente ao do RGPS, administrado pelo INSS.

Ainda que apenas de passagem, diante da facultatividade que marca constitucionalmente o regime de previdência complementar, poder-se-ia indagar que motivação terá o chamado novo servidor público ou membro de Poder para optar pela adesão aos planos privados de complementação que lhe venham a ser oferecidos, uma vez tomada a decisão, pelo ente federativo a que aquele esteja vinculado, de instituir o regime complementar. Que vantagens ele poderia ter se comparasse esta opção com outra em que ele mesmo tomaria a cargo a responsabilidade por aplicar recursos tendentes a garantir sua sobrevivência futura para além do valor-teto de seu RPPS, correspondente, neste cenário, ao teto do INSS?

Evidentemente, a resposta a essa indagação passa pelas próprias razões universais da formação da previdência privada e, podemos dizer, até mesmo da própria idéia de previdência social, de reunião de um grupo de indivíduos para recolherem recursos para a futura proteção de seus membros. Em poucas palavras, porém, poderíamos apontar, inicialmente, que um forte estímulo que haveria na adesão ao plano complementar seria o recebimento da contribuição do patrocinador (na relação de no máximo 1 para 1, como vimos), que melhoraria a futura proteção previdenciária do participante, aumentando sua poupança, primeiro porque ele passaria a contar com a contrapartida contributiva do ente públi-

co para o qual trabalha e, em segundo lugar, porque o volume de recursos aplicados em conjunto com os demais servidores que aderiram ao plano tende a permitir, por sua escala, a obtenção de maior rentabilidade do que uma aplicação individual. Outra vantagem que se poderia apontar é a de que a aplicação dos recursos será feita, como exaustivamente apontado, por uma entidade fechada de previdência, que não tem, nem pode ter, fins lucrativos, o que faz com que todo o resultado favorável conseguido pelos investimentos na capitalização dos recursos reverta para o próprio plano e, assim, para o participante. Há também estímulos fiscais, se comparada a aplicação de recursos de natureza previdenciária com as demais formas de investimento de capitais no mercado.

Fechado o parêntese, voltemos à análise, ainda que breve, das questões jurídicas relativas ao âmbito subjetivo de abrangência da previdência complementar do servidor público. Apesar da clareza do art. 40, § 16, da Constituição, há pelo menos três questões que podem ser levantadas e que têm fundamental importância na definição dos servidores que estarão, ou não, abrangidos pelo regime complementar que porventura venha a ser instituído.

Primeiramente, como o dispositivo constitucional define o marco temporal de aplicação do novo sistema de previdência complementar do servidor público como sendo a **data de publicação do “ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”**, pode surgir dúvida sobre ser este ato (a) a própria lei (federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) instituidora da previdência complementar do servidor, ou (b) o ato de criação da EFPC que administrará essa nova previdência ou ainda (c) outro parâmetro que marque juridicamente o efetivo início do funcionamento do novo regime.

Parece-nos que a adequada compreensão da mencionada expressão constitucional deve ser a de se tomar por *dies a quo* do regime a data de publicação do **ato jurídico que marca o início do funcionamento efetivo do plano de benefícios**, geralmente fixado no ato de aprovação oficial, pela Secretaria de Previdência Complementar, do convênio de adesão e de autorização de funcionamento para a entidade⁵⁶.

⁵⁶ Observe-se que o art. 33 da Lei Complementar n. 109, de 29/01/2001, exige prévia e expressa aprovação, pelo órgão fiscalizador, entre outras coisas, para constituição e funcionamento da entidade fechada, bem como para a aplicação dos seus estatutos, regulamentos dos planos de benefícios e das respectivas alterações.

E assim pensamos porque até este momento — quer dizer, se situássemos o marco temporal em data anterior, seja a data de publicação da lei “instituidora do regime”, seja a data de publicação do ato constituição e funcionamento da EFPC —, poderia, em tese (e apenas em tese, ressalte-se), haver um vácuo na proteção dos servidores públicos que viessem a ser investidos em cargos de provimento efetivo após essas datas e antes do efetivo funcionamento do plano, situação que não poderia ser admitida, à luz da própria finalidade de qualquer sistema previdenciário, que só se justificam para assegurar a proteção das situações de necessidade de seus beneficiários. Para ilustrar, basta imaginar como ficaria a situação dos servidores investidos em cargos efetivos após a publicação da lei autorizadora do regime de previdência complementar que se acidentassem ou mesmo falecessem antes da autorização de funcionamento da entidade também da aprovação oficial e do funcionamento do regulamento do plano de benefícios. Ora, tais servidores nem mesmo teriam tido a oportunidade de formalizar sua vontade em aderir aos planos que lhe seriam oferecidos e, desta forma, hão de continuar protegidos pelo regime próprio de previdência complementar de acordo e segundo o teto de benefícios a ele aplicável, não se podendo cogitar até então de vinculação ao valor-teto do RGPS.

É verdade que a própria dicção do § 15 do art. 40 da Constituição menciona, expressamente, a instituição, por lei, do regime complementar, o que poderia nos levar a entender que, combinando tal dispositivo com o parágrafo seguinte (§ 16), o marco haveria de ser situado na data de publicação daquela lei.

Lembremos, contudo, que a lei a que se refere o art. 40, § 15, terá por objeto apenas e tão-somente *autorizar* o patrocínio dos planos de complementação pela administração pública direta e autárquica respectiva, bem como igualmente autorizar a criação da entidade fechada de previdência complementar, administradora dos planos aos servidores em questão. Tudo isso, no entanto, exigirá — diante das regras de funcionamento da previdência complementar fechada e até diante das características do regime privado (que é contratual, como expressamente mencionado no art. 202 da Constituição) — posterior edição de outros atos jurídicos (p. ex., aprovação, pelo órgão de supervisão do sistema, da constituição da EFPC, mediante aprovação de seus estatutos, aprovação do regulamento do plano de benefícios e do convênio de adesão, etc.).

Em suma, sendo a lei a que se refere o § 15 do art. 40 da Constituição meramente autorizadora, não se seguindo à sua publicação — eis o que realmente importa, smj — o efetivo funcionamento do plano de benefícios em regime de complementação privada, não nos parece que possa ser a data de publicação dessa lei, por si só, o marco divisor do início da aplicação da previdência complementar do servidor público. Do contrário, como observado, poderia haver um vácuo na proteção dos servidores, o que contraria a própria finalidade da previdência social, não sendo admissível perante a Constituição.

A segunda questão diz respeito ao que se deve entender por “servidor que tiver **ingressado no serviço público** até a data de publicação do ato de instituição do correspondente regime”, especialmente nos casos em que o servidor tenha passado por mais de um cargo efetivo no serviço público, tanto antes quanto depois do ato de instituição do regime.

De fato, pode ocorrer a hipótese de um servidor, por exemplo, admitido como técnico judiciário em data anterior à de instituição do regime complementar vir a ser investido, agora já em data posterior a este marco, em outro cargo, como o de juiz ou de promotor, após aprovação em concurso público. E tal hipótese poderia ocorrer tanto dentro da esfera de um mesmo ente federativo (p. exemplo, servidor da Justiça estadual que ingressa num cargo de Juiz de Direito ou de Promotor de Justiça no mesmo Estado) quanto de entes diferentes (por exemplo, técnico judiciário estadual aprovado em concurso de Juiz Federal ou de Procurador da República ou do Trabalho).

Pois bem, como a Constituição não faz qualquer distinção, apenas exigindo que, na data de publicação do ato de instituição do regime complementar, que o servidor já tenha “*ingressado no serviço público*”, sem especificar em que cargo ou a que ente federativo deve estar vinculado o servidor, deve-se considerar, pelo menos para os casos em que não tenha havido interrupção na vinculação à Administração Pública direta ou autárquica, a data da mais remota investidura em cargo público de provimento efetivo (que foi, no exemplo em exame, o de técnico judiciário).

Finalmente, cabe observar que, de acordo com o que expressamente consta do § 16 do art. 40 da Constituição, o novo regime de previdência privada só se aplicará ao servidor que ingressou em cargo efetivo antes de sua instituição caso também ele queira fazê-lo, **manifestando-se expressa e formalmente** neste sentido. Pode-se afirmar, assim, que a ade-

são do servidor público ou membro de Poder à previdência complementar de que trata este trabalho é sempre — como não poderia deixar de ser, segundo a conformação prevista no art. 202 de nossa Constituição — facultativa, quer para aqueles que ingressaram no serviço público antes, quer para os que ingressaram depois da instituição da chamada previdência complementar do servidor público⁵⁷.

⁵⁷ Pelo Projeto de Lei federal n. 1.992, de 2007, será aplicável a nova previdência complementar (facultativamente, nunca é demais dizer, mas em qualquer caso — isto é, optando o servidor por aderir ou não ao plano complementar — já sendo aplicável a tais “novos” servidores o limite máximo de benefícios em valor idêntico ao do RGPS) aos servidores que tiverem ingressado no serviço público a partir da data de início do funcionamento da entidade (FUNPRESP), o que se daria 120 (cento e vinte) dias após a publicação da autorização de funcionamento concedida pela Secretaria de Previdência Complementar. Quanto aos servidores “antigos”, ou seja, quanto àqueles servidores que tenham ingressado no serviço público antes desse marco, referido Projeto atribuiu prazo (de 180 dias, igualmente a partir da data de início do funcionamento da FUNPRESP) para que adote a decisão de, a seu exclusivo juízo, aderir ao novo regime de previdência complementar, implicando, tal opção a renúncia irretratável e irrevogável aos direitos decorrentes das regras previdenciárias que anteriormente a ele se aplicavam (vale dizer, ao regime jurídico atual dos RPPS’s).

Artigo 5

AS SÚMULAS VINCULANTES E A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Miguel Horvath Júnior¹

Histórico da súmula vinculante — Origens Remotas

Em 26 de março de 1992, o então deputado federal por São Paulo, Hélio Bicudo, apresentou no Plenário da Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição n. 96/92, de sua autoria, com o objetivo de introduzir modificações no Poder Judiciário, entre as quais a introdução da súmula vinculante e da súmula impeditiva de recursos para os Tribunais Superiores (que ficou conhecida como Reforma do Poder Judiciário). Quando chegou ao Senado, recebeu novo número do ano de 2000 e após inúmeras discussões foi promulgada a Reforma do Poder Judiciário sob o número 45/2004.

A súmula vinculante desde logo dividiu a opinião dos juristas. Os favoráveis, sob argumento de que a sua implantação agilizaria o mecanismo de entrega da tutela jurisdicional sem o risco de decisões contraditórias, o que fortaleceria um dos pilares do ordenamento jurídico: o princípio da segurança jurídica. E os contrários, sob o argumento de tolhimento do poder jurisdicional dos magistrados das instâncias inferiores e demais tribunais, com o engessamento de suas opiniões jurídicas, ferindo de morte a independência funcional consagrada constitucionalmente aos membros do Poder Judiciário. Além do que poderiam

¹ Procurador Federal. Doutor em Direito Previdenciário. Professor da PUC-SP.

sobrepôr-se os aspectos políticos em detrimento dos jurídicos no momento da edição da súmula vinculante, já que o STF é tribunal misto, ou seja, suas decisões são jurídicas e políticas. Destaque-se que de pronto manifestaram-se contra a adoção da súmula vinculante a Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação dos Magistrados Brasileiros. Favoravelmente se manifestou o jurista Guido Fernandes da Silva Soares e o ministro do STF, Carlos Mário da Silva Velloso.

Da introdução da Súmula Vinculante no Ordenamento Pátrio

A súmula vinculante foi positivada no ordenamento pátrio com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) 45, de dezembro de 2004, quando no exercício do poder constitucional derivado foi determinado que o Supremo Tribunal Federal (STF) poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de 2/3 dos seus membros e depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula vinculante com efeito *erga omnes* a partir da data de sua publicação. Encontramos-na no art. 103-A e seus parágrafos da Constituição Federal.

A súmula vinculante é instrumento uniformizador da entrega da tutela jurisdicional com efeito amplo (*erga omnes*). Para Rodolfo de Camargo Mancuso, na obra *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, citando a obra de José Carlos Barbosa Moreira:²

a problemática da uniformização da jurisprudência liga-se ao fato da existência, no aparelho estatal, de uma pluralidade de órgãos judicantes que podem ter (e com frequência têm) de enfrentar iguais questões de direito e, portanto, de enunciar teses jurídicas em idêntica matéria. Nasce daí a possibilidade de que, num mesmo instante histórico, sem variação das condições culturais, políticas, sociais e econômicas que possam justificar a discrepância, mesma regra de direito seja diferentemente entendida e às espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou ato opostas. Assim se compromete a unidade do direito — que não seria posta em xeque, muito

² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ao contrário, pela evolução homogênea da jurisprudência dos vários tribunais — e não raro se semeiam, entre os membros da comunidade, o descrédito e o ceticismo quanto à efetividade da garantia constitucional. Nesses limites, e somente neles, é que se põe o problema da uniformização da jurisprudência. Não se trata, nem seria concebível que se tratasse, de impor aos órgãos judicantes, uma camisa de força, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social. Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes, e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente, fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão (p. 216-217).

A súmula vinculante se diferencia da súmula editada pelos tribunais nos termos do art. 479 do Código de Processo Civil porque esta se aplica somente entre as partes envolvidas no processo, sem obrigatoriedade em relação aos demais membros do Poder Judiciário ou para a Administração Pública. Sobre o tema convém colacionarmos a opinião do processualista Vicente Greco Filho ao falar sobre o valor do precedente na uniformização de jurisprudência:³

Ele tem força vinculante para o caso concreto, cujo julgamento está em curso, porque o processo, voltado à Câmara, Turma ou Grupo de Câmaras, para aplicar a lei ao caso concreto, só pode seguir o entendimento fixado pelo Pleno, mas para os casos futuros, terá apenas a autoridade de uma decisão já tomada e divulgada pelo órgão mais elevado do tribunal (p 374-375).

A aplicação da súmula vinculante vem garantir a efetividade do princípio da igualdade, também perante o Poder Judiciário, no momento da entrega da prestação jurisdicional, evitando que pessoas diante da mesma situação fática e legal tenham reconhecimento de seus direitos de maneira diferente. Assim, a título de exemplo, como justificar e explicar que

³ FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. V. 2.

alguns pensionistas do INSS tenham seu direito de majoração da alíquota da pensão de 80% para 100% em face da Lei n. 9.023/95 e outros não se estamos diante da mesma situação fática e legal?

Poderão propor a edição ou a revisão de súmulas vinculantes o presidente da República, o procurador-geral da União, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, as mesas do Congresso Nacional (mesas do Senador e da Câmara dos Deputados), o defensor público geral da União, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, bem como mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa (DF), governadores estaduais ou distrital, e tribunais (Tribunais Superiores, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Militares). O município poderá propor, no curso de processo em que seja parte, a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante sem a suspensão do processo.

A súmula vinculante projeta efeitos não somente sobre os membros do Poder Judiciário, mas também nos integrantes da Administração Pública direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) e indireta (autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas).

O objeto da súmula recairá sobre validade, exegese (interpretação) e eficácia de normas constitucionais que geraram dissenso jurisprudencial causando grave insegurança jurídica, além de um avolumamento de recursos judiciais, ou seja, recairá sobre grandes temas que têm relevância jurídica, econômica e social. Daí a importância das súmulas vinculantes como meio de tornar a entrega da tutela jurisdicional mais transparente, segura e barata, pois sua adoção implica a redução dos gastos públicos, uma vez que não necessitarão se formar inúmeras relações jurídicas processuais para discutir o mesmo tema. Sabe-se estatisticamente que o poder público em geral é campeão em demandas repetitivas. Sobre o tema da vinculação da administração pública às súmulas vinculantes assim se pronunciou Bernardo Cabral:⁴

⁴ CABRAL, Bernardo. A reforma do Judiciário. *Revista Cidadania e Justiça da Associação das Magistrados Brasileiros*, ano 5, n. 10, 2001.

Se ao findar com o excesso de causas sobre o mesmo assunto, pelo menos diminui o objetivo protelatório permanente das procuradorias (sic) e advocacias públicas (sic) (p. 55).

No âmbito da administração pública, a EC 45/03 prevê que do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente aplicar, caberá reclamação ao STF, que a julgando procedente anulará o ato da administração ou cessará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação, conforme o caso.

A adoção da súmula vinculante não engessa o ordenamento, uma vez que pode ser objeto de revisão ou de cancelamento, conforme determina o art. 103-A da CF, parte final.

A súmula vinculante pode ter efeito imediato, porém, o STF também pode, por decisão de 2/3 dos integrantes (nove ministros), restringir os efeitos da súmula ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de outro momento temporal.

Reza o art. 103-A, § 3º, que do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao STF, que, por sua vez, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, bem como determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A previsão da reclamação ao STF dá um toque final no sentido de impedir decisões díspares com mesma base fática e legal, alcançando inclusive decisões judiciais já julgadas.

A súmula vinculante foi regulamentada pela Lei n. 11.418/2006.

Artigo 6

AVERBAÇÃO E DESAVERBAÇÃO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Magadar Rosália Costa Briguet¹

Maria Cristina Lopes Victorino²

Considerações Preliminares

A Constituição Federal de 1988, já na redação original do art. 202, § 2º, assegurava a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, para efeito de aposentadoria em todas as modalidades, devendo os regimes previdenciários promover entre si a compensação financeira, segundo critérios estabelecidos por lei.

Após as sucessivas emendas constitucionais reformadoras, a matéria está regulada pelo art. 201, § 9º.³

Anteriormente, porém, a contagem recíproca era admitida pela legislação local dos entes federativos, que estabelecia, via de regra, que o tempo de serviço ou de contribuição seria computado para efeito de aposentadoria voluntária ou compulsória.

¹ Procuradora da Prefeitura do Município de São Paulo (aposentada). Assessora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

² Procuradora da Prefeitura do Município de São Paulo, Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal da Gestão da Prefeitura do Município de São Paulo.

³ Segundo a lição de Vladimir Novaes Martinês, contagem recíproca “é a soma dos períodos de trabalho prestados sucessivamente na iniciativa privada e para órgãos públicos ou vice-versa, com vistas à implementação dos requisitos das prestações concedíveis pelos diferentes regimes que as contemplam” (*Reforma da Previdência Social*, São Paulo, Editora LTR, 1999, p. 167).

A lei federal sobre a compensação financeira foi editada em 5 de maio de 1999, sob o n. 9.796, e regulamentada pelo Decreto n. 3.112, de 6 de julho de 1999,⁴ disciplinando exclusivamente a compensação entre o Regime Geral de Previdência Social — RGPS e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em 24 de agosto de 2001, na referida lei, foi introduzido pela Medida Provisória n. 2.187-13⁵ o art. 8º-A, dispondo que a compensação financeira entre os regimes próprios de Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na hipótese de contagem recíproca de tempos de contribuição, obedecerá, no que couber, às disposições da Lei n. 9.796/99. Até o momento não foi editado regulamento sobre a compensação entre regimes próprios.

No âmbito do regime geral, a contagem do tempo de contribuição para fins de contagem recíproca é feita segundo critérios estabelecidos pela Lei n. 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social, pelo Decreto n. 3.048/99, e pelas Instruções Normativas n. 11/06 e n. 15/07, do Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, segundo os quais é vedada a contagem (a) em dobro ou em outras condições especiais; (b) de tempo de serviço público e privado concomitantes; e (c) de tempo de serviço aproveitado para concessão de aposentadoria em qualquer sistema previdenciário de outras entidades, públicas ou privadas (art. 96).

No que tange aos regimes próprios, as Constituições Federais de 1946 e 1967, esta última com redação da Emenda Constitucional n. 1/69, previam a contagem de tempo de serviço público prestado à União, aos Estados e aos Municípios para efeitos de aposentadoria e de disponibilidade (arts. 192 e 102, § 3º, respectivamente).

A Constituição Federal de 1988, na redação original do § 3º do art. 40, manteve a regra. Os entes federativos efetuavam a contagem de tempo de serviço público considerando o efetivo exercício do serviço público disciplinado nas respectivas constituições estaduais, leis orgânicas ou estatutárias.

⁴ Alterado pelo Decreto n. 3.217, de 22 de outubro de 1999.

⁵ O referido dispositivo da MP n. 2187/01 está em vigor na conformidade da EC n. 32/01.

Após as emendas reformadoras, ficou estabelecido que:

- a) o tempo de serviço público considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria,⁶ será contado como tempo de contribuição (art. 4º, EC n. 20/98);
- b) o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade (art. 40, § 9º).

Sendo assim, os entes federativos tiveram que adaptar a sua legislação aos comandos das emendas reformadoras, inclusive fixando regras para contagem de tempo de contribuição, uma vez que o regime contributivo foi assegurado aos servidores públicos pela Emenda Constitucional n. 20/98.

Certidões de Tempo de Serviço ou de Contribuição

A previsão constitucional de compensação e a de contagem de tempo de serviço público federal, estadual e municipal, combinada com a garantia de obtenção de certidões para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal,⁷ impuseram a existência de documento que fizesse as vezes de título destinado aos procedimentos de compensação entre os diversos regimes previdenciários e de contagem de tempo pelos entes federativos.

Convencionou-se que o título representativo seria a certidão de tempo de serviço ou de contribuição.

⁶ A referida lei é a do respectivo ente federativo que institua a contribuição previdenciária para o regime próprio de previdência, na forma do art. 40 da Constituição Federal, com redação dada pela EC n. 20/98, c/c art. 149 da Constituição Federal, com redação dada pela EC n. 41/03.

⁷ Art. 5º, XXXIV, Constituição Federal, disciplinado pela Lei Federal n. 9.051, de 18 de maio de 1995.

Hely Lopes Meirelles ensina que as certidões são atos do tipo enunciativo, “em que a Administração se limita a certificar ou atestar um fato”.⁸

O exercício do direito à contagem se faz, portanto, mediante pedido de expedição de certidão pelo interessado, no caso de tempo de serviço, ao ente para o qual o serviço foi prestado e, no caso de tempo de contribuição, ao respectivo órgão gestor do regime previdenciário.

Na expedição da certidão inexiste conteúdo de mérito administrativo, porquanto será atestada apenas determinada situação ou fato, prevalecendo assim, em seu conteúdo, o caráter de vinculação do ato às normas legais próprias, de forma que, cumpridos os requisitos estabelecidos em lei, tem o requerente direito a que lhe seja fornecida a certidão correspondente.

De sua vez, o direito à contagem do tempo certificado junto ao ente ao qual o servidor se encontra prestando serviços — e relativo à realização de fato constitutivo de requisito à aquisição de direitos previdenciários (art. 99, Lei n. 8.213/91) — se faz mediante pedido de averbação.

Destarte, pode-se definir averbação como o ato de registrar ou de anotar no prontuário do servidor o tempo de serviço ou de contribuição decorrente de vínculo de trabalho prestado a outras instituições, públicas ou privadas, desde que o período não seja concomitante e não tenha sido aproveitado para quaisquer outros benefícios (de natureza previdenciária), em quaisquer outras entidades (públicas ou privadas).⁹

O ato de averbação se assemelha ao de expedição da certidão, na medida em que tem caráter de vinculação, e igualmente, não há juízo de conveniência e oportunidade: uma vez presentes os requisitos exigidos, cumpre-se a determinação legal quanto à aquisição dos direitos subjetivos dele decorrentes.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o direito à contagem, conversão e averbação de tempo de serviço é de natureza subjetiva, enquanto relativo à realiza-

⁸ *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 190.

⁹ Lei Federal n. 8.213/99, art. 96.

ção de fato continuado, constitutivo de requisito à aquisição de direito subjetivo outro, estatutário ou previdenciário”.¹⁰

A única ressalva possível seria a decorrente da própria Constituição Federal, na redação das emendas reformadoras e da lei previdenciária, quando instituem limitações para os períodos de tempo não contribuídos, em dobro ou qualificados.

Tanto a averbação quanto a desaverbação, conquanto ostentem natureza declaratória, passam a surtir efeitos a partir da manifestação de vontade expressa do servidor, no exercício do direito à contagem de tempo, visto envolver direito patrimonial disponível (tempo de serviço).

Aspectos Formais da Certidão — Período de Tempo Integral e Períodos de Tempo Fracionado

A certificação do tempo de contribuição para os regimes próprios ou para o regime geral vem regulamentada pelo Decreto federal n. 3.048, de 6 de maio de 1999, que aprova o regulamento da Previdência Social.

Muito embora tal regramento não consubstancie requisito ou critério para concessão de aposentadoria (art. 40, § 12, CF) ou mesmo norma geral de observância obrigatória pelos demais entes federativos (art. 24, XII, CF), a Administração Pública deve observar essa disciplina, dados os efeitos produzidos pelas certidões, especialmente em face da compensação previdenciária entre os regimes.

O art. 130 do regulamento, com as alterações subseqüentes, estabelece todos os critérios, condições e requisitos para expedição da certidão na seguinte conformidade:

- a) deve ser fornecida pelo setor competente da administração federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, suas autarquias e fundações, relativamente ao tempo de contribuição para o

¹⁰ RESP 437974/PR, DJ 10/2/2003, p. 242; RESP 441496/RN, DJ 24/3/2003, p. 299; RESP 477186/RS, DJ 10/3/2003, p. 357; RESP 440040/RS, DJ 17/2/2003, p. 413; RESP 438368/SC, DJ 17/2/2003, p. 00413; RESP 466609/PR, DJ 10/2/2003, p. 252; RESP 443393/RS, DJ 10/2/2003, p. 247.

respectivo regime próprio de Previdência Social; ou pelo setor competente do INSS, relativamente ao tempo de contribuição para o RGPS;

- b) o setor competente do INSS deve promover o levantamento do tempo de filiação ao RGPS à vista dos assentamentos internos ou das anotações na Carteira do Trabalho ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, ou de outros meios de prova admitidos em direito;
- c) o setor competente do órgão federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal deve promover o levantamento do tempo de contribuição para o respectivo regime próprio de Previdência Social à vista dos assentamentos funcionais;
- d) os setores competentes devem emitir certidão de tempo de contribuição, sem rasuras, constando, obrigatoriamente:
 - I — órgão expedidor;
 - II — nome do servidor e seu número de matrícula;
 - III — período de contribuição, de data a data, compreendido na certidão;
 - IV — fonte de informação;
 - V — discriminação da frequência durante o período abrangido pela certidão, indicadas as várias alterações, tais como faltas, licenças, suspensões e outras ocorrências;
 - VI — soma do tempo líquido;
 - VII — declaração expressa do servidor responsável pela certidão, indicando o tempo líquido de efetiva contribuição em dias, ou em anos, meses e dias;
 - VIII — assinatura do responsável pela certidão, visada pelo dirigente do órgão expedidor;
 - IX — indicação da lei que assegure, aos servidores do Estado, do Distrito Federal ou do Município, aposentadorias por invalidez, idade, tempo de contribuição e compulsória, e pensão por morte, com aproveitamento de tempo de contribuição prestado em atividade vinculada ao RGPS;
- e) a certidão só poderá ser fornecida para os períodos de efetiva contribuição para o RGPS, devendo ser excluídos aqueles para

os quais não tenha havido contribuição, salvo se recolhida na forma dos §§ 7º a 14 do art. 216 do mesmo regulamento;

- f) é vedada a contagem de tempo de contribuição de atividade privada com a do serviço público, quando concomitantes;
- g) em hipótese alguma pode ser expedida certidão de tempo de contribuição para período que já tiver sido utilizado para a concessão de aposentadoria, em qualquer regime de Previdência Social.

Sobreleva, ainda, no preceptivo, a disposição contida no § 10, introduzida pelo Decreto n. 3.668, de 22 de novembro de 2000, pelo qual foi autorizada a emissão de certidão de tempo de contribuição para período fracionado.

Essa alteração, em harmonia com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça¹¹ e dos Tribunais Regionais Federais,¹² veio modificar o entendimento administrativo do INSS, segundo o qual o período de filiação ao regime, sendo uno e indivisível, não permitia averbações ou desaverbações parciais.

Dessa forma, a partir de 2000, observados os critérios, condições e requisitos anteriormente indicados, os períodos não aproveitados na situação do regime de origem¹³ expedidor da certidão podem ser computados no regime previdenciário ao qual o servidor se encontra vinculado¹⁴ para fins de concessão de aposentadoria, devendo, contudo, constar da certidão todo o tempo de contribuição ao regime (§ 11).

¹¹ REsp 687479/RS, 5ª Turma, DJ 30/5/2005, p. 410; REsp 554960/RS, 2ª Turma, DJ 15/8/2005, p. 242.

¹² Ação Civil Pública 2000.71.00.010059-0/RS. TRF 5ª Região: AMS 54923, DJ 20/9/1996, p. 70578; AMS 53108, DJ 20/8/1999, p. 589; 4ª Região: AMS 1999.04.01.078170-1, DJ 1º/3/2000; REO 97.04.38495-5, DJ 17/5/2000; 3ª Região: AMS 186166, DJ 23/9/2002, p. 579; 1ª Região: AMS 199738000616894, DJ 16/6/2005, p. 24; AMS 200001000547308, DJ 24/4/2006, p. 70; AMS 200001000547308, DJ DATA: 24/4/2006, p. 70.

¹³ O regime previdenciário ao qual o segurado ou servidor público esteve vinculado sem que dele receba aposentadoria ou tenha gerado pensão para seus dependentes (art. 3º, III, Decreto n. 3.112/90).

¹⁴ Regime instituidor: regime previdenciário responsável pela concessão e pagamento de benefício de aposentadoria ou pensão dela decorrente a segurado ou servidor público — ou a seus dependentes — com cômputo de tempo de contribuição no âmbito do regime de origem (art. 3º, IV, Decreto n. 3.112/90).

Averbação Posteriormente à Aposentadoria

A legislação local dos entes federativos tem albergado dispositivo no sentido de que o direito à averbação de tempo de contribuição ou de serviço deve ser exercido enquanto o servidor estiver em atividade, para que o instituto alcance sua finalidade última e seja garantida a definição do ato administrativo de concessão do benefício previdenciário.

Entretanto, existem situações em que, após a aposentadoria, o beneficiário vem requerer averbação de tempo de serviço ou de contribuição exercido anteriormente à data da jubilação para obtenção de melhoria na fixação dos proventos.

O tema é polêmico e controvertido, suscitando manifestações divergentes por parte da doutrina e decisões discrepantes dos Tribunais de Contas. Consolidaram-se duas correntes: uma que não admite a revisão e outra que a admite em determinadas situações.

Os que não admitem argumentam que:

- a) em se tratando de inativação voluntária, decorrente de requerimento do beneficiário, ao pleitear e obter o benefício, já exerceu o direito formativo gerador do mesmo, tornando o ato definitivo;
- b) que por se tratar de ato administrativo composto, após o registro do Tribunal de Contas, o ato está perfectibilizado e insuscetível de alteração.

Os que admitem tal revisão fundamentam-se na tese de que o ato jurídico perfeito, instituto vocacionado à garantia do trabalhador ou servidor, para proteção de seus interesses, deve ser invocado sempre a seu favor, nunca contra, principalmente no tocante às decisões das Cortes de Contas¹⁵ que admitem a desaposentação.¹⁶

Entretanto, mesmo os que admitem a revisão, restringem-na a situações específicas: servidores que não logram obter a certidão de tempo

¹⁵ TCU: decisão n. 290/98; Plenário: decisão n. 63/98, 2ª Câmara; decisão 62/98, 2ª Câmara; decisão 67/98, 1ª Câmara.

¹⁶ Desaposentação é o ato voluntário do interessado que pretende desfazer a sua aposentadoria, aproveitando o tempo de serviço ou de contribuição que a lastreou para obter a jubilação em outra situação funcional submetida ao mesmo ou a outro regime previdenciário.

requerida no INSS anteriormente à inativação — por exemplo, nos casos de aposentadoria compulsória e por invalidez; servidores que, anteriormente à inativação, discutiam judicialmente o reconhecimento do tempo de contribuição ou de serviço.

Em suma, pode-se sintetizar a matéria da seguinte forma:

- a) só cabe revisão para alterar a contagem do tempo de contribuição antes do registro pelo Tribunal de Contas;
- b) depois de registrada, a aposentadoria voluntária só ensejará revisão quando o servidor houver anteriormente requerido ou ingressado com ação judicial pleiteando seu reconhecimento;
- c) nos casos de aposentadoria por invalidez ou compulsória, caberá a inclusão de tempo de contribuição ou de serviço não averbado, uma vez que se originam em atos da administração, em que não há o exercício de um direito formativo gerador por parte do servidor.

O Tribunal de Contas do Município de São Paulo já decidiu, em sede de consulta, que, em se tratando de aposentadoria voluntária, só cabe revisão e alteração dos proventos, antes de aprovado e registrado o ato concessivo. Depois disso, seria inviável a averbação de tempo.¹⁷ No caso analisado, a servidora não intentou, em atividade, nenhuma providência para obter a certidão de tempo de contribuição com o INSS, o que só veio a fazer depois de aposentada.

O Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul tem proposta de súmula no sentido de admitir a averbação de tempo posterior à aposentadoria, desde que demonstrado que o servidor se encontrava impedido de fazê-la por demora do órgão emissor da certidão ou inexistência de decisão judicial definitiva, circunstância a ser devidamente comprovada no caso concreto (Proposta de Súmula n. 14).¹⁸

¹⁷ Processo TC 3185.99-63.

¹⁸ Súmula n. 14: Proposição de Súmula relativa à matéria tratada no Processo de Uniformização de Jurisprudência n. 4114-02.00/02-6 envolvendo a averbação posterior à inativação de tempo de serviço ou contribuição. Interessado: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Verbete: É possível a averbação posterior à inativação de tempo de serviço efetivamente realizado antes da aposentadoria desde que demonstrado que o servidor se encontrava impedido de fazê-lo por demora do Órgão emissor da certidão ou inexistência de decisão judicial definitiva, circunstância a ser comprovada no caso concreto.

Hipótese que se assemelha às indicadas é aquela em que, embora o servidor tenha providenciado, em atividade, a averbação do tempo de contribuição devidamente certificado pelo INSS, somente após a aposentadoria logrou obter a retificação desse tempo pelo Instituto, a fim de incluir um novo período não abrangido na certidão anterior.

Nesse caso, é evidente que a certidão anterior do INSS não expressava a exata situação do interessado, ou seja, não certificou todo o tempo de contribuição cumprido anteriormente ao seu ingresso no serviço público.

Essa situação é análoga àquela em que, não obstante requerida a certidão, o órgão gestor do RGPS demora a expedir-la, pelo que o servidor não necessita ficar aguardando para poder se aposentar, sendo que, em atividade, intentou todas as providências a seu cargo para obter a certidão de tempo de contribuição.

Vale dizer: a demora na expedição da CTC não se deu por inércia do servidor, uma vez que não foi ele quem deu causa pela emissão tardia do referido documento.

Por certo, não se pode imputar ao servidor a lentidão, os erros, as omissões e os equívocos do órgão emissor da CTC e prejudicá-lo não aceitando a nova certidão, que só tem o condão de retificar a outra.

Ademais, a Administração detém o poder-dever de rever seus atos sempre que eles se revelarem ilegais ou impróprios, anulando-os parcial ou integralmente, consoante Súmula n. 473 do STF.¹⁹

Se o ato de averbação de tempo, que constitui declaração de um direito preexistente, apresentar-se indevido por não refletir o direito em sua integralidade, merece ser retificado.

É certo que a retificação pretendida, depois de autorizada, deverá ensejar a apostila do título de aposentadoria para a fixação dos novos valores de proventos, cabendo lembrar que antes de iniciar-se o seu pagamento, se a aposentadoria já tiver sido aprovada pelo Tribunal de Contas, o processo administrativo respectivo deverá ser-lhe encaminhado

¹⁹ Súmula n. 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

para a devida ciência e aprovação, nos termos do que determina a Súmula n. 6 do STF.²⁰

Com relação à revisão do ato de concessão dos benefícios previdenciários, no RGPS, a Lei n. 8.213/91 prevê, nos arts. 103 e 103-A, essa possibilidade, a pedido do interessado ou de ofício, estipulando, para tanto, os prazos decadenciais e prescricionais relativos à matéria.

É bem de se ver que, se as leis federativas dos entes foram omissas quanto a esses prazos, é possível pautarem seus atos revisionais por esses prazos, dada a disposição contida no § 12, art. 40, da Constituição Federal, segundo a qual os RPPS podem adotar, no que couber, os critérios e condições do RGPS.

Desaverbação do Tempo de Contribuição e as Regras das Instruções Normativas do Instituto Nacional do Seguro Social

Preliminarmente à abordagem do tema, faz-se necessário deixar assentado que a desaverbação realizada pelo regime no qual o servidor se encontra filiado pode ter por objeto tanto o tempo de contribuição relativo a outro regime, próprio ou geral, já por ele averbado, quanto o tempo de contribuição para ele vertido.

A desaverbação tem finalidade idêntica à da averbação, que é a de fundamentar um benefício previdenciário com outro regime.

A hipótese de desaverbação de todo o tempo de contribuição ao regime do qual o interessado já está desligado não oferece maiores indagações, pois, como dito anteriormente, o tempo de serviço ou de contribuição constituem direito disponível e que integra o patrimônio do servidor.

Ainda que a desaverbação decorra de renúncia de proventos de aposentadoria (desaposentação), os entes federativos não têm oposto óbices aos pedidos da espécie, diferentemente do que ocorre no âmbito do

²⁰ Súmula n. 6: “A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele tribunal, ressalvada a competência revisora do judiciário”.

regime geral, para o qual há expressa proibição, consubstanciada no art. 181-B do Decreto n. 3.048/99.²¹

A aplicação desse dispositivo, entretanto, não tem sido acolhida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Contas da União ou dos Tribunais Regionais Federais, que sufragaram teses em sentido absolutamente contrário, reconhecendo a possibilidade de desaposentação com a certificação do tempo de contribuição que gerou a aposentadoria renunciada para contagem em outro regime ao qual se vinculou o contribuinte.²²

Com relação à desaverbação de períodos fracionados, de acordo com o entendimento que se assentou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²³ e dos Tribunais Federais Regionais,²⁴ é permitido aos órgãos gestores dos regimes — próprio ou geral — emitir certidão de tempo de serviço para período fracionado, ainda que concomitante, desde que não aproveitado na concessão de benefício previdenciário auferido pelo segurado.

Isso porque, havendo previsão legal de exercício simultâneo de atividades vinculadas ao regime próprio e ao regime geral e não criando a norma previdenciária óbice à percepção de duas aposentadorias nesses regimes distintos, possibilita-se ao segurado levar para o outro regime de previdência o montante de tempo de serviço concomitante não utili-

²¹ Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. (*Incluído pelo Decreto n. 3.265/99.*)

Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste essa intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes do recebimento do primeiro pagamento do benefício, ou de sacar o respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou Programa de Integração Social, ou até trinta dias da data do processamento do benefício, prevalecendo o que ocorrer primeiro. (*Incluído pelo Decreto n. 4.729/03.*)

²² STJ: REsp 310884/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 26/9/2005, p. 433, RDDP v. 32, p. 152; REsp 692628/DF, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 5/9/2005, p. 515. TRF: AR 200204010280671, DJ 4/5/2005, 4ª Região; AC 199801000334796, DJ 13/11/2003, 1ª Região. TCU: Processo 007.474/1994-6; Acórdão 885/2003; Relator Lincoln Magalhães da Rocha; ata 14/2003; sessão 6/5/2003; DOU 14/5/2003.

²³ Resp 687.479/RS, DJ 30/5/2005, p. 410.

²⁴ 4ª Região: AMS 200072000080038/SC, DJ 30/4/2003; EDAC 200071040000052/RS, DJ 23/7/2003.

zado em um sistema e que lhe seja necessário para obtenção do benefício almejado em outro. Tal período, uma vez considerado no outro regime, não será mais contado naquele. O tempo não utilizado, entretanto, valerá para efeitos previdenciários junto à Previdência Social.

O INSS, que reiteradamente negava pedidos nesse sentido, vergou-se a esse entendimento e, em 17 de março de 2007, expediu a Instrução Normativa INSS/PRES n. 15, que, dando nova redação ao art. 61 da Instrução Normativa INSS/PRES n. 11, de 20 de setembro de 2006, estabeleceu:

Art. 61. Considera-se para efeito de carência:

[...]

IV — as contribuições vertidas para o RPPS, certificadas na forma da contagem recíproca, desde que o segurado não tenha utilizado o período naquele regime e que esteja inscrito no RGPS, **ainda que continue filiado ao regime de origem**, observadas as situações a seguir:

[...]

e) para fins de cumprimento do contido no *caput* deste inciso, deverá ser apresentada declaração do ente federativo atestando a não utilização do período naquele regime de previdência. Deverá ser emitido ofício ao órgão após a concessão do benefício, na forma disposta no inciso I do art. 131 do Regulamento da Previdência Social.

O artigo vinha assim redigido:

Art. 61. Considera-se para efeito de carência:

[...]

IV — as contribuições vertidas para o RPPS, certificado na forma da contagem recíproca, desde que o segurado não continue filiado ao regime de origem, que não tenha utilizado o período naquele regime e que esteja inscrito no RGPS, observadas as seguintes situações:

a) permanece o entendimento de que, no período de 15 de julho de 1975 a 24 de julho de 1991, nos termos do art. 2º da Lei n. 6.226, publicada em 15 de julho de 1975, era exigida a carência de sessenta contribuições mensais após a filiação ao RGPS, para ser computado o tempo prestado pelo segurado à administração pública federal, sendo considerado somente para as aposentadorias por invalidez, tempo de serviço integral (35 anos para homem, 30 anos para mulher e 25 para ex-combatente) e compulsória;

b) permanece o entendimento de que, no período de 1º de março de 1981, data em que entrou em vigor a Lei n. 6.864, de 1980 a 24 de julho de 1991, aplica-

se o disposto na alínea anterior para o tempo prestado pelo segurado à administração pública estadual e municipal;

c) permanece o entendimento de que, no período de 25 de julho de 1991 a 24 de setembro de 1999, véspera da publicação da MP n. 1.891-8 e reedições posteriores, nos termos da redação dada ao art. 95 da Lei n. 8.213, de 1991, era exigida a carência de 36 (trinta e seis) contribuições mensais, após a filiação ao RGPS, para que fosse computado o tempo de serviço prestado pelo segurado à administração pública federal, estadual, distrital e municipal, para fins de obtenção de quaisquer dos benefícios do RGPS;

d) a partir de 25 de setembro de 1999, data da publicação da MP referida na alínea anterior, com a revogação do art. 95 da Lei n. 8.213, de 1991, não será exigida a carência conforme disposto no inciso I deste artigo, mas deverá o segurado estar inscrito no RGPS, para que se possa considerar, para todos os fins, o tempo prestado na administração pública.

§ 1º Somente será exigido o cumprimento de 1/3 da carência após o ingresso no RGPS, se houver transcorrido, entre a data de afastamento do regime próprio e o ingresso no RGPS, intervalo superior a doze meses quando o tempo de contribuição no RPPS for de até 120 (cento e vinte) meses ou intervalo superior a 24 (vinte e quatro) meses quando o tempo de contribuição no RPPS for superior a 120 (cento e vinte) meses de contribuição, não se aplicando às aposentadorias, considerando a Lei n. 10.666/2003.

§ 2º A partir de 16 de dezembro de 1998, vigência da Emenda Constitucional n. 20, são irregulares as contribuições vertidas por segurado facultativo para o RPPS; tais contribuições não podem ser consideradas para qualquer efeito no RGPS.

§ 3º Deverá ser observada a legislação vigente na data em que o segurado implementou as condições para a concessão do benefício, a fim de verificar as situações previstas neste artigo.

A expedição da Instrução Normativa n. 2, de 10 de outubro de 2007 (DOU de 11/10/2007), que revogou as instruções ns. 11, 15 e 17, não alterou o dispositivo, permanecendo a redação anterior.

Como se vê, o dispositivo em foco impõe duas exigências: estar o interessado filiado ao RGPS e não ter utilizado o período no RPPS.

O atendimento à primeira condição só se materializa na situação específica do § 1º do art. 13 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e do § 1º do art. 12 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, quando o servidor exerce, concomitantemente, atividade submetida ao RGPS, já que, nos termos do *caput* desses dispositivos, o servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos

Municípios, as autarquias ou fundações, são excluídos do RGPS quando amparados pelo RPPS.

Esses dispositivos estão em consonância com a norma constitucional, segundo a qual “é vedada a filiação ao regime geral de previdência social na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência” (art. 201, § 5º, CF).

No que tange ao atendimento à segunda condição — não ter utilizado o período no RPPS —, que claramente pressupõe estar o servidor aposentado, deflui ele do próprio sistema normativo, segundo o qual é vedada a contagem, por um sistema, do tempo de serviço utilizado para a concessão de aposentadoria pelo outro (art. 96, III, Lei n. 8.213/91).

Nesse panorama, os regimes próprios não se têm oposto à averbação nesses termos pretendida.

Entretanto, os servidores que possuem o tempo necessário de contribuição para aposentadoria, voluntária em qualquer das regras constitucionais, permanentes ou transitórias, mas que não implementaram os demais requisitos, a exemplo do pertinente ao tempo de efetivo exercício no serviço público, tempo na carreira, no cargo ou idade mínima, na esteira do entendimento que vem sendo propagado, inclusive pelos técnicos da área, no sentido de que a alteração introduzida no dispositivo possibilitaria a contagem de tempo de serviço, inclusive para os que se encontram em atividade, sentiram-se estimulados a desaverbar o tempo de contribuição ao regime próprio para obter, no regime geral, o benefício previdenciário, já que junto a esse regime não são exigidos outros requisitos ou condições.

A nosso ver, a desaverbação do tempo de contribuição e de serviço prestado ao ente ao qual o servidor se encontra vinculado, ou seja, **de tempo que ainda está produzindo efeitos na sua relação jurídico-funcional**, além de não estar em conformidade com o entendimento jurisprudencial em que se originou a alteração do referido art. 61, viola a Constituição Federal em dois aspectos: a autonomia dos entes federativos, por ser matéria administrativa (art. 18, CF), e o processo legislativo, por tratar-se de regime jurídico-funcional de servidor público estabelecido em lei cuja iniciativa é privativa do Chefe do Executivo, como estabelece o art. 61, § 1º, II, c, da Constituição Federal, de observância obrigatória a Estados e Municípios.

Isso porque, nessa acepção, a normatividade proposta para o tempo de contribuição disciplinaria, na verdade, o tempo de serviço público e seus efeitos, matéria de índole eminentemente administrativa.

Com efeito, como se pode conceber a possibilidade de se dissociar, para o servidor em atividade, o tempo de contribuição do tempo de serviço público, uma vez que é ele quem enseja a contribuição? Nesse aspecto, é evidente que o tempo de serviço público é o gênero, e o de contribuição, a espécie.

Tanto é assim que a própria Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, ao dar nova redação ao art. 40, a fim de assegurar o regime próprio de previdência dos servidores públicos, de natureza contributiva, estabeleceu em seu art. 4º que o tempo de serviço cumprido até sua instituição seria considerado tempo de contribuição.

Vale ressaltar que o tempo de serviço público produz efeitos próprios e específicos, como o desenvolvimento do servidor na respectiva carreira, mediante acesso, evolução funcional, progressão ou outras formas, bem como pagamento de vantagens ligadas ao tempo no serviço público (adicionais por tempo de serviço, sexta-parte), abono de permanência etc.

A vingar esse insólito entendimento, quais providências deveriam ser adotadas pela Administração logo após a desaverbação? A revisão da situação funcional do servidor, cuja posição na carreira deveria ser recomposta com o tempo não desaverbado?

Por certo que essa recomposição seria impossível, tendo em vista o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

A par dessas considerações, merece destaque a insólita situação de servidores que obtiverem, junto ao RPPS, a desaverbação de todo o tempo de serviço e de contribuição ao regime próprio, inclusive, com períodos de tempo de contribuição ao RGPS e que requererem a aposentadoria por tempo de contribuição no citado regime geral, permanecendo no serviço público.

Surge então a seguinte indagação: qual o procedimento que deve adotar os Institutos com relação à situação desses servidores, uma vez que as Instruções do INSS nada dispõem — e nem poderiam — sobre o assunto?

A nosso ver, a situação desses servidores é absolutamente irregular, pelos seguintes motivos:

- a) Tratando-se de servidores efetivos, uma vez aposentados, ainda que em outro regime (o geral), cessa a relação jurídico-funcional desses servidores com a Administração Pública. É da natureza do regime estatutário que a **aposentadoria faz cessar a relação mantida entre o servidor e o Poder Público**, constituindo causa de **vacância** do cargo efetivo. É importante salientar que esse regime não guarda nenhuma identidade com o regime e o servidor celetista que, aposentado, pode permanecer no serviço público nos termos das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, já que para o Excelso Pretório a aposentadoria do servidor celetista não extingue o contrato de trabalho, ou seja, a relação de trabalho permanece inalterável (colocar as decisões).
- b) A Constituição Federal, como dito anteriormente, traz dispositivo que veda a contribuição para dois regimes previdenciários obrigatórios pela mesma atividade. Vindo a aposentar-se pelo regime geral e permanecendo no serviço público, contribuindo para o regime próprio, o servidor, com certeza, postulará outra aposentadoria (compulsória, por invalidez, ou por idade), ou ainda, falecendo, deixará pensão aos seus beneficiários. Essa situação não tem conformidade com o sistema constitucional, pois se trata da mesma atividade, gerando dois benefícios de mesma natureza.
- c) Ainda que fosse possível a permanência no RPPS, mesmo assim, não poderia o servidor obter nova aposentadoria ou legar pensão, já que essa situação não tem correspondência com as hipóteses ocorridas no regime geral, em que o trabalhador aposentado que retornar ao serviço, ou mesmo que nele permanecer após aposentadoria, reverterá contribuições ao regime, mas não obterá nova aposentadoria, conforme disposição expressa do § 2º do art. 18 da Lei n. 8213, de 1991,²⁵ e art. 173 do Decreto n. 3048/99. Por certo, sendo benefício distinto dos benefícios concedidos pelo RGPS, a nova aposentadoria constituiria flagrante violação do art. 5º da Lei n. 9.17/98.

²⁵ § 2 O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social — RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

- d) Por último, vale a pena apontar que a concessão de duas aposentadorias em razão da mesma atividade gerará ônus para o regime próprio, que terá de arcar com a compensação previdenciária da aposentadoria concedida ao RGPS e com os proventos da segunda aposentação, essa no RPPS. Certamente esse fato impactará sobremaneira os recursos previdenciários dos RPPS, que sequer efetuaram previsão dessas situações, o que, obviamente, viola o princípio do equilíbrio financeiro-atuarial do regime.

Enfim, muitas outras indagações poderiam ser formuladas para demonstrar a irrazoabilidade da exegese que se pretende conferir ao tema. Basta, para encerrar, dizer se seria cabível a devolução, pelo servidor, dos valores recebidos na situação anterior à desaverbação.

Não se desprezam, entretanto, situações especiais, em que é possível a aplicação do dispositivo, como a do servidor que já tenha averbado tempo de contribuição anterior vertido ao RGPS e que não esteja produzindo nenhum efeito em sua relação jurídico-funcional no ente federativo, ou daquele que se desliga do serviço público.

Em suma, sob qualquer ângulo que se examine o art. 61 da Instrução Normativa n. 11/06, na redação conferida pela IN n. 15/07, conclui-se que sua aplicabilidade é restrita, não se admitindo o alargamento que a mídia tem propagado.

ARTIGO 7

ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO CIVIL APLICÁVEIS AOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL — RPPS

Elma Lyra de Barros Carvalho¹

Considerações Preliminares

A possibilidade da instituição de contribuição para custeio, em benefício dos próprios servidores e dos sistemas de previdência e assistência social, apareceu inicialmente no art. 149, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

O regime de previdência dos servidores públicos após esse permissivo constitucional tornou-se mais consolidado no Brasil. As Emendas Constitucionais que foram surgindo aprimoraram o regime jurídico da previdência do servidor nos últimos dez anos. A primeira grande reforma evidentemente causou mudanças significativas e passou a ser conhecida como Reforma da Previdência. Estamos nos referindo à EC n. 20/98, a qual, quando implementada, foi seguida de outras duas emendas bastante significativas, como é do conhecimento de todos que lidam com a Previdência Social.

¹ Advogada, formada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco — UNICAP e mestra em Direito Tributário pela Universidade Federal do Estado de Pernambuco. Especialista em Processo Civil pela mesma instituição, possui uma segunda especialização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários — IBET de Pernambuco, onde permanece como professora seminarista. Ocupou cargos públicos e na iniciativa privada e atualmente ocupa o cargo de Diretora de Apoio Jurídico Previdenciário da Fundação de Aposentadorias e Pensões dos Servidores do Estado de Pernambuco — FUNAPE.

Todos esses eventos na área do Direito Público, especificamente na do Direito Previdenciário, evidentemente impactaram os direitos subjetivos dos servidores públicos e, talvez em decorrência disso, acabamos percebendo que os estudiosos do Direito Previdenciário dos regimes próprios se ressentem de certa carência de material específico sobre o assunto, ainda relativamente novo tanto para a doutrina nacional quanto para a jurisprudência. São inúmeros os processos aguardando pronunciamento judicial no que se refere a questões de mérito por parte dos nossos tribunais.

Para termos uma melhor compreensão sobre o problema dos direitos previdenciários dos servidores públicos, a matéria deve ser analisada e interpretada de modo sistêmico e dentro do contexto geral do direito positivo brasileiro.

O estudioso reconhece que o Direito é um só, todavia, apesar de sua unicidade, possui dois grandes ramos exploráveis no cotidiano: o Direito Público e o Direito Privado.

O Direito Previdenciário está inserido entre os da primeira espécie (ou ramo), ao lado do Direito Constitucional, Administrativo e Tributário.

Porém, o Direito Civil é o grande representante da área que regula as relações privadas presentes nas relações intersubjetivas de uma sociedade organizada e, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 evidencia que um dos objetivos fundamentais da República Federativa é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esse escopo só poderá ser atingido se os direitos sociais estiverem presentes nessa sociedade democrática em que os direitos intersubjetivos são efetivamente respeitados e cumpridos por todos que participam de uma política social justa e eficiente, que cuide do bem-estar da sua população e encontre soluções para as carências individuais, familiares e comunitárias.

Como consequência dessa reflexão, naturalmente sobressai a importância de abordarmos alguns aspectos de um dos ramos do Direito que repercute em outro, a fim de colaborar na identificação da já mencionada unicidade do Direito.

Esse é o nosso desafio aqui: estudar e analisar matérias específicas desses distintos ramos de um mesmo tronco que é o Direito, a fim de tentar viabilizar, num segundo momento, a aplicação de conceitos e critérios do Direito Civil na condução das lides diárias de atuação do Direito Previdenciário.

O Direito Civil é lastro seguro e relevante nas relações pertinentes à Previdência Social. Esta, por sua vez, deve ser compreendida como Direito Público subjetivo de cada cidadão, especialmente do nosso servidor público, direito esse que se concretizará no mundo fenomênico através da efetividade dos direitos humanos.

Ao longo deste artigo trataremos com carinho alguns institutos civis que elegemos como realmente importantes para o estudioso e o aplicador do Direito Previdenciário.

É evidente que não esgotaremos a matéria neste espaço e momento, mas tentaremos abordar pontos instigantes que envolvem diversos interesses conflitantes (ou não) e que surgem em decorrência da vontade de extirpação das necessidades sociais — mais especificamente, a proteção de eventos decorrentes de possíveis riscos por que passa o ser humano.

Os Regimes Próprios de Previdência Social e a Proteção das Pessoas Naturais

Em um Estado Democrático de Direito como o é felizmente o Brasil, a proteção social deve ser sua característica primordial — é o que se depreende dos preceitos constitucionais. Desse modo, podemos afirmar categoricamente que a proteção constitucional volta-se para toda a sociedade brasileira, uma vez que, via de regra, todas as pessoas são capazes de direitos e deveres na ordem civil, o que significa que possuem personalidades distintas e, em decorrência disso, aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações dentro de sua capacidade de gozo ou de direito.

De forma geral, todos os cidadãos e, mais especificamente, os servidores públicos, podem exercer por si atos da vida civil, distinguindo o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial, e esse direito não pode ser negado ao indivíduo.

Ocorre no entanto que, por algumas razões especialíssimas, o indivíduo pode sofrer uma redução nesse atributo de personalidade, que é a sua capacidade civil, e, como consequência, tê-la legalmente limitada.

Tal limitação decorrerá, por exemplo, no caso da restrição quanto ao tempo de vida, se estivermos tratando da maioridade civil; ou ainda, por qualquer razão, se houver necessidade de uma possível restrição decorrente de deficiência mental passageira.

O Código Civil regula as relações de Direito Privado e permite, através da normatização das regras sociais e individuais, a possibilidade de uma convivência harmônica. Na verdade, o legislador infraconstitucional não se descuidou dos direitos subjetivos dos cidadãos, e com o escopo de disciplinar as possíveis exceções à regra geral da capacidade civil, fez surgir dois institutos que repercutem diretamente nos regimes de Previdência Social: a **tutela**,² para aquelas pessoas incapazes em razão da idade, e a **curatela**,³ para os incapazes por outros motivos.

Segundo nossa lei civil, podem ser tutelados os filhos menores em decorrência do falecimento ou ausência dos pais, bem como no caso de estes decaírem ou perderem o pátrio poder.

Esse tutor⁴ poderá vir a ser nomeado pelos pais em conjunto, através de testamento ou de outro documento autêntico. Caso não existam pais do menor incapaz, a tutela caberá aos parentes, sendo que os ascendentes possuem preferência, seguidos dos parentes de grau mais próximo, bem como dos parentes colaterais até 3º grau. Na falta de parentes, caberá ao Poder Judiciário a escolha do tutor.

Cessarà a tutela com a maioridade ou a emancipação⁵ do menor, bem como no caso de este passar a ser adotado ou reconhecido por outrem. No caso da adoção e do reconhecimento, a tutela ocorrerá porque caiu o poder familiar que havia sobre aquele incapaz.

² “Durante a menoridade, precisa o homem, ou a mulher, de quem os proteja, defenda e administre os bens. O protetor natural é o pai, ou a mãe, ou, ainda, por assimilação, o pai adotivo; na falta desses, confere-se o encargo a algum dos parentes, ou a estranho, a que se chama tutor” (Pontes de Miranda apud Milhomens e Alves, 1995, p. 202).

³ Pontes de Miranda, lembrado por Jônatas Milhomens, define curatela como “o encargo conferido por lei a alguém para reger a pessoa e os bens, ou somente os bens, de pessoas menores, ou maiores, que por si não o podem fazer, ou por ainda não terem nascido” (Milhomens e Alves, 1995, p. 103).

⁴ Dispõe o Código Tributário Nacional — CTN no art. 174: “Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que foram responsáveis:

[...]

II — os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados”.

⁵ Emancipar deve ser compreendido como ato ou efeito de liberar o menor do laço do pátrio poder. Está estritamente relacionado aos institutos do pátrio poder e da tutela. A idade base para sua concessão é 18 anos, idade em que há a presunção de que o menor está maduro para reger sua pessoa e administrar seus bens.

Existem duas espécies de tutela: a **tutela absoluta**, para os casos dos menores de 16 anos, quando então haverá proibição total ao exercício do direito. Assim, se o incapaz pratica um ato civil, este será nulo de pleno direito, mas isso não quer dizer que os absolutamente incapazes não possuam direitos; ao contrário, eles apenas não podem exercê-los direta ou pessoalmente, sendo por isso sempre representados por outra pessoa capaz; a **tutela relativa**, nos casos em que o incapaz, com idade entre 16 e 18 anos, pode praticar atos da vida civil, desde que assistidos por quem de direito, que seriam os pais ou tutores. É necessário ressaltar que, caso esses relativamente incapazes venham a praticar atos civis sem a devida assistência, tais atos terão como consequência o fato de serem anuláveis, e não nulos. E esses mesmos atos, apesar de serem anuláveis, podem ser posteriormente ratificados ou confirmados. Afora essa característica especial, existem outras espécies de atos da vida civil do relativamente incapaz que poderão ser praticados por ele sem qualquer autorização, como: aceitar mandato, fazer testamento e ser testemunha em atos jurídicos.

O instituto da curatela, por sua vez, decorrerá não da falta de idade, mas da interdição, que é medida judicial promovida por pais, tutores, cônjuge ou qualquer outro parente, bem como pelo Ministério Público.

Sendo a interdição promovida pelos parentes, a regra é que sempre os mais próximos preferem ou afastam os mais remotos. Se não houver nenhum destes, o juiz os designará.⁶

Do que foi exposto até aqui, podemos concluir que os menores incapazes ou juridicamente incapazes são protegidos pela lei civil através de um sistema legal que se desdobra em três vias de enorme interesse e grande relevância para a Previdência Social. São elas: pátrio poder, tutela e curatela.

Vale destacar que a diferença entre tutela e curatela está num processo de interdição que precisa ser proposto pela parte legalmente competente, pois é através dessa ação judicial que o Estado permite, após os trâmites legais, que alguém seja colocado sob curatela de outrem, uma vez que a regra, como já dito anteriormente, é que todas as pessoas naturais são capazes.

⁶ A Lei Complementar n. 104/07, de Pernambuco, em seu art. 56, § 3º, determina: “O pagamento de benefício devido ao segurado ou pensionista civilmente incapaz será feito ao seu representante legal, guardião, tutor ou curador na forma da lei civil”.

O Domicílio, a Residência Civil e os RPPS

Paralelamente à capacidade das pessoas, decidimos abordar outro tema também de interesse da Previdência Social: o aspecto espacial de localização das pessoas naturais, ou seja, a compreensão do que vem a ser domicílio e residência. Partimos do pressuposto de que essa matéria interessa muito o efetivo exercício do direito subjetivo sob regime próprio de previdência, conforme tentaremos demonstrar em seguida.

Devemos entender especialmente como domicílio o local onde o servidor ou seus pensionistas se presumem presentes para os efeitos de direito.

Para melhor expormos essa análise, temos que observar dois elementos importantes: **o elemento objetivo do domicílio**, representado pela fixação da pessoa num local ou lugar específico; **o elemento subjetivo do domicílio**, que é representado pela intenção demonstrada por aquela pessoa em ali permanecer com ânimo definitivo, isto é, será a fixação espacial da pessoa ao espaço físico de modo permanente, e não passageiro.

No entanto, teremos a compreensão do significado de residência como o lugar em que a pessoa habita e que, por conta disso, denota a intenção de permanecer ali, naquele local, mesmo que precise se ausentar eventualmente. Vale realçar, porém, que a relação da pessoa com o local será de fato, não se exigindo, neste caso, a necessária demonstração de ânimo do residente de ali ficar ou permanecer por longo tempo.

É comum, no atendimento presencial realizado pelos institutos de previdência, haver ocasiões em que não fique claro para o atendente, ou comprovado no processo administrativo, o domicílio ou residência do requerente, dos servidores ou de seus dependentes, a fim de que tenham o pleno exercício desse direito subjetivo de pleitear seus benefícios sociais. Isso significa que sempre, nesse momento de dúvida quanto ao domicílio ou residência, o critério espacial precisa ser comprovado documentalmente para que, por fim, se obtenha o sucesso pretendido.

Em decorrência da percepção das dificuldades, tentaremos destacar algumas possíveis soluções, as quais decorrem das determinações da legislação civil: se alguém tiver várias residências, o domicílio será qualquer uma delas; se o critério escolhido for quanto ao exercício da profissão, será tido como domicílio qualquer lugar onde a profissão é exercida. Destaque-se que, no caso do servidor público, este estará vinculado ao

ente político a que estiver prestando serviço público; existem aqueles indivíduos que não possuem residência habitual e, portanto, seu domicílio será o lugar onde for encontrado; finalmente, trata a lei civil do denominado domicílio necessário, como será o caso daquelas pessoas legalmente nominadas, a exemplo do incapaz, cujo domicílio será o mesmo do seu representante ou assistente; do servidor público, cujo domicílio é aquele onde exerce suas funções; do militar, cujo domicílio é o local onde está servindo; do preso, que terá por domicílio o local onde cumpre a pena.

A Importância do Direito de Família no Âmbito dos RPPS

Como antes afirmado, a CF/88 e a EC 20/98 foram os diplomas legais que realmente asseguraram a criação e o desenvolvimento, pelos entes políticos da federação, de um regime próprio de previdência.⁷

O RPPS passaria a ser instituído pelo e para os servidores públicos de cada ente da federação, os quais, mediante a nova cultura do regime contributivo, aliado ao equilíbrio financeiro e atuarial, garantisse a esses servidores a cobertura econômica necessária (um seguro social) para os casos de ocorrência de certos eventos da vida da pessoa natural, como é o caso da velhice, da doença ou da morte.

Porém, deflagrada a reforma previdenciária, permaneceu garantido aos servidores públicos detentores de cargos em comissão, ou seja, aqueles não efetivos que migraram para o RPPS, a proteção previdenciária concedida pelo Regime Geral de Previdência Social ou RGPS.⁸

Naquele mesmo ano foi editada a Lei Federal n. 9.717/98, a qual estabeleceu que os regimes próprios de previdência não poderiam con-

⁷ São beneficiários dos regimes próprios de previdência os servidores públicos titulares de cargos efetivos, inclusive os policiais civis e militares, os magistrados, os ministros e os conselheiros dos Tribunais de Contas, bem como os membros do Ministério Público e de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, além dos inativos (servidores aposentados) e de seus dependentes (pessoas que possuem vínculo jurídico e/ou econômico com o servidor).

⁸ Regime previdenciário é o conjunto de normas e princípios harmônicos que informam e regem a disciplina previdenciária de determinado grupo de pessoas (BRIGUET, 2007, p. 13).

ceder benefícios diferentes dos que estavam previstos no RGPS, que, por sua vez, é disciplinado pela Lei Federal n. 8.213/91.

Em decorrência dessas legislações federais que previam normas gerais, os Estados e Municípios tiveram que adaptar suas legislações visando à regulamentação das aposentadorias e pensões a ser concedidas.

Será sobre esse campo, por último citado, que iremos analisar alguns aspectos relevantes do benefício de pensão que encontramos na seara do Direito Civil de que o direito positivo, representado pela sua doutrina e jurisprudência, denomina direito de família.

A palavra família, derivada do latim *famel*, significa escravo, ou doméstico.

Historicamente, família tem sido confundida com **sociedade conjugal**, que é a que se constitui através do **casamento**.

Observada sobre esse prisma, tal instituto se restringe aos **cônjuges** e a seus filhos. Esclarecendo: família, em sentido restrito, seria um grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, ligadas a um interesse comum, de fins morais e materiais determinados. Haveria entre esse grupo uma unidade nas relações jurídicas, principalmente as pertinentes ao nome, economia, domicílio e nacionalidade.

Em sentido amplo, família pode ser entendida como o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, ou seja, todas aquelas pessoas naturais que descendem de um tronco ancestral comum. Dizendo de outra maneira: no conceito amplo de família estariam incluídos não só os cônjuges e seus filhos, mas também avós, sogros, tios etc.; ingressariam também nesse conceito as pessoas a quem se presta alimentos direta ou indiretamente. Deparamos-nos com outra característica importante no conceito de família: a dependência econômica entre seus membros.

Na esfera do Direito Constitucional encontraremos a expressão: **entidade familiar**, a qual é considerada a célula fundamental da sociedade brasileira.

Na realidade, o constituinte originário preocupou-se em disciplinar cuidadosamente esse instituto civil e praticamente subtraiu do legislador infraconstitucional a autonomia plena de dispor sobre o instituto, uma vez que além de regular o efeito civil do casamento, firma princípios básicos a ele aplicáveis, como o da igualdade no exercício de direitos e

deveres entre os cônjuges, o princípio da assistência à família por parte do Estado, além de tratar do planejamento familiar e permitir a sua dissolução através do divórcio, desde que respeitados certos requisitos previamente estabelecidos.

Podemos concluir que os dispositivos constitucionais voltam-se tanto para a esfera pública quanto para a esfera privada da vida da sociedade, o que significa que o direito de família, como as demais áreas do direito positivo, precisa estar em harmonia com as normas constitucionais.⁹

Sociedade conjugal, com característica de **legitimidade**, seria o resultado da reunião de pessoas ligadas pelo vínculo de **consangüinidade**, de **afinidade** ou de **parentesco**, nos termos da lei (SILVA, 2007, p. 597).

Efetuando-se a interpretação sistemática do nosso direito positivo ou, se entrelaçarmos os vários dispositivos constitucionais, será possível encontrar o real sentido de cada um deles, e assim poderemos concluir que o constituinte optou por manter na esfera privada, no campo da autonomia da vontade, o efeito civil que será necessário ocorrer com a união estável.¹⁰

Está evidenciado que a Constituição distinguiu o casamento civil, o casamento religioso e a união estável, como poderemos observar: o

⁹ Dispõe a Constituição Federal no seu art. 226 que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹⁰ Vale destacar trecho de um aresto proferido por unanimidade no TJRJ nos seguintes termos: “Onde quer que se encontre regra jurídica editada para conferir benefício, vantagem, preferência à ‘família’, todo conjunto ou grupo com as características do § 3º, ou do § 4º do art. 226, fará jus ao benefício, à vantagem, à preferência. Nisso se esgota o alcance das regras constitucionais. A norma do § 3º de maneira alguma atribui ao homem ou à mulher, em união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou à de mulher casada. A admitir-se tal equiparação, teria desaparecido por completo a diferença entre a ‘união estável’ não formalizada e o vínculo matrimonial. Isso, porém, é insustentável à luz do próprio texto: se as duas figuras estivessem igualadas, não faria sentido estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da ‘união estável’ em casamento. Não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais; se já são iguais, é desnecessária — e inconcebível — a conversão (TJRJ-Ac. Unân. da 5ª Câmara Cív. de 6/8/1991, Ap. 1.123/91.1, Rel. Des. Barbosa Moreira).

efeito civil previsto no § 2º do art. 226 da CF é atributo da sociedade conjugal. Por sua vez, sociedade conjugal é o negócio jurídico que se produz através do casamento resultante do seu registro, a ser realizado no cartório competente. Apenas uma ressalva: o registro poderá ser celebrado no religioso com efeito civil ou decorrente da conversão da união estável.

O casamento é assim, um contrato solene que constitui a **sociedade conjugal** entre o homem e a mulher. Estabelece direitos e obrigações recíprocas, seja em relação ao próprio casal, seja em relação aos filhos que são gerados dessa união.

A proteção estatal à família não tem limite quanto à sua origem e abrange tanto a que surge com o casamento civil quanto a que decorre do casamento apenas religioso ou do estabelecimento da união estável, além da denominada família monoparental, ou seja, comunidade formada apenas por um genitor(a) e seu filho(a), prevista no § 4º do art. 226 da CF/88.

O rol de beneficiários previdenciários pretende ser taxativo, todavia, a jurisprudência o tem flexibilizado quando há possibilidade de confronto entre o rol e os valores ou princípios constitucionais, desse modo, existem situações especiais que estão protegidas pelos nossos tribunais, principalmente quando tratam de beneficiários de pensões cuja pretensão à pensão previdenciária decorre de fatos não legalmente previstos no rol, como o direito à pensão que decorra da existência da união estável, da separação de fato do casal, da união homoafetiva, do menor, entre tantos outros.

Tentaremos abordar esses casos especiais dentro da visão civilista e diante do sistema previdenciário e de suas regras legais.

A regra geral quanto aos beneficiários das pensões previdenciárias possui a seguinte sequência: o cônjuge, companheiro(a), filho de qualquer condição, desde que não emancipado, menor de 21 anos ou inválido, e pais, tutelado, enteado e irmãos.

Em Pernambuco foi editada a Lei Complementar n. 28/00 com as últimas alterações trazidas pela LC 104/07, que disciplina a matéria no âmbito do regime próprio de previdência dos servidores do Estado.¹¹

O Casamento e a União Estável na Concessão de Benefícios Previdenciários

Iniciaremos nossa análise tratando da posse do estado de casados que pode ser entendida como a situação de fato que demonstre o convívio público, notório e estável de duas pessoas como marido e mulher, servindo de prova indireta e excepcional do casamento.

A CF/88, em seu art. 226, reconhece a união estável como entidade familiar, portanto, ela também possui a proteção do Estado, mesmo que não exista ainda um conceito legislativo sobre o que deve ser entendido como tal, uma vez que o Código Civil, ao disciplinar a matéria no seu art. 1.728, não esclarece ou define o que vem a ser união estável, ficando essa tarefa para a doutrina.¹²

As leis federais ns. 8.971/94 e 9.728/96 equiparam o instituto da união estável ao instituto do casamento em alguns aspectos e sob certas condições, como o caso de tempo ou de prazo de convivência em conjunto e alimentos.

Nossos tribunais já se manifestaram sobre a matéria e temos a Súmula n. 382 do STF, a qual dispõe que não é necessário, para que se configure

¹¹ Neste diploma legal estão previstos como dependentes do segurado: “(a) o cônjuge ou companheiro na constância, respectivamente, do casamento ou da união estável; (ii) os filhos, desde que: a) menores de 21 anos, solteiros, não emancipados e que não exerçam atividade remunerada; (b) de qualquer idade: o forem definitivamente ou estiverem temporariamente inválidos, tendo a invalidez se caracterizado antes do falecimento do segurado e havendo a invalidez sido determinada por eventos ocorridos antes de ter o inválido atingido o limite de idade referido na alínea anterior, atendidas as demais condições estabelecidas naquela alínea. 1. Equiparar-se-ão aos filhos [...] 1.1. os enteados do segurado que estiverem com ele residindo sob a dependência econômica e sustento alimentar deste, não sendo credores de alimentos [...] 1.2. os menores de 18 anos que, por determinação judicial, estiverem sob tutela do segurado e sob a dependência e sustento deste [...]” (LC-PE 104/07).

¹² Euclides de Oliveira nos oferece o seguinte conceito: “considera-se união estável a entidade familiar configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. E, tratando-se de concubinato, afirma que este se restringe “às relações não eventuais entre homem e mulher impedidos de casar” (apud BRIGUET; VICTORINO; HORVATH JÚNIOR, 2007, p. 214).

união estável, que os companheiros morem no mesmo local ou tenham família. Assim, o fato de habitarem em locais distintos não excluirá a caracterização dessa união estável.

O Decreto-Federal n. 3.048/99, que regulamenta o RGPS, determina o seguinte: “considera-se companheira(o) a pessoa que mantenha união estável com o segurado(a)”, e, em seguida, define essa união como a “verificada entre o homem e a mulher como entidade familiar; quando forem solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, ou tenham prole em comum, enquanto não se separarem”.

No caso da comprovação da união estável, a legislação local pode estabelecer quais os meios de provas devem ser exigidos, uma vez que os elementos comprobatórios dessa união devem denotar que ela deva ser pública, contínua e duradoura. Essas características serão fundamentais para a concessão de benefícios previdenciários.

Vale lembrar que outro elemento relevante a ser também comprovado é o da existência da dependência econômica entre os dependentes, como enteado, tutelado, pais e irmãos: precisa ficar claro que um deles vive às expensas do outro, ou seja, do segurado, servidor público. A dependência pode ser presumida, por bastar ficar evidenciada a relação jurídica que une o servidor(a) ao beneficiário(a), como também pode ser comprovada através de todo tipo de prova em Direito admitida.

Situação oposta ocorre com o matrimônio. Esse instituto é exaustivamente conceituado tanto pela doutrina como pela legislação nacional, portanto, é dispensável aqui sua reprodução. Para que o compreendamos, basta apresentarmos os princípios a ele aplicáveis que teremos o seu entendimento. Tais princípios podem ser assim enunciados: i) o princípio da comunhão indivisa, por valorizar o aspecto moral da união entre as pessoas; ii) o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, que decorre do fato de as decisões serem tomadas de comum acordo entre o casal, em razão da paridade de direitos e deveres relativos à sociedade conjugal; iii) o princípio da idade núbil ou nupcial, uma vez que a puberdade é condição de aptidão física para o casamento.

A regra geral será a de que a pessoa natural seja capaz civilmente, portanto, capaz para o casamento: exige-se que os nubentes tenham a idade mínima de 18 anos, o que os caracteriza como indivíduos de maioridade. Excepcionalmente, porém, a lei permite para a realização do ca-

samento a idade mínima de 16 anos, desde que com prévia autorização dos pais, a qual é exigida até os 18 anos de idade, sob pena de vir a ser anulado, como também poderá haver permissão judicial para casamento para quem ainda não tem idade núbil, ou seja, é menor de 16 anos, a fim de evitar o cumprimento ou imposição de pena criminal em caso de gravidez precoce. Neste caso, exige-se a apresentação do alvará judicial e o consentimento de ambos os contraentes.

A lei civil também estabelece outros **impedimentos** para que seja celebrado o casamento sob pena de nulidade, como ocorre, por exemplo, nos casos arrolados que constituem casamento entre ascendentes e descendentes, considerando-se tanto o parentesco natural quanto o civil; de parentes em linha reta; do adotando com quem foi cônjuge do adotado e do adotado com quem foi cônjuge do adotante; dos irmãos unilaterais ou bilaterais etc. Nestes casos impeditivos, sequer a união estável será constituída.

Estabelece também a mesma lei **causas suspensivas** do casamento, quando então serão anuláveis tais atos, e pelo fato de tratarem de interesses privados, a ação só poderá ser proposta pelo cônjuge prejudicado e, excepcionalmente em certos casos, por interessados, desde que estejam previstos em lei.

Interessante questão a ser abordada neste momento diz respeito ao casal que está separado de fato, ou seja, que não se separa judicialmente nem requer o divórcio, o que não impedirá que haja a concessão da pensão previdenciária, uma vez que a pessoa interessada — neste caso unicamente um dos cônjuges — será obrigada a apresentar documento hábil no prazo que dispõe. O documento comprobatório exigível poderá ser a certidão de casamento sem a averbação do divórcio ou da separação, bem como outro documento idôneo que demonstre que aquele cônjuge recebia pensão alimentícia do outro, ou seja, a existência do real elemento da dependência econômica normalmente exigida pelos institutos de previdência e pela jurisprudência dos nossos tribunais.

Das Relações de Parentesco e os Beneficiários da Previdência Social

Ao estudarmos o conceito amplo de família, afirmamos que nele estariam incluídos outras pessoas além dos cônjuges e seus filhos, e que tam-

bém pertenceriam à família avós, sogros, tios, ou seja, que sempre será necessário haver a presença de relações de parentesco, como previsto no Direito Privado, para depararmos com o conceito de família.

Parentesco para o Direito Civil é entendido como o vínculo existente entre as pessoas que descendem uma das outras, isto é, que possuem o mesmo tronco. Também se estende o conceito anterior quanto ao vínculo que há entre cônjuges ou companheiros e os parentes do outro, bem como com adotante e adotado, que é o denominado parentesco civil ou socioafetivo.

A expressão grupo familiar, muito utilizada nas normas que tratam de Previdência Social, diz respeito ao grupo de pessoas que são relacionadas pelos graus de parentesco contados a partir do candidato e, no caso do RPPS, do servidor efetivo. Assim, teríamos: mãe; madrasta; pai; padrasto; cônjuge; companheiro(a); filho(a); enteado(a).

Regra geral para a concessão do benefício de pensão previdenciária é que poderão ser incluídos na qualidade de parentes certos membros familiares, desde que residam na mesma moradia do chefe do grupo familiar, usufruam da renda bruta mensal familiar, ou seja, é necessário existir dependência econômica no grupo familiar.

As linhas de parentesco devem ser compreendidas de três maneiras: i) o parentesco em linha reta; ii) o parentesco em linha colateral ou transversal; e iii) os parentes afins.

O **parentesco em linha reta** é o que decorre da consangüinidade e, desse modo, a linha reta será representada pelos ascendentes e descendentes da pessoa.

A linha reta do parentesco será contada pelo número de gerações que há entre genitor e gerado, o que significa que tantos serão os graus quantos forem o número de gerações.

Em linhas gerais, poderemos dizer que, se iniciarmos a contagem desejada a partir da pessoa X e, subindo-se até o seu antepassado ou descendo-se com a contagem a partir dela mesma, encontraremos, em 1º lugar, o pai da pessoa X; em 2º, seu avô; em 3º, seu bisavô, ou seja, todos estarão situados na linha ascendente.

De outra parte, na linha descendente contaremos inicialmente o filho da pessoa X, que será o 1º da linhagem descendente e, na sequência, seu

neto, o 2º, bisneto, o 3º, o trineto, o tetraneto, e tal descendência sem qualquer limitação.

Na **linha colateral ou transversal**, os parentes são consangüíneos e provêm do mesmo tronco, porém, com um diferencial importante: não descendem uns dos outros.

Teremos os seguintes desmembramentos: i) de irmãos denominados de **germanos**, posto que nascidos dos mesmos pais; ii) irmãos **unilaterais**, uma vez que ambos são nascidos de um só dos pais. Os irmãos unilaterais podem ser iia) irmãos **uterinos**, que nascem da mesma mãe e pais diversos; iib) irmãos **consangüíneos**, pelo fato de que possuem o mesmo pai mas com mães diferentes. Também serão parentes colaterais os tios, sobrinhos e primos.

A contagem do parentesco será feita por número de gerações, ou seja, sobe-se de um dos parentes até ao ascendente comum para em seguida descer a contagem até encontrar o outro parente. Exemplo: A e seu tio B (sobrinho e tio): conta-se subindo de A até seu pai C, em seguida conta-se ao seu avô D, para só então descer até B. Somando, vai se chegar a 3 graus, pois cada grau correspondente a uma geração. Nesse caso haverá parentesco colateral de 3º grau. Vale ressaltar que há limite até o 4º grau de parentesco, o qual decorre da presunção de que, após esse limite, o afastamento é grande e, em decorrência disso, os parentes não mais servirão de apoio às relações jurídicas (DINIZ, 2004, p. 1173).

Por último, vamos analisar o **vínculo da afinidade**, o qual deve ser entendido como aquele que é estabelecido por determinação legal entre cônjuges ou conviventes com os parentes consangüíneos do outro parceiro(a) em decorrência do casamento ou da união estável.

Essa espécie de parentesco está limitada aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro. Essa modalidade de parentesco permanecerá entre sogro e nora, sogra e genro, padrasto e enteada, com a dissolução do casamento ou união estável, mas desaparecerá entre os cunhados, o que significa que eles poderão se casar após esse fato.¹³

¹³ “Constitucional. Previdenciário. Pensão: extensão ao viúvo. Princípio da igualdade. Necessidade de lei específica. A extensão automática da pensão ao viúvo, em decorrência do falecimento da esposa-segurada, assim considerado aquele como dependente desta, exige lei específica, tendo em vista as disposições constitucionais inscritas no art. 195, *caput*, e seu § 5º, e no art. 201, V, da Constituição Federal” (AI 538.673-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22/5/2007, DJ de 29/6/2007).

A Prescrição e a Decadência

Tema muito discutido na doutrina e jurisprudência pátrias, diz respeito à prescrição e à decadência, institutos civis que por si seriam suficientes num trabalho específico.

Apesar de reconhecermos aqui tal limitação, teremos a pretensão de concluí-lo, cuidando, em linhas gerais, desses institutos numa perspectiva mais civilista, que também se aplica à Previdência Social dentro de suas especificidades.

Nasce a prescrição no mesmo instante em que é violado o direito. Com outras palavras podemos afirmar que nascerá imediatamente para o titular do direito violado a pretensão, a qual poderá ou não ser satisfeita pela outra parte.

A mesma pretensão de quem teve o seu direito violado poderá também ser extinta em virtude da incidência do instituto da **prescrição**, desde que em conformidade com os diversos prazos previstos em lei. Isso quer dizer o seguinte: a prescrição atinge diretamente o direito de ação/pretensão objetiva. Tem como consequência a capacidade de fazer desaparecer o direito/pretensão subjetivo, que poderia ter sido tutelado por uma ação e não o foi, em virtude do decurso temporal previsto em lei.

Apesar de termos afirmado que nasce a pretensão da ação, imediatamente, para o titular do direito violado e que esta pode vir a ser extinta pela prescrição, há casos, principalmente no âmbito do direito de família, em que não haverá essa perda do direito de ação, como exemplificado a seguir: i) não haverá prescrição entre cônjuges ou companheiros, na constância da sociedade conjugal ou da união estável; ii) o mesmo ocorre entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar; iii) bem como entre tutelados ou curatelados e seus tutores e curadores durante a tutela ou a curatela; iv) não ocorrerá contra incapazes, etc., todos estes e outros eventos que estão descritos em lei — não pode ser apenas convencionado entre as partes.

A prescrição poderá ser suspensa nos casos que possuem natureza pessoal, bem como interrompida. No caso em análise, a interrupção só poderá ocorrer uma única vez e por motivos previstos também em lei.

No Direito Previdenciário precisamos destacar algumas situações quanto à prescrição: i) o direito à pensão por morte é imprescritível, é o

denominado fundo de direito; (ii) aplica-se a prescrição quinquenal às prestações exigíveis relativas ao direito de pensão.

Quanto ao instituto da **decadência**, temos que esta deve ser compreendida como a extinção do próprio direito pela falta de seu exercício dentro de um certo lapso de tempo ou de um prazo prefixado em lei ou convencional. Atinge indiretamente a ação do titular da pretensão resistida, ao contrário da prescrição que a atinge diretamente.

Também é regida pelo Código Civil e possui as seguintes características: i) ao contrário da prescrição, ela não é atingida pelas normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição; ii) sendo fixada em lei, não pode ser renunciada; iii) o juiz deve reconhecê-la de ofício, quando prevista em lei; iv) se for convencional, a parte a quem aproveita pode ser argúi-la em qualquer grau de jurisdição e o juiz não pode suprir essa alegação.

Na esfera do Direito Público, vale ressaltar que a Administração Pública pode anular os próprios atos conforme determinam as Súmulas ns. 346 e 473 do STF.¹⁴

A Lei n. 10.839/04 determina no art. 103 que o prazo decadencial é de dez anos de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para revisão do ato de concessão de benefício, e que será de cinco anos o prazo para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições devidas pela Previdência Social, salvo nos casos dos menores, incapazes e ausentes, nos termos do Código Civil.

Conclusão

Apenas para finalizar podemos enumerar alguns pontos aplicáveis diretamente ao servidor público e seus dependentes previdenciários: a) a regra é que o servidor público e seu beneficiário seja uma pessoa capaz para todos os atos da vida civil nos termos do que está previsto na lei civil; b) essa pessoa capaz será nomeada servidor público após atingir a

¹⁴ Súmula 346: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. Súmula 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

maioridade, caso disponha de outros requisitos exigidos constitucionalmente ou pela legislação infraconstitucional, como ocorre diante da obrigatoriedade da prestação de concurso público para ingressar no serviço público, o que requer certos atributos especiais; c) haverá a possibilidade de esse servidor tornar-se efetivo e, portanto, contribuinte do RPPS, só após certo lapso de tempo e demonstrando ter acumulado certas condições ou atributos, que não vêm ao caso especificar aqui; d) os institutos de previdência devem observar os graus de parentesco e suas diferentes linhas para enquadrar o beneficiário previdenciário corretamente; e) a instrução probatória de um processo administrativo para a concessão dos benefícios previdenciários é de fundamental importância não só para a constatação do vínculo funcional, mas também para que questões como o estado civil, o domicílio, o grau de parentesco, a inocorrência da prescrição ou decadência passem a ser inquestionáveis.

Como vimos, é indispensável o conhecimento das informações fornecidas pelo Direito Privado no âmbito do Direito Público, o que vem corroborar a premissa inicial de que o Direito é uno.

Concluimos, assim, esta tarefa, e tentamos, no seu desenvolver, apresentar uma abordagem prática de aspectos que se originam no Direito Privado e que se aplicam a todas as áreas do Direito, especificamente no regime próprio da Previdência Social dos servidores públicos e que tanto evolui em nosso país.

Em vista do crescimento desse setor, sentimos a necessidade de colaborar para preencher o contexto único do nosso direito positivo, sempre tendo como lastro o respeito aos princípios constitucionais e do Direito Previdenciário, dos quais emanam as normas privadas, bem como de todas as demais normas explícitas ou não presentes no sistema do Direito posto.

Referências

BRIGUET, Victorino; HORVATH JUNIOR, Magadar Rosália Costa. *Previdência social: aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios*. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MILHOMENS, Jônatas; ALVES, Magela Geraldo. *Manual prático de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: RT, 2007.

Legislação Federal e Estadual referentes ao RGPS e RPPS.

Supremo Tribunal Federal.

Artigo 8

MENOR SOB GUARDA E O DIREITO À PENSÃO DEIXADA PELO AVÔ

Magadar Rosália Costa Briguet¹

É possível conceder ao menor sob guarda, a pensão deixada por avô, servidor aposentado, considerando que a Lei Municipal estabelece que este equipara-se ao filho menor de 21 anos?

O tema de concessão de pensão a neto é polêmico, tendo em vista as alterações legislativas e a dissidência jurisprudencial criada a respeito.

Mas vejamos, primeiramente, como a matéria tem sido disciplinada pelo legislador federal, em especial na lei que rege o RGPS.

A Lei Federal nº 8.213, de 1991, ao indicar no art. 16 os dependentes do segurado do regime geral, estabelecia, originariamente, no seu § 2º que:

§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o **menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda**; e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.

Esse dispositivo vigorou até a edição da Lei nº. 9.528, em 10 de dezembro de 1997, quando passou a ter a seguinte redação:

§ 2º O enteado e o **menor tutelado** equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.(g.n.)

¹ Procuradora da Prefeitura do Município de São Paulo (aposentada). Assessora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

Vê-se, assim, que a lei com relação ao menor passou a exigir o preenchimento de duas condições: tutela e prova de dependência econômica.

No que tange à jurisprudência formada a respeito do assunto, não havia consenso entre os Juizados Especiais Federais, que ora concediam a pensão ao menor sob guarda — fundados no comando contido no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente —, ora não concediam, observando a nova determinação legislativa.

Finalmente, o tema foi apreciado pela TNU (Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais) que decidiu que: *Menor sob guarda judicial, nos moldes do artigo 16, § 2º da Lei nº 8.213/91, não tem direito a perceber pensão por morte. Afastada a aplicação do artigo 33, parágrafo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente por ser norma de cunho genérico, cuja incidência é afastada pelas leis específicas.*

Recentemente, em incidente de uniformização movido pelo INSS contra a decisão da Segunda Turma Recursal do Paraná, que concedera a pensão por morte para menor sob guarda, sob a alegação de que a decisão contrariava entendimentos do STJ, da Segunda Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e da própria TNU, o Ministro relator Gilson Dipp, na esteira do entendimento da TNU, devolveu o incidente à Turma Recursal do Paraná para a devida adequação. (Processo nº 2006.70.95.005711-7/PR).

A matéria, portanto, resta pacificada no âmbito do RGPS.

Sendo assim, tendo em conta o § 12 do art. 40 da CF, bem assim o art. 5º da Lei nº 9.717, de 1998, que veda aos RPPS conceder benefícios previdenciários diversos dos estabelecidos pelo RGPS, inclusive no tocante aos beneficiários, não há como cogitar que a Lei Municipal possa dispor em desacordo com a Lei Federal, autorizando a concessão a beneficiário — menor sob guarda — não previsto na Lei Federal.

Conclusão

O Instituto pode indeferir o pedido formulado pelo menor sob guarda, por violar o art. 5º da Lei nº 9.717, de 1998, e promover a adequação de sua legislação às regras vigentes para o regime geral.

Artigo 9

A PERÍCIA MÉDICA NO CONTEXTO DOS RPPS — BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE

Dr. Cláudio J. Trezub¹

A incapacidade para o trabalho vem se tornando o maior problema social na maioria dos países industrializados, resultando em um aumento dos gastos sociais com programas de atenção à doença e à incapacidade/invalidéz, e em um declínio das taxas de participação da força de trabalho.

Who returns to work and why?
International Social Security Association,
Research Program, 2002

A Previdência Social no Brasil ainda está em processo de formação. Datam de pouco mais de oito décadas as primeiras organizações previdenciárias do país, o que para fins de evolução histórica e de transformação sociológica é apenas o início.

Ainda mais recente é a previdência dos servidores públicos, que nasceu, como instituição, há menos de duas décadas, e ainda engatinha, como já foi colocado por João Carlos Figueiredo na apresentação do livro *Regimes próprios: aspectos relevantes* (2006).

¹ Graduado em Medicina pela UFPR; Especialista em Medicina do Trabalho pela UFPR; Coordenador e professor no curso de Pós-graduação em Perícias Médicas das Faculdades CBES — PR; Presidente da Sociedade Brasileira de Perícias Médicas; Membro da Câmara Técnica de Perícia Médica e Auditoria do CRM/PR e da Câmara Técnica de Perícia Médica do CFM; Médico Perito Supervisor no INSS, PARANAPREVIDÊNCIA e Prefeitura Municipal de Curitiba.

Embora já existissem atitudes de previdência e assistência social para os servidores públicos desde a época do Império,² estas tiveram uma evolução ainda mais díspar e fragmentada que a dos trabalhadores em geral, pois dependiam de iniciativas pontuais do governo federal e eram voltadas ao atendimento de interesses nem sempre alinhados com a massa dos servidores.

A Constituição Federal de 1988 determinava aos entes públicos a instituição de um regime jurídico único que especificamente dizia respeito à forma de contratação, já que a maioria dos entes federativos possuía em seus quadros servidores regidos por estatutos convivendo com servidores regidos pela CLT. No entanto, levando-se em conta que os estatutos já existentes tratavam de aposentadorias, todos os regimes jurídicos criados a partir da Constituição passaram a tratar dos benefícios como principal tema de sua legislação, garantindo aposentadorias pela última remuneração, dessa forma desvinculando-se do Regime Geral de Previdência Social — RGPS.

Essa criação foi desordenada, já que não havia nenhuma lei norteadora permitindo a cada ente federativo oferecer aos seus servidores os mais diversos benefícios previdenciários, o que gerou um enorme déficit no sistema.

Dez anos mais tarde, a Lei n. 9.717, de 27 de novembro de 1998, estabeleceu um regramento para a organização de Regimes Próprios de Previdência Social — RPPS, e dias depois, com a edição da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado aos servidores públicos de cargo efetivo um Regime Próprio de Previdência Social. Não houve, no entanto, no que se refere à previdência do servidor, a oportunidade de experimentar modelos distintos ou de promover fusões — muito menos de criar um órgão gestor comum, como no caso do Regime Geral de Previdência Social — RGPS, que após trinta anos de múltiplas experiências unificou em um único organismo, no então Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, toda a previdência dos trabalhadores da iniciativa privada que se encontrava dispersa nos mais diversos Institutos de Aposentadorias e Pensões.

Não é possível sequer falar da existência de um sistema de Previdência Social para o servidor público antes da Emenda Constitucional n.

² Santos FS. A Organização e o Funcionamento dos RPPS. In: DB2 Editora. Regimes Próprios: Aspectos Relevantes. São Paulo; 2006. p. 01-23.

20/98, uma vez que não havia nenhum disciplinamento quanto à obrigatoriedade e destino das contribuições, muito menos quanto aos tipos de benefícios e sua aplicação. Cada ente público, de todas as instâncias, gerenciava os próprios benefícios conforme sua legislação específica, benefícios que não possuíam sequer fonte de custeio específica, ficando na dependência dos orçamentos dos órgãos e à custa do Tesouro.

Isso levou a uma disparidade de espécies de benefícios e de mecanismos de concessão inclusive no que tange à questão da incapacidade laborativa por doença, não tendo acontecido o desenvolvimento, como no caso do Regime Geral de Previdência Social — RGPS, de um órgão médico pericial próprio, ou mesmo de um entendimento unificado da questão.

O desafio da política de previdência para os servidores públicos é muito maior que o dos trabalhadores da iniciativa privada, uma vez que não se vislumbra a possibilidade de um gestor único, com a criação, por exemplo, de um Instituto Nacional de Seguro Social do Servidor Público que pudesse ser o “INSS” de todos os servidores, e que proporcionasse a oportunidade de desenvolver um órgão médico pericial específico ou, minimamente, normas e critérios uniformes.

A cultura existente no serviço público, com relação à perícia médica e aos benefícios por incapacidade, não foi objeto de preocupações por parte dos governantes e legisladores responsáveis pelas reformas na previdência quando da instituição dos Regimes Próprios de Previdência Social — RPPS, não tendo sido elaborados princípios, normas, tampouco estabelecidos critérios ou limites, como ocorreu em outras áreas fundamentais. Existe toda uma legislação quanto aos aspectos de organização dos fundos, aplicação financeira, aspectos de gestão e fiscalização quanto às contribuições, tipos de benefícios, fonte de custeio etc., que tornam o “sistema” até certo ponto uniforme, com um padrão a ser adotado por todos os entes. Nada foi estabelecido, no entanto, com relação à perícia médica, sua organização, gestão e controle, o que pode ser considerado um grande desafio para a consolidação dos RPPS.

Sabendo-se da importância dos benefícios por incapacidade no equilíbrio financeiro dos fundos, com o exemplo inequívoco representado pelo Regime Geral de Previdência Social — RGPS,³ torna-se indispensá-

³ Schubert BO. A importância dos Benefícios por Incapacidade: O Papel da Perícia Médica. In: XIV Congresso Brasileiro de Perícias Médicas; 2004 Out 22-25; Brasília, DF.

vel e imprescindível que os gestores dos RPPS se preocupem com essa questão. É fundamental sepultar os velhos conceitos distorcidos e a mentalidade até aqui vigente no serviço público com relação à doença e à incapacidade — e principalmente no tocante ao órgão pericial e à formação dos peritos.

É preciso transformar a perícia médica do servidor público em atitude e organização previdenciária.

Perícia Médica

Entre os benefícios previdenciários essenciais estão os que dependem da existência de incapacidade para o trabalho, cuja verificação, por se tratar de matéria médica, exigiu da medicina, e conseqüentemente dos médicos, uma nova linha de ação e de desenvolvimento de conhecimentos.⁴

Da necessidade de disciplinar o direito à obtenção dos benefícios por incapacidade, passando pelo impedimento de exercer suas atividades laborais por motivo de doença ou acidente surgiram no Brasil, na década de 1930⁵ e de maneira absolutamente aleatória, os primeiros profissionais médicos encarregados da avaliação dos segurados das então pioneiras instituições de previdência.

Evidentemente sem nenhum subsídio ou preparo técnico específico, tais profissionais atuavam de maneira empírica, tirando conclusões subjetivas e sujeitas às mais variadas influências, inclusive às dependentes da estrutura administrativa da instituição previdenciária, tipo de clientela, e até mesmo da natureza dos benefícios, uma vez que existiam muitas instituições diferentes, cada qual com suas normas e particularidades.

Com a sedimentação da Previdência Social como atribuição do Estado, configurada com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social — INPS na década de 1960, passou-se a ter necessidades comuns, bem como uniformidade nas espécies de benefícios e, principalmente, a

⁴ Ministério da Previdência e Assistência Social (BR). Manual do Médico Perito da Previdência Social 3ª Edição. Brasília:INSS, Coordenação Geral de Serviços Previdenciários, 1993.

⁵ Idem.

quase totalidade dos trabalhadores do país tornou-se candidata à obtenção de benefícios por incapacidade, precisando, por conta disso, ser avaliados por um mesmo órgão.

A avaliação da capacidade laborativa é tarefa médica especializada e não faz parte do currículo médico normal. Coube assim aos institutos de previdência iniciar tal trabalho, partindo do empirismo e instruindo seu corpo clínico através de normas, rotinas, roteiros e cursos. Criou-se dessa forma a Perícia Médica da Previdência Social, organismo encarregado de examinar o postulante ao benefício e concluir se ele se enquadra ou não, do ponto de vista médico, na situação prevista em lei.⁶

Data de 1967 a primeira edição de um *Manual do médico perito* pelo antigo INPS, revisto posteriormente em 1980 e finalmente atualizado e adequado às novas condições da Previdência Social e da medicina em 1993.⁷ Esse manual é, até o presente momento, uma das poucas — se não a única — publicações sistematizadas e científicas sobre o tema, na qual se pode dispor de uma condensação das bases legais, técnicas, de estrutura administrativa e de normas de procedimentos.

Nos últimos quarenta anos houve nítido alargamento do campo de atuação da perícia médica,⁸ não mais restrita às atividades previdenciárias do Regime Geral de Previdência Social — RGPS, mas estendendo-se às áreas da infortunística, aos exames periódicos de aptidão e controle, às questões judiciais e demandas trabalhistas, às auditorias, revisões de contas e procedimentos médicos, ao intercâmbio com instituições públicas e privadas, e, agora, aos Regimes Próprios de Previdência Social — RPPS.

Se por um lado isso determina o crescimento do volume e da complexidade de suas tarefas, por outro, a partir da experiência adquirida, a perícia médica tem evoluído conceitualmente. Suas ações são mais eficazes; seus indicadores, mais confiáveis; e suas condutas, mais lúcidas.⁹ Tornou-se ciência e está prestes a ser reconhecida pela Associação Médi-

⁶ Ministério da Previdência e Assistência Social (BR). Manual do Médico Perito da Previdência Social 3ª Edição. Brasília:INSS, Coordenação Geral de Serviços Previdenciários, 1993.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

ca Brasileira como área de atuação de especialidade médica, o que dará, oficialmente, identidade a esse novo tipo de médico: o médico perito.

Perícia Médica no Serviço Público

A evolução da perícia médica no âmbito da perícia de servidores públicos não acompanhou o que foi exposto até aqui. Com o surgimento recente dos RPPS ocorreu, quase cinquenta anos depois, o mesmo impasse para os dirigentes e gestores: Como organizar a avaliação dos segurados candidatos aos benefícios por incapacidade?

Obviamente, como o modelo geral para os RPPS é o RGPS, e como este já está num estágio mais evoluído em relação à perícia médica, deve-se buscar nele o modelo para a estrutura e funcionamento da perícia nos Regimes Próprios de Previdência Social — RPPS. Porém, a aplicação do “modelo” hoje estruturado no INSS não se mostra tão simples e executável, dadas as particularidades dos RPPS.

Podem ser visualizadas como grandes dificultadores pelo menos três situações-problema: a primeira, de ordem política e estratégica, quando não se atentou para o estabelecimento de diretrizes e normas gerais relativas à gestão dos benefícios por incapacidade, não tendo o Ministério da Previdência Social estabelecido parâmetros mínimos a ser adotados pelos RPPS, a exemplo dos elaborados para os demais aspectos organizacionais, de fiscalização, e financeiros, por exemplo. A segunda pode-se dizer que é de origem gramatical, pois a referência é *ao* Regime Geral de Previdência Social — RGPS (no singular) e *aos* Regimes Próprios de Previdência Social — RPPS (no plural), significando multiplicidade, variedade, individualidade e, conseqüentemente, diferenças de organização e de gestão. E, por último, a terceira situação-problema, de origem cultural: a criação de um RPPS implica quebra de paradigmas e mudança de uma cultura própria, arraigada no Serviço Público, nascida ainda nos primórdios do Império e, que se sabe, tem um caráter de assistencialismo incompatível com a modernidade previdenciária.

O momento histórico que se vive em relação à perícia médica no serviço público é de absoluta confusão. Sem parâmetros gerais definidos, sem a necessária mudança de cultura dos responsáveis pelos entes públicos, está se tentando adaptar a legislação previdenciária àquela assistencialista, representada pelos estatutos, o que tem se mostrado impos-

sível. Na “cultura” estatutária não cabe o modelo de perícia previdenciária: objetiva, científica, prática, com mecanismos de acompanhamento e controle técnico e gerencial, e, principalmente, com os conceitos de autonomia do perito e de foco na incapacidade laborativa e não na doença.

Um simples passar de olhos no que existe hoje, nos diversos RPPS, dá a magnitude do problema: são encontradas situações em que a perícia continua sendo executada nos mesmos moldes da dos antigos serviços médicos de pessoal ou das juntas médicas oficiais, em que uma parte (a referente às licenças para tratamento de saúde) é realizada na estrutura antiga, pelos mesmos órgãos, ficando à cargo do RPPS apenas a avaliação das aposentadorias e casos de invalidez para instituição de dependentes, ou ainda outras em que não existe, simplesmente, avaliação, e ainda algumas em que, embora o instituto de previdência tenha organizado um serviço pericial, este ainda funciona nos moldes “estatutários”, isto é, sem preocupação com a formação e capacitação dos médicos peritos, sem a existência de acompanhamento gerencial específico, sem a adoção de critérios técnicos uniformes, baseados em normas técnicas de avaliação da incapacidade, entre outras. Assim é, por exemplo, como funciona a perícia no âmbito dos servidores da União: uma babel de estruturas, legislações e atitudes absolutamente desconexas, baseadas não nos conceitos técnicos de perícia, mas nos conceitos adaptados dos estatutos, constantes da Lei n. 8.112/90.

Raros são os exemplos de RPPS cujos dirigentes conseguiram sensibilizar os administradores públicos e que despertaram a vontade política da mudança de paradigma e que estão promovendo mudanças na legislação e no sistema de gestão da perícia médica, e que serão os exemplos a ser copiados.

Caberia ao governo federal, por meio do Ministério da Previdência, estabelecer as normas gerais e oportunizar aos entes públicos a possibilidade de mudanças na legislação e organização de modernos serviços periciais. Como a “cultura estatutária” também está presente nos órgãos do Ministério, convém que os representantes dos RPPS — CONAPREV iniciem movimento no sentido de levar aos responsáveis as necessidades do sistema, provocando um debate amplo e aglutinando representantes de todas as partes envolvidas: governo, entes públicos, associações representativas de perícia médica, servidores e médicos, para que seja pos-

sível estabelecer as condições para generalizar, entre os RPPS, essa quebra de paradigma.

Não existe, pela diversidade dos RPPS, modelo pronto e ideal de serviço de perícia médica. Nem é possível simplesmente copiar aquele do Regime Geral de Previdência Social — RGPS. Cada ente federativo deverá buscar o modelo que melhor atenda às suas necessidades e que esteja em conformidade com suas características de constituição administrativa, número de segurados e beneficiários, espécies de benefícios, entre outros fatores.

O que se pode — e inclusive se deve — copiar do modelo do RGPS são os conceitos da moderna perícia médica previdenciária, e abandonar, definitivamente, os conceitos das “juntas médicas” e do empirismo.

Benefícios por Incapacidade e Perícia Médica: Aspectos de Gestão e de Controle Gerencial

Benefícios por Incapacidade

Os benefícios por incapacidade são prestações pecuniárias pagas aos segurados impedidos, temporária ou definitivamente, de exercer seu trabalho em decorrência da perda da capacidade laborativa por conta de doença ou acidente.¹⁰ Ou, em outras palavras, visam oferecer aos segurados uma compensação financeira pela perda da capacidade de ganho.¹¹

Apresentam, como característica, as seguintes condições:

- a) Presença de doença ou lesão causadora de incapacidade laborativa.
- b) Carecem, para sua concessão, de avaliação médica pericial.
- c) Previsão legal — devem estar explicitamente previstos como benefício previdenciário.

¹⁰ Ministério da Previdência e Assistência Social (BR). Manual do Médico Perito da Previdência Social 3ª Edição. Brasília: INSS, Coordenação Geral de Serviços Previdenciários, 1993.

¹¹ Idem.

- d) Podem ser de caráter temporário ou permanente (prestação continuada).
- e) Dependendo de sua natureza e previsão legal, podem exigir carência mínima de contribuições.

Entre os benefícios por incapacidade, os mais conhecidos são:

- a) Auxílio doença (e seu correspondente no serviço público, ou seja, licença para tratamento de saúde).
- b) Aposentadoria por invalidez.
- c) Auxílio acidente.
- d) Invalidez (dependente).

Como são situações vinculadas à existência de doença e incapacidade laborativa, cuja verificação é atribuição técnica exclusiva do médico perito, sua concessão, embora se configure atitude administrativa, depende basicamente do parecer pericial. Por essa razão, como diz Sonia Carzino, para os benefícios por incapacidade, o perito é, na prática, o concessor. São benefícios cujo controle, na concessão, não pode ser exercido pelo administrador ou gestor, ficando estes, literalmente, na dependência da atuação criteriosa do órgão médico pericial.

Porém, por serem benefícios de risco,¹² com caráter de sinistralidade, e por dependerem de avaliação médica especializada, são a única espécie de benefício que pode sofrer ação modificadora no tocante à prevenção e ao número de concessões.¹³ Através de medidas de prevenção e de promoção da saúde do trabalhador, procedimentos de reabilitação e de readaptação profissional, e, ainda, por meio da implementação de mecanismos de controle e acompanhamento gerencial, e também da instituição de revisão periódica dos benefícios “envelhecidos”, o gestor pode interferir no número de benefícios concedidos e/ou mantidos, e, conseqüentemente, no valor despendido.¹⁴

¹² Ferreira HDS. Equilíbrio Atuarial dos RPPS. In: DB2 Editora. Regimes Próprios: Aspectos Relevantes. São Paulo; 2006. P. 112-119.

¹³ Schubert B O. A importância dos Benefícios por Incapacidade: O Papel da Perícia Médica. In: XIV Congresso Brasileiro de Perícias Médicas; 2004 Out 22-25; Brasília, DF.

¹⁴ Idem.

Também são fatores moderadores a formação e capacitação do corpo pericial, a supervisão constante do trabalho pericial e dos índices de sinistralidade, e a auditoria técnica.

Entre os benefícios previdenciários, os por incapacidade são os mais complexos. Exigem a intervenção de diferentes áreas, tais como: reabilitação profissional, serviço social, habilitação, concessão e manutenção, além da ação preponderante da perícia médica.¹⁵ São altamente significativos no elenco de benefícios, a começar pela elevada demanda, gerando despesas substantivas e crescentes, mas também por seu caráter social, seja na origem, uma vez que decorrem de insuficiência de ações preventivas e de promoção da saúde e de proteção do cidadão, seja no objeto, uma vez que se destinam ao amparo do indivíduo fragilizado e em condições de extrema vulnerabilidade, ou ainda depois de resolvido, na geração de demandas recursais e judiciais, nos casos de inconformismo, ou na promoção social, com a reintegração ao trabalho do beneficiário recuperado ou reabilitado.¹⁶

Para reforçar a importância dos benefícios por incapacidade no contexto previdenciário e tornar mais objetiva a necessidade da preocupação dos administradores com os aspectos de gestão desses benefícios, basta analisar os dados do INSS relativos ao ano de 2006.¹⁷

No ano de 2006 foram concedidos 2,6 milhões de benefícios por incapacidade, correspondendo a cerca de 65% do volume total de benefícios em geral, e por mais de 70% do total da despesa com todas as espécies de benefícios concedidos. A despesa com os benefícios por incapacidade, no ano estudado, foi de R\$ 1,28 bilhões.

O quadro a seguir sintetiza os principais benefícios, e respectivos custos, relativos ao exercício de 2006:

¹⁵ Schubert B O. A importância dos Benefícios por Incapacidade: O Papel da Perícia Médica. In: XIV Congresso Brasileiro de Perícias Médicas; 2004 Out 22-25; Brasília, DF.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Ministério da Previdência Social (BR). Anuário Estatístico 2006. INSS; 2007. Disponível em http://www.inss.gov.br/aeaps2006/15_01_20_01.asp

Ministério da Previdência Social — INSS
Anuário Estatístico — Benefícios concedidos em 2006 (Brasil)

Grupo/Principais espécies	Quantidade	Valor (R\$)
Auxílio-doença	2.132.794	1.022.779.000,00
Aposentadoria por idade	762.628	87.154.000,00
Licença-maternidade	727.127	47.632.000,00
Pensões por morte	448.002	143.855.000,00
Amparo ao idoso	173.685	58.536.000,00
Aposentadoria por invalidez	197.889	130.862.000,00
Auxílio-doença acidentário	148.588	89.067.000,00
Aposentadoria por tempo de contribuição – LOPS	186.724	185.503.000,00
Amparo a portador de deficiência	131.774	44.475.000,00
TOTAL	3.993.529	1.809.863.000,00

Fonte: DATAPREV/SINTESE

Os dados acima são isolados, mas permitem inferir sobre a importância desses benefícios no equilíbrio do sistema, bem como acerca da necessidade de o administrador contar com um serviço pericial capacitado e comprometido — e com absoluto gerenciamento quanto aos critérios de avaliação.

Aspectos de Gestão e de Controle Gerencial

A Atividade Médica Pericial

A atividade médica pericial tem importância capital nas instituições e sistemas de previdência, pois é, ao mesmo tempo, instrumento de paz social (garante o amparo legítimo ao beneficiário realmente incapacitado) e de controle para despesas evitáveis e decorrentes de pressões extra-

doença, e que podem colocar em risco o equilíbrio das instituições.¹⁸ Falta de critério técnico, ou de uma atuação médico-pericial sem a devida supervisão e controle, pode significar acréscimo significativo nas despesas com benefícios por incapacidade, pondo em risco inclusive, os sistemas previdenciários.

Essa premissa também se aplica aos RPPS, nos quais, em razão do que já foi exposto sobre a organização da perícia médica, já se faz notar a necessidade de implementação de modelo próprio, atualizado, nos moldes da perícia previdenciária praticada no INSS.

Há que se vislumbrar a perícia médica como ferramenta de gestão e instituir, nos RPPS, a perícia médica científica e sistematizada, com estrutura própria e diferenciada, autonomia e independência absolutas em relação à atuação técnica, com atribuições e competências definidas, calcadas numa legislação de cunho previdenciário e atuando de maneira profissional e acadêmica com base em normas técnicas, bem como com a instituição do gerenciamento e supervisão da atuação pericial mediante a formação de médicos peritos supervisores e gerentes. Há que se profissionalizar a perícia médica, formar e capacitar os executores para atuar na avaliação da incapacidade e, definitivamente, enxergar a medicina pericial como especialidade constituída, assim como possibilitar ao setor de perícia as condições ideais de organização e de atuação, com gerenciamento e administração específicos, porém integrado ao todo da instituição, fazendo parte do processo de gestão previdenciária.

O serviço de perícia médica será, assim, parte integrante da Organização, desde a etapa do planejamento, participando dos objetivos e metas, oferecendo relatórios gerenciais baseados em indicadores de desempenho, e colaborando nos resultados para a sustentabilidade necessária.

Mesmo não se podendo transpor simplesmente a estrutura e funcionamento da perícia médica do INSS para os RPPS, é preciso atentar para a necessidade da mudança na mentalidade, da reforma da legislação, da adoção de critérios técnicos e gerenciais, adotando-se o “espírito” da perícia previdenciária. É imperioso pensar novo, pois novo é o sistema, novas são

¹⁸ Ministério da Previdência e Assistência Social (BR). Manual do Médico Perito da Previdência Social 3ª Edição. Brasília:INSS, Coordenação Geral de Serviços Previdenciários, 1993.

as regras, as fontes de custeio e os mecanismos de controle, e, afinal, nova é a cultura: a cultura previdenciária do seguro social.

O modelo de avaliação técnica da incapacidade deve ser calcado na figura do médico perito, o qual poderá fazer parte do quadro próprio do órgão, ou ser nele credenciado. A supervisão, no entanto, deve ser responsabilidade exclusiva dos médicos do quadro, uma vez que implica algo mais que o simples compromisso, havendo necessidade de verdadeiro comprometimento com a Instituição¹⁹.

A importância da avaliação da incapacidade por profissionais especializados ficou bem evidenciada nas experiências relativamente recentes da Espanha, onde, no final da década de 1980, o Instituto de Previdência Espanhol assumiu a avaliação técnica da incapacidade (que era realizada anteriormente pelo Ministério da Saúde, por médicos do setor de assistência), resultando em significativa redução do número de concessões do benefício por incapacidade e diminuição do período de permanência da incapacidade, e, no Brasil, por ocasião da operacionalização do benefício assistencial para o idoso e para o deficiente (B87)²⁰, popularmente conhecido com LOAS, onde o Ministério da Previdência viu-se obrigado a transferir para a perícia do INSS a avaliação em virtude da concessão desregrada que vinha ocorrendo.

Pode-se ter a percepção, por meio desses exemplos, que o médico perito é especialmente formado (ou designado) para não conceder o benefício. Evidentemente, tal afirmativa não encontra o menor fundamento. O que ocorre na realidade é o oposto: os médicos-assistentes, em geral, não possuindo nenhuma formação na matéria, por não conhecerem elementos esclarecedores sobre a realidade da função exercida pelo trabalhador, sem o compromisso com o sistema de seguridade e, ainda, influenciados pelas características da relação médico-paciente tradicional, são levados a agir de maneira assistencialista e “protetora”, concedendo sistematicamente o benefício.

¹⁹ Schubert B O. A importância dos Benefícios por Incapacidade: O Papel da Perícia Médica. In: XIV Congresso Brasileiro de Perícias Médicas; 2004 Out 22-25; Brasília, DF.

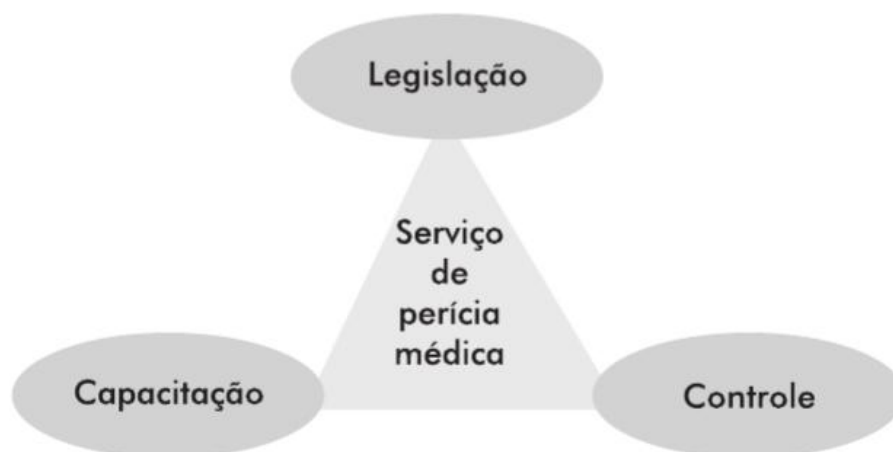
²⁰ Idem.

Já o médico perito, aplicando o conhecimento especializado e a técnica, conhecendo as exigências profissionais envolvidas e comprometido ética e moralmente no sentido da busca da verdade, tem maiores condições de concluir com isenção e de decidir pela não concessão quando tal não é subsistente. Esse é o papel social do perito: ser justo, não negando o que é legítimo, porém não concedendo o que não é devido.²¹

O Serviço de Perícia Médica

Embora existam particularidades de cada RPPS, uma vez que as circunstâncias são diferentes na União, nos diversos Estados e nos Municípios, pode-se considerar viável a configuração de um modelo genérico para o órgão pericial, cujas normas gerais deverão ser, depois, complementadas com outras, específicas, conforme cada situação.

Dentro da proposta de modernização e quebra de paradigmas, a organização do serviço de perícia médica nos RPPS deve basear-se em três aspectos fundamentais, cujo atendimento dependerá, fundamentalmente, da visão estratégica dos gestores, e da vontade política dos administradores, o que sintetizamos na figura abaixo:



²¹ Ministério da Previdência e Assistência Social (BR). Manual do Médico Perito da Previdência Social 3ª Edição. Brasília: INSS, Coordenação Geral de Serviços Previdenciários, 1993.

Essa nova estrutura aponta para a necessidade de mudanças radicais na cultura e no entendimento do que deve ser a perícia previdenciária, abandonando atitudes e conceitos não científicos até aqui vigentes.

Como primeiro aspecto fundamental, é necessário, com absoluta prioridade, que se mudem as leis e normas relativas aos benefícios por incapacidade no serviço público. Que se abandonem os conceitos de benefícios assistencialistas, passando ao enfoque previdenciário, que se deixem para trás os conceitos vinculados à existência ou à natureza da doença, e que se vincule a concessão à incapacidade laborativa. Não se concebe, por exemplo, que a invalidez gerada por doença “A” seja contemplada com aposentadoria com proventos integrais, e outro caso por doença “B”, às vezes até gerando maior nível de incapacitação, implique proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Como se a invalidez gerada por uma fosse diferente da outra!

Há que se considerar, com a reforma da legislação, o aspecto mais relevante e primordial para o estabelecimento da perícia médica nos RPPS. É fundamental que se estabeleçam as condições regimentais sobre as quais se dará a atuação pericial, dando suporte legal à atuação técnica, disciplinando competências, regulamentando procedimentos operacionais e de benefícios, e, principalmente, garantindo a autonomia e a independência da perícia médica. Sem dúvida, a adequação da legislação é o pilar principal entre os três componentes do esquema anteriormente mencionado, sem o qual de nada servirão os demais.

Previdência Social é um seguro²² e, portanto, a legislação dos benefícios por incapacidade deve ser adequada à condição da infortunistica, assim como à atuação pericial. Deve se ocupar não só dos benefícios programados, isto é, aqueles que não dependem de fatores fortuitos para sua concessão, tais como as aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, que são situações em que o gestor pode, antecipadamente, prever quando e em que quantidade ocorrerá, prevendo também até a despesa que será gerada, mas também deve disciplinar os chamados *benefícios de risco*, cuja concessão depende de fatores aleatórios e que não podem ter uma previsão de serem certos de ocorrer — e cuja data e

²² Follador R. Proposta de Novo Modelo Previdenciário. In: DB2 Editora. Regimes Próprios: Aspectos Relevantes. São Paulo; 2006. p. 196-214

tempo de fruição acontece de forma probabilística²³, merecendo, portanto, um olhar e um cuidado diferentes.

Definitivamente deve-se estabelecer uma legislação para os benefícios por incapacidade dos servidores públicos semelhante àquela do RGPS, pois há que se estabelecer um Regulamento de Benefícios para os RPPS como o do Regime Geral de Previdência Social — RGPS, ou seja, focado na perda da capacidade laborativa como amparo compensatório ou indenizatório.

Como tal, há que se abandonar definitivamente até mesmo conceitos constitucionais ali inseridos como resquício de cultura obsoleta, tais como a diferenciação de proventos com base na natureza da doença, por exemplo, como prevê o art. 40 da Constituição Federal, que institui a integralidade de proventos para a aposentadoria por invalidez quando decorrente das chamadas “doenças graves”.

Tratando-se de benefício de risco, cuja concessão depende não da existência de doença, mas da condição de redução da capacidade para o trabalho que esta venha a ocasionar, o parâmetro para a indenização não pode ser relacionado à doença em si, mas, objetivamente, à magnitude da incapacidade gerada.

Deve-se estabelecer mecanismos legais derivados da legislação de seguro de pessoas, que possam ser aplicadas ao seguro social. A considerar-se que o trabalhador ao contribuir para a Previdência Social está pagando um seguro, e que uma parte da cobertura oferecida é de benefícios de risco, nada mais lógico que se estabeleçam normas claras para a qualificação às indenizações e compensações. Se o seguro tem a finalidade de garantir ao segurado o amparo financeiro quando da incapacidade de exercer seu trabalho, o valor deste amparo não pode ser relacionado a nenhum outro fator que não a magnitude e duração da incapacidade. Incapacidade esta que será diagnosticada e quantificada pela avaliação médica pericial especializada.

No RGPS, em comparação, uma vez configurada a invalidez, o salário de benefício é sempre o mesmo, independentemente da natureza da doença que a tenha gerado.

²³ Silva EF. Gestão Previdenciária. In: DB2 Editora. Regimes Próprios: Aspectos Relevantes. São Paulo; 2006. p. 86-111.

O que se pode repensar, no caso dos servidores públicos, seria a forma de cálculo do salário de benefício, podendo-se até chegar à conclusão de que, se for o caso de indenizar diferentemente a perda total (incapacidade para todo e qualquer trabalho) da perda parcial (incapacidade definitiva para o cargo ou função, mas não para a execução de outras atividades, quando ainda resta ao servidor, mesmo “inválido” para o seu cargo original, capacidade laborativa residual suficiente para o exercício de outras funções), sejam estabelecidos percentuais do salário de benefício: por exemplo, em 100% (invalidez total) e 70% (invalidez parcial). A aposentadoria seria então proporcional em relação à magnitude da invalidez, e não ao tempo de contribuição.

Benefícios de risco não podem depender de tempo de contribuição, a não ser quando, na sua concepção, exige o cumprimento de carência.

É necessário excluir definitivamente o conceito de lista de doenças, seja para que fim for, uma vez que tal é tão inócuo e sem condições de aplicabilidade técnica — e tão injusto do ponto de vista social. As listas e o foco na doença ou em suposta gravidade tornam impossível a aplicação da técnica pericial, gerando distorções de entendimento e aplicação, e são, de tal forma inadequadas, que se costuma chamar no meio pericial as tais “doenças graves” de “as quinze pragas” (isso porque, geralmente, as listas contêm quinze itens). Isso não por seu caráter mórbido, mas por sua inaplicabilidade e pela dificuldade de conceituação técnica.

A legislação deve oferecer à perícia médica as condições de autonomia e o exercício técnico da avaliação da incapacidade. Os benefícios por incapacidade, em especial a aposentadoria por invalidez, devem ser regulados por dispositivos novos, de cunho previdenciário, cujo caráter de risco e infortunistica devem ser os norteadores, inclusive, quanto a aspectos atuariais e financeiros, como provisão matemática específica e acompanhamento gerencial contínuo, baseados em indicadores de desempenho como índices de concessão e gasto com os benefícios, tábuas de entrada em invalidez, idade média de invalidação, tempo médio de contribuição, precificação do risco da massa, entre outros, uma vez que os benefícios por incapacidade funcionam como um seguro diferenciado do grupo geral, constituindo-se um seguro em grupo, no qual a contribuição de todos deve subsidiar o benefício dos sinistrados.

Quanto ao segundo aspecto fundamental, a formação e capacitação dos peritos, é preciso considerar que a perícia médica tornou-se ciência sistematizada e área de atuação de especialidade pelo que, muito em breve, contará com especialistas titulados pela Associação Médica Brasileira através da Sociedade Brasileira de Perícias Médicas. Tal fato será a certeza de que, sendo portador do certificado de área de atuação em perícia médica, o profissional médico cumpriu período de aprendizado e estágio prático, e habilitou-se mediante aprovação em prova específica na Sociedade de Especialidade.

Até que se consolide a condição de formação de especialistas, é fundamental que o administrador busque selecionar para compor seu corpo pericial, profissionais comprovadamente capacitados e que tenham frequentado bons cursos de formação, capacitação, e de pós-graduação, preferencialmente os considerados bons pela Sociedade Brasileira de Perícias Médicas, e que no processo de seleção, cujo concurso público deve ser específico para a função e com carreira própria, seja contemplada a avaliação de títulos e experiência profissional prévia, e que as provas sejam elaboradas por entidades científicas da área pericial.

Fundamental também é o cuidado com a constituição do corpo de médicos peritos supervisores e gerentes, que devem ser escolhidos entre os de maior experiência administrativa e conhecimento técnico, além de formação gerencial.

E todos devem ser objeto de treinamento continuado, num processo constante de aprimoramento e aperfeiçoamento, oportunizando-lhes, assim, condições adequadas para participar de eventos científicos e cursos²⁴.

O terceiro aspecto fundamental é que oferecerá aos gestores e administradores as condições necessárias para o acompanhamento gerencial do setor, e que colocará em evidência a qualidade do trabalho pericial. Será, em última análise, a ferramenta que proporcionará aos administradores a possibilidade de ter a certeza de que a atuação pericial é correta e técnica, e que as conclusões são adequadas, podendo ser avaliadas pelos dirigentes por ser absolutamente confiáveis. Estamos falando dos

²⁴ Schubert B O. A importância dos Benefícios por Incapacidade: O Papel da Perícia Médica. In: XIV Congresso Brasileiro de Perícias Médicas; 2004 Out 22-25; Brasília, DF.

sistemas e mecanismos de controle do trabalho pericial, e do acompanhamento gerencial dos resultados.

É possível visualizar os mecanismos de acompanhamento e controle aplicáveis ao serviço de perícia organizados em três níveis, conforme o tipo de atuação:

1. **Supervisão direta:** exercida *in loco* e durante a realização das perícias. É o trabalho de orientação técnica e administrativa, realizado por médicos peritos supervisores, mediante presença física e permanente durante a jornada de trabalho do médico perito examinador, como uma preceptoria. Tal supervisão previne e corrige distorções na execução.
2. **Supervisão indireta:** acompanhamento indireto, de caráter gerencial, realizado por meio de revisão analítica e elaboração de mapas e relatórios gerenciais, abrangendo desde a questão técnica até a de qualidade do atendimento, resolutividade, produtividade etc. Pode ser realizada por supervisores e gerentes médicos mediante a adoção de indicadores de desempenho e índices específicos, oferecendo assim uma visão sistêmica do trabalho do setor e permitindo compará-lo com outros serviços congêneres, ou, ainda, traçar um perfil individual por médico executor para detectar distorções de padrão técnico nas concessões, entre outras possibilidades. Oferece também, aos dirigentes do sistema, elementos e dados para compor o acompanhamento de gestão, o planejamento estratégico, e para a formulação de atitudes de prevenção da incapacidade através do conhecimento de dados epidemiológicos, tais como doenças mais prevalentes, funções ou locais de trabalho onde é maior a incidência, casuística de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais etc.
3. **Auditoria:** acompanhamento de caráter fiscalizatório a ser realizado por médicos peritos em caráter independente (não pertencentes ao quadro de peritos executores), podendo ser dirigida tanto aos aspectos técnicos quanto aos de natureza administrativa — qualidade do trabalho e do atendimento, e também aos relacionados ao controle de fraudes. Previne e corrige distorções

de má-fé ou má prática, além de colaborar na prevenção de desvios e perdas financeiras.

Com a adoção dessas medidas, certamente os dirigentes teriam condição de entender, por exemplo, o resultado tão diferente existente entre o percentual de aposentadorias por invalidez em relação ao somatório de todas as aposentadorias, no âmbito dos servidores da União, no Regime Geral de Previdência Social — RGPS (INSS), e em alguns Regimes Próprios de Previdência Social — RPPS, como os do estado do Paraná (PARANAPREVIDÊNCIA) e o do município de Curitiba (IPMC).

No âmbito da União, em 2006, as aposentadorias por invalidez atingiram quase 30% do número total de aposentadoria de servidores²⁵, enquanto no INSS esse percentual ficou próximo dos 18% e foi, respectivamente, de 8,4% no IPMC²⁶ e de 5,9% na PARANAPREVIDÊNCIA²⁷.

O gerenciamento específico e profissional do serviço de perícia médica permitirá a melhora na qualidade total do órgão previdenciário, além de oferecer aos demais setores, em especial ao de Concessão e ao de Manutenção de Benefícios, o cumprimento de metas e a consecução de objetivos institucionais.

A instituição de indicadores de desempenho para acompanhar o tempo médio para a execução completa de um procedimento pericial (desde o requerimento específico ao setor, passando pelo agendamento, realização da perícia, conclusão pericial, elaboração do laudo e processamento do resultado) pode apontar elementos de “estrangulamento” capazes de influir negativamente no Tempo Médio de Concessão, que é um dos indicadores de qualidade do setor de concessões e do próprio RPPS, e justificar medidas corretivas. A conclusão pericial pode estar sendo retardada, por exemplo, pelo alto índice de solicitação de exames complementares

²⁵ Domingues Júnior LR. Sistema Integrado de Saúde Ocupacional do Servidor Civil da Administração Pública Federal. Seminário sobre Perícia Médica do IPAJM(ES); 2006 Outubro; Vitória ES.

²⁶ Universidade Federal do Rio de Janeiro. Núcleo Atuarial de Previdência: Relatório Estatístico: Instituto de Previdência e Assistência do Município de Curitiba (PR); 2007 Agosto.

²⁷ Boletim de Mensal de Desempenho Operacional – BMDO; Curitiba (PR), PARANAPREVIDÊNCIA; setembro 2007.

e pareceres especializados por parte dos peritos, que é um parâmetro técnico-administrativo que também deve merecer acompanhamento por indicador específico, a fim de medir a resolutividade do setor.

A atuação pericial pode ser responsável também pela não cessação de benefícios, o que acarretará a elevação do Tempo Médio de Manutenção ou do índice de aposentadorias por invalidez. Todas essas situações podem e devem ser acompanhadas, e suas ferramentas deverão ser instituídas na dependência das particularidades e do vulto de cada Serviço.

Com a padronização da estrutura organizacional, dos formulários, e principalmente dos métodos e procedimentos técnicos, pode-se desenvolver parâmetros que possibilitem quantificar e qualificar a atuação de cada grupamento pericial, bem como dos médicos peritos individualmente.

Como decorrem da compilação de dados obtidos por técnica e metodologia uniformes, pode-se afirmar que tais parâmetros sejam realmente representativos da atuação de cada setor, permitindo a comparação científica entre os diversos serviços periciais, por mais diferenças ou particularidades que apresentem.

Com os dados compilados das conclusões de perícia médica e dos boletins estatísticos (idade, profissão, tempo de serviço/contribuição, diagnóstico, período concedido, entre outros), é possível desenvolver o cálculo de vários índices, relacionando um ou mais dados, e assim quantificar e cotejar a atuação em termos de perícia médica ou de incidência nosológica — ou, ainda, fatores extradoença geradores de solicitação de benefícios, “benevolência” ou excessivo rigor pericial etc., bem como o nível técnico de cada um dos peritos e do Serviço como um todo.

Como exemplo de elementos técnicos e de desempenho a acompanhar é recomendado:

Indicadores de desempenho gerencial:

- Controle de prazos e tempo médio de realização dos exames
- Resolutividade
- Inconformismo
- Índices de incapacidade e concessão

- Espécie e duração dos benefícios
- Índice de Pressão de Requerimentos
- Índices de Concessão e de Cessação de Benefícios

Indicadores técnicos:

- Índices de incapacidade e concessão
- Índices de requisição de exames complementares e pareceres
- Análise do perfil de conclusões
- Análise das reformas de conclusões (PR)

Apenas para reforço da importância gerencial da atuação da perícia médica discorre-se sobre um indicador que se considera básico e fundamental no acompanhamento dessa atuação — e que pode dar a visão esclarecida da incapacidade laborativa efetiva e de suas repercussões sociais, econômicas e atuariais.

Índices Técnicos e de Avaliação da Incapacidade

Índice de Incapacidade Laborativa

$$\text{IIL} = \frac{\text{nº de dias concedidos/prorrogados}}{\text{nº de trabalhadores ativos} \times 30 (90, 360)} \times 100$$

Esse índice correlaciona o número de dias concedidos com o potencial de dias de trabalho da massa abrangida pelo órgão. Além disso, reflete diretamente a atuação pericial e a existência/magnitude de incapacidade geradora de afastamentos do trabalho, dando idéia da sua importância como redutora da capacidade potencial da massa trabalhadora.

Fica evidente a relação direta entre o número de dias concedidos e sua repercussão econômica, afetando dessa forma o potencial de trabalho e o valor pago em benefícios: quanto maior o número de dias concedidos, maior será o índice, uma vez que o potencial de trabalho (expresso no denominador da fórmula) é constante para o período considerado (mês, ano etc.).

Através da análise e acompanhamento crítico desse índice, e da sua comparação com os de outros serviços periciais, pode-se detectar distorções, sendo assim facilmente evidenciáveis, por exemplo, o excessivo rigor pericial, ou mesmo o abrandamento ou favorecimento nas concessões.

Pelo seu caráter abstrato, o índice pode ser utilizado como parâmetro para cotejamento da atuação de vários serviços periciais e das mais diversas organizações.

Há que se considerar de suma importância a correlação das concessões com o potencial de trabalho da massa ativa, numa exteriorização abstrata como essa que está proposta, para que se tenha a real possibilidade de visualização da importância e da qualidade do trabalho médico-pericial. Acredita-se ser essa a única maneira de medir a incidência de incapacidade em populações diferentes e distintas, em serviços periciais os mais variados, como se verifica no exemplo a seguir.

É fácil entender que uma decisão concessória, por si só, não dá idéia da magnitude da incapacidade ali representada. O parecer pericial favorável pode significar tanto a concessão de 1 como de 10 ou 100 dias de incapacidade num único ato pericial. Assim, torna-se óbvia a importância de registrar os valores em número de dias concedidos para cada concessão. Serão mais expressivos em termos de parâmetro de avaliação, muito mais do que as relacionadas tão-somente com a quantidade de procedimentos realizados, ou com o tipo das conclusões.

Por meio de uma metodologia como essa é possível ter uma visão mais precisa de fatores que, de outra maneira, seriam considerados distorções. Note-se o exemplo no qual relacionam-se ficticiamente três agências ou serviços periciais diversos, cada um com uma determinada quantidade de trabalhadores abrangidos e com uma demanda própria de atendimentos mensais.

Pode-se ter, como dados para comparação, a seguinte situação (considere-se um período de 30 dias):

Serviço A	→	180 concessões
Serviço B	→	200 concessões
Serviço C	→	300 concessões

Aparentemente, o Serviço C, por ter concedido o maior número de benefícios, teria ocasionado maior dispêndio ao sistema. Porém, levando-se em conta o número de dias que cada concessão representou, pode-se ter a seguinte situação:

Serviço A	→	180 concessões	→	9.600 dias
Serviço B	→	200 concessões	→	7.200 dias
Serviço C	→	300 concessões	→	6.000 dias

Com base nesses números, o Serviço que teria ocasionado o maior dispêndio passaria a ser, aparentemente, o Serviço A, com a concessão de 2.400 dias a mais que o B e 3.600 dias a mais que o C.

Os valores apurados, no entanto, passam a ter novo (e real) significado quando se relaciona o número de dias concedidos com o potencial de trabalho da massa abrangida por cada um dos Serviços, configurando-se assim o **Índice de Incapacidade Laborativa** em cada uma das situações.

No mesmo exemplo podemos admitir que o Serviço A atende clientela de 50 mil trabalhadores, o serviço B, 15mil, e o serviço C, 25 mil, tendo seus índices calculados da seguinte maneira:

Serviço A

$$\text{IIL(A)} = \frac{9.600 \text{ dias}}{50.000 \times 30} \times 100 = \mathbf{0,64}$$

Serviço B

$$\text{IIL(B)} = \frac{7.200 \text{ dias}}{15.000 \times 30} \times 100 = \mathbf{1,60}$$

Serviço C

$$\text{IIL(C)} = \frac{6.000 \text{ dias}}{25.000 \times 30} \times 100 = \mathbf{0,80}$$

Como se pode agora verificar, o maior ônus ao sistema foi gerado pelo Serviço B, o qual obteve *índice quase duas vezes e meia maior que o A, e uma vez maior que o C*. Isso significa que o potencial de trabalho “perdido” com concessões por doença incapacitante foi maior naquele que nos dois últimos. Ou que a atuação pericial no Serviço B foi menos rigorosa ou mais benevolente, por exemplo. Evidentemente, só uma análise técnica mais aprofundada poderia dizer se ocorreram distorções na conduta pericial. Porém, numa visão bem clara, fica patente a maior incidência de incapacidade no Serviço B, bem como sua magnitude em termos financeiros, considerando-se um sistema contributivo.

Com isso pretendemos afirmar que o simples número de procedimentos realizados não é parâmetro para aferição nem da quantidade nem da qualidade de trabalho de um determinado Serviço Pericial; serve apenas como dado eventual a ser usado para dimensionamento do setor, ou ainda para detectar eventuais motivos “epidêmicos” de requerimento/solicitações de benefícios, sempre relacionados com a população abrangida pelo setor.

Entende-se que, somente adotando uma padronização e metodologia como a apresentada, trabalhando com índices e procedimentos técnicos, é que se terá condições de elaborar indicadores e parâmetros universais para o norteio da atividade pericial, expurgados assim os fatores de natureza subjetiva, os de origem social e econômica, ou os meramente quantitativos e/ou estatísticos, valorizando-se a real incidência de incapacidade na população ativa, e oferecendo ferramentas de gestão aos administradores dos fundos previdenciários.

Evidentemente que novos estudos e mais idéias deverão ser desenvolvidos, uma vez que a atividade médico-pericial, como ciência emergente, ainda tem muito a apresentar. Cabe a nós, que labutamos por seus meandros, as atitudes modificadoras.

O Serviço de Perícia Médica: Estrutura Organizacional

Resta tecer algumas considerações a respeito da questão organizacional e dos aspectos funcionais do serviço de perícia médica para os Regimes Próprios de Previdência Social — RPPS.

A começar pela estrutura organizacional, a perícia médica deve estar perfeitamente constituída como setor próprio, ocupando posição na hierarquia institucional, cuja vinculação administrativa deve ser adequada a cada caso. O Serviço de Perícia deve estar vinculado ao órgão previdenciário e não integrar a estrutura do ente público, como serviço médico de pessoal. Não deve ser de sua competência executar o atendimento de saúde e a avaliação de incapacidade (estado ou município, por exemplo).

Embora existam exemplos bem-sucedidos de serviços dentro da estrutura do órgão público, integrando setor de saúde ocupacional, há que se estabelecer claramente as relações entre este e o órgão previdenciário, em especial quanto à autonomia e competências.

Aspecto essencial e indispensável é que o órgão pericial não tenha nenhuma vinculação administrativa, operacional e de localização com os órgãos de assistência de saúde. São áreas completamente diversas, com objetivos, atitudes e necessidades diferentes, e cujos profissionais devem estar resguardados do conflito natural gerado pelo papel “fiscal” da perícia.

Na unidade Gestora do RPPS, a perícia médica deve estar locada dentro da área de benefícios. No entanto, é imprescindível que o setor goze de autonomia técnica absoluta, e de autonomia administrativa suficiente.

No que diz respeito à composição do corpo profissional e ao funcionamento, pode-se adotar o modelo básico do INSS (abandonado há cerca de sete anos e que agora vem sendo retomado gradativamente), cuja avaliação técnica está baseada na figura do médico perito examinador (ou executor), que poderá pertencer ao quadro da entidade ou ser credenciado, sendo que a supervisão fica ao encargo exclusivo de médicos peritos supervisores, sempre pertencentes ao quadro de funcioná-

rios²⁸. Constitui-se, assim, uma hierarquia técnica, com atribuições e competências definidas, proporcionando condições de rever e acompanhar as conclusões²⁹. A organização hierárquica é complementada pela figura do Médico Chefe do Serviço, que além das competências técnicas de supervisor terá também as de cunho administrativo e responderá pelo setor perante a Instituição e perante o CRM.

Com relação à estrutura e ao número de médicos peritos, vai depender do modelo funcional adotado; se a opção for por médicos com vínculo de emprego, o número mínimo de profissionais deve ser três, pois recomenda-se que alguns procedimentos sejam executados por junta médica (quando forem de maior complexidade ou quando a legislação o exigir), e também para proporcionar o rodízio no atendimento seqüencial de servidores afastados por longo tempo (evitando-se, desse modo, que se formem vínculos emocionais entre o médico perito e o periciando, além de proporcionar a análise de outro profissional para o mesmo caso). Também se deve atentar para os impedimentos dos profissionais por motivos de férias ou licenças.

Se o modelo for por terceirizar a execução mediante processo de credenciamento dos peritos executores, estes deverão ser em número suficiente para atender à demanda e, impreterivelmente, estar sujeitos à supervisão e ao controle efetuado por tantos médicos supervisores quantos forem necessários, e estes sempre devem ser contratados pelo órgão.

Como regra geral, em termos de número de profissionais, pode-se dimensionar o serviço conforme seu vulto, servindo como referencial:

- **Médicos Peritos Examinadores** — inicial: 1 médico para 3.000 usuários; acrescer mais 1 para cada 1.000 usuários acima dos mencionados 3.000
- **Médicos Peritos Supervisores**: 1 supervisor para cada grupo de 4 a 6 peritos
- **Responsável Técnico-administrativo (chefia)**: 1

²⁸ Schubert B O. A importância dos Benefícios por Incapacidade: O Papel da Perícia Médica. In: XIV Congresso Brasileiro de Perícias Médicas; 2004 Out 22-25; Brasília, DF

²⁹ Ministério da Previdência e Assistência Social (BR). Manual do Médico Perito da Previdência Social 3ª Edição. Brasília: INSS, Coordenação Geral de Serviços Previdenciários, 1993.

■ **Apoio Administrativo:** dimensionar conforme as características do setor

Por fim, quanto ao modelo de gestão do serviço pericial e em face das diferenças em termos de número de segurados e beneficiários de cada Regime Próprio, que, inclusive, pode ser pequeno ao ponto de não comportar a estrutura mínima peritos de três recomendada, esse serviço poderá ser:

1. **Próprio:** isto é, com médicos executores e supervisores funcionários do quadro da Instituição.
2. **Terceirizado:** o médico-chefe e os supervisores são funcionários, e os executores, credenciados para prestação de serviços; pode ser direcionado para pólos de atendimento concentrado.
3. **Consórcio:** dois ou mais RPPS circunvizinhos podem se consorciar ou formar parcerias para montar um serviço pericial comum, que atenderia aos usuários de todos, repartindo assim o ônus e possibilitando a organização de um serviço mais adequado e com um corpo de peritos mais numeroso. Evidentemente, deverão ser acordados os aspectos legais, financeiros e administrativos dessa disposição, porém entende-se que isso talvez não seja viável. Essa é uma situação que, guardadas as particularidades, já vem sendo adotada nas questões de atendimento de saúde, com os consórcios intermunicipais de saúde.

Conclusão

Estabelecida a importância da gestão dos benefícios por incapacidade e da profissionalização da perícia médica, caberá aos administradores e dirigentes dos RPPS e aos responsáveis pela política previdenciária no Governo, as atitudes para promover as modificações legais e estruturais que as tornem possível.

Como síntese pode-se elencar, dos pontos fundamentais na questão perícia médica e RPPS, os seguintes postulados:

1. Legislação adequada — previdenciária
2. Enfoque de seguro — sinistralidade — reparação de dano

3. Modelo de gestão específico e exclusivo
4. Autonomia e independência
5. Avaliação da incapacidade por profissionais especializados
6. Foco no conceito de incapacidade laborativa e não na doença
7. Valorização da qualidade/formação/supervisão pericial
8. Estabelecimento de mecanismos de controle e acompanhamento
9. Estabelecimento de mecanismos gerenciais de revisão de benefícios e de reconsideração de pareceres
10. Aprimoramento constante

Artigo 10

MUDANÇA ORGANIZACIONAL NO SETOR PÚBLICO: UM ESTUDO DE CASO DA PREVIDÊNCIA PÚBLICA MUNICIPAL

Sandro Breval¹

O déficit da previdência brasileira vem se agravando nos últimos anos de tal forma que o Estado tem investido na busca de soluções emergentes para o equilíbrio das contas públicas. As reformas da previdência promovidas pelo Governo Federal nos anos 1998 e 2003 trouxeram um novo arcabouço jurídico, como também um ordenamento legal para o setor, e por conta disso estados e municípios envidam esforços para reformar e adequar seus sistemas previdenciários. Este artigo aborda o processo de mudança organizacional e estratégica no setor público considerando o período de implantação e adaptação do novo órgão gestor do Regime Próprio de Previdência do Município de Manaus — Amazonas, objetivando demonstrar os fenômenos sociais e políticos envolvidos na reforma da Previdência Municipal sob o enfoque do modelo contextualista de Pettigrew. A metodologia usada foi a do estudo de caso, do tipo histórico-organizacional, por constituir-se uma categoria de pesquisa cujo objeto é a unidade que se analisa em profundidade. Os resultados apontam que a utilização de tal modelo facilita a compreensão e a gestão do processo de mudança organizacional e estratégica.

¹ Bacharel em Administração; Especialista em Ger. Financeira Empresarial; Mestrando em Estratégia e Organizações; Coursou a Wharton School — Univ. Pennsylvania; Diretor-Presidente da MANAUSPREV; Sec. Planejamento e Administração de Manaus

Introdução

Este artigo tem como objetivo compreender o processo de implantação e adaptação estratégica do Regime Próprio de Previdência no setor público municipal por meio de um estudo de caso e sob a égide do modelo contextualista.

O estudo abrange a implantação da nova Previdência Municipal no período de janeiro a julho de 2005, exatamente por compreender esse período de mudanças e modernização da gestão pública, o que pode ser entendido, na perspectiva de Ferlie et al. (1999, p. 98), como a “nova administração pública”, em que há a incorporação no setor público de técnicas das empresas privadas, no caso, a criação de uma entidade paraadministrativa (paramercado).

Para atingir tal intento usou-se a metodologia do estudo de caso, porque a investigação tem a circunscrição em uma unidade da administração pública municipal na cidade de Manaus-AM, permitindo assim que o estudo apresente caráter de profundidade e detalhamento, (VERGARA, 2005).

Pressupostos Teóricos: A Previdência Brasileira

A Constituição Federal aborda de forma dispersa as questões relativas à previdência. O Título VIII, da Ordem Social, Capítulo II, dispõe sobre a Seguridade Social, que, na sistematização da constituinte, compreende a saúde, a previdência e a assistência social (BRASIL, 1988), e no Título III, em que trata da Organização do Estado, dispõe, no Capítulo VII, da Administração Pública, e nas Seções II e III, da previdência dos servidores públicos e dos militares.

A previdência brasileira pode ser dividida operacionalmente em três segmentos: 1) o Regime Geral de Previdência Social — RGPS; 2) a Previdência Própria do Servidor Público — RPPS; e 3) a Previdência Complementar. O primeiro segmento abrange os trabalhadores da iniciativa privada, os servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público. O segundo, destinado aos servidores públicos titulares de cargos públicos efetivos, gerido pela União, Estados e Municípios. E o último, gerido pela iniciativa privada ligada ao

setor financeiro, bancário e segurador, oferece cobertura aos trabalhadores e cidadãos que não podem se filiar ou não possuem um regime complementar fechado, ou ainda, àqueles filiados aos sistemas anteriores.

Conforme mencionado anteriormente, visualiza-se a Previdência Estatal Básica de forma bipartite: de um lado o Regime Geral; de outro, um tratamento previdenciário diferenciado aos servidores públicos. Por razões históricas, econômicas e até mesmo sociais, pressupõe-se que o servidor, ao vincular-se ao Estado, deve ser visto pela Sociedade como instrumento de materialização impessoal e universal das políticas públicas.

O Regime Próprio de Previdência Municipal

Os regimes de Previdência Municipal vêm apresentando ao longo dos anos algumas disfunções. Conforme Gushiken (2002), a profusão dos regimes próprios de previdência criados no âmbito dos municípios gerou uma situação de desamparo em termos de controle social, de processos absolutamente não transparentes e desprovidos de homogeneização nas regras previdenciárias e administrativas, o que possibilitou a criação de facilidades de fraudes, incentivou a prática abusiva de concessão de benefícios generosos, ao arrepio da lei, levando os entes federados envolvidos ao desequilíbrio financeiro e atuarial.

O regime previdenciário do município de Manaus apresentava ao longo dos anos as seguintes características básicas, entre outras:

- a) ausência de separação clara do custeio da Previdência Municipal de outros serviços assistenciais, notadamente a assistência médica;
- b) inexistência de ativos financeiros destinados à garantia do pagamento de benefícios previdenciários;
- c) inexistência de estruturação de um único sistema de custeio da previdência, voltado para o longo prazo, no qual estivessem incluídos os benefícios programados e de risco;
- d) ausência histórica de caráter contributivo paritário para o custeio dos benefícios;
- e) a não implementação de instrumentos de gestão.

Com base nessas características ficou clara a necessidade de reestruturar o Regime Próprio de Previdência do Município de Manaus permeando os aspectos tecnológicos, os recursos humanos, os estudos técnicos atuariais, a adequação legal, mas sobretudo, a criação de um novo ordenamento organizacional e estratégico.

A partir da necessidade de reestruturação do RPPS foi elaborado um projeto de lei que visava reestruturar a Previdência Municipal no sentido de adequar legalmente o município aos ordenamentos legais federais, bem como buscar o equilíbrio financeiro.

A aprovação do projeto de lei, pela Câmara Municipal de Manaus, culminou na Lei n. 870, de 21 de julho de 2005, que criou o novo órgão gestor do RPPS, a MANAUSPREV, entidade paraadministrativa sem fins lucrativos que presta serviço social autônomo e é vinculada ao chefe do Poder Executivo.

Essa lei trouxe, ainda, a introdução do contrato de gestão na administração municipal sob a égide da administração gerencial e com ênfase nos resultados, em contraponto à ênfase no controle de procedimentos. De acordo com Bresser Pereira (1998, p. 147):

(...) na administração gerencial, o controle dos resultados substitui o controle dos procedimentos legais, e utiliza como principal ferramenta o contrato de gestão no qual são definidos indicadores de desempenho claro.

A idéia de inserção do contrato de gestão teve como critérios essenciais a qualidade na prestação de serviços, a eficiência e a equidade, o que, de acordo com Ferlie et al. (1999, p. 98), indica que

uma característica comum dentro dessa legislação foi a tentativa de se criar paramercados imitando os mecanismos de mercado, mas nos quais o serviço (em geral) continua a ser gratuito para o usuário.

A MANAUSPREV gerencia cerca de 31.400 servidores públicos municipais, dos poderes Executivo e Legislativo municipal, distribuídos por aproximadamente 29 mil ativos, 1.500 inativos e 900 pensionistas.

Tendo em vista a importância da mudança estratégica e suas consequências para o desempenho e a sobrevivência das organizações, este

artigo procura compreender o processo de implantação e adaptação de uma empresa pública municipal sob um enfoque processual, contextual e histórico (PETTIGREW et al., 1988).

Mudança Organizacional e Estratégica

Para Pettigrew et al. (2001), o ponto de partida para essa análise de mudança estratégica é a noção de que a formulação do conteúdo de qualquer nova estratégia, inevitavelmente, supõe controlar seu contexto e processo.

O modelo teórico proposto por Pettigrew (1987) leva em consideração a interação dos atores organizacionais e a percepção do contexto da mudança com a escolha do conteúdo e do processo de implementação da mudança, ainda que sob forte pressão ambiental, podendo também fazer escolhas quanto às suas ações estratégicas, com limites determinados pelo contexto.

A abordagem de mudança utilizada neste artigo é caracterizada por Pettigrew (1987) como “o que” e “o porquê” da mudança, que são, respectivamente, conteúdo e contextos, e o “como” da mudança, ou seja, a análise do processo.

No processo de mudança estão inseridas as ações, reações e interações organizacionais e infra-organizacionais, contemplando a temporalidade contínua entre passado e futuro, caracterizando como um processo de ajuste mútuo entre a organização e seu ambiente (PETTIGREW, 1987).

Pettigrew apud Ferlie (2004) define, com base no modelo contextualista, o processo de pesquisa que permeia um estudo do comportamento da organização, focando as variáveis principais dentro do contexto organizacional e as ações por todo o tempo.

Para Pettigrew apud Fisher (1992) na análise de mudança estratégica, é preciso considerar que qualquer nova estratégia pressupõe o controle de seu contexto e processo, por conta da influência dos interesses de grupos e indivíduos, do sistema burocrático, das alterações no ambiente ou na estrutura (PETTIGREW, 1987).

Em Ferlie et al. (1999) foram propostos seis indicadores, com o intuito de avaliar o processo de mudança organizacional em vários níveis, os quais foram adaptados para embasar a demonstração do modelo

contextualista no RPPS do estudo de caso aqui analisado, conforme demonstra o Quadro 1 — Indicadores de mudança organizacional.

Quadro 1 Indicadores de mudança organizacional

Descrição do indicador	Realidade do RPPS municipal
Extensão da mudança múltipla, inter-relacionada, no sistema como um todo	Abrangência dos membros da organização, dos órgãos municipais dos poderes executivo e legislativo
Criação de novas formas organizacionais no setor público	Criação de um serviço social autônomo na administração pública municipal
Desenvolvimento de mudanças em cascata que tenham efeito no sistema como um todo até o nível de unidade	Mudanças na política previdenciária do município
Introdução de mudanças nos serviços prestados e no modo de prestá-los	Introdução da administração gerencial, privada mas com fins públicos, coordenada por contrato de gestão
Reconfiguração das relações de poder	Novo órgão gestor com estrutura dinâmica, orgânica e rasa
Criação de uma cultura, ideologia e significados organizacionais novos	Ênfase na qualidade dos serviços prestados

Fonte: Adaptado de Ferlie et al. (1999, p. 62).

Aspectos Metodológicos

Em Vergara (2005) há uma taxionomia para os tipos de pesquisa, adotando como critérios básicos em relação ao fim da pesquisa e aos meios utilizados.

Adotou-se como finalidade da pesquisa, portanto, o tipo descritivo, devido à necessidade de estabelecer correlações entre variáveis e definir sua natureza, visando à exposição de uma determinada população, que neste caso são os servidores públicos municipais (VERGARA, 2005).

Quanto aos meios, insere-se a investigação *ex post facto*, por tratar-se de fato já acontecido, uma vez que as variáveis não poderiam ser controladas ou manipuladas (VERGARA, 2005). Usou-se ainda a pesquisa documental, utilizando-se para isso documentos conservados nos órgãos envolvidos com a reforma da previdência: Prefeitura Municipal, Câmara Municipal e Ministério da Previdência.

E optou-se também pelo estudo de caso, pois de acordo com Yin (2005), esse tipo de pesquisa pode ser utilizado em diversas situações, a fim de conhecer-se os fenômenos individuais, organizacionais, sociais, políticos, entre outros, sobretudo nos casos relacionados a fenômenos sociais complexos.

Tal estratégia de pesquisa permitiu que se processe uma investigação no sentido de preservar as características dos acontecimentos da vida real, a exemplo dos processos organizacionais e administrativos. Triviños (1995) caracteriza esse caminho como um estudo de caso histórico organizacional.

Design e Perspectivas da Pesquisa

Muitos modelos de mudança organizacional e estratégica analisam a organização em um período curto de tempo, além da utilização de métodos quantitativos, buscando determinar somente o que mudou (ALMEIDA, 2005).

Essa abordagem induz a inúmeras deficiências, pois tem a tendência de descrever as mudanças sem considerar as condições antecedentes. Para Pettigrew et al. (1989), o que ocorre é considerar o processo de mudança uma ação única e sem antecedentes, desligando-a do que lhe deu forma, significado e substância.

A sugestão de Pettigrew et al. (1988), de forma precípua, é resolver as deficiências dos modelos anteriores através de estudos contextualistas e processuais, permitindo assim a análise retrospectiva da mudança, bem como a análise em tempo real e a análise da mudança prospectiva e revista (FERLIE et al., 1999).

A maioria dos modelos desconsidera as questões subjetivas e os aspectos contextuais e políticos envolvidos no instante das tomadas de decisões (PETTIGREW et al., 1988).

Coleta e Análise dos Dados

A coleta dos dados para realização deste estudo teve origem em várias fontes, pois se seguiu o que preconiza Yin (2005) quando indica que os dados para os estudos de caso podem se basear em muitas fontes de evidências. Nessa investigação empregou-se a documentação, registros em arquivos e observações diretas.

Visando propiciar a construção de eventos e com base nos dados coletados, a análise de tais dados privilegiou o tratamento qualitativo adaptado do modelo de Pettigrew (1987) na elaboração dos quadros (contexto, conteúdo e processos).

Demonstração do Modelo Contextualista no Âmbito do RPPS

Contexto

O contexto pode ser dividido em externo e interno. O contexto externo refere-se ao ambiente social, político, econômico e competitivo no qual a organização atua, bem como à percepção, ação e interpretação das políticas e eventos.

Na prática, segundo Pettigrew et al. (2005b), não é fácil identificar os limites de cada um, contudo, há a necessidade de identificação efetiva da legislação envolvida, da influência de *stakeholders*, como também do nível de risco operacional.

No instante da análise ambiental, as organizações são levadas a alcançar a eficácia pela descoberta de oportunidades e ameaças (ALMEIDA, 2005), e o ambiente é a totalidade de forças e de entidades que não são controladas pela empresa, apesar de relevantes para seu desempenho (KOTLER apud ALMEIDA, 2005).

O contexto interno relaciona-se com a estratégia, a estrutura, a cultura corporativa, e com o contexto político existente na própria organização, através do qual surgem as idéias e impulsões para a mudança emergir, segundo Pettigrew (1987). O Quadro 2 demonstra o contexto ambiental de mudança no RPPS de Manaus.

Quadro 2 Contexto ambiental da mudança pré-reforma

Ambiente	Interno	Externo	Ação/Eventos
Social	Resistência a mudanças	Adequação do ente à legislação federal	Elaboração do Projeto de Lei da Reforma da Previdência Municipal
Político	Indefinição quanto aos direitos adquiridos dos servidores públicos existentes (incluindo aposentados e pensionistas)	Legislação federal emendada Poder Legislativo eminentemente de oposição	Envio do projeto de lei ao poder legislativo Realização de audiência pública em referência ao projeto de lei
Econômico	Indefinição quanto à nova alíquota contributiva de 11%	Receita corrente líquida comprometida por conta dos desequilíbrios do RPPS	Separação das massas previdenciárias (Fundo Financeiro e Fundo Previdenciário)
Estratégia	Existência de atividades de assistência social e previdência	Modelo de outros entes federados	Segregação do órgão anterior por atividade e competência
Estrutura	Inadequada à atividade previdenciária	Ineficiência no atendimento dos aposentados e pensionistas	Projeto de nova estrutura de atendimento

Fonte: Adaptado de Pettigrew et al. (1987, 1988).

As organizações devem perceber, portanto, as mudanças ambientais, e utilizá-las como referencial para suas atividades. Para tanto, as organizações devem estar aptas a interpretar, reconhecer e renovar constantemente os requisitos de seu setor de atuação, sendo esse o ponto crucial de sua sobrevivência organizacional (CHILD e SMITH, 1987).

O cenário que as organizações públicas atuam, como é o caso da Previdência Municipal, é mais complexo devido às variáveis sociais e políticas, muito embora existam interações entre as áreas públicas e privadas (PETTIGREW et al., 1992; FERLIE et al., 1999).

Conteúdo

O conteúdo diz respeito às áreas particulares de transformação que estão sob análise (Pettigrew et al., 1992). Podem ser citados como exemplos de conteúdo a cultura da organização, a tecnologia, os serviços, área geográfica de atuação e o setor operacional.

De fato, a cultura da organização é conceituada, por alguns autores, como fator de influência para o êxito da organização. Para Robbins (1990, p. 46):

A cultura é definida como as atitudes, crenças e valores de uma sociedade. Estes incluem as diferenças psicológicas individuais, tais como traços de personalidade e, evidentemente, os diversos sistemas sociais, políticos educacionais da sociedade.

Leavitt (1986) compreende que a cultura organizacional é todo um conjunto de ações, crenças, valores e expectativas que denominam um grupo de pessoas.

No caso da reforma da previdência, buscou-se identificar as referidas áreas pelos poderes Executivo, Legislativo e membros, conforme demonstra o Quadro 3.

Quadro 3 Análise de conteúdo por área de atuação

Áreas de análise	Poder Executivo	Poder Legislativo	Membros
Cultura	Pública	Política	Pública
Tecnologia	Defasada	Defasada	—
Serviços oferecidos	Benefícios previdenciários	Análise de projeto de lei	Atendimento do público-alvo
Área geográfica	Manaus	Manaus	Manaus
Setor operacional	Previdência	Legislatura	—

Fonte: Adaptado de Pettigrew et al. (1987, 1988).

Formular o conteúdo de qualquer nova estratégia requer, inevitavelmente, a interdependência entre seu contexto e o processo (Pettigrew, 1987). Para Mintzberg (2006, p. 151):

Administrar estratégia hoje em dia freqüentemente é administrar mudança — reconhecer quando uma mudança de curso de natureza estratégica é possível, desejável e necessária e, então, agir —, possivelmente colocando em ação mecanismos para mudança contínua.

Processo

O processo de mudança diz respeito às ações, reações e interações entre as várias partes integrantes da organização — membros e *stakeholders* — e que estão interessadas na mudança em questão, conforme demonstra-se no Quadro 4 — Interação entre os processos de mudança.

No âmbito da pré-reforma do RPPS foram segregadas as áreas de análise pelos Poderes Municipais (executivo e legislativo), a fim de obter-se um melhor entendimento das interações.

Quadro 4 Interação entre os processos de mudança

Áreas de análise	Poder Executivo	Poder Legislativo	Membros
Ações	Elaboração do Projeto de Lei da Reforma da Previdência Municipal Assunção das atividades previdenciárias do município	Recebimento do projeto de lei pela Câmara Municipal de Manaus	Solicitação de audiência pública relativamente ao projeto de lei
Reações	Envio dos dados econômico-financeiros do RPPS	Realização de audiência pública em referência ao projeto de lei	Críticas quanto aos direitos adquiridos dos servidores públicos efetivos
Interações	Elaboração de emendas ao projeto de lei Incorporação das emendas aprovadas pelas comissões permanentes	Acompanhamento do projeto de lei nas comissões permanentes Análise de emendas ao projeto de lei pelas comissões permanentes	Solicitação de emendas ao projeto de lei Elaboração de projeto de responsabilidade social do novo órgão gestor

Fonte: Adaptado de Pettigrew et al. (1987, 1992).

De acordo com Pettigrew et al. (1992), a pesquisa sobre mudança deve envolver a interação contínua entre o contexto, o processo e o conteúdo da mudança, bem como a habilidade de equilibrá-los. O Quadro 5, a seguir, demonstra as interações existentes no instante pré-reforma na situação em análise.

Quadro 5 Interações entre contexto, processo e conteúdo

Ações/Eventos	Contexto	Conteúdo	Processo
Elaboração do Projeto de Lei da Reforma da Previdência Municipal Solicitação de audiência pública para a discussão do projeto de lei Críticas quanto aos direitos adquiridos dos servidores públicos efetivos Realização de audiência pública para discussão do projeto de lei	Indefinição quanto aos direitos adquiridos da massa previdenciária existente Existência de atividades de assistência social e da previdência Receita corrente líquida comprometida em face dos desequilíbrios do RPPS Poder legislativo (eminentemente de oposição)	Benefícios previdenciários Análise do projeto de lei Tecnologia defasada Cultura de serviço público	Elaboração do Projeto de Lei da Reforma da Previdência Municipal Assunção das atividades previdenciárias do município Solicitação de emendas ao projeto de lei Elaboração de projeto de responsabilidade social do novo órgão gestor

Fonte: Adaptado de Pettigrew et al. (1987, 1992).

Conclusão

A utilização de um modelo de paraadministração na Previdência Municipal introduz novos horizontes gerenciais na administração pública, em que o conceito de entidade paraadministrativa para operar no setor público traz consigo a necessidade de mudança no pensamento gerencial, no instante em que traz o contrato como ferramenta administrativa (FERLIE et al., 1999).

As relações longitudinais dispostas, no quadro V, demonstram as interações entre as áreas de análise do modelo, bem como a interdependência entre as ações/eventos. Como resultados dessas interações infere-se que, em mudanças organizacionais, o modelo contextualista facilita a compreensão e os resultados dos atores internos e externos envolvidos.

O cenário em que as organizações públicas atuam, como é o caso da Previdência Municipal, é mais complexo devido às variáveis sociopolíticas, como também o grande volume dos servidores ativos, inativos e pensionistas, cujos direitos devem ser preservados. Também é preciso entender que a organização não é uma série de unidades funcionais ou de negócios, mas um conjunto de processos inter-relacionados que criam valor (FERLIE, 2004).

E ainda, no caso das organizações públicas, o contexto externo — político — tem influência nas interações, cabendo ao administrador público a gestão do modelo, visando ao equilíbrio entre os vetores de atuação. A investigação destes, do processo no contexto determinado de mudanças, torna-se condição *sine qua non* para que a organização tenha êxito.

A busca pela identidade organizacional concebida nas três dimensões — foco central, diferencial da organização e percepção de seus membros —, inclusive quanto ao presente e passado dela (PETTIGREW et al., 2005a), é viabilizada quando da utilização do Modelo de Mudança Estratégica e Organizacional de Pettigrew, ora demonstrado no setor público.

O modelo contextualista instrumentaliza a gestão, permitindo ao gestor a busca do equilíbrio entre o contexto, o conteúdo e o processo de mudança, com a finalidade precípua de obter o menor impacto inflexivo possível em sua atuação.

Referências

- ALMEIDA, M. I. R. de; KRAMER, B. *Estratégia: direcionando negócios e organizações*. São Paulo: Atlas, 2005.
- BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRESSER PEREIRA, L. C. *Reforma do Estado para cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Brasília: ENAP, 1998.
- CHILD, J., SMITH, C. The Context and Process of Organizational Transformation. *Journal of Management Studies*, v. 24, n. 6, p. 565-596, 1987.
- GUSHIKEN, L. et al. *Regime próprio de previdência: como implementar? Uma visão prática e teórica*. Brasília: MPS, 2002. V. 17 (Coleção Previdência Social. Série Estudos.)

FERLIE, E.; ASBURNER, L.; FITZGERALD, L.; PETTIGREW, A. *A nova administração pública em ação*. Trad. Sara Rejane de Freitas Oliveira. Brasília: ENAP, 1999.

_____.; MCNULTY, T. Process Transformation: Limitations to Radical Organizational Change within Public Service Organizations. *Organizations Studies*, v. 25, n. 8, p. 1389-1412, 2004.

FISHER, R. M.; FLEURY, M. T. L. *A cultura e o poder das organizações*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

FURASTÉ, P. A. *Normas técnicas para o trabalho científico: elaboração e formatação*. 14. ed. Porto Alegre: Furasté, 2006.

LEAVITT, H. J. *Corporate Pathfinders*. Illinois: Dow Jones-Irwin, 1986.

MANAUS. Lei n. 870, de 21 de julho de 2005. *Diário Oficial do Município de Manaus*, 2005.

MINTZBERG, H. et al. *O processo da estratégia: conceitos, contextos e casos selecionados*. Trad. Luciana de Oliveira Rocha. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.

PETTIGREW, A. M. Context and Action in the Transformation of the Firm. *Journal of Management Studies*, v. 24, n. 6, p. 649-670, 1987.

_____. et al. Understanding change in the NHS. *Public Administration*, v. 66, p. 297-317, 1988.

_____. et al. Culture and Competitiveness: Evidence from Two Mature UK Industries. *Journal of Management Studies*, v. 26, n. 6, nov. 1989.

_____. et al. The Character and Significance of Strategy Process Research. *Strategic Management Journal*, v. 13, p. 5-16, 1992.

_____. et al. Studying Organizational Change and Development: Challenges for Future Research. *Academy of Management Journal*, v. 44, n. 4, p. 697-713, 2001.

_____. et al. Determinants of Organizational Flexibility: A Study in an Emerging Economy. *British Journal of Management*, v. 16, 2005a.

_____. et al. Studying Board Context, Process and Dynamics: Some Challenges for the Future. *British Journal of Management*, v. 16, p. S27-S38, 2005b.

ROBBINS, S. P. *O processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990.

TRIVIÑOS, A. N. S. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

VERGARA, S. C. *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

YIN, R. K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Trad. Daniel Grassi. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

Artigo 11

O SERVIDOR DE NOVO HAMBURGO E SEU SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL

*Eusébio Finkler¹
Vera Campagnoni²
Valnei Rodrigues³*

“A saúde é um processo dialético, biológico e social, produto da inter-relação do homem com o meio, influído pelos meios de produção e expressa-se por níveis de bem-estar físico, mental e social”.

Salvador Allende

Para a Organização Mundial de Saúde⁴, a subjetividade do sujeito é um aspecto que foi levado em consideração na elaboração do conceito de Qualidade de Vida. Por esta via, o termo qualidade de vida deve ser en-

¹ Eusébio Finkler, Funcionário Público Municipal; Assistente Social; Pós Graduado em Administração de Programas de Bem Estar Social; Diretor de Assistência a Saúde do Ipasem desde fevereiro de 2003.

² Valnei Rodrigues, Funcionário Público Municipal; Graduado em Gestão Pública; Estudante de Pós Graduação em Direito Previdenciário; Diretor de Administração do IPASEM; Presidente da AGIP — Associação Gaúcha de Instituições de Previdência.

³ Vera Lucia Machado Campagnoni, Funcionária Pública Municipal; Conselheira de Administração do Ipasem; Graduada em Enfermagem; Pós Graduada em Administração e serviços de enfermagem; Cursando a Pós graduação em Auditoria e pedagogia em Docência para Profissionais de Saúde; Membro do comite de ética do Centro Universitário FEEVALE

⁴ Relatório sobre a Saúde Mental no Mundo, 2001.

tendido a nível individual, pois quando se fala de subjetividade, fala-se daquilo que é particular para cada pessoa.

Assim sendo, podemos tomar como exemplo uma pessoa que gosta do contato com a natureza. Para ela, morar num sítio pode ser algo muito bom para a saúde física e mental, ao passo que outra, com espírito mais urbano, consideraria uma vida de qualidade morar no centro da cidade ou próximo a ele.

Cada um deve buscar para si uma vida de qualidade dentro da sua situação ou condição de vida. Mas isso não diz tudo, pois o conceito Qualidade de Vida é muito abrangente, ele vai da saúde à doença. Num quadro de doença é possível dispor de recursos que melhorem a qualidade de vida do doente.

No cotidiano, a qualidade de vida pode ser incrementada com hábitos saudáveis, como exercícios físicos, lazer, passatempos e relações afetivas que venham a se traduzir em bem estar, completando a saúde física e mental.

A pós-modernidade trouxe consigo muitos avanços, principalmente com relação às novas tecnologias ligadas a informática, genética e telecomunicações, causando uma verdadeira revolução tecnológica.

Como consequência, mudamos nossa forma de pensar o mundo, mudamos a maneira de nos comunicarmos, mudamos as relações de consumo e as relações com o outro.

Atualmente, existe uma rede de inter-relações, tanto na família quanto na sociedade, cada vez mais complexas e ao mesmo tempo bastante flexíveis, alterando nossos padrões de comportamento e de legitimidade do que é certo ou errado, não existindo mais verdades absolutas.

A partir deste cenário, é relevante a preocupação com o bem estar emocional das pessoas, com a capacidade de viver bem em grupo, de produzir e obter realização no trabalho, na escola e de ser feliz em família.

A constituição Federal do Brasil, aprovada em 1988, em seu artigo 40, possibilitou aos servidores públicos municipais a criação de regimes próprios de previdência.

A prefeitura e o sindicato dos servidores municipais, preocupados com a saúde dos servidores municipais, criaram o IPASEM — Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Públicos Municipais de Novo Hamburgo —, através da Lei Municipal nº. 154/92 de 24 de dezembro de

1992, que dispõe sobre o sistema de Seguridade Social dos Servidores Públicos do Município de Novo Hamburgo.

A finalidade da criação do Instituto foi de proporcionar um espaço de escuta, atendimento e, conseqüentemente, prevenção as doenças, visando o bem estar e o aumento da auto-estima e da qualidade de vida dos servidores públicos e seus dependentes. Acredita-se que, desta forma, melhora-se também a produtividade e a qualidade no trabalho.

O Instituto é um órgão de administração indireta, com personalidade jurídica de natureza autárquica, com autonomia administrativa, patrimonial e financeira, tendo como objetivo principal a realização das operações de seguridade social dos servidores e seus dependentes, no campo previdenciário e assistencial, dentro das prescrições previstas nos dispositivos legais.

Autogestão de Saúde

O Instituto adotou a autogestão no sistema de saúde, que é definida como: um sistema fechado de assistência à saúde, sem fins lucrativos, não comercializável no mercado, destinado exclusivamente a uma população definida como beneficiários, vinculado a instituição pública que administra o sistema de saúde de forma direta, por meio de recursos assistenciais próprios e credenciados, cujas características do modelo assistencial são específicas e definidas pelo Conselho de Administração.

A busca por novas formas de atendimento e prestação de serviços na área da saúde, tornou-se cada vez mais freqüente pelas instituições públicas, preocupadas com o bem estar de seus segurados e dependentes e, uma das formas de atender a essa política com custos viáveis é a autogestão de saúde, que consiste na elaboração de um plano de saúde próprio e sob medida, gerenciado pelo Instituto.

O Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de Novo Hamburgo — IPASEM/NH optou pela autogestão de saúde, que estabeleceu e definiu, conforme as necessidades de seus segurados, qual a melhor forma de credenciar hospitais, médicos e suas especialidades, além de abrangências de cobertura, limites de utilização, períodos de carência, co-participação financeira, que cabe a cada uma das partes (Prefeitura Municipal de NH e Segurados), bem compreendidos através da

Lei nº 154/92, que definiu o percentual, conforme a renda, através do plano de custeio solidário para melhor cuidar da saúde de seus segurados e dependentes.

Por meio do programa de autogestão de saúde, o Instituto possibilitou maior qualidade no atendimento, pois seu objetivo maior é a saúde dos segurados e dependentes. O que nos planos comuns não acontece, pois estes vislumbram o lucro.

A autogestão em saúde se destaca pela melhor relação custo/benefício, pois sua cobertura e abrangência obedecem o que de melhor o Instituto tem a oferecer, e não o que os planos comuns têm a oferecer, ou seja, somente o lucro. Para o Instituto, o lucro está na satisfação dos segurados.

O plano de assistência dentro de sua própria casa, com relacionamento direto entre segurado, Instituto e empresas credenciadas, se reflete positivamente no ânimo e na tranquilidade dos segurados e dependentes, além de beneficiar a imagem institucional da qual fazemos parte.

O comando do processo, desde a definição das políticas e das linhas de condução, até o controle direto dos custos, estão nas mãos dos próprios segurados que têm representação na direção do Instituto, além de acesso a todos os dados e estatísticas, ambos necessários para tomadas de decisões. O sistema é flexível, permitindo alterações ou mudanças a qualquer tempo.

A autogestão em saúde é indicada para Instituições e empresas de pelo menos 1.500 segurados, (em nosso caso 9.000), e quanto maior o número de vidas beneficiadas, melhor será o desempenho sob ponto de vista ATUARIAL.

O maior benefício de se ter um sistema de saúde de autogestão, com o objetivo de atender ao servidor público, é o de respeitar as suas individualidades e especificidades que só o serviço público têm.

A Assistência Como Ferramenta de Gestão da Previdência

A preocupação com a saúde dos servidores públicos é algo de muita relevância nos dias de hoje. Temos um grande diferencial dos demais planos de saúde: a ligação direta com a previdência, o que nos leva a

pensar e agir, afim de termos um sistema de seguridade social eficaz, e com possibilidades de diminuir sensivelmente o auxílio — doença e grande parte das aposentadorias precoces por invalidez.

Com este sistema o Instituto tem a vantagem de usar os espaços para qualificar o atendimento à saúde do servidor permitindo a criação de diretrizes/protocolos médicos, enfermagem, e administrativos, que consideramos importantes, pois trata-se de iniciativas, colaborativas e multidisciplinares, que melhoram a qualidade do atendimento prestado ao servidor e seus dependentes.

A finalidade do sistema é de padronizar condutas que irão nortear o atendimento das equipes, pois reúne todas as informações sobre cada setor, principalmente, da equipe médica e de enfermagem. As informações das doenças são baseadas em pequenas evidências clínicas; o profissional pode identificar e tratar rapidamente, sendo possível perceber os riscos de agravos para o paciente.

Por se tratar de um instrumento elaborado por uma equipe Multidisciplinar, a comunicação é mais eficaz: as emergências são resolvidas rapidamente, há redução do número de internações desnecessárias, além de segurança para o profissional na hora do atendimento. Esta implantação é feita gradativamente pela equipe responsável, através de distribuição de materiais com informações sobre o atendimento e treinamento aos envolvidos, ressaltando, sempre, que o foco é o atendimento humano ao servidor público e seus dependentes.

Considerando que os protocolos são estratégias de fortalecimento das melhores práticas assistenciais e representam um grande esforço institucional, pois interagem com várias equipes, utilizamos alguns indicadores para atingir as metas desejadas. São eles:

- Porcentagem de reinternações;
- Diagnósticos mais frequentes;
- Envolvimento da Instituição
- Capacitação e motivação das equipes.

O Instituto de assistência e previdência sempre está a procura de melhores formas de atender e resolver os problemas apresentados pelos nossos segurados e, para tanto, não mede esforços para atingir suas metas: qualidade e resolutividade no atendimento de seus segurados.

Artigo 12

A CONTABILIDADE DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Diana Vaz de Lima¹

A Contabilidade dos Regimes Próprios de Previdência Social É Diferente da Praticada Pelos Entes Públicos Brasileiros?

A Portaria n. 916/03, publicada pelo Ministério da Previdência Social, suscitou muitas dúvidas nos gestores públicos e nos profissionais contábeis à frente das unidades gestoras do RPPS: Em que as novas regras contábeis eram diferentes da rotina já incorporada ao dia-a-dia dos entes públicos brasileiros? Sem a adequação exigida pela nova Portaria, eles perderiam o Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP)?

Basicamente, a Portaria MPS n. 916/03 guarda o fundamento legal da Contabilidade Pública brasileira, que se encontra estruturado em três pilares: a Lei n. 4.320/64, a Lei Complementar n. 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), e as portarias e instruções normativas expedidas pela Secretaria do Tesouro Nacional. A Portaria MPS n. 916/03 observa também o disposto nos Princípios Fundamentais de Contabilidade, que representam a essência das doutrinas e teorias relativas à Ciência da Contabilidade, bem como a própria regulamentação do Ministério da

¹ Professora de Contabilidade Pública da Universidade de Brasília. Responsável técnica pela elaboração da Portaria MPS n. 916/03 e suas atualizações. Autora do livro *Contabilidade aplicada aos regimes próprios de Previdência Social*, publicado pelo Ministério da Previdência Social.

Previdência Social, como a Lei n. 9.717/98 e a Portaria n. 4.992/99 e suas respectivas atualizações.

A conjugação desse arcabouço legal acabou por demandar a implementação de procedimentos contábeis até então pouco usuais na Administração Pública brasileira — como a constituição de provisões atuariais, a atualização da carteira de investimentos a valor de mercado, a avaliação e reavaliação de bens e direitos, e o registro das depreciações e amortizações —, mas que são inerentes ao desempenho das funções do contabilista, devendo, portanto, esses profissionais, trazer em sua formação tais conhecimentos. Há que se ter em mente que a normalização contábil aplicada ao RPPS tem como objetivo a uniformização dos registros contábeis, o conhecimento de sua situação econômica, patrimonial, orçamentária e financeira, e a extração de relatórios gerenciais para a avaliação de sua gestão.

Portanto, para atender às exigências do MPS e à rotina contábil dos entes públicos brasileiros, devem ser agregados procedimentos contábeis que possibilitem o conhecimento e o acompanhamento da evolução patrimonial, permitindo assim que, no processo decisório, seja considerada a real situação patrimonial da unidade gestora do RPPS. Tem-se, também, que a não observância das exigências trazidas pela legislação previdenciária acarreta a indesejada suspensão do CRP.

O Que é CRP?

O Certificado de Regularidade Previdenciária é o documento que atesta a regularidade do RPPS quanto à adequada aplicação dos recursos previdenciários e é exigido, entre outras situações, para a realização de transferências voluntárias de recursos da União, celebração de acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como para o recebimento de empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração Direta e Indireta da União. A suspensão do CRP representa um ônus enorme, notadamente para os municípios brasileiros. A legislação ainda traz que o servidor público que praticar ato de inobservância com relação ao CRP responderá civil, penal e administrativamente nos termos da Lei.

O Que Vem a Ser Unidade Gestora do RPPS?

É a entidade responsável pela gestão dos recursos do RPPS, constituída sob a forma de fundo, autarquia ou fundação que administra, entre outros serviços, o pagamento dos benefícios previdenciários e a gestão da carteira de investimentos do RPPS.

Como Se Adaptar às Novas Mudanças?

Via de regra, os procedimentos contábeis exigidos da unidade gestora dos RPPS são semelhantes aos já praticados pelo ente governamental que o instituiu, sendo incorporados, ainda, outros procedimentos contábeis que permitam contribuir efetivamente para o processo decisório e fortalecer a evidenciação das informações de natureza contábil, entre os quais uma nova planificação contábil, o registro da provisão matemática previdenciária e a contabilização da carteira de investimentos a valor de mercado. O Ministério da Previdência Social disponibilizou gratuitamente em seu site a edição revisada e atualizada do livro *Contabilidade aplicada aos regimes próprios de Previdência Social*, obra que esclarece as tipicidades desses registros.

Qual a Estrutura do Plano de Contas do RPPS?

O Plano de Contas do RPPS foi elaborado seguindo a mesma codificação e nomenclatura do Plano de Contas da Administração Pública Federal, com a seleção e a inclusão de contas voltadas para a contabilização dos atos e fatos administrativos dos RPPS (Quadro 1):

Quadro 1 Plano de contas do RPPS

1		ATIVO	2		PASSIVO
	1.1	ATIVO CIRCULANTE		2.1	PASSIVO CIRCULANTE
		1.1.1 Disponível			2.1.1 Depósitos
		1.1.2 Créditos em Circulação			2.1.2 Obrigações em Circulação
		1.1.3 Bens e Valores em Circulação			
		1.1.4 Valores Pendentes a Curto Prazo			
		1.1.5 Investimentos dos RPPS			
		1.1.6 Dívida Ativa			
	1.2	ATIVO REALIZÁVEL A LONGO PRAZO		2.2	PASSIVO EXIGÍVEL A LONGO PRAZO
		1.2.1 Depósitos Realizáveis a Longo Prazo			2.2.1 Depósitos Exigíveis a Longo Prazo
		1.2.2 Créditos Realizáveis a Longo prazo			2.2.2 Obrigações Exigíveis a Longo Prazo
	1.4	ATIVO PERMANENTE		2.4	PATRIMÔNIO LÍQUIDO (SALDO PATRIMONIAL)
		1.4.2 Imobilizado			2.4.1 Patrimônio
					2.4.2 Reservas
					2.4.3 Lucros ou Prejuízos Acumulados
	1.9	ATIVO COMPENSADO		2.9	PASSIVO COMPENSADO
		1.9.1 Execução Orçamentária da Receita			2.9.1 Previsão Orçamentária da Receita
		1.9.2 Fixação Orçamentária da Despesa			2.9.2 Execução Orçamentária da Despesa
		1.9.3 Execução da Programação Financeira			2.9.3 Execução da Programação Financeira
		1.9.4 Despesas e Dívidas dos Estados e Municípios			2.9.4 Despesas e Dívidas dos Estados e Municípios

(continua...)

		1.9.5 Execução de Restos a Pagar			2.9.5 Execução de Restos a Pagar
		1.9.9 Compensações Ativas Diversas		2.9	Compensações Passivas Diversas
3		DESPESA	4		RECEITA
	3.3	DESPESAS CORRENTES		4.1	RECEITAS CORRENTES
		3.3.1 Pessoal e Encargos Sociais			4.1.2 Receita de Contribuições
		3.3.3 Outras Despesas Correntes			4.1.3 Receita Patrimonial
					4.1.6 Receita de Serviços
					4.1.9 Outras Receitas Correntes
	3.4	DESPESAS DE CAPITAL		4.2	RECEITAS DE CAPITAL
		3.4.4 Investimentos			4.2.2 Alienação de Bens
		3.4.5 Inversões Financeiras			4.2.3 Amortização de Empréstimos
					4.2.5 Outras Receitas de Capital
				4.7	RECEITAS CORRENTES INTRA-ORÇAMENTÁRIAS
					4.7.2 Contribuições Sociais Intra-Orçamentárias
					4.7.3 Receita Patrimonial Intra-Orçamentária
					4.7.9 Outras Receitas Correntes Intra-Orçamentárias
				4.8	RECEITAS DE CAPITAL INTRA-ORÇAMENTÁRIAS
					4.8.2 Alienação de Bens
					4.8.3 Amortização de Empréstimos
				4.8.5	Outras Receitas de Capital

(continua...)

				4.9	DEDUÇÕES DA RECEITA
5		RESULTADO DIMINUTIVO DO EXERCÍCIO	6		RESULTADO AUMENTATIVO DO EXERCÍCIO
	5.1	RESULTADO ORÇAMENTÁRIO		6.1	RESULTADO ORÇAMENTÁRIO
		5.1.3 Mutações Passivas			6.1.2 Interferências Ativas
					6.1.3 Mutações Ativas
	5.2	RESULTADO EXTRAORÇAMENTÁRIO		6.2	RESULTADO EXTRAORÇAMENTÁRIO
		5.2.2 Interferências Passivas			6.2.2 Interferências Ativas
		5.2.3 Decréscimos Patrimoniais			6.2.3 Acréscimos Patrimoniais
				6.3	RESULTADO APURADO
					6.3.1 Resultado do Exercício

A nova estrutura trouxe, pois, códigos, nomenclaturas e contas diferentes das já utilizadas pelos profissionais da área. Apesar de a nova planificação contábil estar restrita à unidade gestora do RPPS, o resultado foi que tanta mudança acabou por exigir um novo sistema informatizado no âmbito do ente público, em função da necessidade de, a cada exercício, as informações serem consolidadas.

Esse movimento fez com que boa parte dos municípios brasileiros buscasse padronizar seu plano de contas na mesma linha, incentivado em determinados pontos do país pelos próprios Tribunais de Contas Estaduais e Municipais. A boa notícia é que as mudanças introduzidas pelo Plano de Contas do RPPS fazem parte de um projeto coordenado pela STN para a instituição de um Plano de Contas Único Nacional, que deve entrar em vigor para aplicação facultativa em 2009 e obrigatória em 2010.

Quais as Informações Contempladas na Avaliação Atuarial?

De acordo com a legislação previdenciária, o ente estatal e os servidores respondem solidariamente pela manutenção do equilíbrio financeiro e

atuarial do sistema, devendo a contribuição do ente estatal ser, no máximo, equivalente ao dobro da contribuição do segurado ativo.² A garantia de que os servidores pagarão suas contribuições é a mesma de que receberão seus proventos de aposentadoria. Assim, resta a necessidade de estabelecimento de condições para que o ente estatal honre seus compromissos futuros com o sistema previdenciário, de modo que sejam garantidos o equilíbrio financeiro e atuarial.

Nesse sentido, é feito um estudo técnico para avaliar o plano de custeio do RPPS para que este se mantenha equilibrado — e para que seja garantida a continuidade do pagamento dos benefícios por ele cobertos, denominado *avaliação atuarial*. A legislação previdenciária estabelece que o levantamento da avaliação atuarial deve observar o prazo da Lei das Diretrizes Orçamentárias ou o prazo exigido pelo MPS para o encaminhamento do Demonstrativo de Resultados da Avaliação Atuarial (DRAA) — este, o menor dos dois.

O Que É Equilíbrio Financeiro e Atuarial?

Segundo a Nota Técnica n. 17/99, expedida pela Secretaria de Políticas de Previdência Social, o *equilíbrio financeiro* é atingido quando o que se arrecada dos participantes do sistema previdenciário é suficiente para custear os benefícios por ele assegurados. Já o *equilíbrio atuarial* é alcançado quando o equilíbrio financeiro é mantido durante todo o período de existência do regime, devendo as alíquotas de contribuição do sistema ser definidas a partir do cálculo atuarial que leve em consideração uma série de critérios, como a expectativa de vida dos segurados e o valor dos benefícios que serão pagos.

Como Contabilizar a Provisão Matemática Previdenciária?

De posse dos dados da avaliação atuarial, deve ser feito o registro contábil da provisão matemática previdenciária, que representa as contribuições previdenciárias que em anos anteriores não foram vertidas para assegurar o pagamento dos benefícios previdenciários, cujos valores devem ser

² Lei n. 10.887/04.

provisionados pela unidade gestora do RPPS para que seja possível honrar os compromissos sob sua responsabilidade. Trata-se, portanto, de valores gerados seja porque não houve a devida cobrança proporcional ao benefício assegurado, seja pelo uso desses recursos em outros compromissos que não os previdenciários.

Normalmente, o parecer atuarial traz em destaque um quadro com os valores que sustentarão o registro contábil da provisão matemática previdenciária, sendo recomendável, para tornar o registro contábil factível, a segregação das informações de natureza atuarial nos seguintes grupos de contas, conforme disposto no plano de contas dos RPPS (Quadro 2):

Quadro 2 Resumo da avaliação atuarial

INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA MODELO ANO 1		
CÓDIGO	TÍTULO	VALORES
1.1.5.0.0.00.00	RESERVAS TÉCNICAS (CARTEIRA DE INVESTIMENTOS)	1.200.000,00
2.2.2.5.0.00.00	PROVISÕES MATEMÁTICAS PREVIDENCIÁRIAS	1.800.000,00
2.2.2.5.1.00.00	PROVISÕES PARA BENEFÍCIOS CONCEDIDOS	800.000,00
2.2.2.5.1.01.00	Aposentadorias e Pensões	2.800.000,00
2.2.2.5.1.02.00	Contribuições do Ente	(1.200.000,00)
2.2.2.5.1.03.01	Contribuições dos Servidores Ativos	(800.000,00)
2.2.2.5.1.03.02	Contribuições dos Servidores Inativos	0,00
2.2.2.5.1.04.00	Contribuições dos Pensionistas	0,00
2.2.2.5.2.00.00	PROVISÕES PARA BENEFÍCIOS A CONCEDER	1.000.000,00
2.2.2.5.2.01.00	Aposentadorias e Pensões para a Geração Atual	4.500.000,00
2.2.2.5.2.02.00	Contribuições do Ente para a Geração Atual	(2.000.000,00)
2.2.2.5.2.03.01	Contribuições dos Servidores Ativos para a Geração Atual	(1.200.000,00)
2.2.2.5.2.03.02	Contribuições dos Servidores Inativos para a Geração Atual	(300.000,00)
2.2.2.5.2.04.00	Contribuições dos Pensionistas para a Geração Atual	0,00
2.2.2.5.2.05.00	Aposentadorias e Pensões para a Geração Futura	0,00
2.2.2.5.2.06.00	Contribuições do Ente para a Geração Futura	0,00
2.2.2.5.2.07.01	Contribuições dos Servidores Ativos para a Geração Futura	0,00
2.2.2.5.2.07.02	Contribuições dos Servidores Inativos para a Geração Futura	0,00
2.2.2.5.2.08.00	Contribuições dos Pensionistas para a Geração Futura	0,00
2.2.2.5.3.00.00	PROVISÕES AMORTIZADAS (REDUTORA)	0,00
2.2.2.5.3.01.00	Serviço Passado Déficit Equacionado	0,00
2.2.2.5.3.02.00		0,00
2.2.2.5.9.00.00	PROVISÕES ATUARIAIS PARA JUSTES DO PLANO	0,00
DÉFICIT ATUARIAL		600.000,00

O registro da provisão matemática previdenciária se faz necessário porque, desde o primeiro dia que o segurado-servidor passa a contribuir para o seu plano de previdência, a entidade previdenciária tem o compromisso de arcar com a cobertura dos seus benefícios, ainda que na forma de compensação previdenciária (no caso de o servidor migrar para o regime geral). Ou seja, a provisão matemática sempre será constituída enquanto forem mantidas ou houver adesões ao RPPS.

Mesmo sendo contabilizado pelo seu valor líquido, já que na avaliação atuarial são projetados todos os benefícios a ser pagos, deduzidos das contribuições que suportarão o seu pagamento, o registro inicial da provisão matemática previdenciária provocará um forte impacto negativo na apuração do resultado do exercício, pois neste momento será reconhecida pela primeira vez a dívida previdenciária líquida do ente público com os servidores-segurados do RPPS (Figura 1):



Figura 1 Impacto do Registro da Avaliação Atuarial na Situação Patrimonial do RPPS

Contudo, a atualização anual do valor registrado na conta de provisão matemática previdenciária, que refletirá as avaliações atuariais ano a ano, causará um impacto muito menor nos anos seguintes, podendo até mesmo provocar um efeito positivo, já que as provisões constituídas podem ter valores registrados acima da necessidade apurada na avaliação atuarial.

Ressalte-se que, no RPPS, o registro da provisão matemática previdenciária permite que os gestores públicos tenham conhecimento da situação previdenciária local, e que as “sobras” (disponibilidade de recursos) decorrentes da arrecadação de contribuições *versus* pagamen-

to de benefícios são capitalizadas pelo próprio ente público, a fim de garantir o pagamento dos benefícios futuros, diferentemente do que acontece no Regime Geral de Previdência Social.

Como Elaborar o Orçamento do RPPS?

As unidades gestoras do RPPS devem observar, na elaboração de seus orçamentos, as mesmas regras aplicáveis a qualquer outra entidade pública, ressaltando-se pequenas peculiaridades em função de seu objeto social, que é assegurar, ao longo dos anos, o pagamento dos benefícios aos seus assegurados.

Uma dessas peculiaridades é a constituição da Reserva do RPPS. Em função das características que cercam a gestão do RPPS, é fato comum no momento de sua instituição, a receita estimada para pagamento de benefícios previdenciários ser superior à despesa fixada, situação que tende a se inverter ao longo dos anos, conforme a unidade gestora vai honrando os compromissos sob sua responsabilidade. A contribuição do servidor, portanto, pode ser entendida como uma poupança da qual ele, servidor, se beneficiará ao se aposentar — ou seja, os recursos arrecadados serão destinados à formação de ativos para pagamento de aposentadorias e pensões futuras. Ressalte-se que, se todo valor arrecadado fosse suficiente para suportar todas as despesas do exercício, jamais haveria necessidade de formação desse “fundo”.

Dessa forma, a parcela dos ingressos previstos que ultrapassar as despesas fixadas comporá um superávit orçamentário inicial, denominado Reserva do RPPS, destinado a garantir desembolsos futuros do RPPS do respectivo ente. Esse superávit representará a fração de ingressos que serão recebidos sem a expectativa de realização da despesa no ano corrente, que será reserva orçamentária do exercício para suportar déficits futuros, nos quais as receitas previstas serão menores que as despesas em cada exercício.

O tratamento da reserva orçamentária do RPPS segue os mesmos fundamentos da reserva administrativa, ou seja, para que seja possível seu uso ao longo dos anos, deve-se observar o equilíbrio orçamentário da previsão e da dotação representados no Balanço Orçamentário, sendo necessária a inclusão do superávit financeiro “previdenciário” do exercício anterior para justificar o suporte financeiro a uma parcela dos crédi-

tos adicionais quando estes se fizerem necessários (pagamento de benefícios maior que as receitas provenientes de contribuições).

É importante ressaltar que, no orçamento consolidado do ente público, deverá ser apresentada nota explicativa específica quanto à reserva orçamentária do RPPS, nota essa que *não* poderá ser utilizada para custear outras despesas que não o pagamento de benefícios previdenciários, pois se trata de propriedade dos servidores vinculados ao seu RPPS. Caso se concretize que a execução da receita previdenciária seja maior que a execução da despesa previdenciária, esse superávit financeiro “previdenciário” será incluído na previsão da receita do próximo exercício, permitindo assim a abertura dos créditos adicionais quando estes forem necessários (pagamento de benefícios maior que as receitas provenientes de contribuições).

Carteira de Investimentos dos RPPS

Os RPPS deverão aplicar as disponibilidades de seus recursos em três modalidades de investimentos: renda fixa, renda variável e imóveis. Os recursos auferidos com a carteira de investimentos dos RPPS têm como destinação garantir a manutenção do regime, pois, havendo necessidade, devem ser transferidos para as atividades previdenciárias (pagamento de benefícios).

A legislação previdenciária estabelece que a carteira de investimentos dos RPPS deverá receber tratamento apenas financeiro e refletir seu respectivo valor de mercado, o que faz com que a aplicação não seja tratada como despesa pública e a sua valorização seja registrada como receita no momento do fato gerador (regime de competência), diferentemente da prática contábil aplicada aos demais investimentos efetuados pelo ente público, que devem ser precedidos de autorização legislativa e ser tratados como despesa pública.

Recentemente, o MPS passou a exigir que os responsáveis pela gestão dos RPPS deverão comprovar a elaboração da política de investimentos dos recursos dos RPPS mediante o envio, por via eletrônica, do demonstrativo “Política de Investimentos” à Secretaria de Políticas de Previdência Social (SPS) até 31 de dezembro de cada exercício em relação ao exercício seguinte.

Outra exigência é que os municípios deverão comprovar à SPS que o responsável pela gestão dos recursos do RPPS foi aprovado em exame de certificação organizado por entidade de reconhecida capacidade técnica no mercado brasileiro de capitais, no prazo de até 30 de junho de 2009 (para os municípios detentores de carteira de investimentos superior a 10 milhões de reais) ou 31 de dezembro de 2009 (para os municípios detentores de carteira de investimentos abaixo desse valor). Os entes públicos que não sejam detentores de recursos vinculados ao RPPS estarão dispensados dessa exigência.

A portaria ainda estabelece que o responsável pela gestão dos recursos do RPPS deverá ser pessoa física vinculada ao ente federativo ou à unidade gestora do RPPS como servidor titular de cargo efetivo ou de livre nomeação e exoneração, e apresentar-se formalmente designado para a função por ato de autoridade competente. Ou seja, mesmo que a gestão da carteira esteja terceirizada para instituições financeiras, por exemplo, deverá ser designado formalmente um responsável no Município, devidamente certificado, que responda pela gestão da carteira.

Para atender à exigência da portaria quanto à certificação, os gestores municipais deverão ser capacitados e se submeter à realização de exame pela Associação Nacional dos Bancos de Desenvolvimento (ANBID) ou Associação Nacional das Corretoras (ANCOR).

O Que É a Taxa de Administração?

É o limite de gastos que a unidade gestora do RPPS tem para custear as despesas correntes (pessoal, material, serviços, etc) e de capital (bens) necessárias à sua organização e funcionamento. Esse valor é limitado a 2% da folha bruta de todos os servidores do ente público que estejam vinculados ao regime próprio. Por exemplo, se a folha bruta apresentar um montante de 6 milhões de reais, a taxa de administração dessa unidade gestora será de 120 mil reais anuais, ou 10 mil reais mensais.

A legislação previdenciária ainda permite a constituição de reservas administrativas com eventuais “sobras” da taxa de administração, desde que a legislação defina expressamente o percentual de gastos permitidos (e não até o limite de gastos). Na prática, a reserva administrativa receberá o mesmo tratamento contábil da despesa contemplada pela taxa de administração do exercício, e só poderá ser utilizada nas mesmas despesas já contempladas pela taxa de administração corrente.

Demonstrativos Contábeis

Desde 30 de abril de 2008, as unidades gestoras do RPPS estão obrigadas, para fins de emissão do CRP, a encaminhar para o Ministério da Previdência Social as demonstrações contábeis referentes ao exercício financeiro de 2007.

Essas demonstrações contábeis são basicamente as mesmas exigidas pela Lei n. 4.320/96 e encaminhadas ao Tribunal de Contas anualmente: Balanço Orçamentário, Balanço Financeiro, Demonstração das Variações Patrimoniais e Balanço Patrimonial (Quadros 3, 4, 5 e 6):

Quadro 3 Balanço orçamentário do RPPS

Anexo III da Portaria MPS n. 916/03

R\$ milhares

< ESFERA DE GOVERNO > BALANÇO ORÇAMENTÁRIO < PERÍODO DE REFERÊNCIA >							
RECEITA				DESPESA			
Titulos	Previsão	Execução	Diferença	Titulos	Fixação	Execução	Diferença
RECEITAS CORRENTES • Contribuições Previdenciárias • Remuneração dos Investimentos RPPS • Multas e Juros de Mora de Contribuições • Compensação entre RGPS e RPPS RECEITAS DE CAPITAL ... RECEITAS CORRENTES INTRA-ORÇAMENTÁRIAS • Contribuições Previdenciárias • Multas e Juros de Mora de Contribuições RECEITAS DE CAPITAL INTRA-ORÇAMENTÁRIAS ...				CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS E ADICIONAIS • Contribuição Patronal para o RPPS • Compensação entre RPPS e RGPS • Aposentadorias e Reformas • Pensões • Despesas Administrativas			
MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS • Repasse para Cobertura de Déficit • Repasse para pagamentos de responsabilidade da fonte tesouro • Outros Aportes ao RPPS							
Subtotal				Subtotal			
				Reserva do RPPS			
SOMA				SOMA			
Déficit				Superávit			
TOTAL				TOTAL			

Quadro 4 Balanço financeiro do RPPS

Anexo III da Portaria MPS n. 916/03

R\$ milhares

<ESFERA DE GOVERNO> BALANÇO FINANCEIRO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL <PERÍODO DE REFERÊNCIA>			
Receita		Despesa	
Titulos	R\$	Titulos	R\$
RECEITAS CORRENTES • Contribuições Previdenciárias • Remuneração dos Investimentos RPPS • Multas e Juros de Mora de Contribuições • Compensação entre RGPS e RPPS RECEITAS DE CAPITAL ... RECEITAS CORRENTES INTRA-ORÇAMENTÁRIAS • Contribuições Previdenciárias • Multas e Juros de Mora de Contribuições RECEITAS DE CAPITAL INTRA-ORÇAMENTÁRIAS ... EXTRA-ORÇAMENTÁRIA • Repasse para Cobertura de Déficit • Repasse para pagamentos de responsabilidade da fonte tesouro Outras Interferências Ativas Restos a Pagar (*) Serviço da Dívida a Pagar (**) Depósitos Outras Operações		ORÇAMENTÁRIA Despesas Orçamentárias Despesas Correntes ... • Contribuição Patronal para o RPPS • Compensação entre RPPS e RGPS • Aposentadorias e Reformas • Pensões Despesas de Capital ... EXTRA-ORÇAMENTÁRIA Interferências Passivas Restos a Pagar (***) Serviço da Dívida a Pagar (****) Depósitos Outras Operações	
SALDO DO EXERCÍCIO ANTERIOR DISPONÍVEL Caixa Bancos • Investimentos dos RPPS • Investimentos taxa de adm do RPPS		SALDO P/ EXERCÍCIO SEGUINTE DISPONÍVEL Caixa Bancos • Investimentos dos RPPS • Investimentos taxa de adm do RPPS	
TOTAL		TOTAL	

Quadro 5 Demonstração das variações patrimoniais do RPPS

Anexo III da Portaria MPS n. 916/03

R\$ milhares

<ESFERA DE GOVERNO> DEMONSTRAÇÃO DAS VARIAÇÕES PATRIMONIAIS DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL <PERÍODO DE REFERÊNCIA>							
VARIAÇÕES ATIVAS				VARIAÇÕES PASSIVAS			
<i>Titulos</i>	R\$	R\$	R\$	<i>Titulos</i>	R\$	R\$	R\$
RESULTANTES DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA							
RECEITAS CORRENTES • Contribuições Previdenciárias • Remuneração dos Investimentos RPPS • Multas e Juros de Mora de Contribuições • Compensação entre RGPS e RPPS RECEITAS DE CAPITAL ... RECEITAS CORRENTES INTRA-ORÇAMENTÁRIAS • Contribuições Previdenciárias • Multas e Juros de Mora de Contribuições RECEITAS DE CAPITAL INTRA-ORÇAMENTÁRIAS ... INTERFERÊNCIAS ATIVAS • Repasse para Cobertura de Déficit • Repasse para pagamentos de responsabilidade da fonte tesouro				Despesas Orçamentárias Despesas Correntes ... • Contribuição Patronal para o RPPS • Compensação entre RPPS e RGPS • Aposentadorias e Reformas • Pensões Despesas de Capital ...			
MUTAÇÕES PATRIMONIAIS							
Mutações Ativas ...				Mutações Passivas ...			
INDEPENDENTES DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA							
Interferências Ativas ... Acréscimos Patrimoniais • Valorização de títulos e valores do RPPS • Reversão de depreciação • Reversão de Provisões matemáticas previdenciárias • Reversão de Provisões para perdas em investimentos • Reversão Provisões para perdas de investimentos com a taxa de administração ...				Interferências Passivas ... Decréscimos Patrimoniais • Desvalorização de títulos e valores do RPPS • Depreciações • Provisões matemáticas previdenciárias • Provisões para perdas em investimentos • Provisões para perdas de investimentos com a taxa de administração ...			
Total das Variações Ativas				Total das Variações Passivas			
Resultado Patrimonial (DÉFICIT)				Resultado Patrimonial (Superavit)			
TOTAL GERAL				TOTAL GERAL			

Quadro 6 Balanço patrimonial do RPPS

Anexo III da Portaria MPS n. 916/03

R\$ milhares

<ESFERA DE GOVERNO> BALANÇO PATRIMONIAL DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL <PERÍODO DE REFERÊNCIA>	
ATIVO	PASSIVO
ATIVO FINANCEIRO ... Recusos da Taxa de Administração Investimentos dos Regimes Próprios de Previdência Investimentos com a Taxa de Administração do RPPS Provisão para Perdas em Investimentos (reduzora) ... ATIVO PERMANENTE ... Depreciações, amortizações e exaustões (reduzora) ATIVO REAL (FINANCEIRO + PERMANENTE) ATIVO COMPENSADO ...	PASSIVO FINANCEIRO ... PASSIVO PERMANENTE ... Provisões Matemáticas Previdenciárias ... PASSIVO REAL (FINANCEIRO + PERMANENTE) SALDO PATRIMONIAL ... Reservas Técnicas ... Déficit ou Superavit Acumulado PASSIVO COMPENSADO ...
TOTAL DO ATIVO	TOTAL DO PASSIVO

Como se pode observar, a diferença é que nas Demonstrações Contábeis dos RPPS estão contempladas contas que permitem evidenciar os procedimentos contábeis específicos dos RPPS, trazendo basicamente a mesma estrutura já observada pelos entes públicos brasileiros quando da elaboração de suas demonstrações contábeis.

Até que seja disponibilizada ferramenta própria no site do Ministério da Previdência Social para captura de dados, o ente público deverá encaminhar todos os anos à Coordenação-Geral de Auditoria, Atuária, Contabilidade e Investimentos do MPS, as demonstrações contábeis devidamente canceladas pelas autoridades do ente público. Essas demonstrações deverão ser escaneadas (digitalizados) e enviadas para o endereço eletrônico cgaai.contabilidade@previdencia.gov.br.

Artigo 13

SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA

Paulo Ricardo Di Blasi¹

O sistema previdenciário brasileiro está constitucionalmente delineado de forma clara em três “subsistemas previdenciários”: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), basicamente destinado ao trabalhador da iniciativa privada e gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); os Regimes Próprios de Previdência dos Servidores Públicos, administrados pelos Entes Públicos, aos quais estão vinculados sob o regime estatutário; e o Regime de Previdência Complementar, de natureza supletiva e facultativa, organizado de forma autônoma em relação ao RGPS/RPPS e fundamentado na constituição de reservas que garantam o pagamento do benefício futuro.

Pois bem, para construir um sistema previdenciário financeiramente sustentável a longo prazo, é importante a definição do regime financeiro que representa a forma pela qual será assegurado o pagamento dos benefícios futuros. Basicamente, admite-se a divisão do regime financeiro em dois tipos: repartição simples e capitalização.

No financiamento por repartição simples praticado no Regime Geral, o segurado não contribui para sua aposentadoria. Só conta com a promessa — chamada de contrato social² — de que, quando adquirir o direito à aposentadoria, haverá contribuição suficiente por parte dos trabalhadores ativos para financiá-lo. Caracteriza-se como um sistema de mutualidade, fundamentado em um regime de caixa, com a aglomeração de recursos correntes para fazer frente às necessidades previdenciárias e assistenciais.

¹ Professor do Ibmecc e da Fundação Getúlio Vargas. Consultor Financeiro.

² Desde o advento do Estado Moderno; cf. John Locke (1632-1704).

Porém, o regime de capitalização (vigente na Previdência Complementar e nos RPPS com fundo de previdência próprio) difere do anterior por exigir a constituição de reservas matemáticas. Essas reservas são formadas através da acumulação das sobras de caixa oriundas do excesso de contribuições em relação ao montante do valor dos benefícios pagos em determinado período. Os recursos excedentes são aplicados em ativos financeiros para fazer frente aos compromissos futuros.

Evidentemente, uma aposentadoria lastreada por ativos financeiros por certo é mais segura que a lastreada por um “contrato social” sem constituição de reservas, o qual pode ser alterado unilateralmente a qualquer tempo (aliás, o que vem reiteradamente acontecendo sob a prerrogativa de solidariedade).

Do mesmo modo, deve ser de responsabilidade do Estado dar segurança e prover mecanismos de controle para garantir a confiabilidade dos sistemas previdenciários e, assim, manter a continuidade do pagamento dos benefícios (nesse caso, temos na história do país alguns exemplos de Montepios que causaram grandes prejuízos e transtornos à população).

Ainda por seu turno e complementarmente, o Governo também deve trabalhar no sentido de desenvolver cada vez mais o mercado financeiro e permitir uma maior diversificação de ativos domésticos e estrangeiros, reduzindo assim os riscos financeiros dos investimentos.

Nesse diapasão, é de responsabilidade dos dirigentes dos RPPS a definição do modelo de gestão dos investimentos, seja mediante gestão própria, seja mediante gestão por entidade credenciada (terceirizada). Caso a escolha recaia sobre entidade terceirizada, a aplicação dos recursos previdenciários poderá ser realizada através de fundos de investimento nas modalidades permitidas pela Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 3.506/07. Recomenda-se, contudo, que a escolha da entidade gestora, bem como do fundo de investimento em que serão aportados os recursos, seja precedida de processo seletivo que contemple alguns critérios, entre os quais destaca-se a capacidade estrutural de gerir os recursos de investidores de maneira prudente e de acordo com regras e objetivos pré-estabelecidos.

A Resolução n. 3.506/07 determina que os gestores de recursos dos RPPS devem realizar processo seletivo para credenciamento de instituição financeira quando a gestão for feita por entidade credenciada. De-

vem ser respeitados os critérios mínimos de solidez patrimonial da entidade, volume de recursos e experiência positiva no exercício da atividade de administração de recursos de terceiros.

A experiência positiva no exercício da atividade de administração de recursos deve compreender a revisão da capacidade financeira e gerencial, os modelos internos de gerenciamento de investimentos e riscos, a experiência, o histórico e a qualificação do gestor de recursos. A preparação de um questionário (*due diligence*) que enfoque a filosofia e o método de administração de recursos praticado pela instituição financeira a ser credenciada é de grande relevância no processo de seleção e contratação da entidade que será responsável pela administração de carteiras de renda fixa e/ou variável. Assim, o uso de testes comparativos e de avaliação de desempenho deve ser empregado para o acompanhamento dos fundos de investimentos oferecidos pelo mercado financeiro.

Nesse sentido, cabe destacar que alguns fundos de investimentos podem ter custos administrativos elevados. São necessárias iniciativas para estimular a competição entre os gestores com o objetivo de reduzir custos e aumentar a eficiência. Em fundos de investimento mais conservadores, a taxa de administração e demais custos administrativos (despesas com corretagem, taxas de fiscalização, demonstrações contábeis etc.) podem ter um impacto considerável na redução da rentabilidade final do produto, devendo, portanto, ser critério de análise para a seleção dos administradores de recursos.

Deve ser analisada, ainda, a rotatividade de pessoal e a distribuição da base de clientes para a verificação da manutenção de quadros qualificados e a representatividade do gestor de recursos no segmento de mercado. Decisões de investimento baseadas em análises fundamentalistas, com gestão orientada por pesquisa de mercado e decisões colegiadas, compõem um leque de critérios qualitativos na seleção de administradores de recursos.

Embora não seja um fator de garantia, a rentabilidade passada também deve ser analisada e levada em consideração. O desempenho dos fundos de investimento nos períodos de crise dos mercados financeiros pode ser útil para verificar se o gestor não é um “marinheiro de maré mansa”. Da mesma forma, também é importante destacar os gestores com consistência na preservação de capital em ambientes desfavoráveis — isto é, não devem apresentar perda do capital dos cotistas mesmo

diante de bruscas oscilações das taxas de juros e condições adversas de mercado.

É importante frisar que, em um cenário econômico de longo prazo que contemple alongamento dos prazos e redução das taxas de juros que remuneram os títulos públicos federais, o papel dos gestores de RPPS e dos administradores de recursos na seleção dos investimentos que suportem as obrigações previdenciárias será mais árduo, pois necessitará da introdução de modelos de gestão mais diversificados, com “apetite” para diferentes tipos de ativos e riscos no mercado financeiro. Ativos como ações, títulos privados de renda fixa, direitos creditórios e outros já fazem parte dos investimentos elegíveis para os RPPS.

Assim, cabe um alerta (ainda em sinal amarelo) para que comecemos a nos preparar para novos tempos em termos de gestão de investimentos, qualificando os servidores envolvidos no processo de seleção e acompanhamento das aplicações financeiras e exigindo dos administradores de recursos produtos competitivos e dentro dos parâmetros de mercado.

Artigo 14

CERTIFICAÇÃO ABIPEM

Edmundo Maia de Oliveira Ribeiro¹

A certificação de profissionais em diversas áreas do saber vem sendo utilizada em vários países do mundo desenvolvido e tem sua eficiência atestada para diversas finalidades. O processo é o de avaliar o conhecimento de uma pessoa em uma determinada área com base em uma escala previamente estabelecida que hierarquiza esse conhecimento.

O mecanismo da certificação se presta a diversas finalidades, como avaliar o conhecimento e atestar o preparo das pessoas para a realização de tarefas, exercício de atividades específicas, desempenho de funções, ou mesmo fortalecimento do currículo, seleção de candidatos por parte de empresas, bem como para servir como ferramenta de gestão de conhecimento, notadamente para efeito das políticas de treinamento, desenvolvimento de recursos humanos e de carreiras.

Professores, advogados, contadores, administradores, engenheiros, corretores de seguros, militares, enfermeiras e profissionais liberais são exemplos de atividades passíveis de adotar, através de seus Conselhos, Federações ou Sindicatos, um processo de certificação de seus membros que representa, perante a sociedade, o atestado da competência fornecido pelos legais representantes da classe.

O treinamento e o desenvolvimento de pessoas, no âmbito das organizações, é uma preocupação universal, seja em nível individual, seja em nível coletivo. A lista de dificuldades que os especialistas encontram para levar a cabo um programa de desenvolvimento de pessoas, com destaque para a área do conhecimento e das habilidades, inicia-se com a questão primordial da aferição desse conhecimento e/ou habilidade, que é, na maioria das vezes, um processo bastante subjetivo.

¹ Diretor da FGV Projetos.

O desejável para a introdução de um plano de desenvolvimento de carreiras nas instituições é que haja um sistema que estabeleça os objetivos do aperfeiçoamento das pessoas, de modo que, com metas intermediárias, seja garantido um processo natural de desenvolvimento através de uma acumulação gradual de conhecimentos e habilidades. Os objetivos devem estar colocados de forma compatível com a perspectiva da empresa ou instituição ou entidade representativa de classe, como é o caso da ABIPEM. O percurso deve estar, de antemão, estabelecido pela definição de conteúdos organizados por etapas e pontualmente vinculados a bibliografias compatíveis, permitindo que o processo de desenvolvimento profissional se encaminhe de modo contínuo, permanente, autônomo e voluntário.

A decisão de adotar um mecanismo de certificação envolve, desse modo, a introdução de um planejamento estratégico padronizado de desenvolvimento da carreira, uma vez que se tornam transparentes as etapas do progresso funcional e da organização das atividades envolvendo gestores nas entidades de previdência, representadas pela definição dos níveis de conhecimentos exigidos.

Os sistemas de aferição ou de testagem dotados de metodologias mais avançadas permitem estabelecer, com grande precisão estatística, o nível de conhecimento de um candidato em função de uma escala previamente estabelecida, além de apontar as deficiências ainda existentes para que alcance o nível desejado. A farta disponibilização de material bibliográfico que se observa no Brasil, em termos de livros e publicações técnicas, inclusive traduzidas, facilita a especialização autodidata daqueles que realmente estão dispostos a exercitar o próprio desenvolvimento. Alguns necessitarão de ajuda, através de reforço ou de cursos especiais, mas a determinação do percurso sintetizado no programa e na bibliografia, estabelecidos pelo sistema, viabiliza o planejamento individual dos profissionais interessados em desenvolver-se através da certificação.

A Fundação Getúlio Vargas estruturou um sistema de certificação de pessoas com base em experiências internacionais de sucesso e de valor técnico irrefutável.

A partir de um serviço de alta tecnologia, dispõe-se de um sistema informatizado que permite aplicar testes a distância. Através de uma rede de centros de testes distribuída em todo o território nacional, a FGV passou a atuar em áreas onde a certificação é realizada em populações

muito numerosas, como a dos funcionários de instituições financeiras, de acordo com as exigências do Banco Central do Brasil, inclusive daqueles voltados especificamente para o mercado de capitais.

O sistema utilizado fundamenta-se em uma metodologia bastante sofisticada que permite avaliar o nível de conhecimento de uma pessoa, em uma determinada área do saber, a partir de uma escala pré-elaborada que hierarquiza os tópicos de um programa estabelecido como alvo da investigação. O exame é feito por computador e as questões, classificadas por nível de dificuldade, são apresentadas aos candidatos em função do acerto ou do erro que o candidato teve na questão anterior. A partir de certo ponto, quando o candidato não é capaz de acertar questões consideradas mais sofisticadas, mas acerta outras, tomadas como de nível imediatamente abaixo, o sistema consegue identificar a faixa de conhecimento do candidato.

Essa metodologia tem a vantagem de aferir com grande precisão (estatística) o nível de conhecimento do candidato. Nesse contexto, as questões submetidas vão convergindo para o seu verdadeiro nível de conhecimento, de modo que o número de questões necessárias para o teste é significativamente menor que as aplicadas em um teste tradicional que busca avaliar as diversas faixas de conhecimento.

Além disso, o modelo definido pela FGV permite aos candidatos agendar-se em qualquer centro de testes da rede à medida que se sintam seguros para o exame, que tem um caráter individual, ou seja, não tem data e local marcados para todos os candidatos serem avaliados ao mesmo tempo. Esse processo vem sendo utilizado pelos principais órgãos certificadores que atuam no mercado financeiro.

Utilizando sua rede de 55 centros de testes distribuídos em todos os estados da Federação, a FGV já ultrapassou a marca dos 52 mil testes realizados com sucesso.

Em nível pessoal, o processo de certificação permite que as pessoas visualizem o percurso definido para sua estratégia de progresso funcional, bem como se preparem para evoluir gradativamente na carreira e sintam-se seguras em relação à própria empregabilidade, visto que, de maneira crescente, a certificação de pessoas vem sendo utilizada como forma de assegurar o conhecimento necessário ao desempenho de funções e atividades específicas com os níveis de qualidade exigidos pela sociedade.

