

# 6

## PREVIDÊNCIA DO SERVIDOR PÚBLICO: RECENTES ALTERAÇÕES. A NOVA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES FEDERAIS E A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 70

**Jorge Franklin Alves Felipe<sup>1</sup>**

### RESUMO

O ano de 2012 foi marcado por duas relevantes mudanças no cenário da previdência do servidor público. Primeira, a criação, por meio de lei federal, da FUNPRESP, entidade que será encarregada de gerir a previdência complementar do servidor federal. A FUNPRESP foi criada em razão da EC n. 20, com as alterações da EC n. 41, que introduziu a previsão da previdência complementar no serviço público, para cobertura de benefício previdenciário no que exceder ao teto do INSS. Assim, os novos servidores federais que vierem a ser admitidos após o efetivo funcionamento da FUNPRESP somente receberão dos cofres públicos até o limite dos benefícios do INSS, hoje em torno de R\$4.000,00, ficando a complementação a cargo da previdência complementar. Não são abrangidos pela FUNPRESP os Estados e Municípios, embora possam seguir o modelo federal. Outra mudança relevante foi a alteração na aposentadoria

---

<sup>1</sup> Magistrado aposentado no Estado de Minas Gerais. Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado. Vice-Presidente do Conselho Deliberativo da JUSPREV. Consultor previdenciário.

por invalidez, a fim de que seja calculada com base na última remuneração do cargo (INTEGRALIDADE) para os servidores que ingressaram no serviço público antes do advento da EC n. 41 que, como se sabe, introduziu o cálculo das aposentadorias pela média.

## 1. REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

O Direito brasileiro conhece dois regimes previdenciários distintos, conhecidos, respectivamente, por Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). O primeiro, dos trabalhadores da iniciativa privada e algumas modalidades de servidores públicos, entre os quais os ocupantes de empregos públicos, cargos temporários e cargos em comissão (que não sejam efetivos da administração), além dos ocupantes de mandato eletivo. O RPPS é típico do servidor público estrito senso, ou seja, investido em cargo público, após concurso regular, a eles equiparando-se os membros de poder e os titulares de cargos do Ministério Público. O RGPS reporta-se aos arts. 201 e segs. da Constituição Federal, enquanto o RPPS se acha previsto no art. 40 da mesma Carta Magna. A regulamentação do primeiro se faz, basicamente, com as Leis n. 8.212 e 8.213, de 1991, com alterações subsequentes, tendo caráter nacional, enquanto as normas gerais do último se acham nas Leis n. 9.717 e 10.887, sendo complementadas pela legislação local.

Os dois regimes apresentam muitos pontos diferenciais, embora, basicamente, consagrem o amparo às mesmas situações. Noutras palavras, os benefícios previdenciários básicos da aposentadoria e pensão existem nos dois regimes, embora o tratamento legal dispensado não seja exatamente o mesmo. Assim, por exemplo, a forma de cálculo das aposentadorias por invalidez e idade no RGPS segue uma sistemática de cálculo diferente da adotada pelo RPPS e, diga-se, mais vantajosa. No regime geral de previdência a aposentadoria por idade, por exemplo, parte do percentual de 70%. No regime próprio de previdência aplica-se, em regra, a proporcionalidade considerada em face ao tempo exigido para a aposentadoria por tempo de contribuição.

Nos últimos anos, especialmente após o advento das Emendas Constitucionais n. 20 e 41, o RPPS sofreu grandes mudanças. O sistema previdenciário do servidor público, que antes concedia aposentadorias

como forma de prêmio, passou a ser oneroso. Idade mínima para aposentadoria passou a ser exigida dos servidores públicos e, por último, também a forma de cálculo dos benefícios dos servidores públicos foi alterada, com o fim da integralidade e da paridade, substituídas pelo cálculo dos benefícios pela média das remunerações e atualização anual por índices de correção monetária.

As perdas para os servidores públicos, no entanto, não ficaram aí.

## **2. A PREVISÃO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

Com o advento da EC n. 20/98 foi criada a possibilidade da limitação dos benefícios do RPPS ao teto máximo do INSS, caso em que passaria a diferença entre o teto do INSS e a efetiva remuneração do servidor a ser suportada pelo regime de previdência complementar. Essa regra vale para os novos servidores, ou seja, aqueles que ingressarem na administração pública federal após a efetiva instalação do plano de previdência complementar, podendo os antigos servidores a ele aderir por opção.

A EC n. 40/2003 deixou claro o fato de que basta uma lei instituindo o regime de previdência complementar no órgão federado e sua efetiva implantação para que ocorra a limitação do valor das aposentadorias para os novos servidores, ou seja, os que ingressaram no serviço público a partir da efetiva instituição da entidade de previdência complementar. Desnecessária a edição de novas normas gerais de previdência complementar.

## **3. A INSTITUIÇÃO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NA UNIÃO**

Cabe a cada ente federativo, no exercício de sua competência constitucional, instituir, em nível local, o regime de previdência complementar, o que fez a União, pela Lei Complementar n. 12.618, de 30 de abril de 2012.

Com a vigência da Lei Complementar virá a efetiva instituição das fundações que irão gerir a previdência complementar nos três níveis de poder da União, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário e,

assim, somente a partir da criação da fundação, com sua efetiva implantação, é que os servidores públicos passarão a ser subordinados ao novo regime misto ou híbrido.

Não custa dizer que a Lei Complementar da União não obriga aos Estados e Municípios, que detêm competência constitucional para a instituição de seu regime próprio de previdência complementar.

Com o novo regime os servidores sofrerão descontos obrigatórios em seus contracheques até o teto do INSS. No que recebem acima desse valor contribuirão, se quiserem, para a previdência complementar, recebendo, no futuro, os seus benefícios, segundo o capital acumulado em sua conta individual, tal como ocorre em qualquer entidade de previdência complementar. Nada impede que não queiram se filiar às entidades de previdência criadas pela nova lei, mas, nesse caso, não terão os benefícios da contribuição patronal, recebendo tão só do órgão público o teto do INSS. Nada impede que contribuam para uma previdência complementar distinta da FUNPRESP, mas, nesse caso, não terão o aporte da cota patronal.

O teto do INSS acima referido não estará sujeito à incidência do fator previdenciário.

### **3.1 Caráter facultativo**

A previdência complementar é na sua essência facultativa e, desta forma, não se tem como obrigar o servidor a aderir a ela, como, aliás, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial n. 920702-PR, em caso análogo, cujos fundamentos são invocados.

Como decorrência de seu caráter facultativo não se pode impedir que o servidor, que tenha aderido ao regime, dele se afaste, quando deixar o cargo público, caso em que levará, a título de resgate, as contribuições que verteu, mas não as do patrocinador. O resgate, outrossim, somente pode ser total, como, aliás, se infere do comando legal que rege a matéria (Lei Complementar n. 109).

### **3.2 Planos de benefícios**

As aposentadorias concedidas aos servidores serão reguladas no Plano de Benefícios da entidade de Previdência Complementar, que

será aprovado pela PREVIC. O regime é de contribuição definida. O servidor sabe o que vai pagar, mas não o que vai receber. Como se sabe não existe garantia de valor mínimo desse benefício. O valor do benefício decorrerá do capital que o servidor acumular ao longo de sua carreira e filiação ao regime. Não se aplica à espécie nenhum limite de valor, podendo o benefício, naturalmente, ultrapassar tanto o teto salarial, quanto a remuneração do cargo da atividade, posto que pago por entidade privada de previdência complementar. Para efeito de recolhimento, no entanto, não serão vertidas contribuições que considerem a remuneração além do teto constitucional, evitando-se, com isso, pesado ônus para a União.

### **3.3 Cobertura dos benefícios de risco**

Como, na previdência complementar, as contribuições são projetadas para formar um capital, capaz de constituir um benefício, o legislador cuidou de contribuições complementares para custeio dos benefícios de risco, entre os quais a aposentadoria por invalidez e pensão por morte, uma vez que, para esses, não existe como formar-se provisão de recursos e não se tem senão como adotar um regime de repartição. Atualmente, funciona desta forma a JUSPREV, entidade privada que já opera no Brasil e que concede a aposentadoria voluntária e, por meio da parceria com seguradora, também os benefícios de risco. No modelo tradicional da previdência dos servidores públicos funciona o regime de repartição e, pois, não se distinguem as contribuições para a aposentadoria voluntária das destinadas ao custeio dos benefícios de risco. Na previdência complementar esses benefícios de risco terão custeio em separado. Quer parecer que, com esse custeio, seria caso de se transferir os valores para a conta individual do segurado e, daí, gerar-se o benefício. Dispõe o art. 17 da Lei Complementar Federal:

Art. 17. *Omissis.*

§ 1º O plano de custeio referido no *caput* deverá prever parcela da contribuição do participante e do patrocinador com o objetivo de compor o Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários (FCBE), do qual serão vertidos montantes, a título de contribui-

ções extraordinárias, à conta mantida em favor do participante, nas hipóteses e na forma prevista nesta Lei.

§ 2º As contribuições extraordinárias a que se refere o § 1º serão vertidas nas seguintes hipóteses:

I – morte do participante;

II – invalidez do participante;

III – aposentadoria nas hipóteses dos §§ 4º e 5º do art. 40 da Constituição Federal;

IV – aposentadoria das mulheres, na hipótese da alínea “a” do inciso III do § 1º do art. 40 da Constituição Federal; e

V – sobrevivência do assistido.

§ 3º O montante do aporte extraordinário de que tratam os incisos III e IV do § 2º será equivalente à diferença entre a reserva acumulada pelo participante e o produto desta mesma reserva multiplicado pela razão entre 35 (trinta e cinco) e o número de anos de contribuição exigido para a concessão do benefício pelo regime próprio de previdência social de que trata o art. 40 da Constituição Federal.

A matéria será regulada no Plano de Benefícios. A lei condiciona que os benefícios de risco, por exemplo, pensão e aposentadoria por invalidez, somente serão concedidos ao servidor que efetivamente a eles tenha direito na administração pública. O plano de benefícios evidentemente regulará o valor e o que mais couber.

A Resolução CGPC n. 10, de 30 de março de 2004, dispõe, no *caput* do art. 1º, que as entidades fechadas de previdência complementar poderão contratar com a sociedade seguradora autorizada a funcionar no País, seguro específico para cobertura de riscos atuariais decorrentes da concessão de benefício devido em razão de invalidez ou morte dos participantes ou assistidos dos planos de benefícios que operam, de modo a assegurar sua solvência e equilíbrio. Nesse caso, a entidade de previdência complementar não poderá prever o pagamento da indenização do seguro diretamente ao participante (art. 3º) e, desta forma, deverá ser vertido para a entidade, que se encarregará de pagar o benefício.

### **3.4 Natureza contratual**

Os benefícios previdenciários do RPPS são regulados pela Constituição e por leis. Já os benefícios da previdência comple-

mentar são regulados por contratos. Na previdência pública a fonte normativa da relação previdenciária é a lei; na previdência complementar o contrato e as normas editadas pelos órgãos deliberativos do sistema.

No tocante aos benefícios de risco, como pensão e aposentadoria por invalidez, não vemos como aplicar, senão supletivamente, as regras do direito previdenciário, devendo prevalecer a natureza contratual da vinculação às referidas entidades e, pois, definição de dependentes, conceituação e critérios para aferição de invalidez, fórmula de cálculos, são questões a serem definidas no plano de benefícios, sem prejuízo das normas editadas pela PREVIC, no âmbito de sua competência.

### **3.5 A FUNPRESP**

A Lei complementar, alterando o que se previa no projeto original, prevê a existência de uma entidade de previdência por poder, ou seja, serão três fundações, destinadas a gerir a previdência dos servidores do Executivo, Legislativo e Judiciário.

A nova entidade deverá ser registrada na PREVIC, onde aprovará o Plano de Benefícios, estará sujeita à fiscalização do Conselho Monetário Nacional, quanto à aplicação de recursos e terá os órgãos básicos de uma entidade dessa natureza, quais sejam, o deliberativo, o executivo e o fiscal.

Funcionará como entidade privada, mas com adoção de institutos de direito público, entre os quais a necessidade de concurso para contratação de pessoal e de licitação para contratação de obras e serviços. Com a adoção desses institutos, o legislador considerou a natureza pública da entidade de previdência complementar que, no entanto, continua sendo pessoa jurídica de direito privado, a nosso ver. Vejamos o comando legal:

Art. 8º Além da sujeição às normas de direito público que decorram de sua instituição pela União como fundação de direito privado, integrante da sua administração indireta, 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, no caso de empregos permanentes, ou de processo seletivo, em se tratando de contrato temporário, conforme a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;

III – publicação anual, na imprensa oficial ou em sítio oficial da administração pública certificado digitalmente por autoridade para esse fim credenciada no âmbito da Infraestrutura 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 dos planos de benefícios e ao órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, na forma das Leis Complementares nºs 108 e 109, de 29 de maio de 2001.

As Resoluções do antigo Conselho de Gestão da Previdência Complementar integram o corpo de normas do atual Conselho Nacional de Previdência Complementar.

### **3.6 Custeio**

O percentual de contribuição para o regime complementar de previdência será definido pelo servidor na forma do Plano de Benefícios, não podendo o percentual de custeio do ente federativo ser superior ao do servidor, como, aliás, é a regra da previdência fechada das entidades vinculadas ao Estado, por força da Lei Complementar n. 108. Quanto maior a contribuição do servidor maior será o aporte da União e, em consequência, o capital constituído e a futura aposentadoria. O máximo da contribuição definida na lei é de 8,5%. A base de cálculo é, naturalmente, a diferença entre o teto máximo do INSS e a remuneração.

### **3.7 Benefício especial**

Ante a possibilidade de ocorrer a filiação de antigos servidores ao novo regime existirá um tempo de contribuição não utilizado para benefício e, assim, a nova lei regula os efeitos desse tempo, prevenindo, a favor do servidor, a concessão de um benefício especial que,



naturalmente, será somado ao valor que efetivamente fizer jus o servidor no plano de previdência complementar. Nesse caso, o total da aposentadoria do servidor consistirá no somatório de três parcelas: o benefício do RPPS até o teto do INSS; o benefício especial para complementar o tempo do servidor anterior à transferência para a previdência complementar e o benefício da previdência complementar. A lei traça a complexa fórmula desse benefício especial, inspirada na regra de cálculo de aposentadorias já adotada no regime geral e no serviço público a partir da Lei n. 10.887, que se baseia na média das 80% maiores remunerações do servidor. É evidente que essa média levará em consideração a diferença entre o teto do INSS e a média efetiva do servidor, partindo-se, daí, para o critério da proporcionalidade em razão do tempo efetivamente utilizado. Segue o texto do comando legal sobre a média:

Art. 3º, § 2º - O benefício especial será equivalente à diferença entre a média aritmética simples das maiores remunerações anteriores à data de mudança do regime, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência, e o limite máximo a que se refere o *caput* deste artigo, na forma regulamentada pelo Poder Executivo, multiplicada pelo fator de conversão.

### 3.8 Da impenhorabilidade

Já sustentávamos a impenhorabilidade dos depósitos vertidos a favor de entidade de previdência complementar fechada, conforme trabalho que divulgamos por meio da JUSPREV e ABRAPP. O ideal seria que a nova lei contemplasse, de modo expresso, essa impenhorabilidade. Mesmo sem a previsão legal, contudo, parece inevitável a tese da impenhorabilidade. Não tem sentido que o servidor reverta contribuições visando à sua futura aposentadoria e tenha o risco de verem penhorados

os recursos respectivos. Embora o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1121719, tenha admitido a penhora de recursos aplicados em PGBL, é preciso considerar, no caso específico da previdência complementar do servidor público, a natureza salarial dos recursos vertidos à conta geradora do benefício de aposentadoria que substituirá aquela antes concedida pelos cofres públicos. A decisão proferida pelo Egrégio STJ, por suas características, retrata situação bem distinta daquela do servidor que retira parte de seus recursos salariais para mensalmente formar um capital destinado ao custeio de sua aposentadoria.

### 3.9 Benefícios fiscais

Do ponto de vista fiscal parece seguro o entendimento de que as contribuições serão dedutíveis para fins de imposto de renda na forma da legislação tributária. O tratamento das aplicações em previdência é distinto das contribuições previdenciárias, mas ambos constituem deduções dos rendimentos brutos.

### 3.10 Adesão excepcional

Disposição estranha consta do art.13 da lei, ao prever que o servidor público que perceba menos que o teto do INSS possa se filiar à previdência complementar.

Art. 13. *Omissis.*

Parágrafo único. O servidor com remuneração inferior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social poderá aderir aos planos de benefícios administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar de que trata esta Lei, sem contrapartida do patrocinador, cuja base de cálculo será definida nos regulamentos.

Como deve ser interpretado esse dispositivo? Um *plus* ou seja, faculdade para o servidor? Ou opção entre a previdência pública e a complementar?

Não nos parece que se trate de simples substituição de amparo previdenciário. Lei complementar não pode alterar uma previsão que é consti-

tucional. O servidor que perceba menos que o teto do INSS tem o direito de se aposentar pelo RPPS. Outra interpretação seria o da filiação como um *Plus*. Nova incoerência, pois se a FUNPRESP foi criada para regulamentar a regra do art. 40, § 14, da CF, não teria sentido se transformasse numa entidade de previdência complementar com outro objetivo.

### 3.11 Requisitos adicionais

Ao regime de previdência complementar do servidor público federal aplicam-se as regras disciplinadoras das Leis Complementares n. 108 e 109 e, desta forma, existe a previsão no art. 3º da primeira mencionada de que os benefícios voluntários somente serão concedidos se houver concessão do benefício pelo RPPS e exige-se, ainda, uma carência de 60 (sessenta) meses, donde se conclui que os atuais servidores que estejam próximos à aposentadoria, caso ingressem no novo regime, terão que aguardar o referido prazo.

Art. 3º, da Lei Complementar n. 108.

Observado o disposto no artigo anterior, os planos de benefícios das entidades de que trata esta Lei Complementar atenderão às seguintes regras:

I – carência mínima de sessenta contribuições mensais a plano de benefícios e cessação do vínculo com o patrocinador, para se tornar elegível a um benefício de prestação que seja programada e continuada; e

II – concessão de benefício pelo regime de previdência ao qual o participante esteja filiado por intermédio de seu patrocinador, quando se tratar de plano na modalidade benefício definido, instituído depois da publicação desta Lei Complementar.

Parágrafo único. Os reajustes dos benefícios em manutenção serão efetuados de acordo com critérios estabelecidos nos regulamentos dos planos de benefícios, vedado o repasse de ganhos de produtividade, abono e vantagens de qualquer natureza para tais benefícios.

Embora o inciso II do art. 3º se refira aos planos de benefício definido, parece que é da essência da previdência do servidor público a obtenção do benefício do RPPS para a concessão daquele previsto

na previdência complementar, havendo, nesse sentido, dispositivo expresso na lei que cria a FUNPRESP.

Aplicando-se, ainda, referidas leis complementares há que ser permitido o resgate da totalidade das contribuições vertidas, bem como a portabilidade delas, desde que o servidor deixe o seu cargo na administração. Não tem sentido a adoção do instituto da portabilidade com a manutenção do vínculo funcional com a administração pública.

Lei Complementar n. 109:

Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

I – benefício proporcional diferido, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, a ser concedido quando cumpridos os requisitos de elegibilidade;

II – portabilidade do direito acumulado pelo participante para outro plano;

III – resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; e

IV – faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares.

§ 1º Não será admitida a portabilidade na inexistência de cessação do vínculo empregatício do participante com o patrocinador.

§ 2º O órgão regulador e fiscalizador estabelecerá período de carência para o instituto de que trata o inciso II deste artigo.

§ 3º Na regulamentação do instituto previsto no inciso II do *caput* deste artigo, o órgão regulador e fiscalizador observará, entre outros requisitos específicos, os seguintes:

I – se o plano de benefícios foi instituído antes ou depois da publicação desta Lei Complementar;

## II – a modalidade do plano de benefícios.

§ 4º O instituto de que trata o inciso II deste artigo, quando efetua-  
do para entidade aberta, somente será admitido quando a integrali-  
dade dos recursos financeiros correspondentes ao direito acumula-  
do do participante for utilizada para a contratação de renda mensal  
vitalícia ou por prazo determinado, cujo prazo mínimo não poderá  
ser inferior ao período em que a respectiva reserva foi constituída,  
limitado ao mínimo de quinze anos, observadas as normas estabe-  
lecidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

A Resolução n. 06, de 30 de outubro de 2003, do Conselho de  
Gestão da Previdência Complementar, regula o benefício proporcio-  
nal diferido, portabilidade, resgate e autopatrocínio, nas entidades fe-  
chadas de previdência e, em seu art. 22, estabelece restrições para o  
resgate, nas entidades patrocinadas, ao estabelecer:

No caso de plano de benefício instituído por patrocinador, o re-  
gulamento deverá condicionar o pagamento do resgate à cessa-  
ção do vínculo empregatício.

Para as entidades instituídas deve haver um prazo de carência  
de seis meses a partir da inscrição no plano de benefícios, nos ter-  
mos do art. 23.

Não se defere resgate se o participante estiver em gozo de bene-  
fício (art. 24).

O art. 26, aplicável às entidades patrocinadas ou instituídas, es-  
clarece que o resgate deve ser total e não compreende as despesas de  
custeio administrativo e as parcelas destinadas aos benefícios de risco.

O art. 14 trata da portabilidade, exigindo, para tal fim, que o par-  
ticipante não esteja em gozo de benefício e que ocorra a cessação do  
vínculo empregatício do participante com o empregador, nos planos  
instituídos por patrocinador (v. art. 14, § 1º, da Lei).

### **3.12 Magistratura e Ministério Público**

A nova lei, como, aliás, a instituição da previdência complemen-  
tar alcança os ocupantes de cargos da Magistratura e do Ministério  
Público. Existem fortes teses no sentido de que os magistrados e mem-  
bros do Ministério Público não estariam abrangidos pelas reformas

constitucionais decorrentes das Emendas Constitucionais n. 20 e 41, mas isso foge ao objetivo do presente trabalho.

### **3.13 Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**

Sobre previdência complementar, atualmente, vigem as seguintes Súmulas do Superior Tribunal de Justiça:

A ação de cobrança de diferenças de valores de complementação de aposentadoria prescreve em cinco anos contados da data do pagamento (Súmula n. 427 STJ).

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes (Súmula 321).

A ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos (Súmula 291).

Nos planos de previdência privada não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador (Súmula 290).

A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda (Súmula 289)

Como já nos manifestamos, noutras ocasiões, em que pese o entendimento dominante no sentido de que a correção monetária das reservas de poupança seja plena, isso é, consubstanciada em índice que reflita a perda do poder aquisitivo da moeda, entendemos que a devolução dos valores, por meio de resgate, deve se dar segundo os valores provenientes dos rendimentos das aplicações, pelo critério de cotas de fundos, especialmente nas entidades fechadas, nas quais, outrossim, não vislumbramos razões para aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, porque o associado ou empregado da entidade não é consumidor.

Não se pode cogitar de devolução de taxa de administração, cota do patrocinador e contribuições de risco.

### **3.14 Benefício definido X contribuição definida**

Sabe-se que as entidades fechadas instituídas adotam o regime de contribuição definida, nas quais o segurado sabe quanto irá pagar, mas não tem a garantia de quanto irá receber. Diferentemente,

nos tradicionais planos de benefício definido, existe a garantia do valor contratado, mas, em compensação, existem instrumentos previstos em lei para a cobertura de déficits do sistema, o que pode acarretar encargo adicional para os participantes. A FUNPRESP vem, assim, de forma atípica, posto tratar-se de um plano patrocinado, mas com o sistema de contribuição definida. Não existe garantia do valor do benefício e nem distribuição de sobras, mas, por outro lado, o participante não corre o risco de ter que suportar prejuízos dos demais integrantes.

A Resolução CGPC n. 16, de 22 de novembro de 2005, normatiza os planos de benefícios de caráter previdenciário nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável e, em seu art. 3º, dispõe:

Entende-se por planos de benefícios de caráter previdenciário na modalidade de contribuição definida aqueles 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.

Da obra *Previdência Complementar Fechada no Brasil*, Colégio Permanente dos Presidentes de Tribunais de Justiça, 2010, extraímos os seguintes textos:

A principal característica de um plano de Benefício Definido é a garantia oferecida ao participante de receber um valor previamente estabelecido no regulamento do plano.

Na contribuição definida ‘O valor do benefício que o participante irá receber na época de sua aposentadoria dependerá diretamente dos montantes aportados à conta individual, do período nos quais os aportes são efetuados e da rentabilidade obtida nas aplicações financeiras do saldo existente’.

No regime misto de contribuição variável o benefício via de regra é calculado com base no capital constituído (contribuição definida), mas o valor se torna garantido a partir da aposentadoria (benefício definido). (COELHO FILHO, p. 35)

Da obra *Introdução à Previdência Complementar*, 2005, ABRAPP/ICSS/SINDAPP, Newton Conde extraímos:

A leitura da Lei 6.435 deixa perceber que ela foi concebida tendo como pano de fundo aqueles planos de benefícios hoje denominados de Planos de Benefício Definido(BD). Somente na década de 80 começaram a surgir outros tipos de planos de benefícios, denominados de Planos de Contribuição Definida(CD).

Vê-se, assim, que a FUNPRESP vem com previdência patrocinada, mas na modalidade de contribuição definida. Um novo modelo, sem dúvida.

Como é escassa a jurisprudência sobre Previdência Complementar transcrevemos, a seguir, voto do Ministro João Otávio Noronha, no julgamento do recurso especial n. 1.111.077-DF que, ao traçar o perfil do regime de benefício definido, permite segura compreensão da matéria:

VOTO O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Relativamente à suposta ofensa aos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, parece-me que a recorrente interpretou equivocadamente a decisão objurgada. De fato, foi reconhecido àqueles associados já aposentados em data anterior à Emenda Constitucional n. 20/98 o direito de serem ressarcidos das quantias pagas a mais a partir de dezembro de 2000, ou seja, daquilo que ultrapassou os 10% do valor de sua complementação de aposentadoria. Nada há a prover. Analiso agora a pretensa violação do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como do art. 6º, *caput*, da Lei Complementar n. 208/2001 e dos arts. 20 e 21 da Lei Complementar n. 109/2001. Não concordo com a assertiva do acórdão objurgado de que a majoração no percentual das contribuições dos participantes e assistidos implicaria ofensa ao direito adquirido e redução dos benefícios, mormente porque, no caso concreto, a hipótese é de plano de benefício definido. Com efeito, ensina IVY CASSA (*in* “Contrato de Previdência Privada”, MP Editora, 2009, p. 155): “Os planos de benefício definido foram os primeiros a surgir no mercado. Caracterizam-se por serem aqueles em que o valor do benefício é determinado na data da contratação. A partir dessa premissa, o valor da contribuição é calculado atuarialmente (através de procedimentos matemáticos que utilizam variáveis probabilísticas combinadas com variáveis financeiras), observadas as bases técnicas definidas pelo órgão regulador. Nas palavras de Adacir Reis: *‘é aquele no qual o participante sabe de antemão o quanto receberá de benefício,*



*embora não saiba exatamente o quanto vai pagar, já que esse valor poderá variar de acordo com o plano anual de custeio, podendo diminuir ou aumentar a contribuição a partir da constatação de superavit (art. 20) ou déficit (art. 21). Em outras palavras, no plano de benefício definido a contribuição é indefinida, mas o valor do benefício é previamente definido na data de vinculação do participante ao plano, calculado com base em regras estipuladas em regulamento e geralmente vinculadas ao salário da ativa ou à média extraída de um período de contribuição que antecede a aposentadoria. No plano BD os cálculos são feitos levando em conta o total da massa de participantes. Existe aqui o chamado **mutualismo**.”* Por sua vez, LUÍS CARLOS CAZETTA (in “Previdência Privada – o regime jurídico das entidades fechadas”, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2006, p. 50/51) assevera: “No âmbito do segmento fechado, os planos previdenciários estruturam-se, basicamente, sob os modelos de benefícios definidos ou de contribuições definidas. Nos planos de benefícios definidos, estabelecem-se nos regulamentos os benefícios e o regime de custeio para a sua atribuição aos participantes, quando implementadas as condições e satisfeitos os critérios e carências correspondentes. Em vista da determinação prévia, nesse tipo de plano, dos benefícios contratados com os participantes, o respectivo regime de custeio deve ser ajustado ao longo do período de capitalização das reservas, mediante a fixação de níveis de contribuições permanentemente aptos a conferir equilíbrio econômico e financeiro entre as reservas (e fundos e provisões) e os compromissos, presentes e futuros, apurados atuarialmente.” E, à fl. 106 da mesma obra citada, conclui o autor: “Por tudo isso, fica evidente que, em caso de necessidade técnica devidamente comprovada, a adaptação financeira do plano (por meio da alteração dos percentuais correspondentes às contribuições atribuíveis ao patrocinador e ao participante ou da modificação na estrutura dos benefícios) configura elemento essencial (nuclear) da relação jurídica, não caracterizando, por qualquer forma, ofensa à intangibilidade do ato jurídico perfeito (**ou ao direito adquirido, acréscimo eu**) celebrado com a entidade fechada de previdência” (grifei). Não há, pois, falar em direito adquirido a determinado regime de contribuições, uma vez que essas, particularmente nos planos de benefício definido, podem ser alteradas para manter o equilíbrio atuarial do plano sempre que ocorrerem situações que o recomendem ou, como no caso, que o exijam. Embora não me alie à tese defendida pelo ilustre representante do Ministério Público, de que cabe invocar, no caso, a teoria da imprevisão para embasar

as alterações efetuadas no estatuto da Centrus, o fato é que houve, sim, a incidência de ato excepcional sobre a relação contratual inicialmente celebrada entre os assistidos e o fundo de pensão a justificar a redefinição dos percentuais devidos por cada parte a título de contribuição. Ressalto ainda que o aumento das contribuições, na forma do disposto no art. 6º da Lei Complementar n. 108/2001, que veio regulamentar o § 3º do art. 202 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, aplica-se tanto aos participantes da ativa quanto aos aposentados. De fato, em parecer constante da obra “Fundos de Pensão: temas jurídicos” (Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 212/214), FLÁVIO MARTINS RODRIGUES anotou: “Dúvida que também foi colacionada diz respeito às contribuições dos assistidos (participantes aposentados e pensionistas). É indagado se as mesmas poderiam, ou não, ser computadas conjuntamente com as contribuições dos participantes ativos, para fins de observância da regra da paridade contributiva com os aportes do ‘patrocinador público’. Veja-se que o Constituinte Derivado utilizou, no § 3º do art. 202, a expressão ‘segurado’ para identificar os destinatários da previdência complementar. De fato, a expressão é pouco técnica. Planos de previdência possuem participantes e assistidos, dividindo-se estes em participantes em gozo de benefícios e beneficiários, expressões trazidas com precisão pelo legislador infraconstitucional. É o que dispõe o art. 8º da Lei Complementar nº 109/01, lei orgânica da previdência complementar, que convém transcrever: Art. 8º – Para o efeito desta Lei Complementar, considera-se: I – participante, a pessoa física que aderir aos planos de benefícios; II – assistido, o participante ou seu beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada.’ Teve-se a oportunidade de expor que o esforço contributivo dos participantes, sob o ponto de vista de custeio atuarial, pode concentrar-se durante a fase ativa da vida do trabalhador ou ser financiado no tempo, de forma a que o participante assistido (aposentado) e seu beneficiário (pensionista) arquem com parte do custo que lhe poderia ser imputado. O que importa é o valor presente dessas contribuições para fins de aferição do custeio do plano. A ratio do art. 202, § 3º da Constituição Federal é, portanto, a moderação dos aportes realizados pelos ‘patrocinadores públicos’. No mesmo sentido, seguiu a Lei Complementar nº 108/01, diploma normativo especialmente voltado para as entidades fechadas de previdência patrocinadas por entes públicos, ao tratar do custeio dos planos de benefícios, estabeleceu-se no art. 6º e no seu § 1º, *verbis*: ‘Art. 6º – O custeio dos planos de benefícios será de responsabilidade do patrocina-

dor e dos participantes, inclusive assistidos. § 1º. A contribuição normal do patrocinador para o plano de benefícios, em hipótese alguma excederá à do participante, observado o disposto no art. 5º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e as regras específicas emanadas do órgão regulador e fiscalizador.’ Veja-se que o *caput* do transcrito art. 6º traz a regra da contributividade compulsória. Em outras palavras, as entidades de previdência complementar que contam com ‘patrocinadores públicos’ deverão possuir, obrigatoriamente, o esforço contributivo dos destinatários dos benefícios. Disse mais o dispositivo, que os aportes deverão ser ‘do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos’. Estes, como se viu na regra expressa do art. 8º da Lei Complementar nº 109/01, contemplam dois agrupamentos: o participante em gozo de benefício de prestação continuada e o beneficiário em gozo de benefício de prestação continuada. Prosseguindo-se, o referido art. 6º da Lei Complementar nº 108, em seu § 1º, traduz com mais precisão a regra constitucional limitadora das contribuições patronais, dispondo que a contribuição do ente estatal, ‘em hipótese alguma, excederá à do participante’. A resposta deverá compor-se com a regra contida no *caput* do dispositivo, ou seja, ‘participante, inclusive assistido’. A regra compõe-se com absoluta racionalidade. Desta feita, o esforço contributivo do ‘empregador público’ não poderá exceder o esforço contributivo do destinatário do benefício, seja verificado na fase laboral ativa, seja financiado posteriormente. Em outras palavras, resta claro que o art. 6º da Lei Complementar nº 108/01 admite, para fins de observância da regra constitucional da paridade contributiva, que se utilize as contribuições dos participantes adicionadas aos aportes realizados pelos assistidos participantes e assistidos beneficiários.’ O acórdão recorrido, portanto, violou tanto o art. 6º da LICC, uma vez que reconheceu a existência de direito adquirido em situação na qual efetivamente não havia, como o art. 6º da Lei Complementar n. 108/2001, ao proibir a majoração das contribuições dos aposentados do Banco Central do Brasil vinculados à Centrus, contrariando a determinação legal que atribui a responsabilidade pelo custeio do plano de benefício ao patrocinador e a todos os participantes, inclusive aos assistidos (aposentados e pensionistas). Pelo exposto, dou provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial, extinguindo o processo com resolução de mérito, na forma do disposto no art. 269, I, do Código de Processo Civil. Ficam invertidos os ônus de sucumbência. Fixo os honorários advocatícios em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC. É como voto.

### 3.15 Conclusão

Com a transcrição de parte do acórdão citado encerramos os breves comentários sobre o tema, certamente polêmico, que enfrentará ainda muitas discussões. O modesto trabalho, pois, deve representar apenas o pontapé inicial para as discussões.

De qualquer modo, algumas questões já estão sendo levantadas e sobre elas muitos debates.

Valeria a pena o antigo servidor se vincular à FUNPRESP? E aqueles que ingressaram no serviço público a partir da EC n. 41 e que, pois, se aposentam pela média das remunerações? Haveria maior estabilidade na relação jurídica decorrente da previdência complementar do que a advinda da relação estatutária do Estado com o servidor em face de possíveis futuras alterações nas regras da aposentadoria?

Só com o tempo e muita reflexão pode-se enfrentar esses questionamentos.

A criação da FUNPRESP restringe a iniciativa privada no âmbito da previdência complementar? É outro questionamento que se faz. Aqui, pensamos que não. Se o regime de contribuição definida é incapaz de dar ao servidor a garantia do valor dos proventos por ocasião da aposentadoria, a previdência privada complementar continua sendo a alternativa válida para a garantia de um futuro de tranquilidade. E, para os que não optam pela previdência complementar oficial e terão seus benefícios calculados pela média das 80% maiores remunerações também o caminho do futuro é a previdência complementar, especialmente aquelas organizadas pelos órgãos de classe, com destaque para a JUSPREV e OAB/PREV.

### 3.16 A aposentadoria por invalidez e a Emenda Constitucional n. 70

A Emenda Constitucional n. 70, de 29 de março de 2012, altera a Emenda Constitucional n. 41, de 2003, para acrescentar o art. 6º, letra A, com a seguinte redação:

Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se

aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no *caput* o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores.

Quais teriam sido, pois, as alterações decorrentes da Emenda?

Como se sabe, as aposentadorias no serviço público, no geral, baseava-se na última remuneração e as revisões de proventos se faziam com base na remuneração dos servidores em atividade, daí advindo os conceitos de INTEGRALIDADE E PARIDADE.

Enquanto isso, no regime geral de previdência, as aposentadorias sempre foram baseadas na média das remunerações. Com o advento da Emenda Constitucional n. 20 e a Lei n. 9.876 essa média passou a ser a das 80% maiores remunerações a partir de julho de 1994.

A Emenda Constitucional n. 41 modificou substancialmente a fórmula de cálculo das aposentadorias no serviço público, pondo fim às regras de INTEGRALIDADE E PARIDADE, que ficaram ressalvadas nas situações de direito adquirido, assim como para a aposentadoria por tempo de contribuição, desde que observados os requisitos nela estabelecidos. Para as aposentadorias por idade e invalidez não estabeleceu a Emenda Constitucional n. 41 regras de transição e, pois, nelas foi adotada, de imediato, a fórmula de cálculo pela média das 80% maiores remunerações, matéria regulamentada pela Lei n. 10.887/2.004.

Assim, a partir da Lei n. 10.887 (é sustentável que essa regra valha desde a Medida Provisória precedente à referida lei) as aposentadorias por invalidez no serviço público passaram a ser calculadas pela média das 80% maiores remunerações a partir de julho de 1994 ou, se o ingresso do servidor foi posterior a essa data, a partir da data do ingresso. Mesmo as aposentadorias integrais seriam calculadas segundo essa regra, adotando-se, naturalmente, o percentual de 100% da média das

remunerações. Por força de preceito constitucional impunha-se como se impõe, naturalmente, o respeito ao direito adquirido e, assim, as situações de invalidez consolidadas antes da referida regulamentação gozariam, ainda, dos privilégios da ordem jurídica anterior.

Só que, no tocante à aposentadoria integral, a jurisprudência começou a se consolidar no sentido de que não estaria submetida ao critério da média e, sim, continuaria com as benesses da integralidade. Nesse sentido várias decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

A Emenda Constitucional n. 70 vem, agora, pôr fim a essa discussão. Não apenas as aposentadorias por invalidez integrais, como também as proporcionais, serão calculadas com base na última remuneração do servidor em atividade, afastando-se, pois, o critério da média das 80% maiores remunerações, desde que o servidor tenha ingressado na administração pública anteriormente à Emenda Constitucional n. 41. Vitória para os servidores, embora possa haver situações em que a média se afigura mais favorável.

Para os novos servidores, aqueles que ingressaram no serviço público a partir da Emenda Constitucional n. 41, fica mantido o critério do cálculo pela média, quer nas aposentadorias integrais, quer nas proporcionais. Com o novo texto fica difícil, a partir de agora, sustentar o entendimento de que a aposentadoria por invalidez integral, decorrente de moléstia grave ou acidente de trabalho, possa ser respaldada pela regra da integralidade. Nesse particular, o novo texto acabaria por contemplar uma perda para o servidor, ao obrigar a jurisprudência a deixar de trilhar a atual orientação.

Não custa registrar que as aposentadorias continuam sendo integrais ou proporcionais.

Finalmente, volta a debate a angustiosa questão da última remuneração. O que é remuneração do cargo? Forte orientação doutrinária se assenta na ideia de que, para efeito de remuneração do cargo, devem ser consideradas as suas parcelas permanentes e não as transitórias.

Para os servidores que se aposentem por invalidez, com respaldo na EC n. 70, além da integralidade, persiste o benefício da paridade, de forma que serão reajustadas na mesma época e segundo os mesmos percentuais dos servidores em atividade, não se lhes aplicando a obrigatoriedade do reajuste anual segundo índices de correção. Essa paridade

existe também para os pensionistas de aposentados com fundamento na referida Emenda, previsão também ocorrente para as pensões decorrentes de aposentadorias concedidas com base na EC n. 47.

O art. 2º da EC 70 dispõe:

Art. 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como as respectivas autarquias e fundações, procederão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da entrada em vigor desta Emenda Constitucional, à revisão das aposentadorias, e das pensões delas decorrentes, concedidas a partir de 1º de janeiro de 2004, com base na redação dada ao § 1º do art. 40 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, com efeitos financeiros a partir da data de promulgação desta Emenda Constitucional.

Com norma constitucional não se discute. Além da União, os Estados e Municípios deverão rever os benefícios de aposentadorias e pensões com base na nova regra e com efeitos financeiros retroativos. O novo texto despreza a autonomia dos Estados e Municípios e, sem indicar fonte de custeio, impõe-lhes o dever de rever os benefícios e assumir o encargo financeiro das diferenças.

Não regula a Emenda situações que perfeitamente ocorrerão. Embora seja improvável que benefícios concedidos pela média venham a ser superiores à remuneração do servidor em atividade (porque teriam que ter o excesso decotado à última remuneração para cumprir o dispositivo constitucional), podem ocorrer que benefícios tenham sido reajustados anualmente e estejam superiores aos da atividade. Evidentemente que esses servidores, que possuem direito adquirido com base no texto da CF 88 não podem ser prejudicados.

Poderiam servidores optar por manter-se no critério segundo o qual seu benefício foi concedido? Note-se que, se existe direito adquirido oponível às próprias emendas constitucionais, não se poderia obrigar o servidor a submeter-se ao novo regime. Teria sido melhor, no nosso modesto entendimento, que a reforma constitucional houvesse instituído uma faculdade para o servidor e não uma regra impositiva. Com as dificuldades de reajustes anuais muitos servidores podem preferir aquela aposentadoria concedida pela média e que garante reajustes anuais do que a adoção da regra da paridade. Isso a prevalecer o entendimento (que adotamos, mas

é questionável) de que não existe vedação constitucional a que o benefício concedido pela média, nos reajustes posteriores, tenha que ser limitado à efetiva remuneração do cargo do servidor.

São essas algumas considerações preliminares sobre a Emenda Constitucional n. 70 com o objetivo de abrir o debate e, com ele, clarear situações.