

**PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO REGIME
PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA
ASPECTOS DE CONSTITUCIONALIDADE**

**SUPPLEMENTARY PRIVATE PENSION OF OWN
PENSION SCHEME
ASPECTS OF CONSTITUTIONALITY**

Aline Teodoro de Moura*
Almir Serra Martins Menezes Neto**
André Stefani Bertuol***
Guilherme Feliciano****
Lucieni Pereira*****

Resumo: O PL n. 1.992/2007, que cria a FUNPRESP (Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal), pretende instituir o regime de previdência complementar para os servidores públicos civis federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros do Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas da União, além de fixar o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime próprio de previdência referido no art. 40 da Constituição Federal. No entanto, dissocia-se da perspectiva inaugurada pelo art. 202 da CRFB, na medida em que pretende regular uma nova modalidade de previdência complementar – inconfundível com aquela regulada pelas Leis Complementares ns. 108 e 109 – por meio de lei ordinária. Ademais, apresenta insuperáveis gargalos quanto à natureza jurídica da entidade a ser criada (de natureza privada) e quanto à própria imponderabilidade atuarial decorrente do amplo perfil de participantes do fundo proposto.

Palavras-chave: Servidor público federal. Poder Judiciário. Ministério público. Previdência privada complementar. Complementação de aposentadoria.

*Advogada e Professora de Direito Tributário da Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito Financeiro e Tributário e Mestranda em Direito e Sociologia, todos pela UFF.

**Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Graduado e mestre em Filosofia pela Universidade de Brasília (UnB).

***Procurador da República na Procuradoria da República em Santa Catarina.

****Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Doutor e Livre Docente em Direito Penal e em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da USP. Presidente da Associação dos Magistrados do Trabalho da 15ª Região.

*****Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Segunda Vice-Presidente do Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo Federal e Tribunal de Contas da União (Sindilegis).

Abstract: The PL N. 1.992/2007 establishing the FUNPRESP (Foundation Pension Funds for Federal Public Servants), seeks to establish a pension scheme for federal civil servants effective office holders, including members of the Judiciary, Public Prosecution Service and Union Court of Auditors, and set the maximum for the granting of retirement and pensions by own pension scheme referred to in art. 40 of the Federal Brazilian Constitution. However, dissociates from the perspective opened by art. 202 of Federal Brazilian Constitution, insofar as it seeks to regulate a new type of pension funds - unmistakable with that governed by the Complementary Laws ns. 108 and 109 - by ordinary law. Moreover, it presents insurmountable bottlenecks in the legal nature of the entity to be created (a private nature) and about its own actuarial imponderability due to the very broad profile of participants of the proposed fund.

Keywords: Federal Public Servants. Judiciary. Public Prosecution Service. Supplementary private pension. Retirement income complementation.

1 Introdução

O propósito deste artigo certamente não é o de exaurir o tema relacionado à instituição da entidade fechada de previdência complementar do servidor público civil federal e membros de Poder na administração pública federal, denominada Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (FUNPRESP), sob a forma de entidade da administração indireta da União, de natureza privada. O que se pretende é instigar um debate mais aprofundado e qualificado sobre os pressupostos constitucionais para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam instituir a previdência complementar dos segurados do regime próprio de previdência de que trata o art. 40 da Constituição de 1988, consideradas as reformas que lhe sucederam.

O Projeto de Lei n. 1992 foi apresentado em 2007 com o propósi-

to de instituir o regime de previdência complementar para os servidores públicos civis federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros do Poder Judiciário, Ministério Público (MPU) e Tribunal de Contas da União (TCU), além de fixar o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime próprio de previdência referido no artigo 40 da Constituição

O tema se insere em paisagem esparsa, controversa, natural e extremamente complexa, razão pela qual este artigo se limita a abordar a observância dos pressupostos do art. 202 da Constituição quando da formulação da proposta em discussão.

O ponto central do debate consiste na interpretação sistemática do § 15, do art. 40, combinado com o art. 202 da Constituição, que exigem lei complementar, a título de norma geral, para regulamentar como a União, os Estados, o Distrito Federal e mais de

5,5 mil Municípios poderão instituir a entidade fechada de previdência complementar do regime próprio de previdência dos servidores efetivos e membros de Poder detentores de cargo vitalício.

O Brasil ainda padece da lei complementar que discipline a organização e o funcionamento das entidades fechadas de previdência complementar dos regimes próprios dos entes da Federação. Essa lei complementar, editada sob a forma de norma geral, deve disciplinar as especificidades do setor público, como, por exemplo, a possibilidade de migração dos servidores e membros de Poder entre os entes das três esferas de governo, garantida a contagem recíproca do tempo de contribuição prevista no art. 40, § 9º, da Constituição.

Para tentar driblar a exigência constitucional do art. 202 da Lei Maior, o Poder Executivo federal pretende instituir uma entidade fechada de previdência complementar dos segurados do regime próprio da União sob a forma de fundação estatal de direito privado, buscando como fundamento as Leis Complementares n. 108 e 109, de 2001. Esses normativos, porém, não se prestam a direcionar a previdência complementar dos regimes próprios de mais de 5,5 mil entes da Federação autônomos. Tais Leis Complementares foram editadas exclusivamente para regulamentar a previdência complementar dos

segurados do regime geral de previdência social referido no art. 201 da Constituição.

2 Considerações Preliminares

Apresentado nas bases mencionadas, o PL 1992 vem causando polêmica no Congresso Nacional. De um lado, os servidores públicos e membros de Poder contestam a proposta, sob alegação da existência de risco de fragilização do Estado brasileiro, impactos econômico-fiscais de difícil superação e o descumprimento de pressupostos constitucionais para a criação da previdência complementar dos regimes próprios.

De outro lado, o Poder Executivo insiste na aprovação da sua proposta, que até agora não sofreu alterações significativas. Para seguir com o projeto original quase que intacto, os defensores da proposta do Governo adotam três linhas de argumentação, que consistem nos seguintes pontos:

(i) existência de apenas três regimes no sistema previdenciário brasileiro: regime geral de previdência social, regime próprio de previdência dos servidores efetivos e membros de Poder e uma única previdência complementar, que se prestaria a atender os dois regimes-base;

(ii) o uso do termo “servidor” no contexto do art. 31 da Lei Complementar n. 109¹, de 2001, seria a referência suficiente para que a

¹Lei Complementar n. 101, 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;”.

referida norma pudesse ser a base de regulamentação da previdência complementar dos regimes próprios previstos para os servidores efetivos e membros de Poder da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, suas autarquias, fundações públicas;

(iii) a alteração introduzida no § 15, do art. 40, da Constituição, com redação dada pela Emenda n. 41, de 2003, teria abolido a necessidade de observar os pressupostos do art. 202 para nortear a instituição da entidade fechada de previdência complementar dos regimes próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e de mais de 5,5 mil Municípios, todos com autonomia política e administrativa.

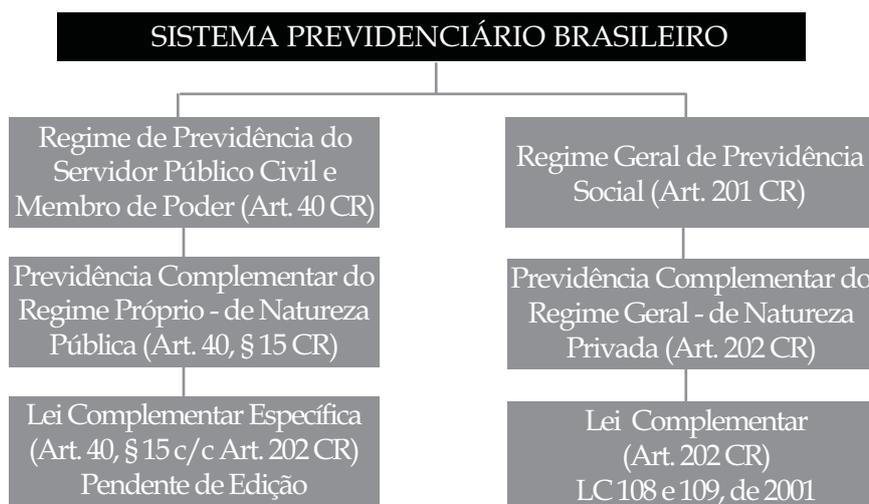
Sob o aspecto jurídico, a análise empreendida neste artigo terá como foco esses três pontos que constituem a base de argumentação dos defensores da proposta

do Governo, além da natureza jurídica da entidade fechada de previdência complementar. No plano previdenciário-operacional, a abordagem tem por finalidade chamar a atenção para alguns riscos da imponderabilidade atuarial.

3 Sistema Previdenciário Brasileiro

A Constituição de 1988 avançou, significativamente, no arcabouço do sistema previdenciário brasileiro. Na base do sistema, temos dois regimes, um para os ocupantes de cargo efetivo e membros de Poder detentores de cargo vitalício e outro para aqueles que não se enquadram nessas duas categorias. Cada dos regimes-base poderá, de acordo com a faculdade prevista constitucionalmente, instituir a previdência complementar, que deve ser organizada de forma autônoma ao respectivo regime-base.

Diagrama I - Sistema Previdenciário Brasileiro



Fonte: Autores

A Emenda n. 20, de 1998, incluiu os arts. 249 e 250 da Constituição, para prever que tanto os regimes próprios, quanto o regime geral de previdência social poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições previdenciárias e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, com vistas a assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros.

Ao longo da última década, Estados e Municípios foram incentivados a constituírem esses fundos, inclusive mediante o aporte de royalties pela compensação financeira decorrente da exploração de recursos naturais. Em 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal² criou o fundo especial do regime geral de previdência social. Apenas o regime próprio da União permaneceu sob precário padrão de governança, o que constitui uma das principais causas para o déficit apurado na esfera federal.

Com o objetivo de solucionar o atual resultado previdenciário, o Governo Federal tenta instituir, de forma açodada, o fundo de previdência complementar do regime próprio federal, partindo da premissa equivocada de que a Constituição

prevê uma única previdência complementar para dois regimes-base distintos na essência.

Como dito, a Constituição prevê dois regimes de previdência completamente distintos, próprio dos servidores públicos civis e membros de Poder (art. 40) e geral de previdência social (art. 201), o que inviabiliza a normatização de uma única previdência complementar.

Esse é um ponto de vista assentado na doutrina sem muitas digressões. De acordo com Ibrahim³, a Lei Complementar n. 108, de 2001, dispõe sobre a relação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista e suas entidades fechadas de previdência complementar. O autor é claro ao afirmar que essa hipótese “não se confunde com o patrocínio do Ente Público a sistema complementar do regime próprio de previdência”. E segue de forma ainda mais cristalizada: “A LC n. 108/2001 trata, em regra, das relações de complementação quando o regime básico é o RGPS.”

O autor, todavia, registra que a norma legal que regulará o regime complementar público dos RPPS ainda não existe, viabilizando a utilização subsidiária da normatização existente, o que não é consenso no campo doutrinário.

²Lei Complementar n. 101, de 2000: “Art. 68. Na forma do art. 250 da Constituição, é criado o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, com a finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios do regime geral da previdência social.”

³IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008. p. 681-682.

Enquanto o regime geral de previdência social é pautado pela unicidade legislativa e organizacional, ou seja, apenas a União legisla para definir as contribuições dos segurados que são recolhidas a uma entidade centralizada na Federação - o Instituto Nacional

do Seguro Social (INSS) -, no caso dos servidores públicos civis e membro de Poder, a previdência é fortemente marcada pelo pacto federativo, que confere autonomia política e administrativa a mais de 5,5 mil entes da Federação, nas três esferas de governo.

Diagrama II - Regime Geral de Previdência Social

Trabalhador da iniciativa privada	Servidor público ocupante de cargo em comissão na administração direta, autarquia e fundações públicas de todos os entes da federação
SEGURADOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (INSS)	
Agentes ocupantes de cargos temporários e empregados públicos da administração direta, autarquia, fundações públicas e empresas estatais de todos os entes da Federação	Outros agentes públicos não segurados pelo regime próprio de que trata o artigo 40 da constituição

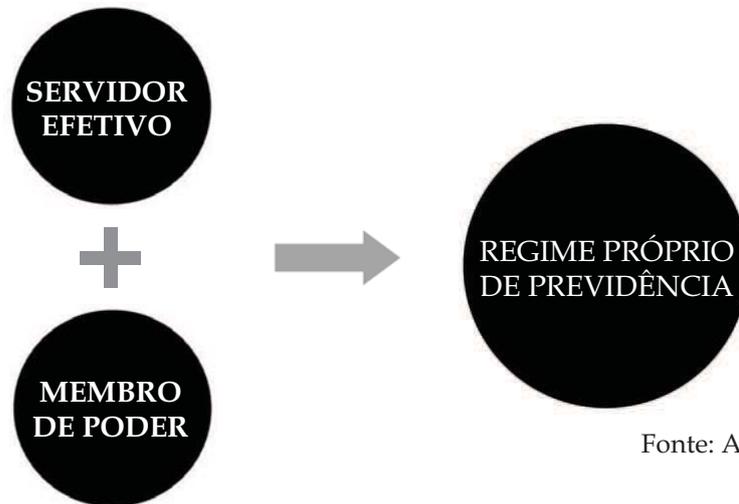
Fonte: Autores

No regime administrativo que norteia a contratação de servidores efetivos e membros de Poder é completamente diferente. Cada ente da Federação legisla sobre o regime próprio de previdência de seus agentes, devendo, para tanto, seguir as normas constitucionais e gerais fixadas pelas Leis ns. 9.717, de 1998, e 10.887, de 2004.

Nesse sentido, a arrecadação das contribuições previdenciárias dos servidores efetivos e membros de Poder é descentralizada, cada regime próprio estabelece a sua alíquota previdenciária, não podendo ser inferior à adotada pela União⁴, conforme definido pela Emenda n. 41, em 2003. O regime próprio de cada ente da Federação apresenta a seguinte configuração:

⁴Constituição: “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.”.

Esquema I – Segurados do Regime Próprio dos Entes da Federação



Os entes subnacionais podem ou não instituir a entidade fechada de previdência complementar, o que confere contornos complexos e grandes desafios ao regime de previdência complementar no setor público nas três esferas de governo, já que a própria Constituição assegura a contagem recíproca do tempo de contribuição.

O que a Lei Fundamental obriga é que os entes da Federação assegurem regime próprio de previdência para os servidores efetivos e membros de Poder.

Essa garantia tem uma razão de ser. Segundo Castro⁵, o servidor público é meio para a legislação administrativa, enquanto o trabalhador é o fim da legislação trabalhista. O texto original da Constituição de 1988 foi formatado de modo a dotar os servidores efetivos e mem-

bros de Poder para exercerem a defesa do Estado contra o poder econômico, enquanto os empregados da iniciativa privada servem, via de regra, à atividade econômica.

Na visão de Bertuol⁶, é notório que o regime celetista é incompatível com as características primordiais da administração pública. Para os autores, não é razoável que a Administração, pautada pela supremacia do interesse público e pelo poder de império, possa se valer da lógica que permeia o regime celetista para estabelecer a relação com os servidores efetivos e membros de Poder, em especial com aqueles que exercem atividades estratégicas reservadas ao Estado. Essa relação tornar-se-ia desnaturada, caso fosse instituída sobre as premissas do setor privado.

⁵CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. Belo Horizonte: DelRey, 1999.

⁶BERTUOL *et alii*. **Projeto de lei n.1992**, de 2007: propõe a instituição da previdência complementar dos servidores públicos e membros de poder.

A própria Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁷ reconhece a necessidade de conferir tratamento diferenciado entre servidores públicos e trabalhadores da iniciativa privada, em especial no campo previdenciário.

Isso porque as normas que regem a função pública diferem em tudo daquelas que regem as relações entre empregadores e empregados no setor privado. A situação dos servidores e membros de Poder é diferente dos trabalhadores da iniciativa privada, empregados públicos e alguns ocupantes de cargo temporário segurados do regime geral de previdência, na medida em que aquele grupo exerce autoridade pública com os sacrifícios e obrigações de lealdade que caracterizam essa função. O PL 1992, todavia, ignora os pilares constitucionais da administração pública.

A previdência complementar dos segurados do regime geral de previdência social está regulamentada pelas Leis Complementares ns. 108 e 109, de 2001, editadas com o nítido propósito de disciplinar o art. 202 da Constituição.

Há uma sequência lógica entre os arts. 201 e 202 da Magna Carta que precisa ser respeitada, pois são dispositivos que se complementam e trazem, na essência, um elevado grau de interdependência.

O art. 202 trata de “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”. A redação desse dispositivo evidencia a sua clara interdependência com o art. 201, razão pela qual as Leis Complementares n. 108 e 109, de 2001, só regulamentam a previdência complementar dos segurados do regime geral.

Ao formular o § 15, do art. 40, da Lei Fundamental, o reformador poderia ter reproduzido os pressupostos do art. 202 aplicáveis à previdência complementar dos segurados do regime próprios. Mas o constituinte optou por adotar a técnica legislativa que determina a observância, no que couber, de pressupostos expressos em outro dispositivo (art. 202). Nesse contexto, é igualmente nítida a conexão substancial entre os dois dispositivos constitucionais mencionados, os quais, embora espacialmente distantes, precisam ser interpretados de forma integrada para se lograr a correta dicção.

Conforme as lições de Ávila⁸, os postulados normativos foram definidos como deveres estrutu-

⁷ANFIP, Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social. **Previdência do serviço público brasileiro: fundamentos e limites das propostas de reforma.** Brasília: ANFIP, agosto 2003. Disponível em: <http://www.anfip.org.br/publicacoes/livros/inclides/livros/arqs-swfs/prev_serv_publico_brasileiro.swf>. Acesso em: 16 out. 2011.

⁸ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011. p. 73-74, 84-85.

rais, ou seja, como deveres que estabelecem a vinculação entre elementos e impõem determinada relação entre eles. Nesse aspecto, podem ser considerados formais, pois dependem da conjugação de razões substanciais para sua aplicação.

Para o autor, os postulados não funcionam todos da mesma forma. Alguns postulados são aplicáveis independentemente dos elementos que serão objeto de relacionamento, como é o caso da previsão de natureza pública para a entidade fechada de previdência complementar do regime próprio, não sendo aplicável, neste caso especificamente, a natureza privada referida no art. 202.

Ao determinar a observância do art. 202, para fins de instituição da entidade fechada de previdência complementar do regime próprio, o legislador constituinte determina a edição de lei complementar para regulamentar o setor em toda Federação, pois sem essa medida poder-se-ia instaurar um quadro de total insegurança jurídica na Federação.

Nada na ordem jurídica admitiria que a previdência complementar do regime geral, que é muito mais simples do ponto de vista da unicidade legislativa, tivesse de ser regulamentada por lei complementar, e a previdência complementar dos regimes próprios, pulverizada na Federação, pudesse operar sem uma norma

geral que oriente mais de 5,5 milhões da Federação autônomos.

Para fazer essa interpretação sistemática, que não é simples, vale a pena recorrer, novamente, às lições de Ávila⁹:

A concordância prática funciona de modo semelhante: exige-se a harmonização entre elementos, sem dizer qual a espécie desses elementos. Os elementos a serem objeto de harmonização são indeterminados. A proibição de excesso também estabelece que a realização de um elemento não pode resultar na aniquilação de outro. Os elementos a serem objeto de preservação mínima não são indicados. Da mesma forma, o postulado da otimização estabelece que determinados elementos devem ser maximizados, sem dizer quais, nem como.

A leitura dos arts. 40, § 15, e 202 da Constituição não é tarefa que possa ser solucionada com a interpretação puramente literal dos seus dispositivos, técnica esta que, por sinal, é considerada a forma mais rudimentar de exegese, nas palavras do Ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, ao relatar e negar provimento do Agravo n. 200.733-4, que trata de matéria sobre o art. 7º, XXIX, da Lei Maior (*Clipping* do Diário da Justiça, 14.11.1997).

Essa leitura requer, fundamentalmente, que o intérprete se es-

⁹ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011. p. 73-74, 84-85.

force e, de preferência, conheça esta importante lição Maximiliano¹⁰:

O intérprete não traduz em clara linguagem só o que o autor disse explícita e conscientemente; esforça-se por entender mais e melhor do que aquilo que se acha expresso, o que o autor inconscientemente estabeleceu, ou é de presumir ter querido instituir ou regular, e não haver feito nos devidos termos, por inadvertência, lapso, excessivo amor à concisão, impropriedade de vocabulário, conhecimento imperfeito de um instituto recente, ou por outro motivo semelhante.

Não se trata de acrescentar coisa alguma e, sim, de atribuir à letra o significado que lhe compete: mais amplo aqui, estrito acolá. Com a redação dada ao art. 40, § 15, da Constituição pela Emenda 41, o constituinte deixa claro que somente o titular do Poder Executivo no âmbito de cada ente da Federação pode iniciar o processo legislativo para criar a entidade fechada de previdência complementar do regime próprio, entidade esta que deve ser de natureza pública e a sua instituição deve observar, no que couber, os pressupostos estabelecidos no art. 202, cuja regulamentação requer uma lei complementar específica que guarde relação e coerência com o regime-base que se pretende complementar.

A interpretação extensiva não faz avançar as raias do preceito; ao contrário, como a aparência verbal leva ao recuo, a exegese impele os limites de regra até ao seu verdadeiro posto¹¹.

4 Servidores Públicos no Contexto da Lei Complementar n. 109

A segunda linha de argumentação do Poder Executivo, no sentido de que o art. 31 da Lei Complementar n. 109, de 2001, faz menção a “servidores” da União, e que por isso o art. 202 trataria da previdência complementar dos segurados do regime próprio referido no art. 40 da Carta Magna, é outra alegação que não tem como prosperar.

Primeiramente, se a previdência dos servidores efetivos civis e membros de Poder fosse idêntica à previdência dos segurados do INSS, o art. 40 da Constituição restaria sem qualquer efeito sob o ponto de vista jurídico.

Em segundo lugar, e que talvez seja o mais importante, o art. 31 da Lei Complementar n. 109, de 2001, ao fazer referência a “servidores”, visa contemplar, no modelo de entidade fechada de previdência complementar de natureza privada, os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas segurados do regime geral de previdência social (INSS), como, por

¹⁰MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 167.

¹¹Ibid. p. 200-204.

exemplo, os ocupantes de cargo em comissão¹² de livre nomeação e exoneração.

Também estão inseridos nesse escopo os ocupantes de cargo temporário na administração pública, considerados os contratados por prazo determinado. A partir de uma visão mais alargada, pode-se entender que o dispositivo abrange, ainda, o exercente de cargo eletivo¹³, igualmente segurado da previdência social (INSS), já que o regime próprio de que trata o art. 40 da Constituição restringe-se aos ocupantes de cargo efetivo e membros de Poder detentores de cargo vitalício, incluindo aquelas categorias no rol de segurados do regime geral¹⁴.

A Lei Complementar n. 109, de 2001, foi editada pouco mais de dois anos após a promulgação das Emendas 19 e 20, com as quais precisa ser analisada, sob pena de adotar linha de interpretação equivocada.

Formuladas no contexto do Programa de Estabilidade Fiscal (PEF) da década de noventa e aprovadas quase que *pari passu*, as Emendas 19 e 20 disciplinam temas interdependentes, concebidos com o propósito de resolver os desajustes de ordem fiscal que marcaram a referida década.

De um lado, a Emenda 19 flexibilizou o regime jurídico único, conferindo nova redação ao *caput* art. 39 da Constituição, que passou a permitir a contratação de empregados públicos na administração direta, autarquias e fundações públicas das três esferas de governo. O comando, entretanto, foi alvo de ataque por vício formal em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135, concedida, em agosto de 2007, a liminar pleiteada, por meio da qual foi restabelecida, com efeito *ex nunc*, a redação original do dispositivo em tela.

¹²Lei n. 8.112, de 1990: “Art. 9º A nomeação far-se-á: (...) Parágrafo único. O **servidor ocupante de cargo em comissão** ou de natureza especial poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade.” (...) Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei. § 1º A remuneração do **servidor** investido em função ou **cargo em comissão** será paga na forma prevista no art. 62.” (...) “Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o **ex-servidor** para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o **servidor** que for demitido ou **destituído do cargo em comissão** por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.”

¹³Lei n. 8.213, de 1991: “Art. 11. São segurados obrigatórios da **Previdência Social** as seguintes pessoas físicas: I - como empregado: (...) h) o exercente de **mandato eletivo federal**, estadual ou municipal, desde que **não vinculado** a regime próprio de previdência social”.

¹⁴Constituição: “Art. 40. Aos servidores titulares de **cargos efetivos** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de **cargo em comissão** declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro **cargo temporário** ou de emprego público, aplica-se o **regime geral de previdência social**.”.

Boa parte da Emenda 20 complementa as medidas inauguradas meses antes pela Emenda 19. Flexibilizado o regime jurídico único, os ocupantes de empregos públicos na administração direta, autarquias e fundações - e também os cargos temporários - foram incluídos explicitamente no rol de segurados do regime geral de que trata o art. 201 da Magna Carta, inibindo pleitos e decisões infraconstitucionais que pudessem incluí-los como segurados do regime próprio dos servidores efetivos.

Mantendo a coerência com o eixo estruturante do PEF, a Emenda 20 também deu nova redação ao art. 202, com vistas a possibilitar a instituição de previdência complementar de natureza privada para os segurados do regime geral, permitindo que a União (administração direta), suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista participem tão somente na condição de patrocinadores, nos termos e limites fixados constitucionalmente¹⁵.

Esse é o escopo do PEF e das Reformas Administrativa e da Previdência promulgadas na década de noventa. As alterações dos arts. 39, 40, § 13, 201 e 202 da Lei Maior nada têm a ver com a relação administrativo-previdenciária que a União, suas autarquias e fundações públicas estabelecem com os servidores ocupantes de cargo efetivo e membros de Poder detentores de cargos vitalícios.

Impende destacar que o art. 202 da Constituição prevê as mesmas restrições para a administração direta dos entes das três esferas de governo, suas autarquias e fundações públicas (pessoas jurídicas de direito público) e respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista e empresas por elas controladas (pessoas jurídicas de direito privado) se relacionarem com as entidades fechadas de previdência privada na condição de patrocinadoras.

Isso ocorre porque ambos os blocos podem instituir previdência complementar de empregados públicos e servidores ocupantes dos cargos temporários previstos no § 13, do art. 40, da Constituição, todos vinculados ao regime geral de previdência social centralizado (INSS), independentemente da esfera de governo.

As referências que os §§ 3º e 4º, do art. 202, da Constituição fazem à União, suas autarquias, fundações e empresas estatais (dependentes ou não-dependentes) não significam sujeitar a previdência complementar dos servidores efetivos e membros de Poder às mesmas regras gerais norteadoras da previdência complementar de natureza privada que deve ser organizada de forma autônoma para os segurados do regime geral, sejam eles trabalhadores da iniciativa privada, servidores ocupantes de cargo em comissão ou temporário, assim como os empregados públicos da administração direta, autarquias, fundações

¹⁵Constituição: “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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”.

e empresas estatais, contratados com amparo nas Emendas 19 e 51.

Ao tentar instituir a previdência complementar dos servidores efetivos e membros de Poder a partir de bases delineadas especificamente para segurados contratados sob regimes completamente distintos, a proposta de previdência complementar formulada pelo Governo Federal gera enorme insegurança.

Nada na ordem jurídica admitiria a confusão decorrente da tentativa de sujeitar a previdência complementar dos segurados do regime próprio às Leis Complementares n. 108 e 109, de 2001. O que se pode esperar da medida do Governo são discussões no Poder Judiciário, cujo resultado poderá gerar novos *deficits* da previdência do setor público.

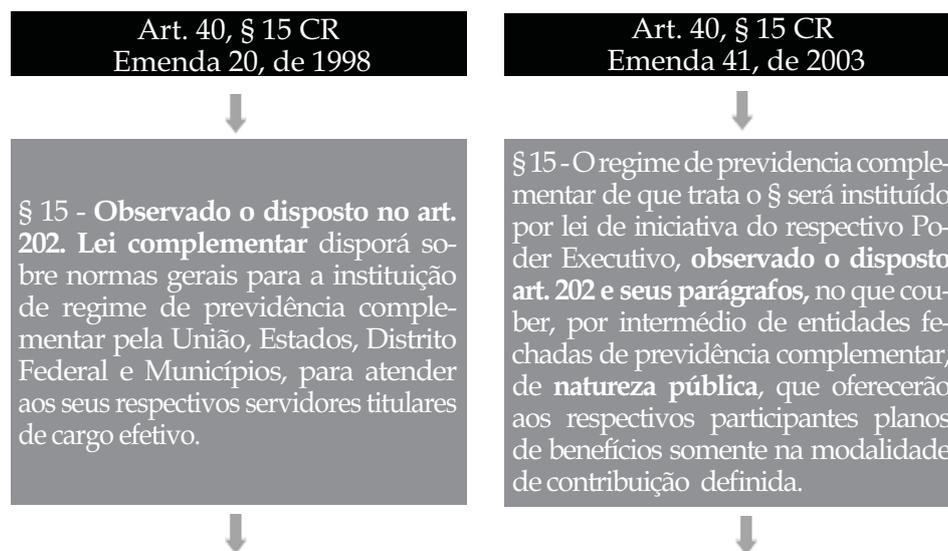
5 Interpretação Sistemática da Constituição

A terceira linha de argumentação do Governo reflete interpreta-

ção equivocada do § 15 do art. 40, da Constituição, com redação dada pela Emenda 41. De um lado, os defensores da proposta alegam que a nova redação dada ao dispositivo afasta a necessidade de lei complementar para a previdência do setor público. Por outro lado, diante da lacuna jurídica, o PL 1992 busca as Leis Complementares ns. 108 e 109, de 2001, como alicerces, já que a Constituição não estabelece algumas premissas essenciais para o funcionamento seguro da previdência complementar do setor público.

Ora, se até mesmo a previdência complementar dos segurados do regime geral requer a regulamentação de normas gerais por lei complementar, de forma a conferir maior segurança e estabilidade jurídica ao regime, não há razão para a previdência complementar dos segurados do regime próprio ficar à deriva normativa. E não está. Eis a evolução da norma:

Diagrama III – Evolução Normativa



Dispositivo passou a gerar dúvida em relação ao artigo 37, XIX CR, que exige lei específica para criar entidade da administração indireta

Poder Executivo inicia o processo legislativo mediante lei ordinária para criar a entidade fechada de previdência, observados os pressupostos para a regulamentação previstos no artigo 202 da CR.

Fonte: Autores

Desde a Emenda 20, a formulação do dispositivo que possibilitou a instituição da previdência complementar para os segurados do regime próprio exige a observância dos pressupostos fixados no art. 202 da Lei Maior. Observar, no que couber, o art. 202 implica replicar, para fins de regulamentação da previdência

complementar dos servidores efetivos e membros de Poder, os pressupostos constitucionais explicitados no referido artigo, preocupando-se em harmonizá-los com as diretrizes maiores do art. 40 da Lei Fundamental. Esses pressupostos do art. 202 da Carta Magna devem ser assim interpretados:

Quadro Esquemático - I - Pressupostos Constitucionais do Art. 202

PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DO ARTIGO 202	
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL ART. 201 C/C 202 CR	PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO REGIME PRÓPRIO DOS SERVIDORES EFETIVOS E MEMBROS DE PODER ART. 40, CAPUT E § 15 C/C 202 CR
Regime de previdência complementar do segurado do regime geral, de natureza privada	Não cabe adotar a natureza privada para entidade fechada de previdência complementar do servidor e membro de Poder, pois o constituinte estabeleceu, de forma explícita e em norma específica do § 15, do art. 40, a sua natureza pública
Regime de previdência complementar deve ser organizado de forma autônoma ao regime-mãe, que será objeto de complementação, ou seja, o regime geral de previdência social;	Regime de previdência complementar deve ser organizado de forma autônoma ao regime-mãe, que será objeto de complementação, ou seja, o regime próprio dos servidores efetivos e membros de Poder;

Regulamentação do regime de previdência complementar por lei complementar, que deve fixar as normas gerais necessárias e compatíveis com as peculiaridades do regime geral de previdência social	Regulamentação do regime de previdência complementar por lei complementar, que deve fixar as normas gerais necessárias e compatíveis com as peculiaridades do regime próprio dos servidores efetivos e membros de Poder, considerados os efeitos do pacto federativo
Constituição de reservas que garantam o benefício contratado	Constituição de reservas que garantam o benefício contratado
Vedação de aporte do patrocinador (empregador) superior à contribuição do beneficiado (segurado), ou seja, proibição de aporte de recursos para cobertura de eventuais <i>deficits</i> financeiros	Vedação de aporte do patrocinador (empregador) superior à contribuição do beneficiado (segurado), ou seja, proibição de aporte de recursos do ente da Federação para cobertura de eventuais <i>deficits</i> financeiros
Exigência de lei complementar para disciplinar 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 patrocinadores de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada , no que diz respeito aos servidores e empregados públicos segurados do regime geral de previdência social	Exigência de lei complementar para disciplinar 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 patrocinadores de entidades fechadas de previdência, observadas as peculiaridades do regime a ser complementado, em especial no que tange à natureza pública da previdência complementar dos servidores efetivos e membros de Poder segurados do regime próprio
Exigência de lei complementar para estabelecer os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinar a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.	Exigência de lei complementar para estabelecer os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência complementar do regime próprio e disciplinar a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação, considerado o poder de autogoverno dos Poderes e órgãos autônomos do ente da Federação.

Fonte: Autores

Os defensores da proposta em tramitação também se apegam ao fato de o § 3º, do art. 202, da Constituição, mencionar os entes da Federação, suas autarquias e fundações públicas. Tal dispositivo visa, apenas, traçar as mesmas regras para segurados do regime geral (INSS), seja de agentes contratados pelas pessoas jurídicas de direito público, seja pelas pessoas jurídicas de direito privado, em consonância com as inovações introduzidas pelas Emendas 19 e 20.

Além disso, a administração direta, autarquias e fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios podem admitir, no âmbito do Sistema Único de Saúde, agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, sob a forma de empregado público, não se aplicando, neste caso específico, os efeitos da liminar concedida no âmbito da ADI n. 2.135. A previsão está consagrada nos §§ 4º a 6º, do art. 198, da Lei Maior, segundo as inovações da Emenda 51. Tais dispositivos foram regulamentados

pela Lei n. 11.350, de 2006, que eleger o regime celetista para as referidas admissões.

Formulado com o objetivo específico de instituir a previdência complementar para agentes segurados do regime geral de previdência social e que, via de regra, não gozam de nenhuma estabilidade funcional (empregados públicos e ocupantes de cargo em comissão ou temporário), os art. 9º a 12 da Lei Complementar n. 108, de 2001, estabelecem a estrutura organizacional¹⁶ das entidades de previdência complementar dos segurados do INSS.

Na tentativa de aproveitar a estrutura desenhada na Lei Complementar n. 108, de 2001, o PL 1992 garante a participação, apenas, de representantes de alguns Poderes e órgãos autônomos da União, alijando o Tribunal de Contas da União do poder decisório, garantida a sua presença apenas no Conselho Fiscal do fundo de pensão.

De forma a limitar o Conselho Deliberativo a 6 membros, conforme prevê o art. 11 da referida Lei Complementar, o PL 1992 não

¹⁶Art. 10. O conselho deliberativo, órgão máximo da estrutura organizacional, é responsável pela definição da política geral de administração da entidade e de seus planos de benefícios.

Art. 11. A composição do conselho deliberativo, **integrado por no máximo seis membros**, será **paritária** entre representantes dos **participantes** e **assistidos** e dos **patrocinadores**, cabendo a estes a indicação do conselheiro presidente, que terá, além do seu, o voto de qualidade.

§ 1º A escolha dos representantes dos participantes e assistidos dar-se-á por meio de eleição direta entre seus pares.

§ 2º Caso o estatuto da entidade fechada, respeitado o número máximo de conselheiros de que trata o *caput* e a participação paritária entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores, preveja outra composição, que tenha sido aprovada na forma prevista no seu estatuto, esta poderá ser aplicada, mediante autorização do órgão regulador e fiscalizador.

Art. 12. O mandato dos membros do conselho deliberativo será de quatro anos, com **garantia de estabilidade**, permitida uma recondução.

garante a paridade dos servidores de alguns órgãos autônomos, tampouco para Estados e Municípios que aderirem à fundação estatal de direito privado federal, nos termos do art. 23 da proposta em tela.

Outra incongruência deve-se ao fato de que os servidores ocupantes de cargos efetivos e membros de Poder gozam de estabilidade constitucional, o que só reforça o entendimento de que a Lei Complementar n. 108, de 2001, foi delineada para nortear a previdência complementar de agentes não detentores de estabilidade no serviço público, em geral todos segurados do regime geral (INSS).

A lei complementar exigida nos termos do § 15, do art. 40, c/c art. 202 da Constituição, para nortear as três esferas de governo, precisa definir aspectos específicos do setor público. Antes de instituir as entidades de previdência complementar, o Congresso Nacional deve regulamentar, por exemplo, os requisitos para a designação dos membros das diretorias, garantindo-se a participação dos Poderes e órgãos autônomos, a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão.

Outro aspecto fundamental que precisa ser enfrentado pelo legislador complementar é a portabilidade das contribuições recolhidas aos regimes próprios da União, dos Estados e dos Municípios, em caso de contagem recíproca do tempo de contribuição, aspectos ainda indefinidos.

Segundo o modelo proposto, a União garantirá aposentadoria

pelo regime próprio no valor máximo de R\$ 3.691,74 aos servidores federais e membros de Poder, inclusive aos futuros ministros do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça egressos dos Tribunais de Justiça e Ministério Público dos Estados que não instituírem a previdência complementar.

Ainda que esses magistrados e membros do Ministério Público tenham contribuído para os regimes próprios dos Estados de origem, o PL 1992, por não constituir normas gerais, não prevê dispositivos que assegurem o recebimento das contribuições do segurado e patronal (do ente da Federação) recolhidas historicamente pelos membros de Poder sobre a integridade da remuneração.

Enquanto no setor privado o teto da contribuição previdenciária do segurado é de R\$ 406,00, no setor público a contribuição mensal dos servidores e membros de Poder da União pode chegar a R\$ 2.939,54, valor correspondente a 11% do teto remuneratório constitucional na União.

Na hipótese de mudança de esfera, os servidores e membros de Poder serão prejudicados em seus direitos, em face da inexistência de normas gerais que garantam, em toda Federação, o recebimento das contribuições previdenciárias recolhidas aos regimes próprios estaduais e municipais, de forma a aportá-las no fundo de previdência complementar federal.

A atual composição da Corte Suprema reflete essa migração

com muita nitidez. São exemplos de membros egressos da esfera estadual os ministros Ayres Britto (ex-procurador do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe), Ricardo Lewandowski (ex-deseembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo), Cármen Lúcia Antunes Rocha (ex-procuradora do Estado de Minas Gerais), Luiz Fux (ex-deseembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro) e Cezar Peluso (ex-juiz de Direito e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)¹⁷.

Essa composição demonstra o quanto é comum a migração dos servidores e membros da esfera estadual para a esfera federal, o que ficaria totalmente comprometida com a instituição da previdência complementar da União sem normas gerais que garantam a portabilidade das contribuições previdenciárias recolhidas aos regimes próprios dos Estados e Municípios.

O PL 1992 não tem o condão de estabelecer normas gerais para toda a Federação e obrigar Estados e Municípios na condução de suas escolhas quanto à instituição ou não da previdência complementar dos servidores públicos e membros de Poder.

Assim sendo, padece de lógica e razoabilidade jurídica a tentativa de nortear a previdência complementar dos regimes próprios pelas Leis Complementares ns. 108 e 109, de 2001, editadas com a finalidade específica de regular as entidades privadas de previdência complementar dos segurados do

regime geral de previdência social (INSS).

Tais normas gerais não se preocuparam em regulamentar as peculiaridades da previdência complementar que, de acordo com os §§ 14 e 15, do art. 40, da Constituição, poderá vir a ser instituída no setor público, não constituindo necessariamente uma obrigação, como argumentam, equivocadamente, os defensores da proposta do Governo Federal.

6 Natureza Jurídica da Entidade Fechada de Previdência Complementar do Regime Próprio dos Servidores Efetivos e Membros de Poder

A administração pública realiza-se por meio de atividades do Estado exercidas por servidores públicos e membros de Poder que integram o quadro de pessoal dos Poderes e órgãos autônomos.

Tem-se reforçado a ideia de que o Estado deveria se equiparar ao empregador do setor privado no que diz respeito ao regime a ser adotado para contratação de seus agentes públicos, em especial no que tange à previdência, tendo em vista o alegado *deficit* do setor público.

Nesse cenário, a administração pública vivencia momentos sem precedente, de descrença nos princípios e preceitos constitucionais e de desprestígio das normas de Direito Público, considerados por alguns como entraves ao bom funcionamento da máquina estatal e ao alcance da eficiência. Dito em outras palavras: para alguns operadores do Direito, o

¹⁷Fonte: Supremo Tribunal Federal.

modelo privado seria o único capaz de produzir resultados positivos e eficiência na gestão.

O PL 1992 segue nessa vertente. A despeito de o § 15, do art. 40, da Constituição, estabelecer que a entidade fechada da previdência complementar dos ocupantes de cargo efetivo e membros de Poder deve possuir natureza pública, o projeto propõe a criação de fundação de natureza privada, seguindo na trilha do Projeto de Lei Complementar (PLP) n. 92, de 2007.

Alegam os autores que a previsão constitucional dessa natureza pública não significa, necessariamente, que a entidade deve ser estruturada na forma de entidade de natureza pública (autarquia ou fundação pública).

Na visão de Bertuol¹⁸, a proposta segue de encontro à pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o que poderá criar confusão acerca da Justiça competente para processar e julgar as causas envolvendo a fundação federal que a Constituição determina explicitamente que deve ser de natureza pública.

Eis algumas decisões do STF e do STJ que lançam luz ao conceito e à amplitude da natureza jurídica das fundações instituídas pelo poder público:

Recurso Extraordinário n. 215.741-STF
Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAÇÃO NA-

CIONAL DE SAÚDE. CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE A JUSTIÇA FEDERAL E A JUSTIÇA COMUM. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNDAÇÕES INSTITUÍDAS PELO PODER PÚBLICO. (...)

1. A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público. 2. Conflito de competência entre a Justiça Comum e a Federal. Artigo 109, I da Constituição Federal. Compete à Justiça Federal processar e julgar ação em que figura como parte fundação pública, tendo em vista sua situação jurídica conceitual assemelhar-se, em sua origem, às autarquias. (...) 3. Ainda que o artigo 109, I da Constituição Federal, não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido para declarar a competência da Justiça Federal.

STJ Súmula n. 324 - DJ 16.5.2006
Competência - Processo e Julgamento - Fundação Habitacional do Exército - Autarquia Federal - Ministério do Exército

'Compete à Justiça Federal processar e julgar ações de que participa a Fundação Habitacional do Exército, equiparada à entidade autárquica federal, supervisionada pelo Ministério do Exército.'

Como se constata da jurisprudência, a natureza jurídica das fundações não se define pelo rótulo que a lei lhe atribui, mas pela sua essência.

¹⁸BERTUOL *et alii*. Minuta de anteprojeto de lei Orgânica da Administração Pública e Projeto de lei complementar n. 93 de 2007.

Para driblar o texto expresso no § 15, do art. 40, da Constituição, os formuladores da proposta tentam restringir o conceito de natureza pública a submissão a normas de licitações e contratação de pessoal e publicação das informações, nos termos do art. 8º do PL 1992, a saber:

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

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

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

III - publicação anual, na imprensa oficial ou em sítio oficial da administração pública certificado digitalmente por autoridade para esse fim credenciada no âmbito da Infra- Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, de seus demonstrativos contábeis, atuariais, financeiros e de benefícios, sem prejuízo do fornecimento de informações aos participantes e assistidos do plano de benefícios e ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, na forma das Leis Complementares nos 108 e 109, de 2001.

A submissão ao concurso público, à publicidade e à realização de procedimento licitatórios definido em lei própria para a administração pública não são quesitos que, por si só determinem a natureza jurídica das entidades da administração indireta.

As empresas públicas e sociedades de economia mista são entidades de natureza privada, previstas constitucionalmente para a

exploração de atividade econômica ou prestação de serviços públicos mediante tarifa, e mesmo assim sujeitam-se aos princípios constitucionais do concurso público, procedimento licitatório e publicidade. Tais entidades que poderão seguir um estatuto jurídico específico editado nos termos do art. 173 da Lei Fundamental, ainda pendente de edição.

Como se nota, a definição da natureza jurídica de uma entidade vai muito além dos pressupostos limitadores que o Poder Executivo pretende estabelecer com a aprovação do PL 1992. Essa é uma pretensão do projeto que não pode prosperar, pois afronta preceito expresso no texto constitucional e a jurisprudência das Cortes de Justiça e Suprema.

7 Imponderabilidade Atuarial

A par dos aspectos já enfrentados, releva apontar ainda outra aguda vulnerabilidade do PL 1992, nas dimensões técnica e jurídica (ambas relacionadas à monstruosa massa atuarial que o Governo Federal imagina poder constituir, de modo indiscriminado, a partir do modelo engendrado em 1997). Trata-se da imponderabilidade atuarial engendrada pelo paradigma em discussão.

Abstraída a extensão que o projeto permite a outros entes federativos ou órgãos da Administração indireta não-federal (mediante ato de adesão “na qualidade de patrocinadores”), é certo que o PL 1992 alberga originalmente todos os “servidores titulares de cargo efetivo da União,

suas autarquias e fundações, inclusive os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União” (art. 1º).

Com semelhante abrangência, o fundo a constituir admitiria indistintamente a participação de servidores que hoje recebem pisos iniciais de R\$ 4.708,07 (e.g., o técnico em regulação de aviação civil da ANAC, cfr. edital de 2009¹⁹) ou de R\$ 3.080,38 (e.g., servidores com ensino fundamental completo no âmbito da FUNAI, cfr. edital de 2010²⁰), por um lado, e daqueles que recebem valores iniciais próximos ao teto nacional do funcionalismo público (R\$ 26,7 mil), como juízes federais substitutos e procuradores da República substitutos.²¹

Sobre semelhantes bases, o fundo público perde credibilidade, como se verá a seguir; torna-se relativamente atraente para servidores de faixa remuneratória mais baixa, mas tende a afugentar os servidores de faixa remuneratória mais alta, o que instaura círculo vicioso de abstenções e desistências (mesmo porque, a teor do § 16, do art. 40, da Constituição - nisso reproduzida pelo art. 1º do PL -, os servidores só se vinculariam à FUNPRESP mediante “prévia e expressa opção”).

Tal circunstância evidentemente compromete, a médio e longo prazos, a própria saúde financeira do fundo. Fenômeno semelhante verificou-se na Argentina, quando se buscou – mirando o exemplo do Chile – privatizar os sistemas públicos de previdência (processo instaurado em 1994 e que redundou em sucessivos deficits anuais, estimando-se um rombo de 30 milhões de pesos entre 1989 e 1999, no governo Carlos Menem²²). O desinteresse da população pelo novo modelo engendrou uma migração maciça dos sistemas públicos (gerais ou complementares) para os fundos privados de previdência, resultando em uma descapitalização da previdência pública associada a uma atomização dos investimentos em previdência privada. Ademais, a taxa de evasão e inadimplemento em relação ao modelo inaugurado revelou-se ascendente, a significar, na prática, insegurança social para grande margem da população. Na exata dicção de:²³

[...], na própria Argentina, esperava-se um público de seis milhões de pessoas a serem incorporadas no novo regime. No entanto, por temos dos segurados e falta de interesse das seguradoras, o contingente abrangido não chegou sequer a alcançar o número de dois milhões de pessoas²⁴.

¹⁹Disponível em: www.cespe.unb.br/concursos/anac2009.

²⁰Disponível em: www.institutocetro.org.br.

²¹FELICIANO, Guilherme Guimarães. Nota Técnica: Previdência Complementar para Servidores Públicos (PL n. 1.992/2007). Brasília: **Anamatra**, 2011. Disponível em: http://www.anfip.org.br/documentos/22083_085359.pdf. Acesso em: 19 out. 2011.

²²FOLHA de São Paulo, Caderno Dinheiro, 11.2.2002, p.B-1.

²³CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.30.

²⁴Ibid. p.30.

Ademais, revela censurar, ainda quanto à imponderabilidade atuarial, a questão da **dessegmentação** alvitrada pelo projeto. Com efeito, tal condição inadequada – a saber, a excessiva amplitude da FUNPRESP – fere de morte uma das premissas fundamentais da avaliação atuarial, que é a uniformidade de perfis. E a consequência natural dessa condição é, na prática, um *deficit* de credibilidade com o qual já nasceria a FUNPRESP – o que, insista-se, é inoportuno e inconveniente, inclusive na perspectiva de capitalização dos fundos a que se vincula o PL 1992. É que, para efeito de cálculo atuarial, a fidedignidade das contas depende basicamente da correção e da uniformidade das informações cadastrais relativas aos segurados do regime.

Nesse preciso sentido, estabelece o § 2º, do art. 18, da Lei Complementar n. 109, de 2001, que, para os fins do art. 202, *caput*, *in fine*, da Constituição, “[...] dispõe sobre o Regime Complementar de Previdência e dá outras providências” – e à qual deveria estar fielmente jungido o PL 1992, nos termos do seu próprio art. 1º, com os vezos já apontados neste artigo:

§ 2º. Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas,

que **deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor** (g.n.).

Da mesma forma, e com maior detalhamento, dispôs o Anexo da Resolução n. 18, de 2006 (“Bases Técnicas”), do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC), que “[...] estabelece parâmetros técnico-atuariais para estruturação de plano de benefícios de entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências”:

1. As hipóteses biométricas, demográficas, econômicas e financeiras devem estar adequadas às características da massa de participantes e assistidos e ao regulamento do plano de benefícios de caráter previdenciário.

1.1. A EFPC²⁵ deverá solicitar do patrocinador ou, se for o caso, do instituidor do plano de benefícios manifestação por escrito sobre as hipóteses econômicas e financeiras que guardem relação com suas respectivas atividades, mediante declaração, que deverá estar devidamente fundamentada e que será arquivada na EFPC, ficando à disposição da Secretaria de Previdência Complementar.

1.2. As justificativas para as demais hipóteses adotadas na avaliação atuarial do plano de benefícios também deverão ser arquivadas na EFPC, ficando à disposição da Secretaria de Previdência Complementar.

2. A tábua biométrica utilizada para projeção da longevidade dos participantes e assistidos do

²⁵Entidades Fechadas de Previdência Complementar (como será a FUNPRESP).

plano de benefícios será sempre aquela mais adequada à respectiva massa, não se admitindo, exceto para a condição de inválidos, tábua biométrica que gere expectativas de vida completa inferiores às resultantes da aplicação da tábua AT- 83.

2.1. No plano de benefícios em que é utilizada tábua biométrica segregada por sexo, o critério definido neste item deverá basear-se na média da expectativa de vida completa ponderada entre homens e mulheres.

2.2. Observado o disposto no item 2, caso a tábua biométrica adotada seja resultante de agravamento ou desagravamento, estes deverão ser uniformes ao longo de todas as idades.

2.3. [...]

2.4. A adoção da tábua mencionada no item anterior não exclui os responsáveis do ônus de demonstrar sua adequação ao perfil da massa de participantes e assistidos do plano de benefícios, nos termos do § 2º do art. 18 da Lei Complementar n. 109, de 2001(g.n.).

Enfim, no mesmo sentido, e mais recentemente, o teor da Portaria MPS n. 403, de 2008²⁶ (art. 5º), pela qual o ente federativo (*in casu*, a União), a unidade gestora do regime de previdência complementar (*in casu*, a FUNPRESP) e o serviço atuarial responsável pelas respectivas avaliações atuariais devem eleger conjuntamente as hipóteses biométricas (i.e., casuísticas de

mortalidade, invalidez, morbidez, etc.), demográficas (i.e., números de ativos e inativos, composição familiar típica, índices de rotatividade e reposição, etc.) e econômico-financeiras (i.e., as taxas de juros, o crescimento real de rendimentos, as expectativas de compensação, etc.) mais adequadas às características específicas da massa de segurados e de seus dependentes, tudo para o correto dimensionamento dos compromissos econômico-financeiros futuros do modelo. Não será, todavia, possível fazê-lo, ao menos com a desejável segurança, à vista da heterogeneidade artificial que o PL 1992, a par das suas melhores intenções ideológicas, acabará por consumir.

Como se percebe, os cálculos atuariais serão tanto mais fidedignos e confiáveis quanto mais uniforme for a massa de participantes e assistidos (inclusive porque deverá levar em consideração elementos como a expectativa média de vida, a sinistralidade típica, a capacidade contributiva a longo prazo, etc.). Nessa ordem de ideias, a amplitude demasiada do PL 1992 põe em xeque a credibilidade da FUNPRESP, na medida em que é equívoco afirmar, por exemplo, que a expectativa média de vida de servidores públicos federais dos segmentos da saúde ou

²⁶Fulcrada no teor da Lei n. 9.717/1998 (que “[d]ispõe sobre regras gerais para organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências”), a Portaria MPS n. 408/2008, de 11.12.2008, “[d]ispõe sobre as normas aplicáveis às avaliações e reavaliações atuariais dos Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, define parâmetros para a segregação da massa e dá outras providências”.

da segurança pública seja a mesma dos servidores públicos federais do segmento das auditorias fiscais; ou, ainda, que a sinistralidade típica de agentes da Polícia Federal seja a mesma de juízes do Trabalho.

Não se pode, em síntese, trabalhar com um universo seguro de expectativas atuariais, uma vez que a dessegmentação artificial do serviço público federal, tal como procedida pelo PL 1992, não permite aferir, na massa de participantes e assistidos, “hipóteses econômicas e financeiras que guardem [específica] relação com suas respectivas atividades”.

Uma das soluções técnicas, sob o ponto de vista da gestão da sinistralidade, seria a constituição de fundos de previdência complementar segmentados por serviço e categoria, nos termos de lei complementar própria, a permitir uma exata aferição das hipóteses atuariais endógenas, com uniformidade na massa de participantes e assistidos. Essa é, aliás, a única solução que parece atender literalmente ao texto constitucional (art. 40, § 15), pelo qual

[...] 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 (g.n.).

Porém, a medida precisaria ser analisada sob outros ângulos, em especial o fiscal, o que não é matéria de fácil solução. Isso porque, segundo BERTUOL *et alii* (2011),²⁷ a decisão política de instituir a previdência complementar, pautada na formação de poupança no mercado de capitais, tem implicações tributárias e fiscais de grande monta. Além de requerer o aporte de mais recursos do Tesouro Nacional para custear as aposentadorias e pensões daqueles que já ingressaram no serviço público, há risco de descumprimento dos limites de pessoal fixados pela Lei de Responsabilidade Fiscal para os Poderes e órgãos federais.

De acordo com os autores, as Casas do Poder Legislativo Federal, os Tribunais do Poder Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União são os que apresentam maior risco de descumprimento dos respectivos limites fiscais, já que, historicamente, a maior parte de suas despesas com aposentados e pensionistas é custeada com recursos das contribuições previdenciárias, que passarão a ser destinadas à formação de poupança interna, exigindo maior esforço fiscal do Tesouro.

Como é cediço, a lei — e tanto menos a Constituição — não detém palavras inúteis²⁸. Para

²⁷BERTUOL *et alii*. **Projeto de lei n.1992**, de 2007: propõe a instituição da previdência complementar dos servidores públicos e membros de poder.

²⁸MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

Feliciano²⁹, não foi ao acaso que o legislador constituinte derivado, por ocasião da Emenda 41, utilizou a expressão “entidades fechadas de previdência complementar” no seu plural. A rigor, a dicção constitucional curvou-se à boa técnica atuarial, admitindo a segmentação dos fundos complementares de previdência para o serviço público, não apenas por classes federativas (fundos federal, estaduais e municipais), mas também — e sobretudo — de acordo com as semelhanças e dessemelhanças das respectivas massas de participantes/assistidos. Quando não, ainda que única a entidade em um mesmo âmbito federativo, de rigor seria ao menos a segmentação interna dos planos, definidos por serviço e categoria, nos termos vazados em lei complementar própria.

Mas essa possibilidade não é sequer aventada pelo PL 1992, o que revela, nesse particular aspecto, a relativa precariedade atuarial da FUNPRESP, a tornar o modelo temerário, já que o fundo complementar não poderá receber aportes de recursos da União, ainda que em situação de incontornável insustentabilidade econômico-financeira, diante do que dispõe o § 3º, do art. 202, da Constituição.

8 Conclusão

A proposta do Governo Federal para instituir o regime de

previdência complementar do setor público está ancorada em duas premissas postas como verdades cristalizadas: primeiro, o Governo alega que a Constituição obriga a instituição da previdência complementar, conforme Emendas 20 e 41. Segundo, na visão do Poder Executivo da União, há necessidade de estabelecer um tratamento isonômico entre os servidores públicos efetivos e membros de Poder e os trabalhadores da iniciativa privada.

A primeira premissa é falsa, pois os §§ 14 e 15 do art. 40, da Constituição, prevêm a possibilidade, entendida no plano jurídico como uma faculdade, de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituírem ou não o regime de previdência complementar do regime próprio.

A segunda premissa também não se sustenta. O Governo Federal não considera, por exemplo, que a Constituição prevê regras completamente distintas para as duas categorias (servidores públicos e trabalhadores do setor privado), inclusive para fins previdenciários.

O regime próprio de previdência dos servidores efetivos e membros de Poder difere-se em muitos aspectos do regime geral de previdência social. Essa diferença está consagrada no próprio texto constitucional e decore da previsão de regimes de contratação completamente distintos.

Para servirem ao Estado, os servidores efetivos e membros de

²⁹FELICIANO, Guilherme Guimarães. Nota Técnica: Previdência Complementar para Servidores Públicos (PL n. 1.992/2007). Brasília: Anamatra, 2011. Disponível em: <http://www.anfip.org.br/documentos/22083_085359.pdf>. Acesso em: 19 out. 2011.

Poder são dotados de um regime de contratação de caráter administrativo, o qual lhes outorga um conjunto de obrigações, proteções e garantias específicas para o exercício da função pública, com riscos e sacrifícios que lhes são inerentes.

Por um lado o Governo - preso à literalidade da primeira parte do § 15, do art. 40, da Constituição - recusa a necessidade de lei complementar específica para nortear a instituição da previdência complementar dos segurados do regime próprio da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Por outro lado, o Poder Executivo, paradoxalmente, apega-se às Leis Complementares ns. 108 e 109, de 2001, para direcionar o fundo de previdência que se pretende criar nos termos do PL 1992. Essa postura revela uma clara contradição do Governo, maculando o projeto que tramita na Câmara dos Deputados.

Ademais, mesmo nos estritos lindes desta desatinada opção legislativa, a proposta claudica perigosamente, porque encampa um modelo massificado de dessegmentação de grupos e capitais que tende a comprometer a própria credibilidade atuarial dos fundos futuros, para o servidor e para os mercados.

O fato é que não se pode admitir que a União, os Estados, o Distrito Federal e mais de 5,5 mil Municípios possam instituir a previdência complementar dos respectivos regimes próprios a seu bel-prazer, sem que haja uma norma geral de caráter nacional que estabeleça regras básicas de fun-

cionamento. Essa é a conclusão que se pode chegar a partir da leitura sistemática da parte final do § 15, do art. 40, da Constituição, quando exige a aplicação, no que couber, do art. 202 do mesmo Diploma.

Observar o art. 202 não significa aproveitar as Leis Complementares ns. 108 e 109, de 2001, para fins de nortear a previdência complementar do servidor efetivo e membro de Poder. Tais normas não fixam os parâmetros essenciais para a previdência dos servidores, como, por exemplo, a **portabilidade** das contribuições recolhidas aos regimes próprios de outros entes da Federação para a previdência complementar, tema de extrema complexidade, seja no plano operacional, seja sob o ponto de vista político.

O PL 1992 não tem o condão de estabelecer normas gerais para toda a Federação e obrigar Estados e Municípios na condução de suas escolhas quanto à instituição ou não da previdência complementar dos servidores públicos e membros de Poder.

Assim sendo, padece de lógica e razoabilidade jurídica a tentativa de nortear a previdência do servidor efetivo e membro de Poder pelas Leis Complementares em comento.

Entendemos que se a União insistir na aprovação do PL 1992, qualquer fundo de previdência complementar criado com base nas Leis Complementares ns. 108 e 109, de 2001, somente alcançará os servidores ocupantes de cargo em comissão dos três Poderes, os agentes de saúde contratados sob a forma de

empregados públicos pela Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), com base no § 4º, do art. 198, da Constituição, além de outros ocupantes de cargos temporários no âmbito dos Poderes e órgãos da União.

Enquanto não for editada uma lei complementar específica, que atenda aos pressupostos do art. 40 c/c 202 da Constituição, os futuros servidores efetivos e membros de Poder não poderão se sujeitar ao fundo de previdência que decorrer do PL 1992.

9 Referências

ANFIP. Associação Nacional dos Auditores Fiscais da **Previdência Social. Previdência do serviço público brasileiro**: fundamentos e limites das propostas de reforma. Brasília: ANFIP, Agosto 2003. Disponível em: <http://www.anfip.org.br/publicacoes/livros/inclui-des/livros/arqs-swfs/prev_serv_publico_brasileiro.swf>. Acesso em: 16 out. 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema constitucional tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.

_____. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William. **Direito Previdenciário na Visão dos Tribunais**: Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

BERTUOL, André Stefani; MOURA, Aline Teodoro; PEREIRA, Lucieni.

Minuta de Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública & Projeto de Lei Complementar n. 92, de 2007. Entidade Estatal de Direito Privado na Administração Pública. Série Fundação Estatal. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.sindilegis.org.br/edit/textos/arqupload/ano2010/mes6/ArtigoLucieni-2010622112710.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2011.

BERTUOL, André Stefani; MENEZES NETO, Almir Serra Martins; MOURA, Aline Teodoro; PEREIRA, Lucieni. **Projeto de Lei n. 1.992, de 2007**: propõe a instituição da previdência complementar dos servidores públicos e membros de poder. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.sindilegis.org.br/edit/peticao/arqupload/ano2011/mes7/PrevidenciaComplementarPL1992TextoConjunto4072011-20117420330.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2011.

BRASIL. Ministério Público Federal. Fundação Estatal. **Representação do Procurador da República da Procuradoria da República em Santa Catarina**. BERTUOL, André Steffani. Florianópolis, SC, 13 nov. 2007. Disponível em: <http://ccr5.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/publicacoes-diversas/docs-publicados-2008/fundacao_estatal_prsc.pdf>. Acesso em: 19 out. 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 6 ed. São Paulo. LTr, 2004.

- CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Apresentação. Fundações Estatais: Proposta Polêmica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1 p. 71-80. mar./jul. 2009.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Nota Técnica: Previdência Complementar para Servidores Públicos (PL n. 1.992/2007)**. Brasília: Anamatra, 2011. Disponível em: <http://www.anfip.org.br/documentos/22083_085359.pdf>. Acesso em: 19 out. 2011.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PEREIRA, Lucieni. Fundações Estatais na Organização do Estado Brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v. 10, n. 1 p. 98-135. mar./jul. 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 18 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- WEICHERT, Marlon Alberto. Fundação Estatal no Serviço Público de Saúde: Inconsistências e Inconstitucionalidades. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1 p. 81-97. mar./jul. 2009.