

Ministério da Fazenda
Secretaria de Previdência
Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social

Legislação

**Previdência no
Serviço Público:
Consolidação de
Notas Técnicas**

**Ministério da Fazenda
Secretaria de Previdência**

Previdência no Serviço Público: Consolidação de Notas Técnicas

Coleção Previdência Social

Volume 35

© 2018 Ministério da Fazenda

Presidente da República: Michel Miguel Elias Temer Lulia
Ministro de Estado da Fazenda: Henrique de Campos Meirelles
Secretário de Previdência: Marcelo Abi-Ramia Caetano
Subsecretário do Regime Geral de Previdência Social: Benedito Adalberto Brunca
Subsecretário dos Regimes Próprios de Previdência Social: Narlon Gutierrez Nogueira
Subsecretário do Regime de Previdência Complementar: Paulo César dos Santos
Subsecretária de Gestão da Previdência: Cinara Wagner Fredo

Elaboração: Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social
Coordenação-Geral de Normatização e Acompanhamento Legal
Coordenador-Geral: Leonardo da Silva Motta
Coordenação de Estudos e Diretrizes de Normatização
Coordenadora: Marina Andrade Pires Sousa

Colaboração: Miriam Mendes de Assis

A Coleção Previdência Social é uma publicação do Ministério da Fazenda, de responsabilidade da Secretaria de Previdência.

Este volume foi publicado com recursos do Programa de Apoio à Modernização da Gestão do Sistema de Previdência Social (PROPREV) - Segunda Fase, financiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID.

Edição e Distribuição:
Ministério da Fazenda
Secretaria de Previdência
Esplanada dos Ministérios, Bloco F
70.059-900 - Brasília - DF
Tel.: (61) 2021-5022

Também disponível no endereço: www.previdencia.gov.br, em Publicações - Coleção da Previdência Social.

Tiragem: 3.000 exemplares

Impresso no Brasil / Printed in Brazil
Quality Gráfica e Editora ME

É permitida reprodução total ou parcial desta obra, desde que citada a fonte.

Brasil. Ministério da Fazenda.

Previdência no Serviço Público: consolidação de notas técnicas. - Brasília: MF; SPREV, 2018.
444 p. (Coleção Previdência Social, Série Legislação; v. 35)

ISBN - 978-85-88219-42-7

1. Legislação Previdenciária. 2. Previdência no Serviço Público. 3. Regimes Próprios de Previdência Social. II. Previdência no Serviço Público: Consolidação de Notas Técnicas. III. Série Legislação.

CDD 341.67

SUMÁRIO

Apresentação	5
Capítulo Primeiro - Notas Técnicas	6
Nota Técnica SEI nº 11/2017/CGACI/SRPPS/SPREV/MF, de 07 de dezembro de 2017.....	7
Esclarecimentos acerca da natureza e caracterização do regime próprio e unidade gestora únicos, estabelecidos por força do § 20 do art. 40 da Constituição Federal e disciplinados no art. 10 da Portaria MPS nº 402, de 2008	
Nota Técnica SEI nº 10/2017/CGACI/SRPPS/SPREV/MF, de 07 de dezembro de 2017.....	26
Esclarecimentos acerca de aspectos relacionados a transações envolvendo bens imóveis no âmbito dos regimes próprios de previdência social.	
Nota Técnica nº 12/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 31 de agosto de 2015.....	63
Considerações sobre averbação e desaverbação de tempo de contribuição.	
Nota Técnica nº 11/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 14 de agosto de 2015.....	111
Esclarecimentos sobre a aplicação, pelos RPPS, das novas regras de pensão por morte estabelecidas para o RGPS.	
Nota Técnica nº 03/2015/DRPSP/SPPS/MPS, de 03 de março de 2015	132
Considerações sobre a possibilidade e os efeitos da revisão ou desfazimento da segregação da massa dos segurados, adotada como alternativa para equacionamento do déficit atuarial.	
Nota Técnica nº 09/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 22 de janeiro de 2015	189
Regime jurídico de trabalho e regime previdenciário dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias.	
Nota nº 77/2014/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 07 de outubro de 2014	232
Considerações sobre a vedação de inclusão de parcelas temporárias nos benefícios concedidos pelos RPPS.	
Nota Técnica nº 02/2014/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 15 de maio de 2014	243
Amplitude dos efeitos da Súmula Vinculante nº 33. Aplicação das normas do RGPS na concessão da aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, III da Constituição Federal aos servidores amparados em RPPS, que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.	
Nota Técnica nº 03/2013/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 28 de agosto de 2013.....	277
Implicações e desdobramentos decorrentes da alteração do regime jurídico e previdenciário dos servidores públicos municipais.	

Nota Técnica nº 04/2012/CGNAL-CGACI/DRPSP/SPPS/MPS, de 18 de dezembro de 2012.....	345
Considerações sobre restituição de contribuições previdenciárias incidentes sobre parcelas de caráter temporário ou indenizatório, recolhidas aos RPPS.	
Nota Técnica nº 02/2012/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 07 de maio de 2012	364
Considerações sobre a aplicação da Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012.	
Nota Técnica nº 01/2010/CGNAL/DRPSP/SPS/MPS, de 03 de setembro de 2010.....	381
Considerações sobre a natureza jurídica da contribuição dos entes federativos para o custeio dos respectivos Regimes Próprios de Previdência Social.	
Adendo à Nota Técnica nº 01/2010/CGNAL/DRPSP/SPS/MPS	389
Capítulo Segundo - Notas Explicativas	395
Nota Explicativa nº 09/2017/CONOR/CGNAL/SRPPS/SPREV/MF, de 08 de novembro de 2017.....	396
O Cumprimento, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios dos Novos Limites para Alíquotas de Contribuição aos Regimes Próprios de Previdência Social Decorrentes da Medida Provisória nº 805/2017.	
Nota Explicativa nº 06/2016/CGNAL/DRPSP/SPPS/MTPS, de 11 de maio de 2016...	406
Competência dos Entes Federativos para legislar sobre aposentadoria especial de seus servidores: aplicação do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.717/1998.	
Nota Explicativa nº 05/2016/CGNAL/DRPSP/SPPS/MTPS, de 02 de fevereiro de 2016.....	418
Aplicação, pelos RPPS, da Idade para aposentadoria compulsória, disciplinada pela Lei Complementar nº 152/2015.	
Nota Explicativa nº 04/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 03 de fevereiro de 2015.....	426
Da abrangência da aplicação da Medida Provisória nº 664, de 2014.	
Nota Explicativa nº 03/2014/CGNAL/DRPSP/SPS/MPS, de 07 de abril de 2014	430
Regras de reajustamento dos benefícios de aposentadoria e pensão por morte concedidos pelos RPPS.	
Nota Explicativa nº 01/2008/CGNAL/DRPSP/SPS/MPS, de 10 de setembro de 2008..	437
Concessão de prorrogação da Licença-Maternidade pelos Entes Federativos.	
Coleção Previdência Social: Títulos Publicados.....	439

APRESENTAÇÃO

Neste volume da Coleção Previdência Social é apresentada uma consolidação das principais Notas Técnicas e Notas Explicativas expedidas ao longo dos últimos anos pela atual Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social, produzidas com o objetivo de proporcionar orientação aos gestores, técnicos e servidores públicos vinculados aos RPPS, a outros agentes com atuação na área e ao público em geral, sobre temas objeto de questionamentos de natureza jurídica e operacional, relacionados à previdência no serviço público.

Desde a edição da Lei nº 9.717/1998 e das reformas previdenciárias promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e 41/2003 muitas inovações têm-se produzido, demandando permanente estudo e aperfeiçoamento daqueles que operam a previdência no serviço público. Porém, diversamente do Regime Geral de Previdência Social, que conta com uma única entidade responsável pela gestão de seu plano de benefícios em todo o território nacional (o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS), na previdência dos servidores públicos existem mais de 2.100 Regimes Próprios de Previdência Social com suas respectivas unidades gestoras em cada ente da Federação, tornando bem mais complexa a tarefa de produção, interpretação e aplicação das normas.

Essa foi uma das razões pelas quais o art. 9º da Lei nº 9.717/1998, buscando manter um maior nível de harmonização do sistema, atribuiu ao Ministério da Previdência Social (sucedido pela Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda) as competências de orientação, supervisão e acompanhamento dos RPPS, bem como do estabelecimento e publicação dos parâmetros gerais a eles aplicáveis.

A publicação desta obra vem se somar ao esforço da Secretaria de Previdência de bem exercer o papel de “orientação” definido pelo legislador.

MARCELO ABI-RAMIA CAETANO

Secretário de Previdência

CAPÍTULO PRIMEIRO

NOTAS TÉCNICAS

NOTA TÉCNICA SEI Nº 11/2017/CGACI/SRPPS/SPREV/MF

Assunto: Esclarecimentos acerca da natureza e caracterização do regime próprio e unidade gestora únicos, estabelecidos por força do § 20 do art. 40 da Constituição Federal e disciplinados no art. 10 da Portaria MPS nº 402, de 2008.

I. SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Na caracterização da unidade gestora e regime próprio únicos, determinados no § 2º do art. 40 da Constituição federal e disciplinados no art. 10 da Portaria MPS nº 402, de 10 de dezembro de 2008, observam-se os seguintes aspectos:

- a) Regime próprio de previdência social não se confunde com a unidade gestora.
- b) A consecução do equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS envolve, dentre outros aspectos, a observância da regra da unidade gestora e regime próprio únicos em cada unidade da Federação.
- c) A exigência de RPPS único é importante instrumento na promoção da isonomia entre os agentes públicos por ele abrangidos, já que possibilita que direitos e deveres previdenciários para eles previstos não sejam distribuídos de forma desigual em razão da natureza da categoria funcional do segurado.
- d) O § 20 do art. 40 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003, afastou a possibilidade de se instituir regime com base em critérios relacionados ao segmento de atuação, vinculação institucional ou categoria funcional dos agentes públicos.¹
- e) O retorno a modelos de seguro social no serviço público fundados na qualidade do agente público representaria um erro técnico sem precedentes no âmbito da formulação de políticas de previdência social, já que, dentre outros equívocos: (i) conduziria ao esvaziamento dos esforços voltados ao alcance da sustentabilidade desses regimes, como a acumulação de reservas para o pagamento dos benefícios; e (ii) vulne-

¹ Ressalvados os militares das Forças Armadas, na União (art. 142, § 3º, X da Constituição Federal) e os policiais e bombeiros militares dos Estados e Distrito Federal (art. 42, §§ 1º e 2º).

rabilizaria a condução da previdência social como política de Estado, posto que questões imediatas ligadas a dificuldades conjunturais ou a interesses de categorias funcionais dotadas de maior poder de pressão passariam a orientar decisões sobre o tema.

- f) O conceito de unidade gestora estabelecido no § 1º do art. 10 da Portaria MPS nº 402, de 2008, é indissociável do aspecto relativo à sua unicidade, já que um dos requisitos essenciais da sua definição, além de integrar a Administração Direta ou Indireta do ente federativo, é que caiba exclusivamente a ela a condução do RPPS, sendo este último aspecto o elemento caracterizador da sua unicidade.
- g) O gerenciamento dos benefícios previdenciários poderá, nos termos do § 2º do art. 10 da Portaria MPS nº 402, de 2008, ser direto ou indireto, sendo considerado direto quando as atividades relacionadas à execução dos procedimentos de sua concessão, pagamento e manutenção forem realizadas pela própria unidade gestora, e, indireto quando aqueles procedimentos, embora executados sob o comando, a coordenação e o controle dela, forem efetuados por outro órgão ou entidade integrante da administração pública do ente federativo.
- h) O fator primordial na caracterização da unidade gestora única é a concentração da administração, gerenciamento e operacionalização de suas atividades institucionais em um único e mesmo órgão ou entidade integrados à Administração Pública do ente federativo.
- i) Não há unidade gestora única quando, conjunta ou alternativamente, mediante lei ou por prática resultante de decisão administrativa: (i) a administração, o gerenciamento ou a operacionalização da totalidade da arrecadação dos recursos destinados ao custeio previdenciário forem atribuídos a mais de um órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta ou que esse órgão ou entidade seja distinto daquele a que se conferiu a responsabilidade pelo gerenciamento direto ou indireto da concessão, do pagamento e da manutenção da totalidade dos benefícios previdenciários; (ii) a administração, o gerenciamento ou a operacionalização da gestão da totalidade dos recursos e fundos previdenciários forem atribuídos a mais de um órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta ou que esse órgão ou entidade seja distinto daquele a que se conferiu a responsabilidade pelo gerenciamento direto ou indireto da concessão, do pagamento e da manutenção da totalidade dos benefícios previdenciários; e (iii) o comando, a coor-

denação ou o controle da concessão, do pagamento ou da manutenção da totalidade dos benefícios previdenciários sejam cometidos a mais de um órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta do ente federativo.

- j) Não descaracterizam a existência de unidade gestora única, já que não afetam a gestão centralizada e concentrada da totalidade dos direitos e deveres vinculados ao regime próprio, situações como o destaque contábil e orçamentário dos recursos previdenciários decorrente da segregação da massa de que trata os art. 20 a 22 da Portaria MPS n° 403, de 2008, procedimento em que é realizada a separação dos recursos em fundos financeiros específicos, vinculados a determinados grupos de segurados.
- k) As várias técnicas de financiamento previstas nas norma gerais de organização e funcionamento dos regimes próprios, como, por exemplo, a adoção de planos de custeio distintos no âmbito do procedimento da segregação da massa, não caracterizam a existência de mais de um regime próprio, pois mantem-se a unicidade do seu plano de benefícios, nem, tampouco, de pluralidade de unidade gestora, vez que, na hipótese, existirá apenas uma entidade que passa a gerir tanto a arrecadação quanto a concessão dos benefícios dos fundos financeiro e previdenciário.

II. INTRODUÇÃO

2. A Secretaria de Previdência (SPREV) tem recebido muitos e reiterados questionamentos de Estados e Municípios acerca de aspectos relacionados à caracterização de unidade gestora e regime próprio únicos, condição que constitui um dos critérios para o reconhecimento da regularidade previdenciária nos termos do previsto no inciso IV do art. 5° da Portaria MPS n° 204, de 10 de julho de 2008.

3. Embora a matéria tenha sido adequadamente tratada no art. 10 da Portaria MPS n° 402, de 10 de dezembro de 2008, cujo § 2°, inclusive, elenca os elementos necessários à tipificação da unidade gestora única, os muitos aspectos envolvendo a questão e as várias situações e circunstâncias relacionadas ao tema vêm suscitando novas dúvidas e indagações.

4. Conquanto esses pontos tenham sido objeto de estudo promovido, em 2015, por parte da então Coordenação-Geral de Auditoria, Atuária, Contabilidade e Investimentos, as conclusões da análise, ali realizada, foram veiculadas em Orientação Técnica, documento apenas de circulação interna e destinado ao esclarecimento dos servidores deste órgão.

5. Face ao exposto, com vistas a que as explicações pertinentes ao tema possam ser oferecidas também ao público externo, apresentam-se, nesta Nota Técnica, os aspectos mais relevantes relacionados à caracterização da unidade gestora e do regime próprio únicos.

III. DA ANÁLISE

A Do conceito e natureza do regime próprio de previdência social e de sua unidade gestora.

6. Consoante o art. 13 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui Plano de Custeio para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios são excluídos desse regime desde que amparados por regime próprio de previdência social.

7. A regra busca fundamentar distinção que é estabelecida desde a Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, conferindo-se caráter extraordinário aos RPPS enquanto exceções à filiação obrigatória dos trabalhadores ao regime geral.

8. A definição de RPPS se encontra, atualmente, no § 3º do art. 10 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, que estabelece que “entende-se por regime próprio de previdência social o que assegura pelo menos as aposentadorias e pensão por morte previstas no art. 40 da Constituição Federal.”

9. Essa concepção integra a legislação federal que disciplina os regimes de previdência no serviço público. De fato, a Portaria MPS nº 402, de 2008, que estabelece os parâmetros e diretrizes gerais para a organização e funcionamento dos RPPS, dispõe, em seu art. 2º, que:

Art. 2º. Regime Próprio de Previdência Social - RPPS é o regime de previdência, estabelecido no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que assegura, por lei, aos servidores titulares de cargos efetivos, pelo menos, os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal.

10. No que se refere à unidade gestora, seu conceito está, hoje, veiculado no § 1º do art. 10 dessa Portaria, nos seguintes termos:

Art. 10.
§ 1º. Entende-se por unidade gestora a entidade ou órgão integrante da estrutura da Administração Pública de cada ente federativo, que tenha por finalidade a administração, o gerenciamento e a operacionalização do RPPS, incluindo a arrecadação e gestão de recursos e fundos previdenciários, a concessão, o pagamento e a manutenção dos benefícios.
.....

11. Pelo exposto, verifica-se que regime próprio de previdência social não se confunde com a unidade gestora que tenha sido criada para o seu gerenciamento.

12. É que, enquanto RPPS constitui a garantia legal, conferida pelo ente federativo, dos benefícios de aposentadoria aos servidores públicos titulares de cargo efetivo e pensão por morte aos seus dependentes, consubstanciando sistema previdenciário que os exclui da filiação ao RGPS, a unidade gestora é a estrutura criada no âmbito da Administração Pública para a administração, gerenciamento e operacionalização desse sistema.

13. Assim, RPPS refere-se ao aspecto institucional da previdência social do servidor público, consubstanciando, na conjunção dos elementos que o caracterizam, sua existência enquanto instituição, integrando unidade gestora o aspecto funcional, orgânico e gerencial desse ente, facetas, portanto, que apenas o qualificam, mas que não compõem as nuances que lhe são essenciais.

14. Observe-se, inclusive, que esse entendimento se encontra sedimentado no Parecer/CJ nº 3.165, de 29 de outubro de 2003, da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, aprovado pelo Ministro e publicado no Diário Oficial da União de 31 de outubro de 2003. Nesse documento, concluiu-se que a existência de regime próprio não exige que se tenha estruturado unidade gestora única ou instituído plano de custeio para ele, sendo suficiente que o ente federa-

tivo tenha reconhecido, por lei, aos servidores e seus dependentes, os benefícios de aposentadoria e pensão, respectivamente.

15. Sublinhe-se, por fim, especificamente no que se refere à unidade gestora, que, de acordo com o § 1º do art. 10 da Portaria MPS nº 402, de 2008, acima transcrito, destacam-se, do conceito daquela entidade, as seguintes características: (i) que integre a estrutura da Administração Pública do Ente federativo; (ii) que tenha por finalidade a gestão do regime próprio, inclusive no que se refere à arrecadação e administração de seus recursos previdenciários; (iii) e que tenha a gestão, direta ou indireta, da concessão, do pagamento e da manutenção, pelo menos, dos benefícios de aposentadoria e pensão.

16. Quanto ao primeiro aspecto que caracteriza a unidade gestora (os demais serão tratados no tópico seguinte), ou seja, o fato de essa função dever integrar a Administração Direta ou a Indireta do Estado ou Município, importa ressaltar que a instituição ou implantação de arranjos administrativos diversos que impliquem a dissociação daquela entidade dessa estrutura importa em descumprimento do critério unidade gestora única, situação passível de constituir fator impeditivo de emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP), na forma do inciso IV do art. 5º da Portaria MPS nº 204, de 10 de julho de 2008.

17. O art. 4º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, define Administração Direta e Indireta nos seguintes termos:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

18. No âmbito da Administração Indireta, novas entidades, com atributos especiais, foram modeladas, sobretudo, a partir de meado dos anos 90. No entanto, a despeito de muitas delas apresentarem denominação ou características próprias,

sua estruturação e finalidade revelam natureza eminentemente pública, enquadrando-se, conforme o caso, como espécie de autarquia ou fundação pública. Nesse sentido, não foi alterado o rol das pessoas jurídicas que compõem a Administração Indireta, elencando no dispositivo do Decreto-Lei nº 200, de 1967, acima transcrito.

19. Em razão disso, e de acordo com o § 1º do art. 10 da Portaria MPS nº 402, de 2008, somente se considera regularmente instituída a unidade gestora que compõe órgão da Administração Direta ou que tenha sido estruturada como entidade da Administração Indireta na forma de autarquia ou fundação pública, não se admitindo figuras outras, ainda que normalmente executem alguma atividade estatal, a exemplo do serviço social autônomo.

20. É que, embora haja divergências doutrinárias acerca do regime jurídico a que se devem submeter os entes paraestatais, sobretudo no que se refere à aplicabilidade de certas regras do Direito Administrativo, existe razoável consenso de que tais instituições, embora desempenhem atividades típicas (mas não exclusivas) de Estado, atuam sem submissão à administração pública, figurando, assim, por óbvio, fora de sua estrutura.

21. Nessa linha, Hely Lopes Meirelles enquadra o serviço social autônomo dentre os entes de cooperação com a Administração², visão semelhante à da maioria dos administrativistas, que também destacam a natureza meramente colaborativa dessas entidades. Veiculando posição mais atual, mas nem por isso em desacordo com as anteriores no que se refere ao aspecto aqui enfatizado, Justen Filho³ afirma que o serviço social autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei, atuando sem submissão à administração pública, para promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certas atividades ou categorias profissionais. Na mesma linha, Di Pietro sublinha que os serviços sociais autônomos “não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público (serviços não exclusivos do Estado)”⁴.

22. O propósito perseguido com a inserção da unidade gestora na estrutura administrativa dos entes da Federação é assegurar a absoluta prevalência do interesse público na gestão dos direitos e recursos previdenciários, promovendo-se pleno alcance à política pública de Estado estabelecida no *caput* do art. 40 da Constituição Federal.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 3.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Definição extraída do sítio http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1365 em 21/11/2017.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p 416.

B Da unidade gestora e do regime próprio únicos como princípio estruturador da previdência social do servidor público.

23. A configuração necessária a conferir sustentabilidade aos RPPS passa, necessariamente, pela busca ou manutenção do seu equilíbrio financeiro e atuarial, propósito que, porém, não é alcançado apenas pela adequada programação de receitas e despesas, envolvendo, ainda, diversos outros aspectos relacionados à sua criação, organização e funcionamento, dentre os quais o próprio modelo de estruturação institucional da previdência social do servidor e da sua unidade gestora.

24. Nesse contexto, considerando os princípios da eficiência e da economicidade que devem orientar a Administração Pública, a legislação prevê, dentre outras posturas cuja adoção é necessária ao melhor e mais adequado formato para essas entidades, o critério da unidade gestora e do regime próprio únicos.

25. Dada a sua importância como um dos fatores essenciais na promoção do equilíbrio financeiro e atuarial, princípio que foi preconizado pela Constituição Federal como orientador da previdência social no serviço público no Brasil, esse critério é um dos poucos que se encontra expressamente destacado em norma específica na Carta Magna, constando do § 20 do seu art. 40, que dispõe da seguinte forma:

Art. 40.
§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargo efetivo, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X.
.....

26. A providência do constituinte derivado, concretizada por meio da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, sinaliza, com clareza, a necessidade de serem definitivamente superados modelos de seguro social que, experimentados pelo Brasil ao longo de sua história previdenciária, não mais se mostravam adequados para a realidade política, social e demográfica existente no país.

27. Assim, embora, em sua maioria, esses vários modelos já tivessem sido substituídos em face da unificação do sistema promovida pela Lei nº 3.807, de 1960, com a criação do RGPS, no âmbito dos regimes de previdência social no serviço público, a falta, por muito tempo, de normas que disciplinassem, de maneira uniforme, a sua estruturação, deu azo a que formatos, total ou parcialmente

fundados nos modelos já superados pela fórmula que moldou o regime geral, continuassem a ser aplicados na seara dos RPPS.

28. Dessa forma, a mudança constitucional advinda com a inclusão do § 20 no art. 40 teve por propósito fundamental impossibilitar, de uma vez por todas, que os entes federativos adotassem sistemas de previdência social para os seus servidores baseados em critérios relacionados ao seu segmento de atuação, vinculação institucional ou categoria funcional, modelos que, por suas limitações, deficiências e idiosincrasias, desde há muito já não se ajustavam também às necessidades da previdência social no serviço público.

29. A regra constitucional foi reproduzida na Portaria MPS n° 402, de 2008, cujo *caput* do art. 10, já mencionado, estabelece o seguinte:

Art. 10. É vedada a existência de mais de um RPPS para os servidores titulares de cargos efetivos e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente federativo.

.....

30. O regime próprio único se caracteriza pela vinculação de todos os servidores públicos titulares de cargo efetivo, magistrados, ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas e membros do Ministério Público a um mesmo regime de previdência estabelecido no âmbito do ente federativo, que assegure, por lei, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal.

31. A unicidade, aqui, deve ser alcançada, então, em termos subjetivos, impondo que o regime abranja a totalidade dos agentes públicos especificados na norma, e em termos objetivos, determinando-se que, para essa totalidade, seja estabelecido um mesmo plano de benefícios.

32. A existência de unicidade subjetiva deve ser confirmada na abrangência alcançada pelo sistema previdenciário, verificando-se estar ela presente quando prevista, na lei que o instituiu, a filiação da totalidade dos agentes públicos titulares de cargo efetivo ou vitalício.

33. A unicidade objetiva é observada quando a lei que institui ou reestrutura o regime próprio de previdência social estabelece um único e mesmo plano de benefícios, para o qual contribuem de igual forma todos os agentes públicos titulares de cargo efetivo ou vitalício, exceto nas configurações quando da implementação de regime de previdência complementar, ocasião em que os valores dos benefícios e das contribuições passam a sujeitar-se ao teto do Regime Geral

de Previdência Social – RGPS, obrigatoriamente, para os servidores que ingressarem após o funcionamento da entidade fechada de previdência complementar, ou facultativamente, aos antigos servidores que fizerem adesão eventualmente prevista em lei.

34. Configura, pois, ausência de RPPS único, situações em que:

- a) por meio de leis distintas ou de uma mesma lei, sejam estabelecidos planos de benefício diferenciados e específicos estruturados de acordo com o segmento de atuação, vinculação institucional ou categoria funcional do agente público – circunstâncias em que ocorre a multiplicidade ou pluralidade de regimes próprios; e
- b) por meio de leis distintas ou de uma mesma lei, efetue-se a separação de segurados, vinculando-se apenas parte dos servidores públicos titulares de cargos efetivos ao RPPS – situação que redundaria no estabelecimento de previdência social mista (parcela desses servidores estariam vinculados a RPPS e parcela ao RGPS).

35. Atente-se que observância ou não do critério relativo ao RPPS único se encontram caracterizadas nas disposições da lei que o criou ou, de qualquer forma, o modificou, situando-se, então, no contexto jurídico-formal de sua instituição, organização ou funcionamento, não se revelando, pois, em situações meramente fáticas relacionadas a esses eventos.

36. É que, havendo “ausência” de RPPS único devido a práticas que estejam em desacordo com a lei cujas disposições, porém, observam esse princípio, estaria caracterizada, por certo, ilegalidade e, na maioria dos casos, ausência de unidade gestora única, mas, nunca, ausência de RPPS único, posto que sua existência e estruturação, aspectos em que se revela a regularidade desse critério, somente podem ser estabelecidos mediante lei.

37. A imposição de RPPS único constitui importante e essencial instrumento na promoção da sustentabilidade desse sistema ao propiciar que se efetive a cobertura de um número mínimo de segurados, de forma a que o regime possa garantir a totalidade dos riscos cobertos no plano de benefícios, preservando o equilíbrio financeiro e atuarial sem necessidade de resseguro, escopo que, inclusive, integra critério específico a ser observado pelos entes federativos nos termos do inc. IV do art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998.

38. Nesse sentido, a instituição de mais de um RPPS em cada unidade da Federação poderá conduzir a situações em que, separados, os regimes de previdência

não reúnam segurados em número necessário à constituição de fontes de custeio suficientes para a cobertura do seu plano de benefícios, inviabilizando o regime próprio.

39. Poderá acontecer, também, que a multiplicidade de RPPS resulte em sistema que, envolvendo quantidade de segurados que não impossibilite sua constituição, torne, porém, por demais oneroso o seu custeio dadas as características da massa, lembrando-se que, quanto menor o grupo de segurados, mais elevado é o risco atuarial do regime, que fica mais vulnerável a aspectos como idade, tempo de contribuição e expectativa de vida de seus filiados.

40. Ademais, a separação dos recursos decorrente da separação dos sistemas previdenciários reduzirá os ganhos de escala por ocasião de sua aplicação, resultando na obtenção de taxas de juros menores no mercado financeiro, circunstância que, por outro lado, tornará mais cara a manutenção do RPPS, já que exigirá a implementação de alíquotas de contribuição a cargo do ente federativo em percentual mais elevado com vistas a compensar a redução de ingresso de recursos via aplicações financeiras.

41. Acrescente-se, por fim, que a exigência de RPPS único, tanto em seu viés subjetivo, como em termos objetivos, é especialmente um essencial e importante instrumento na promoção da isonomia de tratamento conferido aos agentes públicos abrangidos por esse regime de previdência, porque possibilita que direitos e deveres previdenciários para eles previstos não sejam distribuídos de forma desigual, privilegiando-se alguns ou impondo-se ônus diferenciados a outros em razão da natureza da categoria funcional do segurado.

42. Como destacado, modelos desse jaez já foram superados pela experiência e discussões teóricas travadas no campo previdenciário nacional e, caso retomados agora, representariam um erro técnico sem precedentes no âmbito da formulação de políticas de previdência social, já que, dentre outros equívocos, conduziria ao esvaziamento dos esforços voltados à acumulação de reservas.

43. Além disso, constitui evidente e significativo retrocesso na condução da previdência social como política de Estado, posto que, questões imediatas ligadas a dificuldades conjunturais ou a interesses de categorias funcionais dotadas de maior poder de pressão, passariam a orientar novamente as decisões sobre o tema, retornando-se, lamentavelmente, aos tempos e práticas em que visões de curto prazo ou interesses corporativos se sobrepunham aos ditames maior do princípio Republicano.

44. No que se refere à unidade gestora, partindo-se das disposições estabelecidas no § 1º do art. 10 da Portaria MPS nº 402, de 2008, antes transcrito, conclui-se que o seu conceito é indissociável do aspecto relativo à sua unicidade, ou seja, está intrínseco à caracterização de unidade gestora que seja ela única.

45. Com efeito, um dos requisitos fundamentais da definição de unidade gestora, além de integrar a Administração Direta ou Indireta do ente federativo, é que compita a ela, e somente a ela, a condução do regime próprio, sendo este último aspecto o elemento caracterizador da sua unicidade.

46. Essa condução, nos termos da norma supramencionada, deverá ser caracterizada pela administração, gerenciamento e operacionalização do regime próprio, envolvendo as atividades de arrecadação e de gestão dos recursos e fundos previdenciários e a concessão, o pagamento e a manutenção dos benefícios.

47. Especificamente no que se refere à gestão dos benefícios previdenciários, o § 2º do art. 10 da Portaria MPS nº 402, de 2008, estabelece que a unidade gestora única deve gerenciar, ainda que indiretamente, a concessão, o pagamento e a manutenção, no mínimo, dos benefícios de aposentadoria e pensão concedidos a partir da publicação da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, abrangendo todos os poderes, órgãos e entidades do ente federativo.

48. Exige-se, assim, que sejam gerenciadas, pela unidade gestora, todas as etapas relacionadas às atividades de reconhecimento do direito à aposentadoria ou pensão, de adimplemento de suas prestações e de acompanhamento dos requisitos legais e pessoais para recebimento dos benefícios.

49. Dessa forma, não é a execução desses procedimentos diretamente pela unidade gestora que se impõe para que se reconheça a sua unicidade, mas o seu gerenciamento, função que, como espécie do gênero “administração”, caracteriza-se pelo exercício fundamental das atividades de comando, coordenação e controle.

50. Sendo, pois, exercidos diretamente pela unidade gestora o comando, a coordenação e o controle dos procedimentos relativos à concessão, pagamento e manutenção dos benefícios de aposentadoria e pensão por morte de todos os segurados e pensionistas do RPPS, e mantendo-se nela a arrecadação e gestão dos recursos e fundos previdenciários, reconhecida estará a sua unicidade, posto que configurados os requisitos de gerenciamento dos benefícios e de gestão e aplicação dos recursos previdenciários exigidos pela norma.

51. Portanto, ainda que a concessão, o pagamento e a manutenção dos benefícios de aposentadoria e pensão por morte venham a ser realizados por órgãos ou entidades diversas da unidade gestora, mantendo ela o gerenciamento desses procedimentos, vale dizer, ficando sob sua atribuição o comando, a coordenação e o controle de sua execução, a descentralização daquelas rotinas não descaracteriza a unidade gestora única.

52. A partir desse entendimento, conclui-se que, no âmbito dos benefícios previdenciários, somente podem ser descentralizadas tarefas envolvidas na sua concessão, pagamento ou manutenção, cuja execução, por terceiro órgão ou entidade, não implique perda de gerenciamento desses procedimentos por parte da unidade gestora do RPPS, que deverá, assim, manter sob sua competência o comando, a coordenação e o controle de todas essas atividades, fato que, por sua vez, poderá ser constatado por situações que revelem o exercício desses atributos gerenciais ou que os possibilitem, a exemplo da franquia de acesso da unidade gestora a todos os dados primários relativos aos segurados do RPPS, tais como folha de pagamento e documentos financeiros e contábeis pertinentes, e da garantia de que, em qualquer hipótese, sempre competirá àquela entidade a verificação da regularidade no processo de concessão ou revisão dos benefícios previdenciários, cabendo-lhe a decisão final sobre o tema no âmbito administrativo.

53. Nesse contexto, e partindo-se da diferenciação estabelecida no § 2º do art. 10 da Portaria MPS nº 402, de 2008, entende-se que haverá gerenciamento direto dos benefícios quando as atividades relacionadas à execução dos procedimentos de concessão, pagamento e manutenção de aposentadoria e pensão por morte forem realizadas pela própria unidade gestora, consubstanciando-se, por outro lado, o gerenciamento indireto quando aqueles procedimentos, embora executados sob o comando, a coordenação e o controle da unidade gestora, forem executados por outro órgão ou entidade integrante da administração pública correspondente.

54. Gerenciamento indireto da concessão, do pagamento e da manutenção dos benefícios ocorre, então, quando permanecem na unidade gestora os elementos que caracterizam a gestão desses procedimentos, vale dizer, o seu comando, coordenação e controle, embora algumas ou todas as atividades ou operações envolvidas na sua consecução sejam realizadas de forma descentralizada pelos órgãos, poderes ou entidades autônomas do ente federativo.

55. Dessa forma e *a contrario sensu*, haverá ausência de unidade gestora única quando, conjunta ou alternativamente:

- a) mediante lei ou por prática resultante de decisão administrativa, a administração, o gerenciamento ou a operacionalização da totalidade da

arrecadação dos recursos destinados ao custeio previdenciário forem atribuídos a mais de um órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta ou que esse órgão ou entidade seja distinto daquele a que se conferiu a responsabilidade pelo gerenciamento direto ou indireto da concessão, do pagamento e da manutenção da totalidade dos benefícios previdenciários;

- b) mediante lei ou por prática resultante de decisão administrativa, a administração, o gerenciamento ou a operacionalização da gestão da totalidade dos recursos e fundos previdenciários forem atribuídos a mais de um órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta ou que esse órgão ou entidade seja distinto daquele a que se conferiu a responsabilidade pelo gerenciamento direto ou indireto da concessão, do pagamento e da manutenção da totalidade dos benefícios previdenciários; e
- c) mediante lei ou por prática resultante de decisão administrativa, o comando, a coordenação ou o controle da concessão, do pagamento ou da manutenção da totalidade dos benefícios previdenciários sejam cometidos a mais de um órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta do ente federativo.

56. Conclui-se, assim, que o fator primordial na caracterização da unidade gestora única é a concentração da administração, gerenciamento e operacionalização de suas atividades institucionais em um único e mesmo órgão ou entidade integrados à Administração Pública do ente federativo.

57. Considerando-se isso, importa, ainda, destacar que situações tais como o destaque contábil e orçamentário dos recursos previdenciários decorrente da segregação da massa de que trata os art. 20 a 22 da Portaria MPS nº 403, de 2008, procedimento em que é realizada a separação dos recursos em fundos financeiros específicos, vinculados a determinados grupos de segurados, não representam descumprimento do critério unidade gestora única, posto que não afetam a gestão centralizada e concentrada da totalidade dos direitos e deveres vinculados ao regime próprio.

58. Da mesma forma, observe-se que as situações desconformes acima mencionadas não se apresentam, também, nas várias técnicas de financiamento previstas nas norma gerais de organização e funcionamento dos regimes próprios, como, por exemplo, na adoção de planos de custeio distintos no âmbito do procedimento da segregação da massa, circunstância que não caracteriza a existência de mais de um regime próprio, pois mantém-se a unicidade do seu plano de benefícios,

nem, tampouco, de pluralidade de unidade gestora, vez que, na hipótese, existirá apenas uma entidade que passa a gerir tanto a arrecadação quanto a concessão dos benefícios dos fundos financeiro e previdenciário.

59. É o que se tem a manifestar.

IV. CONCLUSÕES.

60. Diante das considerações acima registradas, pode-se concluir que:

- a) Regime próprio de previdência social não se confunde com a unidade gestora já que RPPS é a garantia legal, conferida pelo ente federativo, dos benefícios de aposentadoria aos servidores públicos titulares de cargo efetivo, magistrados, ministros e conselheiros dos Tribunais de Contas e membros do Ministério Público, e pensão por morte aos seus dependentes, consubstanciando sistema previdenciário que os exclui da filiação ao RGPS, enquanto que unidade gestora é a estrutura criada no âmbito da Administração Pública para a administração, gerenciamento e operacionalização desse sistema.
- b) A configuração necessária a conferir sustentabilidade aos RPPS passa, necessariamente, pela busca ou manutenção do seu equilíbrio financeiro e atuarial, propósito que envolve, além da adequada programação de receitas e despesas, aspectos ligados à sua criação, organização e funcionamento, dentre os quais a observância de unidade gestora e regime próprio únicos em cada unidade da Federação.
- c) Ocorrerá ausência de regime próprio único, caracterizando-se a multiplicidade ou pluralidade de RPPS, quando, por meio de leis distintas ou de uma mesma lei, seja promovida a segregação de segurados sob plano de benefício diferenciado e específico estruturado de acordo com o segmento de atuação, vinculação institucional ou categoria funcional do agente público.
- d) Haverá ausência de regime próprio único, caracterizando-se previdência social mista quando, por meio de leis distintas ou de uma mesma lei, efetuar-se a segregação de segurados vinculando-se apenas parte dos servidores ao RPPS (parcela dos servidores estariam vinculados a RPPS e parcela ao RGPS).

- e) A observância ou não do critério relativo ao RPPS único se encontra evidenciada nas disposições da lei que o criou ou, de qualquer forma, o modificou, situando-se, então, no contexto jurídico-formal de sua instituição, organização ou funcionamento, não se revelando, pois, em situações meramente fáticas relacionadas a esses eventos.
- f) A instituição de mais de um RPPS em cada unidade da Federação poderá resultar em: (i) regimes de previdência que não reúnam segurados em número necessário à constituição de fontes de custeio suficientes para a cobertura do seu plano de benefícios; (ii) sistema que torne por demais oneroso o seu custeio dadas as características da massa, já que, quanto menor o número de segurados, mais elevado é o risco atuarial do regime, que fica mais vulnerável a aspectos como idade, tempo de contribuição e expectativa de vida de seus filiados; e (iii) redução dos ganhos de escala na aplicação dos recursos previdenciários, cujos rendimentos, agora menores, exigirão elevação nas contribuições e aportes do ente para compensar a queda de ingresso de recursos via aplicações financeiras.
- g) A exigência de RPPS único é importante instrumento na promoção da isonomia de tratamento conferido aos agentes públicos abrangidos por esse regime de previdência porque possibilita que direitos e deveres previdenciários para eles previstos não sejam distribuídos de forma desigual, privilegiando-se alguns ou impondo-se ônus diferenciados a outros em razão da natureza da categoria funcional do segurado.
- h) O § 20 do art. 40 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003, eliminou, em definitivo, a possibilidade de se instituir previdência social no serviço público com base em critérios relacionados ao segmento de atuação, vinculação institucional ou categoria funcional dos agentes públicos.
- i) O retorno a modelos de seguro social no serviço público fundados na qualidade do agente público representaria um erro técnico sem precedentes no âmbito da formulação de políticas de previdência social, já que, dentre outros equívocos: (i) conduziria ao esvaziamento dos esforços voltados à sustentabilidade desses regimes, tais como o de acumulação de reservas para o pagamento dos benefícios; e (ii) vulnerabilizaria a condução da previdência social como política de Estado, posto que questões imediatas ligadas a dificuldades conjunturais ou a categorias funcionais dotadas de maior poder de pressão passariam a orientar as decisões sobre o tema.

- j) O conceito de unidade gestora estabelecido no § 1º do art. 10 da Portaria MPS nº 402, de 2008, é indissociável do aspecto relativo à sua unicidade, ou seja, está intrínseco à caracterização de unidade gestora que seja ela única, já que um dos requisitos fundamentais da definição de unidade gestora, além de integrar a Administração Direta ou Indireta do ente federativo, é que compita a ela, e somente a ela, a condução do regime próprio, sendo este último aspecto o elemento caracterizador da sua unicidade.
- k) No que se refere aos benefícios o gerenciamento poderá, nos termos do § 2º do art. 10 da Portaria MPS nº 402, de 2008, ser direto ou indireto, sendo considerado direto quando as atividades relacionadas à execução dos procedimentos de concessão, pagamento e manutenção de aposentadoria e pensão por morte forem realizadas pela própria unidade gestora, e, indireto quando aqueles procedimentos, embora executados sob o comando, a coordenação e o controle da unidade gestora, forem executados por outro órgão ou entidade integrante da administração pública do ente federativo.
- l) O fator primordial na caracterização da unidade gestora única é a concentração da administração, gerenciamento e operacionalização de suas atividades institucionais em um único e mesmo órgão ou entidade integrados à Administração Pública do ente federativo.
- m) Haverá ausência de unidade gestora única quando, conjunta ou alternativamente, mediante lei ou por prática resultante de decisão administrativa, a administração, o gerenciamento ou a operacionalização: (i) da totalidade da arrecadação dos recursos destinados ao custeio previdenciário forem atribuídos a mais de um órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta ou que esse órgão ou entidade seja distinto daquele a que se conferiu a responsabilidade pelo gerenciamento direto ou indireto da concessão, do pagamento e da manutenção da totalidade dos benefícios previdenciários; (ii) da gestão da totalidade dos recursos e fundos previdenciários forem atribuídos a mais de um órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta ou que esse órgão ou entidade seja distinto daquele a que se conferiu a responsabilidade pelo gerenciamento direto ou indireto da concessão, do pagamento e da manutenção da totalidade dos benefícios previdenciários; e (iii) mediante lei ou por prática resultante de decisão administrativa, o comando, a coordenação ou o controle da concessão, do pagamento ou da manutenção da totalidade dos benefícios previdenciários sejam cometidos a mais de um órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta do ente federativo.

- n) Não descaracterizam a existência de unidade gestora única, já que não afetam a gestão centralizada e concentrada da totalidade dos direitos e deveres vinculados ao regime próprio, situações como o destaque contábil e orçamentário dos recursos previdenciários decorrente da segregação da massa de que trata os art. 20 a 22 da Portaria MPS nº 403, de 2008, procedimento em que é realizada a separação dos recursos em fundos financeiros específicos, vinculados a determinados grupos de segurados.
- o) As várias técnicas de financiamento previstas nas norma gerais de organização e funcionamento dos regimes próprios, como, por exemplo, a adoção de planos de custeio distintos no âmbito do procedimento da segregação da massa, não caracterizam a existência de mais de um regime próprio, pois mantem-se a unicidade do seu plano de benefícios, nem, tampouco, de pluralidade de unidade gestora, vez que, na hipótese, existirá apenas uma entidade que passa a gerir tanto a arrecadação quanto a concessão dos benefícios dos fundos financeiro e previdenciário.

À consideração do Senhor Coordenador-Geral de Atuária, Contabilidade e Investimentos.

David Pinheiro Montenegro

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Matrícula nº 1.285.720

COORDENAÇÃO-GERAL DE ATUÁRIA, CONTABILIDADE E INVESTIMENTOS.

1. De acordo.
2. Encaminhe-se ao Subsecretário dos Regimes Próprios de Previdência Social.

Alex Albert Rodrigues

Coordenador-Geral de Atuária, Contabilidade e Investimentos

SUBSECRETARIA DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

1. De acordo.
2. Encaminhe-se ao Senhor Secretário de Previdência, em prosseguimento.

Narlon Gutierre Nogueira
Subsecretário dos Regimes
Próprios de Previdência Social

SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA.

1. De acordo.
2. Aprovo.⁵

Marcelo Abi-Ramia Caetano
Secretário de Previdência

⁵ A Nota Técnica SEI nº 11/2017/CGACI/SRPPS/SPREV/MF foi aprovada no dia 07 de dezembro de 2017.

NOTA TÉCNICA SEI Nº 10/2017/CGACI/SRPPS/SPREV/MF

Assunto: Esclarecimentos acerca de aspectos relacionados a transações envolvendo bens imóveis no âmbito dos regimes próprios de previdência social.

I. INTRODUÇÃO.

1. A Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social - SRPPS, da Secretaria de Previdência - SPREV, tem recebido diversos questionamentos de representantes dos regimes próprios de previdência social - RPPS acerca de aspectos relacionados ao recebimento, por essas entidades, de imóveis destinados a compor o seu patrimônio, mormente no que se refere às condições, requisitos e repercussões de iniciativas desse jaez.
2. As dúvidas não se referem tanto a questões relativas à transferência imobiliária em si, cujo regramento está claramente fixado na legislação Civil, mas à regularidade, relativamente à contratação pelos regimes próprios, dos negócios jurídicos que deram origem a ela, questionando-se, em geral, sobre a admissibilidade desses ajustes no plano da regulação previdenciária e de suas consequências para o equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS.
3. Nesse contexto, nesta Nota Técnica, são apresentadas e esclarecidas as indagações mais relevantes sobre o tema e que mais dúvidas têm suscitado aos gestores dos regimes próprios, buscando-se, a partir de uma abordagem “em tese” das questões, alcançar o maior número possível de casos concretos a elas relacionados.
4. A competência deste órgão para o esclarecimento de assuntos relativos à matéria previdenciária relacionada aos regimes próprios de previdência social integra o âmbito da função orientadora que lhe foi atribuída pelo inciso I do art. 9º da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, e pelo inciso IV do art. 48 do Anexo I do Decreto nº 9.003, de 13 de março de 2017.

II. DA ANÁLISE.

5. No que se refere aos regimes próprios de previdência social, de acordo com a legislação vigente, operações envolvendo bens imóveis ocorrem, geralmente, em quatro situações: (i) no recebimento de imóveis para a constituição dos fundos a que se refere o art. 249 da Constituição Federal e para amortização do déficit atuarial; (ii) nas aplicações dos recursos previdenciários envolvendo imóveis; (iii) na aquisição ou construção de bens imóveis com recursos da taxa de administração; e (iv) no recebimento de imóveis, originários do Fundo do Regime Geral de Previdência Social - FRGPS, em dação em pagamento da compensação previdenciária.

6. Com exceção do último assunto acima mencionado, cuja disciplina operacional está a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cabendo a essa entidade esclarecer eventuais questões a ele relacionadas, as demais situações compõem matérias cujos parâmetros gerais são regulados pela Secretaria de Previdência, em relação as quais são apresentados, a seguir, os seus aspectos mais relevantes, considerando-se as principais dúvidas que vêm suscitando a discussão desses temas.

II.1 Recebimento de imóveis pelo RPPS para a constituição dos fundos a que se refere o art. 249 da Constituição Federal, com vistas à acumulação de reservas para pagamento de benefícios e para amortização do déficit atuarial.

7. O art. 249 da Constituição Federal prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados, dentre outros, por bens, direitos e ativos com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento das obrigações decorrentes das prestações estabelecidas no plano de benefícios dos regimes próprios de previdência social, regra que também se encontra prevista no art. 6º da Lei nº 9.717, de 1998, que detalha as condições, requisitos e vedações relativos à constituição desses fundos.

8. Conforme essas disposições, ao instituir regime próprio de previdência social, o ente federativo constituirá fundo de natureza previdenciária composto pelos recursos do seu RPPS destinados a prover o pagamento das aposentadorias e pensões do correspondente plano, promovendo o destaque do patrimônio previdenciário dos demais direitos e obrigações do seu Tesouro, medida que consubstancia um dos critérios necessários a que seja observado o equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS, previsto no *caput* do art. 40 da Constituição Federal.

9. Na hipótese de implementação da segregação da massa dos segurados pela unidade federada, serão dois os fundos constituídos, cujos bens, direitos e ativos, definitivamente apartados entre si, agregarão, cada qual, os recursos relativos ao plano previdenciário e ao plano financeiro, vedada qualquer transferência de segurados, recursos ou obrigações entre esses planos e fundos, nos termos do § 2º do art. 21 da Portaria MPS nº 403, de 10 de dezembro de 2008, norma editada com fundamento no art. 1º, *caput* e inciso I, c/c o art. 9º da lei nº 9.717, de 1998.

10. Embora seja possível, atendendo-se parâmetros prudenciais previstos na Portaria nº 403, de 2008, proceder-se à revisão da segregação da massa, o art. 22 dessa norma ministerial estabelece que sua implementação dependerá de prévia aprovação da Secretaria de Previdência.

11. A afetação e incomunicabilidade inerentes aos fundos previdenciários decorre de regra geral aplicável aos fundos especiais prevista no art. 71 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, norma que estabelece, como um dos aspectos caracterizadores dessas entidades, a vinculação, por lei, dos recursos que os integram e que, assim, passam a ser destinados à realização de determinados objetivos ou serviços, possibilitando que sejam geridos como parcela autônoma dos demais recursos orçamentários e que uma função estatal seja desenvolvida de forma contínua e segregada, excepcionalizando-se o princípio da anualidade orçamentária, segundo o qual os recursos públicos não podem ser afetados para uma determinada finalidade por período superior ao exercício financeiro.

12. Além de compor reservas destinadas ao pagamento das obrigações previdenciárias, o aporte de bens, direitos e ativos para os RPPS pode-se destinar, também, à amortização de eventual *deficit* apurado em avaliação atuarial, desde que sejam, nesse último caso, garantidas a solvência e liquidez do plano de benefícios e que os itens aportados sejam vinculados, por lei, ao regime próprio, após prévia avaliação de seu valor de mercado, conforme previsto, respectivamente, no § 3º do art. 19 da Portaria MPS nº 403, de 2008, e nos incisos I e II do art. 7º da Portaria MPS nº 402, de 10 de dezembro de 2008.

13. Uma vez que as disposições constitucional e legal não apresentam restrições relativamente aos bens, direitos e ativos que podem ser integrados ao fundo previdenciário previsto no art. 249 da Constituição Federal ou que podem ser utilizados para amortização do *deficit* atuarial, admite-se o aporte de toda e qualquer espécie desses recursos, desde que de natureza e origem lícitas e que sejam avaliáveis em termos econômicos, sendo possível sua monetização para pagamento presente ou futuro dos benefícios assegurados pelo regime próprio de previdência social.

14. Especificamente quanto à avaliação desses haveres, a qual deverá ser sempre realizada previamente à sua integração ao patrimônio previdenciário, nos termos do inciso VII do art. 6º da Lei nº 9.717, de 1998, seu fundamento se encontra nos princípios da eficiência e economicidade, preceitos que, aplicáveis à administração pública, alcançam, inclusive, a gestão dos recursos a ela atribuídos, aplicando-se, especialmente, aos regimes públicos de previdência, que lidam, essencialmente, com planejamento mais minucioso, necessário a um aproveitamento mais adequado e racional de recursos sempre escassos.

15. Isso tudo, aliado à necessidade de que a gestão da aplicação dos recursos atenda aos princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez, motivação, adequação à natureza de suas obrigações e transparência, conforme previsto na Resolução do Conselho Monetário Nacional - CMN nº 3.922, de 25 de novembro de 2010, impõe como requisito para o aporte de qualquer bem, direito e ativo ao regime próprio a demonstração da viabilidade econômica da medida para atender ao perfil das obrigações do plano.

16. Assim, como o objetivo de todas essas providências é promover o equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS, nos termos preconizados no *caput* do art. 40 da Constituição, mostra-se contrário a este princípio o recebimento de bens, direitos e ativos que, ao invés de mitigar os riscos de solvência e liquidez do regime, venha a exacerbá-los, impondo mais incertezas econômicas e financeiras ao sistema.

17. De uma maneira bastante intuitiva e direta, podem-se conceituar bens, direitos e ativos, no contexto da legislação previdenciária, nos seguintes termos: bens são as coisas em si, que apresentam valor econômico e que pertencem ou podem vir a pertencer ao regime próprio, classificando-se, para os fins da análise aqui desenvolvida, em móveis e imóveis; direitos referem-se a situações subjetivas que conferem ao seu titular a possibilidade de obter alguma vantagem patrimonial com o seu exercício; e ativos são os recursos em aplicação nos segmentos de renda fixa, de renda variável e de investimentos estruturados.

18. Apesar da separação conceitual acima proposta, de cunho meramente didático, prevalece uma certa fluidez entre aqueles conceitos, verificando-se, na prática, por exemplo, que os bens, mesmo tomados em si, podem figurar como ativo (imóvel vinculado ao RPPS utilizado para instituição de fundo imobiliário em que parte das cotas são por ele adquiridas) e que os ativos podem ser (e, geralmente, o são) expressão de direitos (como no caso da propriedade de cotas de fundos de investimentos), variando essas circunstâncias de acordo com a natureza da operação que lhes deu origem.

19. Embora, normalmente, a destinação previdenciária de bens se dê por meio da transferência de seu domínio para o regime próprio, essa destinação poderá ocorrer, também, mediante a entrega da coisa, sem alienação da propriedade, para exploração de sua utilidade econômica por aquela entidade (uso, usufruto, superfície, etc.).

20. Há que se ressaltar que, em se tratando de bens, direitos e ativos não relacionados a imóveis, ou mesmo no que se refere a estes, a transferência do domínio ou a exploração pela unidade gestora do RPPS de sua utilidade econômica podem não representar a alternativa mais adequada para garantir um ingresso estável de novos recursos para o regime próprio.

21. É que, consistindo a unidade gestora em uma entidade ou órgão da Administração Pública destinado a administrar, direta ou indiretamente, a concessão, o pagamento e a manutenção dos benefícios do plano, sua atuação no recebimento e aplicação dos recursos vinculados ao regime próprio se limita a tornar possível a consecução daqueles objetivos, tratando-se, pois, de atividade caracterizada pela incidentalidade, e, portanto, de natureza eminentemente instrumental.

22. Nesse contexto, é possível que a unidade gestora, com sua vocação, estrutura e cultura organizacionais, não propicie a gestão mais eficiente desse patrimônio (circunstância que, de fato, ocorre com frequência), podendo, assim, eventual transferência de domínio de imóvel ou de direito real sobre ele representar um desnecessário incremento dos riscos operacionais e financeiros já inerentes às operações regulares do sistema, sendo, dessa forma, preferível, como regra, vincular à previdência apenas o produto da exploração econômica do bem, ou seja, seus fluxos líquidos de receitas, dispensando-se o RPPS de ônus e encargos relativos à administração da propriedade do bem ou de seu gerenciamento econômico.

23. Em qualquer caso, cuidando-se de operações que implicam a transferência ou a constituição de direitos reais sobre aqueles bens, sua eficácia está condicionada à tradição, no caso dos bens móveis, e ao registro do respectivo título no Cartório de Registro de Imóveis, no caso dos bens de raiz, nos termos do que preceituam os arts. 1.226 e 1.227 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil brasileiro.

24. Assim, ainda que, legal ou contratualmente, tenha sido determinada ou acordada a transferência da propriedade de imóvel ou a cessão de algum dos poderes a ela inerente, somente após o efetivo registro do ato no cartório imobiliário

competente (art. 169 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973) é que ingressa, no patrimônio do regime próprio, o bem ou direito correspondente.

25. No caso específico da transferência do imóvel para o RPPS, sendo o registro imobiliário requisito formal de constituição do direito, sua implementação é condição, também, para que a operação possa ser reconhecida na contabilidade do regime próprio e, conseqüentemente, considerada, na próxima avaliação atuarial, para fins de apuração do resultado do plano (desde, é claro, que não seja categorizado como imóvel para uso da unidade gestora do regime e possua aptidão como investimento, proporcionando pela sua valorização ou utilização econômica, rendimentos em consonância com a meta atuarial estabelecida).

26. O registro imobiliário, entretanto, não será possível na hipótese de destinação de imóvel, de propriedade da unidade da Federação, a regime próprio de previdência social que tem por unidade gestora órgão que compõe a própria Administração Direta do ente federativo.

27. Isso acontece porque, nesse caso, não se processa, de fato, uma transferência do direito real imobiliário entre pessoas distintas, já que, aí, ainda que o RPPS apresente patrimônio segregado em fundo específico ou seja dotado de capacidade jurídica funcional para o exercício, por representante formalmente designado, dos atos que lhe são próprios, o sistema é desprovido de personalidade jurídica (confundindo-se com o próprio fundo que o integra), porque igualmente despersonalizada é a sua unidade gestora, inserida que está na estrutura do correspondente Estado ou Município ou do Distrito Federal.

28. Mas mesmo que, nesses casos, não se realize, em cartório, registro da transferência imobiliária, o reconhecimento contábil e atuarial de imóvel legalmente atribuído ao regime próprio ainda será possível quando o imóvel, objeto da transferência, passar a integrar o fundo previdenciário como bem público disponível, ou seja, quando lhe for conferida a qualidade de bem dominical, que é aquele sobre o qual não recai afetação a qualquer serviço público específico, situação que, por sua vez, estará caracterizada quando a lei, destinando o bem ao RPPS, conceder, desde já, autorização para sua venda e reversão dos valores, aí obtidos, ao sistema previdenciário.

29. A autorização legislativa prévia para a alienação do imóvel é medida necessária como parte fundamental dos procedimentos destinados a possibilitar o reconhecimento do bem como integrante do patrimônio previdenciário na hipótese de unidade gestora despersonalizada, vez que consolida no âmbito administrativo, ou transfere a ele, a decisão acerca do aproveitamento econômico do bem

em benefício da previdência do servidor, caracterizando o controle necessário a tornar minimamente verossímil a possibilidade de que benefícios econômicos poderão, de fato, fluir para o RPPS.

30. Nesse contexto, ausente registro imobiliário, é a própria desafetação do bem (se se tratar de bem de uso especial) promovida pela lei do ente federativo, ou seja, a indicação legal de sua finalidade previdenciária associada à prévia autorização para sua venda em proveito do sistema, a circunstância que deve fundamentar o reconhecimento da integração do imóvel ao patrimônio do regime próprio despersonalizado, sendo, portanto, a data de vigência daquela lei, ou a data, nela prevista, de vigência da operação, o momento a partir do qual se poderá efetuar o registro do fato na contabilidade do RPPS (atendendo-se, sempre, ao princípio da competência que rege a contabilidade pública), providência que, por sua vez, possibilitará a oportuna consideração da medida para fins de apuração do resultado atuarial do sistema.

31. Mas, possuindo ou não o RPPS personalidade jurídica, a destinação previdenciária de imóvel público por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios que envolva ou possa envolver a transferência da propriedade terá sempre como requisitos fundamentais avaliação prévia do imóvel e autorização legislativa, dispensando-se a realização de processo licitatório, nos termos do que dispõe a alínea “b” do inc. I do art. 17, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

32. No que se refere à avaliação prévia do bem, para que seja assegurada a correta e justa identificação do valor correspondente ao imóvel, deverão ser atendidas todas as condições e requisitos necessários à realização do procedimento, bem como os princípios e regras a ele aplicáveis, devendo-se observar, especialmente, as seguintes normas: NBR 12.721/2006, 14.653-1/2001, 14.653-2/2011, 14.653-3/2004 e 14.653-4/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e as Resoluções nºs 218, de 26 de junho de 1973, e 345, de 27 de julho de 1990, do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura (CONFEA), sugerindo-se, ainda, consulta às orientações expedidas pela Secretaria do Patrimônio da União constantes da Instrução Normativa nº 1, de 2 de dezembro de 2014, que, embora direcionadas aos imóveis de propriedade ou interesse de órgãos e entidades no âmbito federal, apresenta, de forma estruturada, as diretrizes fundamentais e parâmetros técnicos para a avaliação desses bens, prestando-se, assim, com as

devidas adaptações, à orientação dos demais entes da Federação que não dispõem de legislação específica sobre o tema.¹

33. Mas como etapa preliminar a todas essas providências (avaliação prévia do imóvel e autorização legislativa para transferência do bem), há que se proceder a análise da viabilidade econômica da operação, ou seja, deverá ser verificado se o ativo a ser aportado ao RPPS representará, de fato, uma vantagem em termos econômicos e operacionais para esse sistema.

34. Nessa averiguação, deverão ser considerados, dentre outros aspectos, a compatibilidade do ativo com o perfil das obrigações do plano, os custos financeiros e operacionais envolvidos na sua manutenção e administração e as alternativas de integração patrimonial disponíveis, porque, como já destacado, em muitos casos, é mais profícuo que o produto da venda ou o seu fluxo líquido de rendimentos sejam vinculados ao RPPS do que seja realizada a transferência do bem em si.

35. Face ao exposto, são, em resumo, os seguintes os requisitos para reconhecimento e registro, na contabilidade do regime próprio, da destinação, pelo ente federativo, de imóvel público para compor fundo pertencente à previdência do servidor:

- a) *RPPS cuja unidade gestora possua personalidade jurídica própria:* (i) análise da viabilidade econômica da operação de aporte do imóvel ao RPPS, considerando-se sua compatibilidade com o perfil das obrigações do plano e os custos financeiros e operacionais envolvidos na sua manutenção e administração; (ii) avaliação prévia do bem, quando a destinação patrimonial envolver transferência de domínio; (iii) lei do ente federativo autorizando a medida; e (iv) registro da operação de transferência ou constituição do direito real imobiliário no Cartório de Registro de Imóveis.
- b) *RPPS cuja unidade gestora não possua personalidade jurídica própria:* (i) análise da viabilidade econômica da operação de aporte do imóvel ao RPPS, considerando-se sua compatibilidade com o perfil das obrigações do plano e os custos financeiros e operacionais envolvidos na sua manutenção e administração; (ii) avaliação prévia do bem, quando a operação tiver por objeto sua integração ao patrimônio previdenciário;

¹ As normas citadas podem ser encontradas nos sítios: <http://www.abnt.org.br/normalizacao/lista-de-publicacoes/abnt> ; <http://normativos.confea.org.br/apresentacao/apresentacao.asp> ; e <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/patrimonio-da-uniao/legislacao/instrucoes-normativas>.

e (iii) lei do ente federativo estabelecendo a destinação previdenciária do imóvel e autorizando, desde já, sua venda e reversão dos valores em proveito do regime próprio (neste caso, o registro contábil correspondente poderá ser feito a partir da data de vigência da lei, ou da data, nela prevista, de vigência da operação).

36. No que se refere à destinação de bens, direitos e ativos para amortização do *deficit* atuarial do RPPS, oportuno ressaltar, ainda, que, embora o procedimento consista em dação em pagamento, por meio da qual há a entrega da coisa ou do direito como parte do adimplemento da obrigação geral, imposta às unidades federadas, de prover os recursos necessários a que o sistema opere em equilíbrio financeiro e atuarial, a utilização desse instituto não é admitida, pela legislação previdenciária federal, em relação a outras dívidas do ente com o seu regime próprio, tais como as relativas a débitos decorrentes do não pagamento de contribuições ou aportes devidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, as resultantes de contribuições de segurados e pensionistas retidas e não recolhidas e as correspondentes ao ressarcimento da utilização indevida dos recursos previdenciários.

37. Nesse sentido, veja-se a proibição expressa constante do *caput* do art. 7º da Portaria MPS nº 402, de 2008, na parte final da Seção II dessa norma, que trata do caráter contributivo dos regimes próprios:

Art. 7º É vedada a dação de bens, direitos e demais ativos de qualquer natureza para o pagamento de débitos com o RPPS, excetuada a amortização do deficit atuarial, devendo, neste caso, serem observados os seguintes parâmetros, além daqueles estabelecidos nas Normas de Atuária aplicáveis aos RPPS:

.....

38. O preceito, veiculado no dispositivo, integra um dos parâmetros voltados à conformação do princípio do caráter contributivo dos RPPS, norma que, constante do quadro constitucional e legal, estrutura, por sua vez, a instituição e organização dos regimes próprios, garantindo-lhes as fontes de financiamento por meio das contribuições do ente federativo, dos servidores ativos, dos aposentados e dos pensionistas.

39. Considerando-se que a regra acima veda a dação em pagamento de débitos com o regime próprio, não seria possível quitar-se, com essa operação, as contribuições suplementares já vencidas, ainda que esses ingressos também se destinem à amortização do *deficit* atuarial. Tal operação, porém, desde que baseada em

avaliação atuarial que lhe confira suporte técnico, é possível em relação às competências não vencidas e mediante alteração promovida por norma competente (decreto ou lei, conforme o caso), substituindo-se a forma de equacionamento do *deficit* adotada no período.

40. O fundamento para a proibição de pagamento de aportes e contribuições em atraso por meio da dação em pagamento é a necessidade de que o fluxo financeiro do RPPS seja modelado e gerido de forma a que seja preservada a liquidez do sistema, ou seja, sua sustentabilidade financeira ao longo do tempo.

41. Garantir-se disponibilidades financeiras suficientes e oportunas é medida fundamental tanto para assegurar o pagamento tempestivo das obrigações estabelecidas no plano de benefícios, como para possibilitar a obtenção de rendimentos com a aplicação do acúmulo das reservas em dinheiro alcançadas, destacando-se que, os bens numerários, dadas suas múltiplas possibilidades de inversão no mercado financeiro, compõem o ativo, por excelência, que oferece maiores e melhores oportunidades de retorno, sendo, portanto, a constituição de reservas financeiras a forma mais adequada de poupança previdenciária, vez que é a que melhor se compatibiliza com o princípio da eficiência e economicidade atendidos pelo regime financeiro de capitalização mutualista sob que devem ser estruturados os benefícios programáveis dos regimes próprios.

42. Ademais, a restrição imposta a operações de dação em pagamento de débitos com os regimes próprios vem reforçar a natureza financeira inerente ao caráter contributivo dessas entidades, mantendo-se as contribuições previdenciárias como a principal fonte de entrada regular de dinheiro nos RPPS, aspecto que, parcial ou totalmente, seria excluído, debilitado ou desvirtuado com a possibilidade de se receber contribuições devidas e vencidas por meio de dação em pagamento de bens de qualquer espécie, lembrando-se que é justamente o ingresso regular de recursos por meio das contribuições mensais o que assegura liquidez ao sistema.

43. Acrescente-se que, além do princípio do caráter contributivo, também o do equilíbrio financeiro, igualmente preconizado no *caput* do art. 40 da Constituição Federal, poderia, em alguma medida, ser comprometido na hipótese de ser admitida a entrega de bens móveis e imóveis no pagamento de débitos previdenciários. De fato, já que a entrada da coisa no patrimônio do RPPS não corresponde a ingresso financeiro, o recebimento de bens, direitos e ativos, ao invés de pecúnia, poderia resultar em eventual quebra da equivalência entre as receitas e obrigações no exercício financeiro que caracteriza aquela equação, razão porque a autorização constitucional para constituição de fundos (art. 249) é expressa da caracterís-

tica complementar desses aportes com bens, direitos e ativos e não substitutiva, veja-se: “em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes das contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza”.

44. Finalmente, a contribuição do ente federativo, como qualquer despesa administrativa, constitui obrigação cujo adimplemento, disciplinado no âmbito do Direito Financeiro, se dá, regularmente, por meio do pagamento em dinheiro da prestação, não sendo comum, por incompatível com a própria natureza da grande maioria do gasto público, inclusive o previdenciário, que seja efetuado por intermédio da entrega de bens, forma de extinção das obrigações que, por não se enquadrar dentre as que comportam liquidez, não assegura o financiamento adequado à realização das atividades desenvolvidas pelo setor público.

II.2 Aplicações dos recursos previdenciários com utilização de imóveis.

45. O dever de atendimento às disposições da Resolução do CMN no que se refere aos investimentos dos recursos dos RPPS está previsto no parágrafo único do art. 1º c/c o inc. IV do art. 6º da Lei nº 9.717, de 1998. São as seguintes essas disposições:

Art. 1º.
Parágrafo único. Aplicam-se, adicionalmente, aos regimes próprios de previdência social dos entes da Federação os incisos II, IV a IX do art. 6º.
.....
Art. 6º.
.....
IV - aplicação de recursos, conforme estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional;
.....

46. A norma, editada pelo Conselho Monetário Nacional, que atualmente regula a matéria é a Resolução CMN nº 3.922, de 2010, que, para assegurar que as aplicações dos recursos dos RPPS atendam aos princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez, motivação, adequação à natureza de suas obrigações e transparência, estabelecidas no art. 1º, prevê, em seus arts. 6º a 14-A, os segmentos e limites a serem observados pelo gestor dos recursos, ressaltando-se que os limites dizem respeito tanto à participação da aplicação do respectivo segmento

de renda fixa ou variável com relação ao total de recursos do RPPS, quanto à participação do regime próprio no patrimônio líquido de fundos de investimento em que mantenha posições.

47. A especificação, promovida pela Resolução do CMN, do que se deve entender como “recursos” no que se refere ao modelo de alocação ali previsto se encontra destacada nas disposições do art. 3º dessa norma, figurando os bens imóveis, por menção indireta (ativos vinculados por lei ao RPPS), dentre os itens ali mencionados:

Art. 3º Para efeito desta Resolução, são considerados recursos:

I - as disponibilidades oriundas das receitas correntes e de capital;

II - os demais ingressos financeiros auferidos pelo regime próprio de previdência social;

III - as aplicações financeiras;

IV - os títulos e os valores mobiliários;

V - os ativos vinculados por lei ao regime próprio de previdência social; e

VI - demais bens, direitos e ativos com finalidade previdenciária do regime próprio de previdência social.

48. Com a edição da Resolução CMN nº 4.604, de 17 de outubro de 2017, foi revogado o inciso III do art. 2º da Resolução CMN nº 3.922, de 2010, excluindo-se os imóveis dentre os segmentos de aplicação dos recursos dos regimes próprios, tendo-se também revogado, em decorrência, o art. 9º dessa última norma, que disciplinava aquela modalidade de aplicação.

49. Em face dessas mudanças, a única modalidade de operação, envolvendo imóvel, prevista atualmente na Resolução CMN nº 3.922, de 2010, é a aplicação dos recursos financeiros do RPPS em fundos de investimento imobiliário (FII).

50. Integrando o segmento de renda variável e investimentos estruturados, os fundos de investimento imobiliário constituem modalidade cuja aplicação deve atender ao limite fixado no inc. IV do art. 8º daquela norma, lembrando-se que o conjunto das aplicações previstas neste artigo limita-se a 30% da totalidade das aplicações dos recursos do regime próprio, na forma do § 1º, que foi incluído no art. 8º pela Resolução CMN nº 4.604, de 2017. Abaixo, esses dispositivos:

Art. 8º No segmento de renda variável e investimentos estruturados, as aplicações dos recursos dos regimes próprios de previdência social subordinam-se aos seguintes limites:

.....
IV - até 5% (cinco por cento) em:
.....

b) cotas de fundos de investimento imobiliário (FII) com presença em 60% (sessenta por cento) nos pregões de negociação em mercados regulamentados de valores mobiliários no período de doze meses anteriormente à aplicação.
.....

§ 1º As aplicações previstas neste artigo limitar-se-ão, cumulativamente, a 30% (trinta por cento) da totalidade das aplicações dos recursos do regime próprio de previdência social.
.....

51. A Resolução CMN nº 4.604, de 2017, incluiu, ainda, § 3º no art. 8º, dispondo sobre os requisitos que devem ser observados em relação aos ativos financeiros de emissores privados que integrem os fundos de investimentos ali mencionados, inclusive o FII. Veja-se:

Art. 8º.
.....

§ 3º Os ativos financeiros de emissores privados que integrem as carteiras dos fundos de investimento de que tratam a alínea “a” do inciso I, a alínea “a” do inciso II, o inciso III e o inciso IV deste artigo devem:

I - ser emitidos por instituição financeira autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil;

II - ser emitidos por companhias abertas, exceto securitizadoras, desde que operacionais e registradas na CVM;

III - ser cotas de classe sênior de fundo de investimento em direitos creditórios, classificado como de baixo risco de crédito por agência classificadora de risco registrada na CVM ou reconhecida por essa autarquia; ou

IV - ser cotas de fundos de investimento cujos ativos investidos observem as condições do inciso I ou do inciso II deste parágrafo.
.....

52. Ademais, o § 7º do art. 8º da Resolução CMN nº 3.922, de 2010, prevê, ainda, que, desde que compatíveis com a normas estabelecidas nesse ato, aplicam-se aos fundos de investimento previstos naquele artigo outros limites e critérios a eles específicos. O dispositivo, inserido pela Resolução CMN nº 4.604, de 2017, está redigido nos seguintes termos:

Art. 8º
.....

§ 7º Ressalvadas as regras expressamente previstas nesta Resolução, aplicam-se aos fundos de investimento de que trata este artigo os limites de concentração por emissor e por modalidade de ativo financeiro e demais critérios definidos pela CVM em regulamentação específica.

.....

53. Mas, além desses limites e critérios, que disciplinam aspectos relacionados à concentração de aplicação dos recursos do regime próprio no que se refere àquelas modalidades de investimento, o § 1º do art. 14 da Resolução CMN nº 3.922, de 2010, estabelece outra restrição, desta feita relacionada à participação do RPPS no patrimônio líquido de FII, que está limitada a até 5%. Sua redação é a seguinte:

Art. 14. O total das aplicações dos recursos do regime próprio de previdência social em um mesmo fundo de investimento deverá representar, no máximo, 15% (quinze por cento) do patrimônio líquido do fundo, observado o disposto no art. 12.

§ 1º O limite de que trata o caput será de até 5% (cinco por cento) do patrimônio líquido dos fundos de investimento de que tratam os incisos VII do art. 7º, III e IV do art. 8º.

.....

54. Quando as cotas de fundos de investimentos imobiliários forem admitidas à negociação no mercado secundário e forem integralizadas por imóveis vinculados por lei ao RPPS, os limites estabelecidos na alínea “b” do inc. IV do art. 8º e no art. 14 não serão aplicados. É o que dispõe o § 8º do art. 8º da Resolução CMN nº 3.922, de 2010, abaixo transcrito:

Art. 8º

.....

§ 8º Os limites previstos na alínea “b” do inciso IV deste artigo e no art. 14 desta Resolução não se aplicam às cotas de fundos de investimento imobiliário que forem admitidas à negociação no mercado secundário, conforme regulamentação da CVM, e que sejam integralizadas por imóveis legalmente vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social.

55. O estabelecimento dessa exceção, que também foi inserida pela Resolução CMN nº 4.604, de 2017, teve por propósito reconhecer que o imóvel previdenciário, que agora integraliza cotas do fundo de investimento imobiliário admitidas à negociação no mercado secundário, apenas adquiriu nova roupagem, não deven-

do, assim, impactar os limites fixados para as demais modalidades de aplicação, observando-se que, somente no que se refere às cotas correspondentes aos valores dos imóveis utilizados na integralização, é que se aplica a dispensa de limites a que se refere o dispositivo.

56. Um outro objetivo da norma foi apoiar a monetização dos imóveis integrados, por lei, ao patrimônio previdenciário, possibilitando que sejam suporte para a obtenção de rendimentos para o regime próprio bem superiores aos que seriam gerados com a sua exploração convencional (por meio de locação, por exemplo).

57. Importa destacar que, ao liberar, nas condições que menciona, o limite previsto na alínea “b” do inc. IV do art. 8º, relativo à participação da aplicação em FII com relação ao total de recursos do RPPS, a regra promove, em decorrência, a excepcionalização, também, da incidência do § 1º daquele artigo, considerando-se que entendimento contrário tornaria inócuas as disposições acima transcritas do § 8º. Observe-se que essa interpretação guarda coerência, também, com a regra estabelecida no art. 6º, *caput*, segundo a qual, para fins de cômputo dos limites estabelecidos na Resolução, serão excluídos os recursos de que tratam os incisos V e VI (dentre os quais estão incluídos os ativos vinculados por lei ao RPPS), as disponibilidades financeiras mantidas em conta corrente e as próprias cotas de fundo de investimento imobiliário de que trata o § 8º do art. 8º.

58. Ou seja, as cotas de fundos de investimento imobiliário correspondentes aos valores dos imóveis, legalmente vinculados ao regime próprio, utilizados em sua integralização não são consideradas para nenhum limite previsto na Resolução do CMN.

59. Assim, a despeito de não constar expressamente desse dispositivo, a regra que impõe limitação global de aplicação dos recursos previdenciários em renda variável e investimentos estruturados prevista no § 1º do art. 8º não incide no que se refere às cotas do FII que forem admitidas à negociação no mercado secundário, nos termos regulados pela CVM, e que sejam integralizadas por imóveis legalmente vinculados ao RPPS, não se levando em conta essa aplicação no cômputo daquele limite.

60. Analisando-se a exclusão estabelecida no § 8º do art. 8º da Resolução CMN nº 3.922, de 2010, e que implica a não incidência, também, dos limites estabelecidos no § 1º desse artigo, verifica-se que, na aplicação dos recursos previdenciários no FII ali referido, figura, como regra fundamental, que o imóvel que integra o fundo tenha sido vinculado por lei ao RPPS.

61. Esse requisito apresenta duas implicações fundamentais. A primeira e mais óbvia é que somente se considera como componente do patrimônio previdenciário o imóvel que tenha sido vinculado por lei ao sistema, ou seja, que tenha sido legalmente destinado ao RPPS, excluindo-se, portanto, da composição de FII a que é possível se aplicar o § 8º do art. 8º, prédios de terceiros e aqueles que, embora tenham o RPPS como seu detentor ou possuidor, não foram vinculados a ele por lei.

62. A segunda implicação, apesar de integrar, igualmente, uma das consequências necessárias daquele requisito, é um pouco menos evidente e refere-se ao fato de que não se permite que os recursos do regime próprio venham a ser aplicados na compra ou construção de imóveis, operação que, caso admitida, teria o potencial de produzir gradativa imobilização dos recursos financeiros dos regimes próprios, resultando num nível de liquidez de seus ativos incompatível com as obrigações previstas no plano de benefícios do sistema.

63. Nesse sentido, os RPPS somente podem incorporar imóveis ao seu patrimônio quando esses bens forem a eles destinados, sem qualquer ônus, pelo ente federativo, mediante a edição de lei (ou, por terceiros, por meio de contrato gratuito, que é aquele em que a aquisição do bem não envolve contraprestação por parte do regime próprio), não sendo, portanto, permitido àqueles sistemas adquirir bens imóveis com os recursos financeiros acumulados.

64. Isso significa que, dos recursos totais a serem alocados em aplicações, referidos no art. 3º da norma do CMN, serão excluídos os imóveis vinculados por lei ao RPPS (inciso V desse dispositivo) ou as cotas de fundos de investimento imobiliários integralizados por esses imóveis, reduzindo-se, assim, a base de cálculo dos limites de aplicação estabelecidos no art. 8º.

65. Em outras palavras, na aferição de quanto representam as aplicações em renda variável e investimentos estruturados no total de recursos disponíveis para investimento, deve-se apurar, primeiramente, aquela base, retirando-se dela os valores correspondentes ao patrimônio imobiliário do regime próprio.

66. Tal providência, aliás, se mostra muito natural e lógica já que, não constituindo a aquisição de imóvel aplicação permitida com os recursos financeiros, não há porque esses bens serem incluídos na verificação dos limites relativos àquelas inversões.

67. Ademais, a partir da constatação de que o recebimento de imóveis vinculados por lei ao RPPS constitui posição de carteira eminentemente passiva (os imóveis são atribuídos ao regime próprio e não comprados ou construídos por

ele), é possível verificar-se que o acervo imobiliário do regime próprio consubstancia situação bem distinta daquela que resulta da decisão de investir recursos financeiros na compra de determinado ativo ou de aí mantê-los aplicados.

68. Observe-se que o Conselho Monetário Nacional, ao estabelecer as diretrizes das aplicações de regimes de previdência e os segmentos e limites admitidos, sempre o faz expressamente, como no caso das entidades fechadas de previdência complementar, em que a Resolução CMN nº 3.792, de 24 de setembro de 2009, classifica, no segmento dos imóveis, os empreendimentos e imóveis destinados a aluguel e renda e limita as aplicações, nesse segmento, a 8% (oito por cento) do total de recursos da entidade.

69. Dessa forma, ao excluir, para os RPPS, a situação descrita no § 8º do art. 8º no cômputo de quaisquer limites e não prever um segmento de alocações em imóveis, o Conselho Monetário Nacional, para obstar a ampliação dos riscos das posições e estabelecer que o segmento é composto unicamente de imóveis vinculados por lei ao sistema, consequentemente também veda investimentos, na aquisição e construção de imóveis, dos recursos financeiros resgatados das aplicações permitidas e daqueles que, de outro modo, ingressarem no regime.

70. Atente-se, porém, que, a despeito de os imóveis integrantes do patrimônio previdenciário poderem compor fundos de investimento imobiliário, considerando-se a consecução da meta atuarial estabelecida na política anual de investimentos, esses bens, poderão, alternativamente, ser explorados em suas funcionalidades padrões para a obtenção de rendimentos em favor do regime próprio (mediante locação do bem, por exemplo) ou serem vendidos, convertendo-se o seu valor em disponibilidades financeiras.

71. Destaque-se, ainda, que, para serem considerados como recursos garantidores do plano de benefícios do RPPS, os imóveis a ele vinculados por lei deverão ser reconhecidos contabilmente pelo seu valor justo, assim considerado o valor que, de fato, reflita o montante que pode ser auferido pelo regime próprio caso decida pela sua imediata alienação no mercado. A prática internacional, convergida em norma do Conselho Federal de Contabilidade, a NBC T 16.10, considera que o “valor justo é o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração”. Tais preceitos foram inseridos nas normas estabelecidas pelo órgão central de contabilidade pública no Brasil, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e constam do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP).

72. Deverão, também, ser atendidos os princípios e procedimentos contábeis aplicáveis à matéria, em especial, aqueles contidos no MCASP e no Plano de Contas Aplicado ao Setor Público (PCASP). Quando o imóvel for aportado para o RPPS, sendo utilizado para gerar rendimentos para o regime e contribuindo para o equacionamento do *deficit* atuarial, seja por meio de sua exploração econômica direta (locação, por exemplo) ou passando a compor a carteira de investimentos do RPPS, o valor justo do bem deverá ser registrado no “Ativo Não Circulante”, como “Investimentos do RPPS de Longo Prazo”, na conta 1.2.2.3.1.02.01. Em caso desse imóvel ser utilizado para amortizar cotas de fundos de investimento imobiliário, deve-se proceder a sua reclassificação contábil.

73. Importante frisar, ainda, que, como ativo garantidor, o reflexo do valor justo do imóvel será produzido na próxima reavaliação atuarial do RPPS, quando na apuração do resultado atuarial se confronta o valor das provisões matemáticas previdenciárias com o ativo líquido do plano.

74. Neste ponto, atente-se que o fluxo de receitas com alugueres do bem imóvel é considerado apenas para estimativa mercadológica do seu valor em eventual alienação e não para compor o fluxo de receitas futuras das contribuições que, trazidas a valor presente, são abatidas do fluxo de despesas futuras com benefícios.

75. É que, assim como ocorre com os demais ativos do plano, os futuros rendimentos, os ingressos de receitas decorrentes da exploração econômica dos bens e aqueles advindos das aplicações no mercado financeiro já estão precificados ao serem utilizados como base para prospecção da meta de rentabilidade do plano que servirá de taxa de desconto atuarial do fluxo de receitas de contribuições e despesas com benefícios.

76. Finalmente, importa ressaltar que, em qualquer caso, os parâmetros de rentabilidade perseguidos devem ser compatíveis com o perfil das obrigações assumidas pelo plano e a metodologia, os critérios e as fontes de referência adotados para a precificação daquele ativo e para avaliação dos riscos da operação deverão estar previstos na política anual de investimentos, conforme estabelecido no art. 4º da Resolução CMN nº 3.922, de 2010.

II.3 Aquisição ou construção de bens imóveis com recursos da taxa de administração.

77. Com vistas a assegurar que os recursos previdenciários sejam utilizados, precipuamente, no pagamento de benefícios, preservando-se a principal caracte-

rística institucional dos regimes próprios de previdência social, o inc. III do art. 1º c/c o inc. VIII do art. 6º da Lei nº 9.717, de 1998, estabelece que as contribuições e os recursos vinculados ao RPPS somente podem ser utilizados para pagamento de benefícios, ressalvadas as despesas administrativas até determinado limite, conforme parâmetros gerais.

78. Instituíram-se, portanto, duas destinações possíveis dos recursos previdenciários: para o pagamento dos benefícios do plano e para o financiamento das despesas relacionadas à gestão do RPPS, neste caso, porém, observado um teto fixado no âmbito dos parâmetros e diretrizes gerais em matéria de legislação previdenciária.

79. Com base na competência que lhe foi conferida pelo inciso II do art. 9º da Lei nº 9.717, de 1998, para estabelecimento daquelas normas gerais em matéria de regime próprio de previdência social, o Ministério da Previdência Social, cujas atribuições estão, atualmente, a cargo da Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda, editou a Portaria MPS nº 402, de 10 de dezembro de 2008, estabelecendo, no *caput* do seu art. 15, o limite da taxa de administração em até 2% (dois por cento) do valor total das remunerações, proventos e pensões dos segurados vinculados ao RPPS relativos ao exercício financeiro anterior, considerando-se utilização indevida dos recursos previdenciários eventuais despesas que superem esse limite, conforme o inc. IV do § 2º do art. 13 desse ato ministerial.

80. Entende-se, portanto, como taxa de administração, o percentual que representa o teto fixado para as despesas administrativas financiadas com recursos previdenciários a ser observado pela unidade gestora na administração, gerenciamento e operacionalização do RPPS.

81. A fixação da fonte de custeio da taxa de administração é condição prévia para que o limite dessa espécie de gasto venha a ser estabelecido, já que, obviamente, é requisito de realização de qualquer despesa a prévia existência da receita que a financiará.

82. Dessa forma, ao fixar as contribuições para cobertura do custo normal e do custo suplementar, este último destinado ao equacionamento de eventual *deficit* atuarial, o plano de custeio do RPPS deverá contemplar, também, os recursos necessários a custear a gestão do sistema, estabelecendo percentual que, integrado à alíquota de contribuição a cargo do ente, tenha por finalidade o financiamento da taxa de administração, conforme previsto no § 8º do art. 17 da Portaria MPS nº 403, de 2008, reiterando-se que, sem a determinação daquele percentual, os

recursos previdenciários não poderão ser destinados para suportar as despesas administrativas do regime próprio, já que as contribuições, legalmente previstas e atuarialmente estimadas, serão suficientes, apenas, para o pagamento dos benefícios do plano.

83. Embora a aplicação dos recursos previdenciários com a compra ou edificação de imóveis constitua, conforme já mencionado, operação por princípio vedada no âmbito dos investimentos dos regimes próprios de previdência social, a aquisição desses bens ou a construção de unidade imobiliária são admitidas, excepcionalmente, enquanto destinação dos recursos da taxa de administração, segundo norma prevista no inc. V do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 10 de dezembro de 2008, conforme redação reproduzida abaixo:

Art. 15.

 V - a aquisição ou construção de bens imóveis com os recursos destinados à Taxa de Administração restringe-se aos destinados ao uso próprio da unidade gestora do RPPS;

84. Assim, de acordo com a regra acima, no caso dos regimes próprios de previdência social, a compra ou edificação de imóvel somente é possível se realizados com recursos da taxa de administração e se forem destinados à instalação, em prédio próprio, da unidade gestora do RPPS.

85. A legislação apresenta, portanto, dois requisitos que devem estar presentes para que essas operações sejam consideradas regulares do ponto de vista da gestão previdenciária: um relacionado ao recurso que deve ser utilizado no empreendimento; e, o outro, à finalidade do bem que será comprado ou construído.

86. Ao se proceder à destinação de parte das contribuições e dos recursos do fundo previdenciário para a taxa de administração – considerando-se, é claro, que, atuarialmente, o plano de custeio definido incluía o valor necessário para sua cobertura, o sistema opera uma segregação anual desses recursos, que, assim, são destacados para financiar as despesas correntes e de capital necessárias à organização e funcionamento da unidade gestora do RPPS em cada exercício.

87. Ora, tratando-se de alocação financeira que é feita, especificamente, para suportar os gastos relativos às despesas administrativas realizadas com a gestão do regime próprio, a taxa de administração constitui a fonte que deve custear os dispêndios envolvidos na aquisição ou na construção de imóvel destinado a uso

pela unidade gestora, razão porque o art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008, prevê essa possibilidade nas condições ali destacadas.

88. Ressalte-se, porém, que tal possibilidade constitui mera faculdade conferida pela norma federal ao ente federativo, cabendo a este avaliar, no caso concreto, que instrumentos e recursos são necessários para a administração do regime de previdência dos seus servidores, o que inclui verificar a necessidade de uma nova sede ou de reforma e ampliação da existente, sempre atendendo-se aos demais parâmetros gerais expedidos com base no art. 9º da Lei nº 9.717, de 1998, que visam assegurar a adequada utilização dos recursos previdenciários.

89. Considerando-se, porém, o expressivo montante de recursos, geralmente, envolvidos em uma aquisição imobiliária, poderá ocorrer que os custos previstos para essa operação ultrapassem o teto anual fixado para as despesas administrativas acima mencionado.

90. Neste caso, os custos excedentes poderão ser assumidos diretamente pelo ente federativo com recursos de seu Tesouro, ou, nos termos do que prevê do inc. III do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008, a unidade gestora do regime próprio poderá, alternativamente, acumular, em cada exercício, reservas com as sobras dos recursos que lhe forem repassados a título de taxa de administração resultantes da diferença entre o que foi recebido e o que foi gasto com despesas administrativas no ano.

91. Havendo previsão, no plano de custeio anual, de recursos necessários para a cobertura da taxa de administração, aquele acúmulo de reservas poderá ser realizado, desde que: (i) a taxa de administração, respeitado o limite máximo estabelecido na legislação federal acima referido, tenha sido fixada pela legislação do ente federativo em percentual definido (2%, 0,5%, 1,25%, etc.) e nunca em termos de percentual máximo (caso, por exemplo, da lei que determina que a taxa de administração é de até 2%), conforme regra constante do inc. IV do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008; e (ii) as sobras acumuladas em cada exercício tenham sido objeto de registro na contabilidade do RPPS, segregadas na conta “1.1.4.1.1.14.00 - Aplicações com a Taxa de Administração do RPPS”, providência necessária para lhes conferir a característica de reservas, ou seja, recursos expressamente destacados para prover despesas em exercícios futuros.

92. Quanto ao segundo aspecto, ou seja, a finalidade do imóvel que será comprado ou construído, a norma deixa claro que a aquisição dessa espécie de bem, mesmo que seja realizada com recursos da taxa de administração, apenas é admissível quando destinado a uso próprio pela unidade gestora, devendo, por sua

vez, esse uso estar, necessariamente, relacionado às atividades envolvidas na administração, no gerenciamento e na operacionalização do RPPS.

93. Em outras palavras, não se admitem como regulares aquelas operações quando a aquisição ou edificação com recursos da taxa de administração tiverem por fundamento a utilização das instalações, pela unidade gestora do regime próprio, para atender, exclusivamente, atividades ou rotinas alheias à gestão previdenciária, como eventualmente poderá ocorrer no caso de unidade gestora que tem competências diversas das relacionadas à administração do regime previdenciário (por exemplo, na área de saúde ou assistência social dos servidores), ou de imóvel comprado ou construído para instalação de órgão ou entidade da Administração.

94. Na hipótese de o negócio imobiliário se destinar à unidade gestora para execução de atividades tanto na execução de afazeres relacionados à gestão do RPPS, como de trabalhos vinculados a atribuições, conferidas àquela entidade, de natureza não previdenciárias, a compra ou aquisição do imóvel serão admitidas, caso em que, de acordo com as disposições do § 1º do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008, haverá o rateio proporcional das despesas correspondentes ao empreendimento.

95. Tendo sido, porém, atribuída ao RPPS a titularidade exclusiva do bem, circunstância em que os recursos da taxa de administração poderão ter custeado integralmente a sua compra ou construção, a parte final do § 1º do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008, prevê que deverá ser estabelecida uma retribuição ao regime próprio pela utilização de parte do imóvel na realização, pela unidade gestora, de tarefas, a ela atribuídas, relacionadas à sua atuação não-previdenciária, pagamento que deve sempre espelhar o valor justo da remuneração (aluguel) praticado no mercado.

96. Essa mesma condição, ou seja, de remuneração justa e adequada pelo uso de área de imóvel vinculado ao RPPS, deverá ser observada, também, quando, não sendo o bem inteiramente ocupado pelos órgãos da unidade gestora encarregados da administração previdenciária, remanesçam espaços para instalação de órgãos ou entidades da administração do ente federativo ou para empreendimentos particulares, atendidos, neste último caso, a conveniência e oportunidade administrativas na contratação do negócio e o interesse público na identificação dos interessados.

97. Mas, considerando-se que são expressamente proibidas pela legislação a aquisição ou construção de imóvel, com recursos da taxa de administração, para

finalidade que não a instalação de órgãos da unidade gestora, o reconhecimento da regularidade da ocupação de parte daquelas áreas por terceiros, ainda que adequadamente remunerada, dependerá da confirmação de que, de fato, o bem foi comprado ou edificado precipuamente para uso da entidade previdenciária, o que se poderá evidenciar, dentre outros, por meio da demonstração de nível razoável de ocupação do imóvel pela unidade gestora na execução das atividades relacionadas à administração do RPPS.

98. Esse quadro de regulação normativa reafirma e explicita duas regras fundamentais, no que se refere a operações com imóveis no âmbito dos regimes próprios, que merecem ser sempre destacadas: (i) são vedadas a compra ou construção de imóvel com recursos da taxa de administração destinado a investimento, admitindo-se, porém, que áreas remanescentes constantes de prédios destinados a uso pela unidade gestora em atividade de administração previdenciária possam ser ocupadas por terceiros mediante remuneração, caso em que o nível dessa ocupação consistirá em um dos indicadores para se aferir se a aquisição ou edificação atendeu aos requisitos de utilização da taxa de administração para aquela finalidade; (ii) em nenhuma hipótese os imóveis integrantes do patrimônio previdenciário, destinados a uso ou a investimento, poderão ser cedidos, total ou parcialmente, para utilização gratuita por outros órgãos ou entidades da Administração Pública ou por particulares, regra de veiculação expressa no inciso VI do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008.

99. No que se refere ao reconhecimento e registro, na contabilidade do regime próprio, de imóvel comprado ou construído com recursos da taxa de administração para instalação de órgãos da unidade gestora encarregados de atividades previdenciárias, a questão acerca dos procedimentos a serem adotados envolverá, novamente, a análise de possuir ou não, aquela entidade, personalidade jurídica.

100. Nesse sentido, na hipótese de a unidade gestora constituir pessoa jurídica distinta do ente político em que está integrada, o título decorrente da operação de compra ou construção do imóvel deverá ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis em nome da própria unidade gestora, momento a partir do qual poderão ser lançados os apontamentos contábeis correspondentes.

101. Na hipótese, porém, de essa entidade integrar a Administração Direta do ente federativo, não apresentando, assim, personalidade jurídica, o bem adquirido ou edificado deverá ser registrado em nome do Estado ou do Município, fazendo-se constar da escritura imobiliária menção à sua finalidade (uso pela unidade gestora do RPPS em atividades de administração previdenciária), providência que, associada à origem previdenciária dos recursos utilizados na aquisição do

imóvel, será suficiente para possibilitar o seu reconhecimento na contabilidade do regime próprio.

102. Nestes casos, uma vez que não há transferência do imóvel de propriedade do ente federativo para o RPPS, dispensa-se a edição de lei, sendo necessário, porém, procedimento de avaliação prévia do imóvel no caso de sua aquisição, lembrando-se que, inexistente lei anterior que o tenha afetado, o bem integrará o patrimônio público disponível, atendendo, assim, a condição essencial para que seja reconhecida sua integração ao patrimônio previdenciário. Registre-se que o prédio pode ser construído em terreno vinculado por lei ao RPPS, hipótese em que dependerá de lei do ente federativo autorizando a medida e o registro da operação de transferência ou constituição do direito real imobiliário no Cartório de Registro de Imóveis, caso a unidade gestora do regime possua personalidade jurídica própria.

103. Em resumo, são os seguintes os procedimentos que devem ser adotados com vistas a que imóvel comprado ou construído com recursos da taxa de administração, para instalação dos órgãos da unidade gestora do RPPS, possa ser reconhecido na contabilidade do regime próprio:

- a) *No caso de RPPS cuja unidade gestora possua personalidade jurídica própria*: registro do título correspondente à operação de compra ou edificação no Cartório de Registro de Imóveis em nome da própria unidade gestora; e
- b) *No caso de RPPS cuja unidade gestora não possua personalidade jurídica própria*: registro do título correspondente à operação de compra ou edificação no Cartório de Registro de Imóveis em nome do ente federativo, fazendo constar da escritura menção à finalidade do bem (uso pela unidade gestora do RPPS em atividades de administração previdenciária).

104. Neste ponto, importante destacar que a classificação e os efeitos contábeis correspondentes à aquisição ou construção de imóvel, com recursos da taxa de administração, destinado à utilização, pela unidade gestora, em suas atividades de gestão previdenciária, diferem daqueles que se verificam quando do recebimento daquele bem pelo RPPS para integrar os fundos a que se refere o art. 249 da Constituição Federal, situação analisada anteriormente no item “II-1”.

105. De fato, diferentemente do imóvel incorporado ao fundo previdenciário para reforço das reservas destinadas ao pagamento dos benefícios futuros ou

amortização do *deficit* atuarial, em que o valor correspondente ao bem é registrado na rubrica relativa a investimentos do RPPS de longo prazo, impactando, assim, o resultado do plano, o custo de aquisição ou construção do prédio destinado a uso é classificado como bem integrante do Ativo Imobilizado, pois destinado à manutenção das atividades da entidade, não compondo, assim, o ativo real líquido para fins de apuração do resultado no cálculo atuarial.

106. Oportuno lembrar, ainda, que, conforme orientação veiculada no Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP), todo e qualquer bem classificado no ativo imobilizado, incluindo os gastos adicionais ou complementares realizados em sua conservação e manutenção, deve ser reconhecido inicialmente com base no valor de sua aquisição ou construção.

107. Além de suportar os gastos com manutenção de imóveis de uso, que se enquadram regularmente como despesa administrativa, a taxa de administração poderá ser, ainda, utilizada em despesas com reforma de imóveis do RPPS destinados a investimento, caso em que deverá ser assegurado o retorno dos valores empregados, conforme o que dispõe o § 3º do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008. Veja-se a redação da norma:

Art. 15.
.....
§ 3º Excepcionalmente, poderão ser realizados gastos na reforma de bens imóveis do RPPS destinados a investimentos utilizando-se os recursos destinados à Taxa de Administração, desde que seja garantido o retorno dos valores empregados, mediante processo de análise de viabilidade econômico-financeira.
.....

108. Pelo texto do dispositivo, o gasto ali mencionado deverá ser excepcional, ou seja, não constituir destinação rotineira ou sistemática da taxa de administração ou absorver seus recursos de forma a dificultar ou inviabilizar as demais despesas administrativas.

109. No que se refere ao tipo de gasto autorizado, observe-se que a norma se refere à “reforma”, podendo, assim, a obra abranger tanto a mera manutenção do imóvel, em serviços de reparos de natureza corretiva ou intervenções preventivas, como modificações destinadas a adaptar e aformosear as instalações originais com vistas à sua maior valorização e, conseqüentemente, à obtenção de maiores rendimentos na exploração do bem.

110. A reforma para adaptação e aformoseamento, porém, não deve ter por objetivo a ampliação da área interna útil de imóvel edificado (aumento do número de cômodos ou do espaço por eles ocupados conjuntamente), ou resultar em edificação de nova unidade imobiliária, antes inexistente, integrando novo prédio (construção de lojas, salas, etc.,).

111. Eventual imóvel, ou parte dele, para uso ou investimento, integrante do patrimônio previdenciário, que, embora não possuindo edificação, apresente potencial de gerar rendimentos para o RPPS (a exemplo de terreno cuja localização o qualifica para ser explorado economicamente como estacionamento), poderá ser utilizado, desde que eventual despesa de instalação ou manutenção seja assumida pelos recursos da taxa de administração (comprovando-se o retorno dos valores empregados) ou pelo ente federativo.

112. Como formas de exploração do potencial desses bens sem que o RPPS assumira quaisquer ônus na realização da atividade pretendida, são exemplos o arrendamento do bem a terceiros, para que estes desenvolvam o negócio mediante remuneração ao regime próprio, ou a contratação de parceria, em que a entidade previdenciária entra apenas com o terreno e, o parceiro, com os gastos para a contratação de equipamentos e obras destinados à preparação da área e para a manutenção das instalações, repartindo-se os lucros segundo convencionado entre as partes.

113. Uma outra possibilidade seria as despesas com essas benfeitorias serem assumidos pelo ente federativo, que arcaria com os custos de reforma, adaptação e aformoseamento do prédio como uma espécie de aporte em favor do regime próprio.

114. O § 3º do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008, prevê, ainda, que a decisão acerca da aplicação dos recursos da taxa de administração na reforma dos imóveis destinados a investimento deverá ser balizada por análise da viabilidade econômico-financeira do empreendimento, de forma a que seja assegurado o retorno dos valores empregados, que deverá ser potencializado nos rendimentos que podem vir a ser obtidos com a exploração do imóvel.

III. DA CONCLUSÃO

115. Diante do exposto, pode-se concluir o que segue:

- a) No âmbito da legislação aplicável aos RPPS, operações envolvendo bens imóveis são admitidas, geralmente, em quatro situações: (i) para a constituição dos fundos a que se refere o art. 249 da Constituição Federal e para amortização do déficit atuarial; (ii) nas aplicações dos recursos previdenciários com utilização de imóveis; (iii) na aquisição ou construção de bens imóveis com recursos da taxa de administração; e (iv) no recebimento de imóveis, originários do Fundo do Regime Geral de Previdência Social - FRGPS, em dação em pagamento da compensação previdenciária.
- b) Uma vez que as disposições constitucional e legal não apresentam restrições relativamente aos bens, direitos e ativos que podem ser integrados ao fundo previdenciário previsto no art. 249 da Constituição Federal ou que podem ser utilizados para amortização do déficit atuarial, admite-se o aporte desses recursos, desde que de natureza e origem lícitas e que sejam avaliáveis em termos econômicos.
- c) No que se refere à avaliação prévia do bem, para que seja assegurada a correta e justa identificação do valor correspondente ao imóvel, deverão ser atendidas todas as condições e requisitos necessários à realização do procedimento, bem como os princípios e regras a ele aplicáveis, devendo-se observar, especialmente, as seguintes normas: NBR 12.721/2006, 14.653-1/2001, 14.653-2/2011, 14.653-3/2004 e 14.653-4/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e as Resoluções n°s 218, de 26 de junho de 1973, e 345, de 27 de julho de 1990, do Conselho Federal de Engenharia e Arquitetura (CONFEA), sugerindo-se, ainda, consulta às orientações expedidas pela Secretaria do Patrimônio da União constantes da Instrução Normativa n° 1, de 2 de dezembro de 2014, que, embora direcionadas aos imóveis de propriedade ou interesse de órgãos e entidades no âmbito federal, apresenta, de forma estruturada, as diretrizes fundamentais e parâmetros técnicos para a avaliação desses bens, prestando-se, assim, com as devidas adaptações, à orientação dos demais entes da Federação que não disponham de legislação específica sobre o tema.
- d) Antes da avaliação prévia do bem e de sua vinculação ao RPPS por meio de autorização legislativa, há que se proceder a análise da viabilidade econômica da operação, ou seja, deverá ser verificado se o ativo a ser aportado ao RPPS representará, de fato, uma vantagem em termos econômicos e operacionais para esse sistema.

- e) Nessa averiguação, deverão ser considerados, dentre outros aspectos, a compatibilidade do ativo com o perfil das obrigações do plano, os custos financeiros e operacionais envolvidos na sua manutenção e administração e as alternativas de integração patrimonial disponíveis, porque, como já destacado, em muitos casos, é mais profícuo que o produto da venda ou o seu fluxo líquido de rendimentos sejam vinculados ao RPPS do que seja realizada a transferência do bem em si. Isso tudo, aliado à necessidade de que a gestão da aplicação dos recursos atenda aos princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez, motivação, adequação à natureza de suas obrigações e transparência, conforme previsto na Resolução do Conselho Monetário Nacional - CMN nº 3.922, de 2010. Assim, impõe-se como requisito para o aporte de qualquer bem, direito e ativo ao regime próprio a demonstração da viabilidade econômica da medida para atender ao perfil das obrigações do plano.
- f) É contrário ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS o recebimento de bens, direitos e ativos que, ao invés de mitigar os riscos de solvência e liquidez do regime, venha a exacerbá-los, impondo mais incertezas econômicas e financeiras ao sistema.
- g) Assim, em se tratando de bens, direitos e ativos, a transferência do domínio ou a exploração pela unidade gestora do RPPS de sua utilidade econômica podem não representar a alternativa mais adequada para garantir um ingresso estável de novos recursos para o regime próprio, dadas as limitações institucionais daquela entidade.
- h) É, portanto, preferível, como regra, vincular à previdência apenas o produto da exploração econômica do bem, ou seja, seus fluxos líquidos de receitas, dispensando-se o RPPS de ônus e encargos relativos à administração da propriedade do bem ou de seu gerenciamento econômico.
- i) No caso de RPPS cuja unidade gestora possua personalidade jurídica, são requisitos para o reconhecimento da integração do imóvel ao patrimônio previdenciário: (i) análise da viabilidade econômica da operação de aporte do imóvel ao RPPS, considerando-se sua compatibilidade com o perfil das obrigações do plano e os custos financeiros e operacionais envolvidos na sua manutenção e administração; (ii) avaliação prévia do bem, quando a destinação patrimonial envolver transferência de domínio; (iii) lei do ente federativo autorizando a medida; e (iv) re-

gistro da operação de transferência ou constituição do direito real imobiliário no Cartório de Registro de Imóveis.

- j) No caso de RPPS cuja unidade gestora não possua personalidade jurídica própria, são requisitos para o reconhecimento da integração do imóvel ao patrimônio previdenciário: (i) análise da viabilidade econômica da operação de aporte do imóvel ao RPPS, considerando-se sua compatibilidade com o perfil das obrigações do plano e os custos financeiros e operacionais envolvidos na sua manutenção e administração; (ii) avaliação prévia do bem, quando a operação tiver por objeto sua integração ao patrimônio previdenciário; e (iii) lei do ente federativo estabelecendo a destinação previdenciária do imóvel e autorizando, desde já, sua venda e reversão dos valores em proveito do regime próprio (neste caso, o registro contábil correspondente poderá ser feito a partir da data de vigência da lei, ou da data, nela prevista, de vigência da operação).
- k) Afora a amortização do déficit atuarial, a dação em pagamento não é permitida para quitação de outras dívidas do ente com o seu regime próprio, tais como as relativas a débitos decorrentes do não pagamento de contribuições ou aportes devidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, as resultante de contribuições de segurados e pensionistas retidas e não recolhidas e as correspondentes à utilização indevida dos recursos previdenciários.
- l) Embora não seja possível a dação em pagamento de débitos com o regime próprio, a substituição do método de equacionamento do déficit atuarial, de amortização mediante custeio suplementar para dação em pagamento, poderá ser adotada pelo ente federativo, aplicando-se em relação a contribuições suplementares ainda não vencidas, desde que baseada em avaliação atuarial que lhe confira suporte técnico e seja promovida por norma competente (decreto ou lei, conforme o caso).
- m) A única modalidade de operação, envolvendo imóvel, prevista, atualmente, na Resolução CMN n° 3.922, de 2010, é a aplicação dos recursos financeiros do RPPS em fundos de investimento imobiliário (FII).
- n) Integrando o segmento de renda variável e investimentos estruturados, os fundos de investimento imobiliário constituem modalidade cuja aplicação deve atender ao limite de 5% fixado no inc. IV do art. 8° daquela

norma, lembrando-se que o conjunto das aplicações previstas neste artigo limita-se a 30% da totalidade das aplicações dos recursos do regime próprio, na forma prevista no seu § 1º.

- o) O § 1º do art. 14 da Resolução CMN nº 3.922, de 2010, estabelece outra restrição, desta feita relacionada à participação do RPPS no patrimônio líquido de FII, que está limitada a até 5%.
- p) Quando as cotas de fundos de investimentos imobiliários forem admitidas à negociação no mercado secundário e forem integralizadas por imóveis vinculados por lei ao RPPS, os limites estabelecidos na alínea “b” do inc. IV do art. 8º e no art. 14 não serão aplicados, não incidindo, igualmente, a limitação prevista no § 1º do art. 8º, exclusões que, porém, são válidas somente no que se refere às cotas correspondentes aos valores dos imóveis utilizados na integralização.
- q) Na exclusão estabelecida no § 8º do art. 8º da Resolução CMN nº 3.922, de 2010, e que implica a não incidência, também, dos limites estabelecidos no § 1º desse artigo, verifica-se que, na aplicação dos recursos previdenciários no FII ali referido, figura, como regra fundamental, que o imóvel que integra o fundo tenha sido vinculado por lei ao RPPS, requisito que apresenta como implicações fundamentais: (i) que somente se considera como componente do patrimônio previdenciário o imóvel que tenha sido vinculado por lei ao sistema, excluindo-se, portanto, da composição de FII a que é possível se aplicar o § 8º do art. 8º, prédios de terceiros e aqueles que, embora tenham o RPPS como seu detentor ou possuidor, não foram vinculados a ele por lei; e (ii) que não se permite que os recursos do regime próprio venham a ser aplicados na compra ou construção de imóveis.
- r) Ao excluir, para os RPPS, a situação descrita no § 8º do art. 8º no âmbito de quaisquer limites e não prever um segmento de alocações em imóveis, o Conselho Monetário Nacional, para obstar a ampliação dos riscos das posições e estabelecer que o segmento é composto unicamente de imóveis vinculados por lei ao sistema, conseqüentemente também veda investimentos, na aquisição e construção de imóveis, dos recursos financeiros resgatados das aplicações permitidas e daqueles que, de outro modo, ingressarem no regime.
- s) Embora possam compor fundos de investimento imobiliário, os imóveis integrantes do patrimônio previdenciário, considerando-se a con-

secação da meta atuarial estabelecida na política anual de investimentos, poderão, alternativamente, ser explorados em suas funcionalidades padrões para a obtenção de rendimentos em favor do regime próprio (mediante locação do bem, por exemplo) ou serem vendidos, convertendo-se o seu valor em disponibilidades financeiras.

- t) Para serem considerados como recursos garantidores do plano de benefícios do RPPS, os imóveis a ele vinculados por lei deverão ser reconhecidos contabilmente pelo seu valor justo, assim considerado o valor que, de fato, reflita o montante que pode ser auferido pelo regime próprio caso decida pela sua imediata alienação no mercado, atendendo-se, ainda, aos princípios e procedimentos contábeis aplicáveis à matéria, em especial, aqueles contidos no MCASP e no Plano de Contas Aplicado ao Setor Público (PCASP).
- u) Quando o imóvel for aportado para o RPPS, sendo utilizado para gerar rendimentos para o regime e contribuindo para o equacionamento do *deficit* atuarial, seja por meio de sua exploração econômica direta (locação, por exemplo) ou passando a compor a carteira de investimentos do RPPS, o valor justo do bem deverá ser registrado no “Ativo Não Circulante”, como “Investimentos do RPPS de Longo Prazo”, na conta 1.2.2.3.1.02.01. Em caso desse imóvel ser utilizado para amortizar cotas de fundos de investimento imobiliário, deve-se proceder a sua reclassificação contábil.
- v) Como ativo garantidor, o reflexo do valor justo do imóvel será produzido na próxima reavaliação atuarial do RPPS, quando, na apuração do resultado atuarial, se confronta o valor das provisões matemáticas previdenciárias com o ativo líquido do plano, observando-se que o fluxo de receitas com alugueres do bem imóvel é considerado apenas para estimativa mercadológica do seu valor em eventual alienação e não para compor o fluxo de receitas futuras das contribuições que, trazidas a valor presente, são abatidas do fluxo de despesas futuras com benefícios (afinal, como ocorre com os demais ativos do plano, os futuros rendimentos, os ingressos de receitas decorrentes da exploração econômica dos bens e aqueles advindos das aplicações no mercado financeiro já estão precificados ao serem utilizados como base para prospecção da meta de rentabilidade do plano que servirá de taxa de desconto atuarial do fluxo de receitas de contribuições e despesas com benefícios).

- w) Os parâmetros de rentabilidade perseguidos devem ser compatíveis com o perfil das obrigações assumidas pelo plano e a metodologia, os critérios e as fontes de referência adotados para a precificação daquele ativo e para avaliação dos riscos da operação deverão estar previstos na política anual de investimentos, conforme estabelecido no art. 4º da Resolução CMN nº 3.922, de 2010.
- x) A despeito de a compra ou edificação de imóveis com recursos previdenciários ser, por princípio, vedada no âmbito dos RPPS, a aquisição desses bens ou a construção de unidade imobiliária realizados com recursos da taxa de administração e destinados a uso próprio da unidade gestora do RPPS são admitidas, excepcionalmente, no inc. V do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 10 de dezembro de 2008.
- y) Entende-se como taxa de administração, o percentual que representa o teto fixado para as despesas administrativas financiadas com recursos previdenciários a ser observado pela unidade gestora na administração, gerenciamento e operacionalização do RPPS, sendo a fixação da sua fonte de custeio condição prévia para que o limite dessa espécie de gasto venha a ser estabelecido, já que, obviamente, é requisito de realização de qualquer despesa a prévia existência da receita que a financiará.
- z) Caso o custo da aquisição imobiliária ultrapasse o teto anual fixado para as despesas administrativas, os custos excedentes poderão ser assumidos diretamente pelo ente federativo, ou, nos termos do inc. III do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008, a unidade gestora do regime próprio poderá acumular, em cada exercício, reservas com aquela finalidade, observando, para tanto, as seguintes condições: (i) a taxa de administração, respeitado o limite máximo estabelecido na legislação federal acima referido, tenha sido fixada pela legislação do ente federativo em percentual definido (2%, 0,5%, 1,25%, etc.) e nunca em termos de percentual máximo (caso, por exemplo, da lei que determina que a taxa de administração é de até 2%), conforme regra constante do inc. IV do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008; e (ii) as sobras acumuladas em cada exercício tenham sido objeto de registro na contabilidade do RPPS, segregadas na conta “1.1.4.1.1.14.00 - Aplicações com a Taxa de Administração do RPPS”, providência necessária para lhes conferir a característica de reservas, ou seja, recursos expressamente destacados para prover despesas em exercícios futuros.

- aa) A aquisição de imóvel, mesmo que seja realizada com recursos da taxa de administração, apenas é admissível quando o bem for destinado a uso próprio pela unidade gestora, devendo, por sua vez, esse uso estar, necessariamente, relacionado às atividades envolvidas na administração, no gerenciamento e na operacionalização do RPPS.
- ab) Não se admitem como regulares aquelas operações quando a aquisição ou edificação com recursos da taxa de administração se destinarem a investimento ou tiverem por fundamento a utilização das instalações, pela unidade gestora do regime próprio, para atender, exclusivamente, atividades ou rotinas alheias à gestão previdenciária, como eventualmente poderá ocorrer no caso de unidade gestora que tem competências diversas das relacionadas à administração do regime previdenciário (por exemplo, na área de assistência social dos servidores), ou de imóvel comprado ou construído para instalação de órgão ou entidade da Administração.
- ac) Na hipótese de o negócio imobiliário se destinar à unidade gestora para execução de atividades tanto na execução de afazeres relacionados à gestão do RPPS, como de trabalhos vinculados a atribuições, conferidas àquela entidade, de natureza não previdenciárias, a compra ou aquisição do imóvel serão admitidas, caso em que, de acordo com as disposições do § 1º do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008, haverá o rateio proporcional das despesas correspondentes ao empreendimento.
- ad) Tendo sido, porém, atribuída ao RPPS a titularidade exclusiva do bem, circunstância em que os recursos da taxa de administração poderão ter custeado integralmente a sua compra ou construção, a parte final do § 1º do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008, prevê que deverá ser estabelecida uma remuneração ao regime próprio pela utilização de parte do imóvel na realização, pela unidade gestora, de tarefas, a ela atribuídas, relacionadas à sua atuação não-previdenciária.
- ae) Esse mesmo procedimento, ou seja, a exigência de remuneração justa e adequada pelo uso de área de imóvel vinculado ao RPPS, deverá ser adotado, também, quando, não sendo o bem inteiramente ocupado pelos órgãos da unidade gestora encarregados da administração previdenciária, remanesçam espaços para instalação de órgãos ou entidades da administração do ente federativo ou para empreendimentos particulares, observados, neste último caso, a conveniência e oportunidade

administrativas na contratação e o interesse público na identificação dos interessados.

- af) Mas, considerando-se que são expressamente proibidas pela legislação a aquisição ou construção de imóvel, com recursos da taxa de administração, para finalidade que não a instalação de órgãos da unidade gestora, o reconhecimento da regularidade da ocupação, por terceiros, mediante remuneração, de parte daquelas áreas dependerá da confirmação de que, de fato, o bem foi comprado ou edificado precipuamente para uso da entidade previdenciária, o que se poderá evidenciar, dentre outros, por meio da demonstração de nível razoável de ocupação do imóvel pela unidade gestora na execução das atividades relacionadas à administração do RPPS, não se admitindo, em nenhuma hipótese, que os imóveis integrantes do patrimônio previdenciário, destinados a uso ou a investimento, sejam cedidos, total ou parcialmente, para utilização gratuita por outros órgãos ou entidades da Administração Pública ou por particulares, nos termos do inciso VI do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008.
- ag) Os procedimentos que devem ser adotados com vistas a que imóvel comprado ou construído com recursos da taxa de administração, para instalação dos órgãos da unidade gestora do RPPS, possa ser reconhecido como ativo do plano na contabilidade do regime próprio: (i) no caso de RPPS cuja unidade gestora possua personalidade jurídica própria: registro do título correspondente à operação de compra ou edificação no Cartório de Registro de Imóveis em nome da própria unidade gestora; e (ii) no caso de RPPS cuja unidade gestora não possua personalidade jurídica própria: registro do título correspondente à operação de compra ou edificação no Cartório de Registro de Imóveis em nome do ente federativo, fazendo constar da escritura menção à finalidade do bem (uso pela unidade gestora do RPPS em atividades de administração previdenciária).
- ah) Diferentemente do imóvel incorporado ao fundo previdenciário para reforço das reservas destinadas ao pagamento dos benefícios futuros ou amortização do *deficit* atuarial, em que o valor correspondente ao bem é registrado na rubrica relativa a investimentos do RPPS de longo prazo, impactando, assim, o resultado do plano, o custo de aquisição ou construção do prédio destinado a uso pela unidade gestora é classificado como bem integrante do Ativo Imobilizado, pois destinado à manutenção das atividades da entidade, não compondo, assim, o ativo real

líquido para fins de apuração do resultado no cálculo atuarial, lembrando-se que, conforme orientação veiculada no Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP), todo e qualquer bem classificado no ativo imobilizado, incluindo os gastos adicionais ou complementares realizados em sua conservação e manutenção, deve ser reconhecido inicialmente com base no valor de sua aquisição ou construção.

- ai) Além de suportar os gastos com manutenção de imóveis de uso, que se enquadram regularmente como despesa administrativa, a taxa de administração poderá ser, ainda, utilizada em despesas com reforma de imóveis do RPPS destinados a investimento, caso em que deverá ser assegurado o retorno dos valores empregados, conforme o que dispõe o § 3º do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008.
- aj) Esse gasto deverá ser excepcional, ou seja, não constituir destinação rotineira ou sistemática da taxa de administração ou absorver seus recursos de forma a dificultar ou inviabilizar as demais despesas administrativas.
- ak) No que se refere ao tipo de gasto autorizado, observe-se que a norma refere-se à “reforma”, podendo, assim, a obra abranger tanto a mera manutenção do imóvel, em serviços de reparos de natureza corretiva ou intervenções preventivas, como pequenas modificações destinadas a adaptar e aformosear as instalações originais com vistas à sua maior valorização e, conseqüentemente, à obtenção de maiores rendimentos na exploração do bem.
- al) A reforma para adaptação e aformoseamento, porém, não pode implicar a ampliação da área interna útil de imóvel edificado (aumento do número de cômodos ou do espaço por eles ocupados conjuntamente), ou resultar em edificação de nova unidade imobiliária, antes inexistente, integrando novo prédio (construção de lojas, salas, etc.), razão pela qual, em nenhuma hipótese, é permitida a realização de obras, com recursos da taxa de administração, para aproveitamento de terrenos, destinados a investimentos pelo regime próprio, desprovidos de edificação.
- am) Eventual imóvel, ou parte dele, para uso ou investimento, integrante do patrimônio previdenciário, que, embora não possuindo edificação, apresente potencial de gerar rendimentos para o RPPS (a exemplo de terreno cuja localização o qualifica para ser explorado economicamente como estacionamento), poderá ser utilizado, desde que eventual despe-

sa de instalação ou manutenção seja assumida pelos recursos da taxa de administração (comprovando-se o retorno dos valores empregados) ou pelo ente federativo.

- an) Como formas de exploração do potencial desses bens sem que o RPPS assumam quaisquer ônus na realização da atividade pretendida, são exemplos o arrendamento do bem a terceiros, para que estes desenvolvam o negócio mediante remuneração ao regime próprio, ou a contratação de parceria, em que a entidade previdenciária entra apenas com o terreno e, o parceiro, com os gastos para a contratação de equipamentos e obras destinados à preparação da área e para a manutenção das instalações, repartindo-se os lucros segundo convencionado entre as partes.
- ao) O § 3º do art. 15 da Portaria MPS nº 402, de 2008, prevê, ainda, que a decisão acerca da aplicação dos recursos da taxa de administração na reforma dos imóveis destinados a investimento deverá ser balizada por análise da viabilidade econômico-financeira do empreendimento, de forma a que seja assegurado o retorno dos valores empregados, que deverá ser potencializado nos rendimentos que podem vir a ser obtidos com a exploração do imóvel.

À consideração do Senhor Coordenador-Geral de Atuária, Contabilidade e Investimentos.

David Pinheiro Montenegro

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Matrícula nº 1.285.720

COORDENAÇÃO-GERAL DE ATUÁRIA, CONTABILIDADE E INVESTIMENTOS.

1. De acordo.
2. Encaminhe-se ao Subsecretário dos Regimes Próprios de Previdência Social.

Alex Albert Rodrigues

Coordenador-Geral de Atuária, Contabilidade e Investimentos

SUBSECRETARIA DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

1. De acordo.
2. Encaminhe-se ao Senhor Secretário de Previdência, em prosseguimento.

Narlon Gutierre Nogueira
Subsecretário dos Regimes
Próprios de Previdência Social

SECRETARIA DE PREVIDÊNCIA.

1. De acordo.
2. Aprovo.²

Marcelo Abi-Ramia Caetano
Secretário de Previdência

² A Nota Técnica SEI nº 10/2017/CGACI/SRPPS/SPREV/MF foi aprovada no dia 07 de dezembro de 2017.

NOTA TÉCNICA

Nº 12/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS

Brasília, 31 de agosto de 2015.

EMENTA

DA AVERBAÇÃO E DESAVERBAÇÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO.

Efeitos da averbação, por segurado de Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, de tempo de contribuição com filiação ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, para viabilizar a contagem recíproca. Exame da juridicidade do pedido de desaverbação desse tempo, com vistas a futura concessão de benefício previdenciário em outro regime.

INTRODUÇÃO

As consequências da averbação e posterior desaverbação de tempo de contribuição com vínculo ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS pelos atuais segurados de Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS têm frequentemente gerado dúvidas e questionamentos aos gestores dos RPPS, muitas vezes dirigidos a esta Secretaria para esclarecimento. São variadas as situações fáticas e jurídicas relacionadas ao tema que causam diferenciadas implicações na concessão de vantagens estatutárias e de benefícios previdenciários, conforme será examinado a seguir.

I. DA AVERBAÇÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO: EFEITOS PREVIDENCIÁRIOS E ESTATUTÁRIOS

2. A averbação de tempo de contribuição¹ cumprido em um regime de previdência social para efeito de aposentadoria em outro regime é o reconhecimento e

¹ A expressão “tempo de contribuição” utilizada nesta Nota Técnica abrange também as hipóteses de contagem de “tempo de serviço” expressão empregada até a edição da Emenda Constitucional nº 20/1998. A respeito, cita-se o art. 4º dessa Emenda:

Art. 4º Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

assentamento desse tempo em documento hábil da Administração Pública, visando ao seu cômputo para efeito de aposentadoria, na forma da contagem recíproca, assegurada pelo § 9º do art. 201 da Constituição Federal, com esta redação²:

Art. 201. [...]

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

3. Os critérios para a efetivação da compensação financeira a que se refere o § 9º do art. 201 da Constituição foram estabelecidos na Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.112, de 6 de julho de 1999. No art. 10 desse Decreto³, estão relacionados os dados e documentos atinentes aos benefícios concedidos pelos RPPS, com cômputo de tempo de contribuição ao RGPS, que deverão ser apresentados para fins do recebimento da compensação. Entre os documentos necessários para que cada benefício possa ser habilitado, consta a Certidão de Tempo de Contribuição - CTC, fornecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e utilizada, no RPPS, para cômputo do tempo prestado ao RGPS pelo atual servidor.

4. A CTC é o documento hábil para viabilizar a contagem recíproca de tempo de contribuição, cabendo ao regime de origem fornecê-la por solicitação do segurado, cujo recibo em uma das vias implica sua concordância quanto ao tempo certificado. A instrução do procedimento de averbação compete ao regime previdenciário de atual vinculação do segurado. Portanto, em regra, a averbação de tempo é uma operação voluntária e de iniciativa do interessado.

5. Todavia, o § 2º do art. 10 do Decreto nº 3.112/1999 regula uma hipótese de

² Parágrafo acrescido pela Emenda Constitucional nº 20/1998. Anteriormente, a norma constava do § 2º do art. 202 da Constituição.

³ Art. 10. Cada administrador de regime próprio de previdência de servidor público, como regime instituidor, deve apresentar ao INSS, além das normas que o regem, os seguintes dados e documentos referentes a cada benefício concedido com cômputo de tempo de contribuição no âmbito do Regime Geral de Previdência Social:

[...]

IV - cópia da Certidão de Tempo de Serviço ou de Tempo de Contribuição fornecida pelo INSS e utilizada para cômputo do tempo de contribuição no âmbito do Regime Geral de Previdência Social;

[...]

§ 2º No caso de tempo de contribuição prestado pelo servidor público ao próprio ente instituidor quando vinculado ao Regime Geral de Previdência Social será exigida certidão específica emitida pelo ente instituidor, passível de verificação pelo INSS.

(grifamos)

exceção em relação à apresentação de CTC, ao prever que, *no caso de tempo de contribuição prestado pelo servidor público ao próprio ente instituidor quando vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, será exigida certidão específica emitida pelo ente instituidor, passível de verificação pelo INSS*. A certidão específica prevista nesse dispositivo não é requisito para concessão do benefício e não se equipara à CTC, mas a substitui para o requerimento da compensação financeira. Em razão dos fins a que se destina, sua emissão é posterior à concessão e dela depende, visto que, somente depois de concedido o benefício, poderá ser requerida a compensação.

6. A substituição da CTC por certidão específica emitida pelo RPPS instituidor do benefício, no caso de tempo de contribuição prestado pelo servidor público ao próprio ente instituidor quando vinculado ao RGPS, configura uma delegação de competência da União aos entes da Federação para realizar o reconhecimento e o cômputo do tempo de contribuição ao RGPS, para efeito de contagem recíproca. A medida representou solução à necessidade operacional observada especialmente na instituição de Regime Jurídico Único - RJU pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em obediência ao que prescreve a redação original do caput do art. 39 da Constituição Federal de 1988, cuja eficácia foi restabelecida no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135/DF⁴.

7. O cumprimento da determinação Constitucional de adoção do regime único em milhares de entes federativos que admitiam servidores por regimes jurídicos diferenciados, definidos em estatutos próprios ou pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, tornou impossível ao INSS, que sucedeu o INPS na função de certificar o tempo de contribuição ao RGPS (antiga Previdência Social Urbana), atender aos pedidos de emissão de CTC, de cada ex-segurado desse Regime, para averbação no RPPS ao qual passaram a ser vinculados⁵. A dificuldade se manifestou porque a mudança do regime da CLT para o estatutário, com a consequente transformação dos empregos públicos em cargos efetivos, aliada à criação de RPPS para os ocupantes desses cargos, ocorreu a um só tempo, por meio de lei, para todos os servidores celetistas em atividade na maioria dos entes federativos,

⁴ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

⁵ A edição da Lei nº 6.439/1977, alterou a estrutura da previdência social com a instituição do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS. A concessão e manutenção dos benefícios previdenciários ficaram a cargo do Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, que passou a acumular a execução dos programas de previdência social urbana, rural e dos servidores do Estado. Posteriormente, o Decreto nº 99.350/1990, criou o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, mediante a fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social - IAPAS com o INPS.

a exemplo do disposto no art. 243 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, aplicável aos servidores federais, que representou paradigma para a elaboração dos estatutos dos demais entes⁶.

8. Para atender à grande demanda de certificação do tempo pelos ex-empregados públicos, foi disciplinada a denominada averbação automática do tempo prestado por servidor à Administração de qualquer ente da Federação, com vínculo ao RGPS, por ocasião da mudança de regime previdenciário para o RPPS. A esse respeito, confira-se o art. 441 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015⁷:

Art. 441. Será permitida a emissão de CTC, pelo INSS, para os períodos em que os servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estiveram vinculados ao RGPS, somente se, por ocasião de transformação para RPPS, esse tempo não tiver sido averbado automaticamente pelo respectivo órgão.

[...]
(grifamos)

9. Embora em quantidade menos representativa, a averbação automática continua a ocorrer, visto ainda se observar a transformação de regime celetista para o estatutário em muitos Municípios, bem como a criação de RPPS. A decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em 02/08/2007, na ADIN nº 2.135, que suspendeu a eficácia do *caput* do art. 39 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, pode ter justificado um aumento dessas ocorrências. É que, em razão dessa decisão, voltou a vigor a redação original do *caput* do art. 39 que determina a adoção de RJU em cada ente federativo. Muito embora a decisão do STF tenha efeitos *ex nunc*, com a manutenção, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações editadas durante a vigência do dispositivo

⁶ Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§ 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

[...]
(grifamos)

⁷ Antes da edição da IN INSS/PRES nº 77/2015, o tema constava do art. 370 da IN INSS/PRES nº 45/2010 e em Instruções anteriores.

suspensão, o entendimento nela expresso tem motivado a unificação dos regimes em diversos Municípios.

10. Cabe ressaltar que a averbação automática, para fins previdenciários, do tempo de contribuição de seus ex-empregados, somente é cabível quando configurado também o afastamento do vínculo desses segurados ao RGPS. Para isso, não basta que o ente simplesmente institua RJU estatutário, sendo necessária também a criação de RPPS, por meio da garantia, expressa em lei, da concessão dos benefícios de aposentadoria e pensão por morte pelo próprio ente⁸.

11. Em que pese o disposto no art. 40 da Constituição, que assegura regime de previdência próprio, com regras específicas para concessão dos benefícios de aposentadoria e pensão por morte aos servidores titulares de cargo efetivo, muitos dos Municípios que adotaram o regime estatutário não instituíram, concomitantemente, o RPPS. Destarte, por previsão legal expressa que remetia o vínculo ao RGPS, ou por omissão legal quanto à garantia de concessão dos benefícios previdenciários, os servidores desses entes, embora titulares de cargos efetivos, continuaram vinculados ao RGPS, não cabendo falar em contagem recíproca de tempo de contribuição ou averbação de tempo para fins previdenciários.

12. Ocorre que muitos desses entes instituíram o RPPS em ocasião posterior à adoção do regime estatutário e, a partir da instituição, também puderam realizar a averbação automática do tempo em que o atual segurado de seu RPPS esteve vinculado ao RGPS, como empregado público e também como estatutário. Os efeitos jurídicos de uma eventual desaverbação desse tempo podem alcançar tanto o regime estatutário quanto o regime previdenciário do ente da Federação, como será visto nesta Nota Técnica.

⁸ Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999:

Art. 10. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, Estado, Distrito Federal ou Município, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado neste Regulamento, desde que amparados por regime próprio de previdência social.

[...]

§ 3º Entende-se por regime próprio de previdência social o que assegura pelo menos as aposentadorias e pensão por morte previstas no art. 40 da Constituição Federal. (grifamos)

Orientação Normativa SPPS/MPS nº 02/2009:

Art. 3º Considera-se instituído o RPPS a partir da entrada em vigor da lei que assegurar a concessão dos benefícios de aposentadoria e pensão, conforme previsto no inciso II do art. 2º, independentemente da criação de unidade gestora ou do estabelecimento de alíquota de contribuição, observadas as condições estabelecidas na própria lei de criação, vedada a instituição retroativa.

§ 1º Quando os benefícios de aposentadoria e pensão estiverem previstos em leis distintas, considerar-se-á instituído o RPPS na data da vigência da lei mais recente que estabeleça a concessão de um desses benefícios. [...]

13. É preciso registrar que, apesar da dispensa de emissão de CTC para os casos em que a averbação automática é admitida, a situação configura-se como contagem recíproca para os fins a que se destina, porque o RGPS é considerado regime de origem em relação ao tempo de contribuição do servidor público a ele vinculado, antes da mudança de regime previdenciário para Regime Próprio, e este último terá o direito de receber compensação previdenciária, enquanto regime instituidor.

14. Até aqui, tratou-se da averbação como um meio de assegurar a contagem recíproca na concessão de benefício previdenciário, o qual depende, em regra, de solicitação do próprio servidor, porém, excepcionalmente, decorrerá de procedimento de ofício do ente federativo empregador, por delegação de atribuição originária do INSS, nos casos em que o tempo de contribuição a ser averbado tiver sido prestado ao próprio ente instituidor, quando o servidor estava vinculado ao RGPS, desde que não tenha havido interrupção do vínculo jurídico com a Administração. Ocorre que a contagem de tempo do atual servidor estatutário (antes empregado público) possui também propósitos funcionais. É que, em regra, os estatutos preveem que o tempo de serviço público prestado ao mesmo ente, antes da conversão para estatutário, será contado para todos os efeitos.

15. Essa previsão que, no âmbito da União, consta do art. 100 da Lei nº 8.112/1990⁹, gerou, como consequência, o cômputo do tempo de emprego público cumprido antes da transformação para todos os efeitos estatutários, com a concessão de vantagens funcionais que dependem dessa contagem. São exemplos, entre outros, os adicionais atrelados à contagem de tempo de serviço público, como os denominados anuênios, quinquênios e sexta parte; as licenças-prêmio; e as progressões funcionais. A respeito, há decisão proferida pelo STF no RE 209.899, onde restou garantida a contagem do tempo de empregado público na União para fins do anuênio¹⁰.

16. Outro exemplo a ser citado como proveito advindo da contagem de tempo total de contribuição pelo servidor é a concessão do abono de permanência, ins-tituído pela Emenda nº 41, de 31 de dezembro de 2013, aos servidores que cum-

⁹ Art. 100. É contado para todos os efeitos o tempo de serviço público federal, inclusive o prestado às Forças Armadas.

¹⁰ STF Tribunal Pleno - RE 209899 / RN

Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 04/06/1998. Órgão Julgador: - Publicação: DJ 06-06-2003 PP

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REGIME JURÍDICO ÚNICO. LEI Nº 8.112/90: ARTIGO 100 C/C O ARTIGO 67. VETO AO § 4º DO ARTIGO 243. SUBSISTÊNCIA DA VANTAGEM PESSOAL. O veto ao § 4º do artigo 243 da Lei nº 8112/90 não tem base jurídica para desconstituir direito de ex-celetistas à contagem do tempo pretérito para fim de anuênio, na forma prevista no artigo 67 do novo Regime Jurídico Único, visto que o artigo 100 do texto legal remanescente dispõe que é contado para todos os efeitos o tempo de serviço público federal. Recurso extraordinário não conhecido.

prirem os requisitos para aposentadoria, entre os quais o tempo de contribuição, e permaneceram em atividade. Antes, a Emenda Constitucional nº 20/1998 previa isenção de contribuição previdenciária aos servidores que tivessem completado as exigências para aposentadoria integral e que optassem por permanecer em atividade, e teria sido possível cumprir os requisitos desse benefício, para fazer jus ao proveito financeiro da isenção, utilizando-se de tempo de emprego público averbado.

17. Diante do exposto, é fácil constatar que, em razão das vantagens decorrentes da averbação do tempo anterior de emprego, ou mesmo de cargo público, com vínculo previdenciário ao RGPS, o atual servidor estatutário que não providenciou a certificação do tempo diretamente no INSS, presumidamente anuiu com a averbação automática promovida pelo ente federativo, considerando que obteve ganhos funcionais decorrentes dessa contagem. Ou seja, a averbação do tempo de emprego público no cargo dele decorrente é de grande interesse para o servidor também na atividade em razão dos efeitos de cunho funcional.

II. DAS CONSEQUÊNCIAS DA DESAVERBAÇÃO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

18. Este Departamento tem observado que se tornou recorrente o pedido de desaverbação do tempo de contribuição prestado pelo servidor público quando vinculado ao RGPS, que fora objeto de averbação automática na mudança de regime previdenciário para o RPPS, com vistas a concessão de aposentadoria no Regime Geral. Contudo, o servidor da Administração direta, autárquica ou fundacional que postula tal desaverbação pretende permanecer em atividade, o que pode gerar consequências no âmbito do direito previdenciário e do direito administrativo, matéria que tem sido objeto de litígios de solução ainda não pacificada.

19. A prática tem demonstrado que a dispensa da exigência da manutenção da qualidade de segurado para a concessão de aposentadoria por idade no RGPS, promovida pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 10.666, de 08 de maio de 2003, é o motivo preponderante para as ocorrências de desaverbação¹¹. Desde então, os ex-segu-

¹¹ Art. 3º A perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição e especial.

§ 1º Na hipótese de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão desse benefício, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício. (grifamos)

§ 2º A concessão do benefício de aposentadoria por idade, nos termos do § 1º, observará, para os fins de cálculo do valor do benefício, o disposto no art. 3º, caput e § 2º, da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, ou, não havendo salários de contribuição recolhidos no período a partir da competência julho de 1994, o disposto no art. 35 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

rados do RGPS, atualmente vinculados a RPPS, ao cumprirem a idade exigida e comprovarem terem cumprido, a qualquer tempo, a carência exigida no art. 25, II da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (atualmente, de cento e oitenta contribuições mensais), podem pleitear a concessão de aposentadoria no RGPS. Para tanto, muitos utilizam, integral ou parcialmente, o tempo que já foi computado para diversos efeitos funcionais no âmbito do ente federativo detentor de RPPS.

20. Convém lembrar que a desconsideração da perda da qualidade de segurado para fins de concessão de aposentadoria por idade no RGPS tem o intuito de proteger os segurados com condição trabalhista instável, que desempenham atividades na iniciativa privada, com ou sem vínculo empregatício. Nessa condição, com o avançar da idade, é mais comum a descontinuidade no exercício de atividade laborativa formalizada. Dessa forma, o benefício poderá ser obtido no RGPS quando alcançada a idade mínima, mesmo que a carência exigida tenha sido cumprida muito antes dessa data. Esse não é o cenário que vivenciam os segurados de RPPS que mantêm a titularidade do cargo até a aposentadoria em razão da estabilidade funcional e que, com o procedimento da desaverbação, acabam por obter dois benefícios por meio de um único vínculo funcional, situação facilitada pelo fato da aposentadoria por idade no RPPS exigir apenas dez anos de serviço público e cinco anos no cargo efetivo.

21. É oportuno então examinar se o procedimento de desaverbação é juridicamente admissível e sob que condições, quais as consequências a serem assumidas pelo segurado e pelos regimes previdenciários e as medidas que poderiam ser adotadas para minimizar seus reflexos.

22. De início, pode ser afirmado que os efeitos serão diferenciados caso o tempo de vínculo ao RGPS, que se pretende desaverbar, tenha sido exercido sob o regime de emprego público sob a égide da CLT, ou por cargo público efetivo, regido por Estatuto do ente federativo.

23. O primeiro dos questionamentos afetos ao tema que é realizado com frequência é a possibilidade de que seja declarada a vacância do cargo quando o servidor, em atividade, aposenta-se no RGPS, utilizando-se de tempo prestado ao Município em emprego anterior que foi transformado no cargo atualmente ocupado. Há casos em que o segurado utiliza inclusive parte do tempo exercido no próprio cargo efetivo, quando ainda estava filiado ao RGPS pela falta de instituição de RPPS no Município.

24. Esse tema foi objeto de exame no tópico VII da Nota Técnica nº 03/2013/

CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 28 de agosto de 2013, desta Secretaria¹². A conclusão exigiu a análise da possibilidade de que o tempo já averbado no RPPS fosse computado para fins de benefício no RGPS, especialmente quando a averbação automática é decorrente de emprego público, sob a égide da CLT, transformado em cargo público efetivo.

25. Da análise levada a efeito na Nota Técnica nº 03/2013, concluiu-se que o servidor titular de cargo efetivo possui um vínculo institucional com o ente federativo, e essa relação, de natureza estatutária, extingue-se com a aposentadoria, independentemente de que esse benefício seja concedido pelo RGPS ou por RPPS. Se, na concessão da aposentadoria, for utilizado tempo de vínculo do servidor ao regime estatutário, ainda que sob o amparo do Regime Geral, a extinção do vínculo deve ocorrer. A esse respeito há previsão na Orientação Normativa SPS nº 02, de 31 de março de 2009, no art. 70: “A *concessão de aposentadoria ao servidor titular de cargo efetivo, ainda que pelo RGPS, determinará a vacância do cargo*”.

26. Por conseguinte, quando o INSS conceder aposentadoria a servidor titular de cargo público efetivo, utilizando-se parcial ou totalmente de tempo nesse cargo, o ente público deverá declarar sua vacância, efetuando o desligamento do servidor. Nesse caso, como a aposentadoria foi concedida por outro regime, a extinção do vínculo se dá com a declaração da vacância do cargo.

27. Um dos fundamentos para essa conclusão é que não é compatível com os princípios da Administração Pública que o servidor estatutário possua, ao mesmo tempo, a condição de ativo e inativo em relação ao mesmo cargo. Ademais, a hipótese contrária geraria a concessão de dois benefícios previdenciários decorrentes do mesmo cargo, um pelo RPPS e outro pelo RGPS.

28. A impossibilidade de desmembramento de tempo de cargo efetivo para fins de obtenção de duas aposentadorias justifica a previsão do art. 12 da Portaria MPS nº 154, de 15 de maio de 2008, no sentido de que a CTC só poderá ser emitida para ex-servidor. A utilização de tempo cumprido em um cargo público deve ocorrer apenas uma vez em um único regime.

29. Contudo, quanto ao servidor que mantém ou manteve um vínculo contra-

¹² Na Nota Técnica nº 03/2013/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, foram examinados diversos temas a respeito da mudança de regime previdenciário dos servidores públicos municipais do RGPS para o RPPS, e analisados os efeitos dessa alteração de regime. Esta Nota está disponível para consulta na página do Ministério da Previdência Social na *internet*, no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.previdencia.gov.br/regimes-proprios/nota-tnica/>>

tual com a Administração, regido pela CLT, a conclusão demonstrada na Nota Técnica nº 03/2013/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS foi diversa. Nesse caso, a aposentadoria concedida pelo INSS não gera a ruptura do contrato de trabalho em curso com a Administração e nem mesmo a vacância do cargo atualmente ocupado, ainda que decorrente da transformação de emprego anterior. É que os entes federados não podem alterar os efeitos da relação jurídica trabalhista, regidos por lei nacional.

30. Significa que, em regra, será possível ao ex-empregado público que teve seu emprego transformado em cargo público efetivo, com a consequente extinção do contrato de trabalho, utilizar o tempo relativo ao emprego público para aposentar-se no RGPS, sem que disso decorra a vacância do cargo atualmente ocupado, desde que não utilize qualquer parte do tempo relativo a esse cargo na concessão do benefício, mesmo que o vínculo previdenciário ainda seja ao RGPS em razão da inexistência de RPPS.

31. Observa-se que a faculdade de averbar ou não, para fins previdenciários, o tempo cumprido em emprego público equipara-se à possibilidade que teria o atual servidor que teve vínculo ao RGPS por exercício de outra atividade. Considerando que a averbação de tempo é ato volitivo, praticado com finalidade precípua de garantir a contagem recíproca para fins de aposentadoria, é possível, a princípio, que haja a sua desaverbação caso o servidor não pretenda mais que haja essa contagem, independentemente se o tempo foi prestado à Administração ou à atividade privada.

32. No entanto, em razão da sua especificidade, a hipótese em que o tempo averbado (automaticamente ou por meio de CTC) repercutiu em direitos e vantagens ao servidor admite tratamento diferenciado, conforme será examinado em seguida.

III. DA POSSIBILIDADE DA NEGATIVA DA DESAVERBAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO

33. No tópico anterior, foi visto que é admitida, em tese, a desaverbação, por segurado de RPPS, de tempo de contribuição com filiação ao RGPS, mesmo quando referente a emprego público transformado em cargo. Essa conclusão considera as normas que regem os vínculos aos regimes previdenciários, especialmente em face da independência entre a proteção fornecida pelo RPPS e pelos RPPS, em atividades que ocorreram de forma não concomitante. Além disso, a relação contratual que o servidor mantinha com a Administração não se confunde

com a relação estatutária, tanto que a anterior foi extinta, segundo as regras definidas pelo Direito do Trabalho.

34. Entretanto, no exame da desaverbação, uma circunstância frequente não pode ser desprezada. É que, quando o tempo de serviço público celetista foi prestado à própria Administração direta, autárquica ou fundacional, em razão do exercício de emprego público que foi transformado em cargo, a contagem desse tempo pode ter repercutido em direitos e vantagens estatutárias, inclusive com reflexos remuneratórios para tal servidor, conforme abordado no primeiro tópico desta Nota. Nessa hipótese, há entendimentos diferentes sobre a possibilidade da desaverbação.

III.1 Do entendimento administrativo e jurisprudencial sobre a desaverbação

35. Quando a averbação de tempo de serviço público vinculado ao RGPS nos assentamentos de servidor filiado ao RPPS vier a gerar algum proveito para a remuneração desse servidor, em face do regime jurídico estatutário, entende-se haver fundamentos para que a Administração indefira o pleito de anulação do registro efetuado e a desaverbação incondicional desse tempo. Significa que, se o servidor obteve ganhos com a averbação, por meio de vantagens financeiras, há argumentos favoráveis à negativa de sua pretensão. A necessidade de se reexaminar o tema foi apontada na nota de rodapé nº 71 da Nota Técnica nº 03/2013/CGNAL/ DRPSP/SPPS/MPS/2013, nos seguintes termos:

A conclusão a que se chegou sobre o tema abordado entre os parágrafos 106 e 117 desta Nota Técnica, quanto ao direito de o servidor obter uma aposentadoria no RGPS, considerando o tempo exercido na mesma atividade no serviço público, sob o regime da CLT, ou em outra atividade, anterior ao ingresso no serviço público, tomou por base o quadro normativo atualmente em vigor, no que disciplina a contagem de tempo e o acesso ao benefício de aposentadoria nos diferentes regimes previdenciários.

Esta situação, todavia, recomenda um novo exame da sustentabilidade dessa dupla proteção previdenciária do trabalhador, isto é, se é viável, atuarial e financeiramente, que a seguridade social, mormente em razão do piso constitucional das aposentadorias não inferior ao salário mínimo, arque com a concessão de benefício com tempo de contribuição exíguo; sem dizer do risco do ônus indevido em ambos os regimes (RGPS e RPPS) do

mesmo tempo de contribuição, haja vista a dificuldade de integração eficaz, entre os entes da Federação, no que concerne à informação da utilização de tempo contributivo nos diferentes sistemas previdenciários, a exemplo da hipótese de averbação automática.

Além disso, no âmbito de cada regime próprio, a desaverbação de tempo contributivo ao RGPS é matéria naturalmente dada a litígios entre o servidor e a Administração, caso a legislação do ente político prescreva alguma repercussão nos direitos remuneratórios, por conta das vantagens já auferidas em função da utilização do referido tempo no regime estatutário.

(grifamos)

36. É importante apontar que, embora essa matéria – a concessão de vantagens remuneratórias decorrentes da averbação de tempo de serviço público – tenha gênese em regras de natureza administrativa, a reversão desse ato administrativo de averbação, caso admitida a desaverbação, poderá implicar desequilíbrio financeiro e atuarial para os Regimes Próprios e para o RGPS, gerando pois consequências no âmbito do direito previdenciário.

37. No RPPS, a concessão de aposentadoria por idade, prevista no art. 40, § 1º, III, *b* da Constituição Federal exige o cumprimento de apenas dez anos de tempo de serviço público e cinco anos no cargo efetivo¹³. Quanto à aposentadoria compulsória, regida pelo art. 40, § 1º, II, da Constituição, não há previsão de tempo mínimo, observando-se apenas a idade limite para permanência no serviço público, de 70 anos para o segurado ou a segurada.

38. Com a desaverbação, além de receber parte da remuneração com fundamento em um tempo prestado à própria Administração, que depois foi extraído do

¹³ 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.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

[...]

II - **compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;**

III - **voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria,** observadas as seguintes condições:

[...]

b) **sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.**

(grifamos)

cômputo, futuramente o servidor irá receber outro benefício previdenciário que, embora seja concedido com proventos proporcionais, resulta, quase sempre, em valor superior ao decorrente da proporção de tempo cumprido e tempo total exigido, em decorrência da garantia constitucional de benefícios previdenciários não inferiores ao salário mínimo. Segundo o art. 7º, IV, c/c art. 39, § 3º, e art. 40, § 12, c/c art. 201, § 2º, da CF/1988, é vedada a redução do benefício de aposentadoria a valor inferior ao salário mínimo.

39. Ademais, alguns benefícios do RPPS não dependem da contagem de tempo, como a pensão por morte,¹⁴ e a aposentadoria por invalidez, esta quando resultante de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável¹⁵. E o próprio aumento no valor da remuneração, crescente no decorrer da vida funcional, irá interferir no valor do benefício devido pelo RPPS, se esse for calculado considerando o tempo final, ainda que os proventos sejam proporcionais ao tempo de contribuição, visto que calculados pela média das contribuições conforme art. 1º da Lei nº 10.887/2004. Verifica-se que são diversas as hipóteses em que o RPPS poderá ser obrigado a arcar com benefícios em valor integral ou quase integral, com tempo de contribuição reduzido.

40. Destarte, a questão é fundamental do ponto de vista do equilíbrio financeiro e atuarial tanto dos RPPS, quanto do RGPS, visto que, na maior parte dos Municípios brasileiros, a remuneração de grande parte dos servidores é igual ou pouco superior ao valor do salário-mínimo nacional. E embora muitas vezes tenha o segurado contribuído durante toda a vida laboral sobre apenas um salário-mínimo, obterá dois benefícios nesse piso, um em cada regime.

41. Constata-se que o segurado é indevidamente favorecido em detrimento do sistema previdenciário, que tem como financiadores solidários os segurados e toda a sociedade, por intermédio de recursos do Tesouro do ente federativo. A distorção relatada onera sobremaneira os pequenos Municípios que buscam im-

¹⁴ A Medida Provisória nº 664/2014 previu carência de 24 meses para a concessão de pensão aos dependentes dos servidores federais, com fundamento na Lei nº 8.112/1990. A Lei nº 13.135/2015 passou a prever um benefício com duração de apenas quatro meses ao cônjuge, se não vertidas pelo menos dezoito contribuições mensais. A extensão dessas alterações aos demais entes dependerá de alteração das legislações estaduais ou municipais que disciplinam seus RPPS (a esse respeito, vide a Nota Técnica nº 11/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, disponível para consulta na página do Ministério da Previdência Social na *internet*, no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.previdencia.gov.br/regimes-proprios/nota-tnica/>>).

¹⁵ Art. 40.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; [...]
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

plementar os RPPS para seus servidores com orçamentos restritos e capacidade operacional limitada, podendo tornar insustentável a manutenção desses RPPS.

42. A concessão de dois benefícios com o cômputo de um único tempo de contribuição compromete também o equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS, pois, se o tempo foi averbado no RPPS gerando vantagens em prol do servidor, não deveria ser utilizado na concessão de benefícios pelo INSS, ao qual caberia arcar apenas com o pagamento da compensação em relação ao período correspondente, em razão do instituto da contagem recíproca, assegurado pela Constituição Federal.

43. O tema tem gerado muitas controvérsias, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial, o que exigirá atenção da Administração aos casos concretos no sentido de demonstrar os entendimentos jurídicos e as consequências decorrentes da desavervação, com fundamento no direito administrativo e/ou previdenciário.

44. No exercício da competência regimental desta Secretaria de orientar os RPPS e visando facilitar a compreensão dos diferentes pronunciamentos acerca da desavervação, quando o tempo correspondente gerou vantagem aos segurados e, conseqüentemente, ônus ao Tesouro do respectivo ente, será relatado a seguir o que se tem decidido em casos concretos, na esfera administrativa e judicial.

45. No âmbito da União, cabe citar um precedente administrativo no qual se entendeu possível a desavervação de tempo prestado ao RGPS por atual servidor, **desde que não tenha havido a utilização desse tempo para a concessão de nenhuma vantagem.**

46. A respeito desse precedente, transcreve-se, a seguir, em sequência, a manifestação da Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação das Normas, da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - CGNOR/DENOP/SRH/MP¹⁶ e trecho da ementa e conclusão do Parecer nº 68/2011 da Consultoria Jurídica deste Ministério da Previdência Social¹⁷, citado pela Nota Informativa nº 389/2011 da Coordenação-Geral da

¹⁶ Nota Informativa nº 389/2011/CGNOR/DENOP/SRH/MP, de 5 de maio de 2011, da Coordenação-Geral de Elaboração, Sistematização e Aplicação das Normas, da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão [atual Secretaria de Gestão Pública – SEGEP]. Disponível em: <https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/pesquisaTextual/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=8476>.

¹⁷ Consultoria Jurídica do MPS. Parecer CONJUR/MPS nº 68, de 9/02/2011, do Advogado da União Giampaolo Gentile. Aprovado pelo Despacho nº 114/2011, do Consultor Jurídico do MPS Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/legislacao/consultoria-juridica-conjur/pareceres/>>.

SRH do MP:

10. Em vista da manifestação da Consultoria Jurídica deste Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão [PA-RECER/MP/CONJUR/JPA/Nº 0620-3.21/2010 e NOTA Nº 0648 -3.19/2011/JPA/CONJUR/MP], esta Divisão corrobora o entendimento pela possibilidade de desaverbação requerida pelo servidor aposentado por invalidez, desde que o tempo de serviço a ser desaverbado não tenha sido utilizado nem para o cálculo dos proventos de aposentadoria por invalidez, nem para concessão de qualquer direito ou vantagem.

[...]

EMENTA: Desaverbação de tempo de serviço. Tempo de serviço prestado no RGPS, certificado pelo INSS, e averbado no RPPS do Ministério da Fazenda. Requerimento do interessado para desaverbação desse tempo de serviço. Ato de titularidade exclusiva do Ministério da Fazenda (MF). Ausência de atribuição/competência do MPS em decidir ou opinar de maneira vinculante no caso concreto. Emissão de manifestação em caráter meramente opinativo, atendendo à solicitação da CONJUR/MPOG.

Possibilidade de desaverbação, uma vez que o tempo de serviço em questão não foi utilizado na concessão da aposentadoria por invalidez pelo MF. Necessidade, porém, de o MF verificar e atestar se esse tempo de serviço não foi utilizado na concessão de outros direitos e/ou vantagens ao interessado.

[...]

IV - CONCLUSÕES:

49. Por todo o exposto, e respondendo à indagação feita pela CONJUR/MPOG, conclui-se ser possível a desaverbação requerida pelo [***], desde que fique demonstrado e atestado que o tempo de serviço a ser desaverbado não tenha sido utilizado nem para o cálculo dos proventos de aposentadoria por invalidez (o que, s.m.j., já foi atestado no Ofício nº 1092/GRA-RJ-GAB, fls. 138 e 170), nem para concessão de anuênios, nem para a concessão de qualquer outro direito ou vantagem ao requerente.

[...]

47. No âmbito do Poder Judiciário, apontam-se os acórdãos a seguir, **no sentido da negativa da desaverbação**, todos em razão das vantagens financeiras auferidas pelo cômputo do tempo correspondente no âmbito de RPPS:

Tribunal de Justiça do Distrito Federal¹⁸

Agravo de instrumento. Direito administrativo. Tempo de serviço. Direito gerado. Desaverbação. Impossibilidade. 1. A averbação do tempo de serviço público prestado pelo servidor constitui uma faculdade e pode ser desaverbado a pedido do interessado. **No entanto, se o ato de averbação gerar direito individual, não poderá ser revogado, sob pena de violação à ordem pública vigente.** Precedentes. 2. Recurso provido. (grifamos)

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais¹⁹

Administrativo e previdenciário - Mandado de Segurança - Servidora pública estadual ocupante de dois cargos de professora - Tempo de serviço municipal averbado em um dos cargos - Pretensão de desaverbação e incorporação ao outro cargo - Repercussão da originária averbação no valor da remuneração desde a implementação do subsídio - Impossibilidade - direito líquido e certo ausente - Segurança denegada 1. Faz jus o servidor estadual, para fins previdenciários, à averbação de tempo de serviço laborado em favor de outros Entes da Federação.

2. Todavia, implementada a averbação em um dos cargos ostentados e repercutida a referida opção na quantificação do decorrente subsídio, afigura-se vedada a transposição pretendida, sob pena de desalinhamento do decorrente direito salarial já consolidado.

3. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. (grifamos)

Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo²⁰

Mandado de segurança. Direito administrativo. Pedido de desaverbação de tempo de serviço. Ocorrência de efeitos jurídicos e financeiros. Impossibilidade. Denegação da segurança.

A desaverbação de tempo de serviço é o ato pelo qual se subtrai certo tempo de serviço cumulado em um período, solicitado pelo interessado, para fins de averbação em outro órgão, **desde que não tenham surtido efeitos jurídicos e financeiros.** No caso em análise, **tal pedido de desaverbação de tempo de serviço não poderá ocorrer, já que produziu**

¹⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento nº 2008002003842-9. 3ª Turma Cível. Relator: Des. Mário-Zam Belmiro. Acórdão de 22 de outubro de 2009.

¹⁹ Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mandado de Segurança nº 1.0000.12.118856-9/000. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Corrêa Júnior. Acórdão de 30 de abril de 2013.

²⁰ Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Mandado de Segurança nº 100030018939. Tribunal Pleno. Relator: Des. Adalto Dias Tristão. Acórdão de 11 de dezembro de 2003.

efetivamente efeitos jurídicos e financeiros para o requerente. Ordem denegada. (grifamos)

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²¹

Mandado de segurança. Pedido de desaverbação de tempo de serviço de um cargo para utilização na aposentadoria pelo INSS – **Caso em que tal prazo foi utilizado para a percepção de outros benefícios no novo cargo, como adicional, quinquênios, adicional de tempo de serviço, além de outras vantagens pecuniárias resultantes da evolução funcional – Impossibilidade de fazer o recorte temporal que afetaria toda a situação funcional da interessada, com efeitos retroativos** – Ato legal – Direito líquido e certo inexistente – Recurso improvido. (grifamos)

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²²

Recurso de apelação. Contagem de tempo de serviço. Magistério. Inatividade - **Pretensão à desaverbação de tempo de serviço para utilização na aposentadoria pelo INSS - Inadmissibilidade. 1. O prazo pretendido já foi utilizado para a percepção de outros benefícios, no cargo anterior, como adicional, quinquênios, adicional de tempo de serviço, além de outras vantagens pecuniárias resultantes de evolução funcional. 2. Impossibilidade de exclusão de lapso temporal, o que poderia afetar toda a situação funcional da interessada, com efeitos retroativos. 3. Legalidade do ato administrativo. 4. Sentença que julgou improcedente a ação, mantida. 5. Recurso de apelação, desprovido.** (grifamos)

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²³

Servidor Público Estadual. PEB II. Pretensão a expedição de certidão de tempo de contribuição, do período de 21.03.1983 a 15.05.1995, para averbação de tempo junto à Prefeitura Municipal de São Paulo. “Desaverbação”. Inviabilidade. O tempo de serviço decorre do exercício e está ligado ao cargo respectivo; produziu e continua produzindo efeitos no cargo atual, o que impede a pretendida ‘desaverbação’. Sentença de procedência modificada. Ordem denegada. Recurso e reexame necessário providos. (grifamos)

²¹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0017955-02.2011.8.26.0053. 3ª Câmara de Direito Público. Relator: José Luiz Gavião de Almeida. Acórdão de 14 de janeiro de 2014.

²² Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1015933-80.2013.8.26.0053. 5ª Câmara de Direito Público. Relator: Dr. Evandro Carlos de Oliveira. Acórdão de 18.8.2014.

²³ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0020336-12.2013.8.26.0053. Registro: 2014.0000475883. 10ª Câmara de Direito Público. Comarca de São Paulo. 3ª. Vara de Fazenda Pública. Relator: Luis Manuel Fonseca Pires. Acórdão de 4.8.2014.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁴

Obrigação de fazer. Certidão de Tempo de Serviço. **Professor de Educação Básica II. Desaverbação. Pretensão à expedição de certidão referente a período preteritamente trabalhado junto à Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo. Averbação junto ao Município de São Paulo. Inadmissibilidade. Lapsos já averbados junto ao Estado de São Paulo. Tempo de serviço parcial. Desaverbação.** O tempo de serviço decorrente do exercício de cargo público produz efeitos diversos na vida funcional e dá origem a determinados direitos e vantagens; integra o patrimônio do servidor mas essa expressão, algo ambígua, deve ser melhor compreendida. O tempo de serviço está ligado ao exercício de um determinado cargo e, enquanto perdura o exercício, ao cargo se liga e nele produz efeitos; não é destacado do cargo, direito de que o funcionário dispõe como melhor lhe aprouver. Integra o patrimônio funcional, não o patrimônio comum do servidor, e não produz outros efeitos que aqueles previstos na legislação que rege os servidores públicos. Não tem valor econômico; produz tão somente efeitos funcionais de que decorrem efeitos econômicos, gerando em favor do servidor a percepção de adicionais, de vantagens, de pontos que refletem nos vários aspectos do exercício e na própria inatividade remunerada. Sentença mantida. Recurso não provido. (grifamos)

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul²⁵

Mandado de segurança – Desaverbação de licença-prêmio não gozada – impossibilidade – Utilização para fins de antecipação do direito à aposentadoria – Percepção de abono de permanência – Hipótese que equivale ao gozo da licença-prêmio – Inexistência de ilegalidade – Ordem denegada. **Uma vez averbado o período de licença-prêmio não gozada, para fins de antecipação do prazo para aposentadoria, não é possível a revogação desse ato (desaverbação) depois de efetiva utilização desse prazo para obtenção de outras vantagens, a exemplo do abono de permanência, sob pena de enriquecimento sem causa do servidor público.** (grifamos)

²⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo Apelação nº 3015001-10.2013.8.26.0554. Registro: 2015.0000020457. Comarca de Santo André Relator: Oswaldo Luiz Palu Acórdão de 28 de janeiro de 2015.

²⁵ Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Mandado de Segurança 1409508-87.2014.8.12.0000 Órgão Especial - Campo Grande. Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel. Acórdão de 5 de novembro de 2014.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁶
Serventuária da justiça aposentada. **Requerimento formulado no sentido da desaverbação parcial referente aos períodos de férias e licença-prêmio contados em dobro para fins de aposentadoria. Indeferimento da pretensão.** Inconformismo. Matéria já discutida em processo julgado por este Egrégio Conselho. Preclusão administrativa. Manutenção da decisão atacada em razão do disposto pelo artigo 62, inciso IV da lei 5427/2009. Recurso não conhecido.

48. Confira-se trecho do Acórdão do último julgado:

Ainda que não se adentre ao mérito da matéria aqui ventilada, é importante frisar que foram publicados no DOERJ de 12/02/2014, Enunciados do Conselho da Magistratura em matéria de pessoal, cujo nº 01 assim dispõe: “1. **Não cabe desaverbação do cômputo em dobro do saldo de licença-prêmio quando aproveitada para obtenção de abono de permanência.**” À conta de tais considerações, vota-se pelo não conhecimento do presente recurso.
(grifamos)

49. Observa-se que, no segundo processo citado, um Mandado de Segurança no TJMG, discutia-se o pleito de desaverbação de tempo prestado a Município que, por ter sido averbado em um cargo de professor no Estado, gerou aumento da remuneração. Foi negada a pretensão da servidora de desaverbar esse tempo e averbar em outro cargo acumulado no mesmo Estado para completar o tempo necessário à aposentadoria. Muito embora não se tratasse de tempo de emprego no mesmo ente, o Estado utilizou o tempo do regime de origem para o cálculo de vantagens, sendo, pois, totalmente aplicável à hipótese em estudo. Por oportuno, transcreve-se fragmento do voto proferido no qual se observa ter sido considerado que as consequências de cunho remuneratório são inafastáveis daquelas de índole previdenciária:

TJMG. Mandado de Segurança nº 1.0000.12.118856-9/000.
6ª Câmara Cível (trecho de voto)

[...]

Desta feita, resta forçoso concluir que as repercussões remuneratórias do período em testilha foram consideradas, juntamente com o vencimento básico percebido, para o estabelecimento da faixa de percepção do subsídio há tempos

²⁶ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Recurso Hierárquico nº 0000194-05.2014.8.19.0810 Relator: Des. Elisabete Filizzola. Acórdão de 24 de julho de 2014.

recebido, implementado nos moldes da Lei n. 18.975/10 e decorrentes alterações imprimidas pela Lei 19.837/11.

Não se descarta, nesse passo, do fato de que a pretensão que se deduz objetiva o remanejamento de tempo de serviço com a finalidade de se implementar interstício de natureza previdenciária, que se dissocia, por evidente, da natureza remuneratória emergida da constatação acima.

Todavia, da aspiração de índole previdenciária irradiam inafastáveis conseqüências no âmbito remuneratório ostentado pela Impetrante, que há muito se vale de todas as repercussões pecuniárias advindas da opção primeira pela averbação do comentado período laboral no cargo de Professor de Educação Básica, Nível II, Grau “A” - PEBIIA.

Repise-se, por oportuno, que os quinquênios decorrentes da averbação primeira alçaram a remuneração total da Impetrante para o patamar utilizado, quando da transição, para o estabelecimento do valor do subsídio atualmente ostentado.

[...]
(grifamos)

50. Outra decisão a respeito da impossibilidade da desaverbação é pertinente, pois, embora cuide de tempo exercido no mesmo cargo, os argumentos utilizados podem ser empregados em situações semelhantes:

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²⁷

PROFESSOR ESTADUAL. Tempo de serviço. Certidão de liquidação de tempo de serviço parcial e desaverbação do período. Pretensão à contagem desse tempo junto ao INSS, onde pretende aposentar-se. Indeferimento pela Administração. LE nº 10.261/68, art. 84 § único. Continuidade do vínculo com o Estado. 1. [...]. 2. **Tempo de serviço parcial. Desaverbação. O tempo de serviço em curso, que produziu e continua produzindo efeitos no cargo atual, não pode ser ‘desaverbado’ como pretende o impetrante. Impossibilidade de eliminação dos efeitos já produzidos. O tempo de serviço se vincula ao cargo exercido e, enquanto perder o exercício, não pode ser dele desvinculado. Hipótese que justifica o indeferimento administrativo.** 3. Certidão. Direito inexistente. Assentada a inviabilidade da ‘desaverbação’ ou da transferência do tempo de serviço em curso, não se reconhece direito à expedição de certidão que, se aceita pelo INSS, implicará exatamente na desaverbação vedada. É vedação que repete vedação de igual teor constante do art.

²⁷ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0013107-06.2010.8.260053. 10ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Torres de Carvalho. Acórdão de 22 de outubro de 2012.

12 da Portaria MPAS nº 154/08. Segurança denegada. Apelo do impetrante desprovido.
(grifamos)

51. Essa decisão teve o mesmo sentido da proferida na Apelação Cível com revisão nº 358.156-5/6-00, em 2006, também pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Confira-se:

TJSP – Apelação nº 358.156.5/6-00-10ª. Câmara de Direito Público

Voto nº AC-0419/06 - 3º Juiz - Voto vencedor

PROFESSOR ESTADUAL. Tempo de serviço. Certidão de liquidação de tempo de serviço parcial e desaverbação do período. Pretensão à contagem desse tempo em cargo de professor no município, onde pretende aposentar-se. Indeferimento pela Administração. LE nº 10.261/68, art. 84 § único. Continuidade do vínculo com o Estado. - 1. Tempo de serviço. Acumulação de cargos. O art. 84 da LE nº 10.261/68 veda a acumulação de tempo de serviço concorrente ou simultaneamente prestado, em dois ou mais cargos ou Junções, à União, Estados, Municípios e autarquias em geral; e o § único dispõe que ‘em regime de acumulação é vedado contar tempo de um dos cargos para reconhecimento de direito ou vantagens no outro’. A disposição, inserida no Estatuto do Funcionário Público Estadual, não vincula o Município e não impede que este conte o tempo do outro cargo, se a lei municipal o permitir. Não serve de supedâneo para a negativa, pelo Estado, da certidão de liquidação de tempo de serviço requerida. -2. **Tempo de serviço parcial. Desaverbação. O tempo de serviço em curso, que produziu e continua produzindo efeitos no cargo atual, não pode ser ‘desaverbado’ como pretende a impetrante. Impossibilidade de eliminação dos efeitos já produzidos. O tempo de serviço se vincula ao cargo exercido e, enquanto perdurar o exercício, não pode ser dele desvinculado. Hipótese que Justifica o indeferimento administrativo.** - 3. Certidão. Direito inexistente. Assentada a inviabilidade da ‘desaverbação’ ou da transferência do tempo de serviço em curso, não se reconhece direito à expedição de certidão que, se aceita pela Prefeitura, implicará exatamente na desaverbação vedada. Segurança denegada. Apelo da impetrante desprovido.
(grifamos)

Trechos do voto:

[...]

3. Tempo de serviço parcial. Desaverbação. O tempo de serviço decorrente do exercício de cargo público produz efeitos diversos na vida funcional e dá origem a determinados direitos e vantagens; integra, como dito nos autos, o patrimônio do servidor mas essa expressão, algo ambígua, deve ser melhor compreendida. O tempo de serviço está ligado ao exercício de um *determinado cargo e, enquanto perdura o exercício, ao cargo se liga e nele produz* efeitos; não é algo destacado do cargo, um direito de que o funcionário dispõe como melhor lhe aprouver. Integra o patrimônio funcional, não o patrimônio (conjunto de bens possuídos pelo interessado) geral do servidor, e não produz outros efeitos que aqueles previstos na legislação que rege os servidores públicos. Não tem valor econômico; produz tão somente efeitos funcionais de que decorrem efeitos econômicos, gerando em favor do servidor a percepção de adicionais, de vantagens, de pontos que refletem nos vários aspectos do exercício e na própria inatividade remunerada. **Não é correto dizer que apenas o funcionário tem interesse no tempo de serviço e que, por ser ‘seu’, pode usá-lo como melhor lhe aprouver. O tempo de serviço *decorre do exercício e está ligado ao cargo respectivo; produziu e continua produzindo* efeitos no cargo atual, o que impede a pretendida ‘desaverbação’.** O Estado diz bem: por conta desse tempo a impetrante recebeu adicionais, foi favorecida em concursos internos, obteve promoções, teve precedência na escolha de classes a cada ano e não há como restituir os benefícios passados e já recebidos. Há uma incompatibilidade lógica entre o exercício do cargo e a inexistência (*em decorrência da ‘desaverbação’*) do tempo de serviço a ele ligado e uma impossibilidade prática e jurídica de eliminar os efeitos já produzidos.

4. É por isso que o Estado, corretamente, não procede à ‘desaverbação’ de tempo passado; certifica apenas o tempo de serviço a partir do momento em que cessado o vínculo com o Estado, em que o tempo já produziu *todos os efeitos que podia ter produzido e desvinculou-se, pela cessação, do cargo* em que o interessado teve exercício. O tempo de serviço em curso, que produziu e continua produzindo efeitos no cargo atual, não pode ser ‘desaverbado’ como pretende a impetrante pois impossível a eliminação dos efeitos já produzidos. O tempo de serviço se vincula ao cargo exercido e, enquanto perdurar o exercício, não pode ser dele desvinculado. Enten-

do justificado o indeferimento administrativo.
(grifamos)

52. Além de ser cabível a negativa da desaverbação, outra possibilidade igualmente defensável é que a Administração condicione esse procedimento à restituição dos valores auferidos pelo servidor em razão da averbação do tempo de emprego anterior ao cargo. Essa restituição deve abranger todos os benefícios financeiros, inclusive no caso de promoções e reclassificação de cargos. Foram identificados os seguintes precedentes jurisprudenciais **no sentido da reversibilidade da averbação desde que as verbas financeiras sejam ressarcidas pelo interessado**:

TRF da 5ª Região - RE 0521310/PB²⁸

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESAVERBAÇÃO TEMPO DE SERVIÇO. RENÚNCIA ABONO DE PERMANÊNCIA. POSSIBILIDADE. RESSARCIMENTO DOS VALORES RECEBIDOS.

1. **A Impetrante ingressou em juízo pleiteando que a UFCG desaverbe as certidões de tempo de serviço fornecidas pelo INSS e pelo Ministério do Exército, bem como proceda a elaboração de planilha de cálculo na qual conste os valores a serem ressarcidos a título de abono de permanência recebido durante o período de 07/06/2006 a setembro/2010.**

2. **O abono de permanência é um direito patrimonial disponível, circunstância que possibilita a sua renúncia. Assim, nada impede a desaverbação do tempo de serviço averbado para fins de viabilizar o seu deferimento, após a impetrante ter manifestado o seu desejo de renúncia ao abono de permanência, com a consequente devolução dos valores recebidos a este título.**

3. Não há prejuízo ao erário, em face do ressarcimento dos valores recebidos, ou violação da normas legais, pois o tempo de serviço não será utilizado em duplicidade, mas apenas para fins de aposentadoria junto ao RGPS.

4. Remessa ex officio não provida.
(grifamos)

TJSP – Apelação nº 0008789-09.2012.8.26.0053²⁹

²⁸ Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Remessa Ex Officio – RE 0521310/PB. Processo nº 0002507-41.2010.4.05.8201. Segunda Turma. Relator: Francisco Barros Dias. Acórdão de 31 de maio de 2011.

²⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0008789-09.2012.8.26.0053. 9ª Câmara de Direito Público. Relator: Moreira de Carvalho. Acórdão de 15 de maio de 2013.

[Fragmentos do voto]

[...]

A autora é servidora pública ativa do quadro do Magistério da Secretaria de Estado da Educação e teve a inclusão de tempo prestado à iniciativa privada em sua Certidão de Tempo de Serviço, fato a ensejar que ela passasse a fazer jus ao abono de permanência. Posteriormente, constatou a autora que a inclusão do aludido tempo não lhe era favorável, motivo pelo qual requereu o cancelamento da averbação, sem prejuízo de posterior devolução dos valores recebidos a título de abono de permanência. No entanto, referido pedido de cancelamento da averbação restou-lhe indeferido pela administração, o que ensejou o ajuizamento da presente, em face da Fazenda do Estado de São Paulo e da SPPREV.

Com razão a exclusão da SPPREV da lide.

A autora ainda é servidora ativa, motivo pelo qual não mantém qualquer vínculo com a SPPREV. O documento almejado é de ser expedido, se for o caso, pela Fazenda Pública Estadual e não pela SPPREV que é a entidade gestora do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos titulares de cargos efetivos, responsável pela concessão e pagamento das aposentadorias.

Assim, correta a sentença neste ponto.

Passo ao pedido principal.

A averbação do tempo trabalhado na iniciativa privada na Certidão de Tempo de Serviço prestado ao Estado constitui ato de mero registro e a exclusão do referido tempo não implica em anulação ou revogação do ato administrativo.

Ademais, não haveria qualquer prejuízo ao Estado a referida desaverbação, já que a autora não se nega a devolver o abono de permanência, se com a desaverbação daquele tempo prestado na iniciativa privada não tiver mais direito a ele.

[...]

Desta forma a sentença merece reforma para determinar que a Fazenda expeça nova certidão de liquidação de tempo de serviço, desaverbando o tempo prestado na iniciativa privada.

Frise-se que qualquer vantagem que tenha sido recebida em função do tempo anteriormente averbado, deve ser devolvido aos cofres públicos, devidamente corrigido, desde a data do pagamento, observando-se os termos da Lei nº 11.960/09.

Invertido o ônus da sucumbência.

Ocorrendo isto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RE-

CURSO, nos termos supramencionados.
(grifamos)

TJMG – Apelação Cível/Reex Necessário nº
1.0024.11.088984-7/002³⁰

EMENTA: Remessa oficial e apelações cíveis voluntárias. Ação de mandado de segurança. Funcionária pública estadual. Tempo de serviço público. Emissão de Certidão de Tempo de Contribuição (CTC), para averbação no INSS. Negativa. Exigência administrativa de renúncia de direitos de servidor. Descabimento. Violação ao art. 5º, XXXIV, da Constituição da República. Direito líquido e certo lesado. **Desaverbação do tempo de contribuição no Estado de Minas Gerais. Perda de consectários, como biênios e quinquênios. Efeitos naturais.** Segurança parcialmente concedida. Sentença confirmada, prejudicada a segunda apelação e negado provimento à primeira.

1. A negativa de fornecimento de certidão de tempo de contribuição previdenciária, justificada na falta de renúncia de direitos do servidor, ainda que para fins de averbação no INSS, viola o direito líquido e certo previsto no art. 5º, XXXIV, da Constituição da República.

2. Requerida a certidão de tempo de contribuição no Estado, para fins de averbação no INSS, **impõe-se, como efeito natural do pedido, a desaverbação do tempo de contribuição original, com a consequente perda de consectários.**

3. Remessa oficial e apelações voluntárias conhecidas.

4. Sentença que concedeu em parte a segurança confirmada, no reexame necessário, prejudicada a segunda apelação e negado provimento à primeira. (grifamos)

[Fragmentos do acórdão]

[...]

O tempo de serviço/contribuição usado para a concessão de adicionais certamente se vincula àquele computado para se beneficiar da aposentadoria no INSS. A supressão dos adicionais é mera consequência jurídica da exclusão do tempo de serviço.

E no caso vertente a impetrante pretende manter os adicionais (quinquênio, biênio, etc.), decorrentes de tempo de serviço desaverbado do serviço público estadual e ainda aproveitá-lo para obter aposentadoria no INSS. A se proceder

³⁰ Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível/Reex Necessário nº 1.0024.11.088984-7/002. 2ª Câmara Cível. Relator: Caetano Levi Lopes. Acórdão de 6 de novembro de 2012.

desta forma a impetrante obteria duplo benefício em razão de um só tempo de serviço. Seria o “bis in idem”, o que não se pode admitir.
(grifamos)

53. Nos julgados listados, observa-se a posição de diversos Tribunais no sentido de ser legítimo o indeferimento, pela Administração dos pleitos de desaverebação, se o tempo correspondente gerou ganhos financeiros ao segurado, pela concessão de direitos ou vantagens com o cômputo desse tempo. Admite-se, em alguns casos, que a desaverebação seja feita, mas condicionada ao ressarcimento de todos os valores recebidos em decorrência da anterior averbação de tempo.

54. Releva apontar, contudo, especialmente por seus fundamentos, a existência de um precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS no sentido de que a cessação dos efeitos remuneratórios decorrentes da desaverebação somente poderia ocorrer a partir de sua efetivação, ou seja, haveria a interrupção do pagamento das vantagens auferidas no RPPS desde a desaverebação:

TJRS - Apelação nº 70035722560³¹

Apelação cível. Servidor público. Desaverebação de tempo de serviço para utilização em regime previdenciário diverso. Possibilidade. Vantagens decorrentes do tempo de serviço que foram pagas pela administração estadual, em razão da averbação do tempo de serviço, são legítimas e devidas, cessando com a desaverebação. Efeitos *ex nunc*. Negaram provimento ao recurso de apelação. Unânime.
(grifamos)

55. Nessa decisão, o TJRS utilizou, para fundamentar a dispensa do ressarcimento do período anterior à desaverebação, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ sobre a possibilidade de desaposentação, no âmbito do RGPS, sem a necessidade de devolução dos valores recebidos. **É cabível observar que, mesmo nessa hipótese, a desaverebação ainda gerará efeitos sobre a remuneração do servidor. Embora tais efeitos sejam *ex nunc*, significará redução da remuneração do servidor a partir da desaverebação e, conseqüentemente, do valor do benefício a ser concedido pelo RPPS.**

56. A respeito da interpretação do TJRS, absolutamente isolada ou minoritária - frise-se - em relação ao conjunto de julgados anteriormente transcritos, é

³¹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70035722560. 4ª Câmara Cível. Relatora: Agathe Elsa Schmidt da Silva. Acórdão de 18 de agosto de 2010.

necessário registrar que o STF reconheceu a repercussão geral quanto à desaposentação no Recurso Extraordinário - RE nº 661.256/DF. Logo, o entendimento a ser proferido nesse processo, cujo julgamento ainda não foi concluído, especialmente quanto à necessidade de devolução dos valores recebidos, irá influenciar nos rumos do assunto em análise.

57. Diante disso, entende-se cabível a adoção, pelos RPPS, das medidas administrativas e judiciais adequadas a evitar que alguns segurados se beneficiem duplamente de um único tempo de contribuição, mediante a utilização de um mesmo tempo de contribuição no serviço público, certificado como de vínculo ao RGPS, para auferir vantagens em ambas estas hipóteses: na averbação no regime próprio instituidor (seja a vantagem de caráter estatutário ou previdenciário), e, posteriormente, mediante a sua desaverbação, possa ser utilizado mais uma vez, agora, no regime de origem ou em outro regime previdenciário, em prejuízo do equilíbrio financeiro e atuarial desses regimes.

III.2 Da concessão de benefício no RGPS com cômputo de tempo averbado automaticamente em RPPS

58. Outra vertente do tema a ser abordada em razão de diversos casos concretos noticiados a este Departamento, é que, nos casos de averbação automática pelo ente federativo, não há propriamente uma solicitação do segurado de desaverbação de tempo ao RPPS, para utilização no RGPS. Por não ter havido a emissão de CTC, o segurado apresenta o requerimento do benefício diretamente ao INSS que, em alguns casos, teria chegado a conceder benefícios com utilização do tempo já averbado no RPPS.

59. Se a averbação automática também representa a destinação, a reserva do tempo correspondente a um regime específico, esse tempo não deve ser utilizado para concessão de aposentadoria por outro regime, até que haja a informação de que ocorreu o procedimento de desaverbação pelo ente respectivo, ou que seja declarado que esse tempo não tenha sido efetivamente aproveitado para obtenção de aposentadoria no RPPS ou outras vantagens decorrentes do regime estatutário.

60. Por isso, os entendimentos jurisprudenciais, aliados aos argumentos demonstrados em prol do equilíbrio dos regimes previdenciários, fundamentaram a revisão do que dispunha o § 1º do art. 380 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010, que continha o entendimento de que seria admissível a revisão da CTC

mesmo quando o tempo correspondente tivesse sido utilizado na concessão de vantagens remuneratórias no RPPS³².

61. O art. 452 da recente Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015, prevê que a CTC emitida pelo INSS somente poderá ser revista se não tiver sido utilizada para obtenção de vantagens no RPPS. O § 1º previu expressamente que serão consideradas como vantagens no RPPS as verbas de anuênio, quinquênio, abono de permanência em serviço ou outras espécies de remuneração, pagas pelo ente público. *In verbis*:

Art. 452. A CTC que não tiver sido utilizada para fins de averbação no RPPS ou, uma vez averbada, o tempo certificado, comprovadamente não tiver sido utilizado para obtenção de aposentadoria ou vantagem no RPPS, será revista, a qualquer tempo, a pedido do interessado, inclusive para incluir novos períodos ou para fracionamento, mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I - solicitação do cancelamento da certidão emitida;

II - certidão original; e

III - declaração emitida pelo órgão de lotação do interessado, contendo informações sobre a utilização ou não dos períodos certificados pelo INSS, e para quais fins foram utilizados.

§ 1º Serão consideradas como vantagens no RPPS as verbas de anuênio, quinquênio, abono de permanência em serviço ou outras espécies de remuneração, pagas pelo ente público.

[...]

(grifamos)

62. Embora o art. 452 da IN INSS/PRES nº 77/2015 somente regule as situações de revisão de CTC emitida pelo INSS, o art. § 2º do art. 441 da mesma Instrução determina a aplicação do § 1º do art. 452 também nos casos de averbação automática, por se tratar de situações que geram os mesmos efeitos, pois ambas representam a realização da contagem recíproca de tempo.

³² Art. 380. A CTC que não tiver sido utilizada para fins de averbação no RPPS ou, uma vez averbada, o tempo certificado, comprovadamente não tiver sido utilizado para obtenção de aposentadoria ou vantagem no RPPS, será revista, a qualquer tempo, a pedido do interessado, inclusive para incluir novos períodos ou para fracionamento, mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I - solicitação do cancelamento da certidão emitida;

II - certidão original; e

III - declaração emitida pelo órgão de lotação do interessado, contendo informações sobre a utilização ou não dos períodos certificados pelo INSS, e para quais fins foram utilizados.

§ 1º Não serão consideradas como vantagens no RPPS as verbas de anuênio, quinquênio, abono de permanência em serviço ou outras espécies de remuneração, pagas pelo ente público, considerando que são parcelas de natureza remuneratória e que não interferem no cômputo do tempo de contribuição e nem alteram o período certificado. [...]

63. De acordo com esses dispositivos, embora o segurado tenha, em regra, a faculdade de utilizar, para concessão de aposentadoria no RGPS, o tempo de emprego público que foi transformado em cargo efetivo, o exercício dessa faculdade depende da confirmação de que o tempo correspondente não gerou a concessão de vantagens funcionais no cargo. Confira-se a redação do dispositivo:

Art. 441. Será permitida a emissão de CTC, pelo INSS, para os períodos em que os servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios estiveram vinculados ao RGPS, somente se, por ocasião de transformação para RPPS, esse tempo não tiver sido averbado automaticamente pelo respectivo órgão.

§ 1º Tratando-se de RPPS instituído por ente federativo estadual ou municipal, será necessário oficiar o órgão gestor do regime de previdência para que informe a lei instituidora do regime, a vigência, bem como, se há previsão expressa de averbação automática do período de vínculo sujeito ao RGPS, a exemplo da previsão contida no art. 243 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

§ 2º Ainda que o órgão gestor do RPPS informe a averbação automática do período de vínculo sujeito ao RGPS, o segurado poderá optar em qual regime deseja utilizar o período anterior à instituição do RPPS, observado o disposto do § 1º do art. 452.

§ 3º A opção pela utilização no RGPS do período averbado automaticamente, na forma do § 2º, impõe a notificação formal ao órgão gestor do RPPS, informando sobre a vedação de nova utilização do mesmo período.

§ 4º O tempo de atividade ao RGPS exercido de forma concomitante ao período de emprego público celetista, com filiação à Previdência Social Urbana, objeto de averbação perante o Regime Jurídico Único - RJU, conforme determinação do art. 247 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, somente poderá ser computado para efeito de aposentadoria uma única vez, independentemente do regime instituidor do benefício.

§ 5º Excepcionalmente, em relação às hipóteses constitucionais e legais de acumulação de atividades no serviço público e na iniciativa privada, quando uma das ocupações estiver enquadrada nos termos do art. 247 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, todavia, for verificada a subsistência dos diversos vínculos previdenciários até a época do requerimento do benefício, admite-se a possibilidade de o trabalhador exercer a opção pelo regime previdenciário

em que esse tempo será, uma única vez, utilizado para fins de aposentadoria, desde que estejam preenchidos todos os requisitos para a concessão do benefício de acordo com as regras do regime instituidor.

§ 6º Admite-se a utilização, no âmbito de um sistema de Previdência Social, do tempo de contribuição que ainda não tenha sido efetivamente aproveitado para obtenção de aposentadoria ou vantagem ao RPPS em outro, na conformidade do inciso III, art. 96 da Lei nº 8.213, de 1991.

§ 6º Admite-se a utilização, no âmbito de um sistema de Previdência Social, do tempo de contribuição que ainda não tenha sido efetivamente aproveitado para obtenção de aposentadoria ou vantagem ao RPPS em outro, na conformidade do inciso III, art. 96 da Lei nº 8.213, de 1991.

§ 7º Observado o disposto no § 4º deste artigo, em hipótese alguma será emitida CTC para períodos de contribuição anteriores ao início de qualquer aposentadoria no RGPS.

§ 8º Havendo desligamento de servidor do RPPS Federal, o tempo de emprego público anterior à Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou seja, trabalhado até 11 de dezembro de 1990, somente poderá ser certificado para outro ente por meio de CTC emitida pelo INSS.

§ 9º Na hipótese de recebimento de CTC emitida por ente federal, cabe observar se foram certificados períodos de vinculação ao RGPS, ocasião em que será devida a emissão de carta de exigência para que o segurado apresente a CTC revista, contemplando apenas o período de RPPS.

§ 10. Aplica-se o disposto nos §§ 6º e 7º deste artigo à CTC emitida por ente estadual, municipal ou distrital, observada a data da instituição do Regime Próprio do ente emissor da certidão.

64. Para evitar que ocorra a concessão de benefícios pelo RGPS, com o cômputo de tempo que foi averbado automaticamente no RPPS, pois não existiu a CTC, deve ser otimizada a comunicação entre todos os regimes previdenciários e buscadas formas de controles e procedimentos que possibilitem o acesso às informações sobre o período averbado automaticamente em cada regime. Por isso, o art. 441 da IN INSS/PRES nº 77/2015 também prevê, nos §§ 1º e 3º, a troca de informações entre RGPS e os RPPS com o fim de evitar a utilização de um único tempo nos dois regimes.

65. Em caso de dúvidas, é razoável exigir que o servidor, caso venha a protocolizar pedido de aposentadoria no INSS, apresente prova de que não houve

averbação automática no RPPS ou que o tempo que ele pretende utilizar no RGPS foi antes desaverbado no regime próprio. A medida, além de facilitar o adequado cumprimento da legislação, possibilita melhor controle operacional e financeiro, resguardando o equilíbrio dos regimes envolvidos. A inobservância desse cuidado pode representar, inclusive, a dupla contagem de tempo para fins de aposentadoria, além dos prejuízos advindos das demais questões estatutárias examinadas.

66 É oportuno assinalar também que, segundo dispõe o § 5º do art. 201 da Constituição Federal, “é vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência”. Logo, o servidor titular de cargo efetivo somente estará simultaneamente vinculado ao RPPS e ao RGPS em caso de exercer cumulativamente mais de uma atividade que o vincule obrigatoriamente a esses dois regimes. É inconstitucional a filiação facultativa, ao RGPS, do segurado de RPPS com o fito de garantir um vínculo previdenciário e a concessão de benefícios com o cômputo de tempo desaverbado no RPPS.

IV. OUTRAS QUESTÕES SOBRE A AVERBAÇÃO AUTOMÁTICA

67. Durante o trabalho de acompanhamento e orientação dos RPPS, este Departamento tem observado outras questões advindas da averbação automática que merecem a atenção dos regimes previdenciários.

IV.1 Cômputo, pelo RPPS, do tempo de vínculo ao RGPS quando houve o exercício de múltiplas atividades

68. Uma situação importante a ser abordada acerca da averbação automática ocorre quando há o acúmulo legal de dois empregos públicos que, posteriormente, são ambos convertidos em cargos. Para a análise desse ponto, faz-se necessário examinar previamente as condições em que ocorrem a vinculação e as contribuições ao RGPS e aos RPPS.

69. Nota-se que, nos RPPS, o vínculo do servidor se dá em relação a cada cargo constitucionalmente ocupado. Por isso, a contribuição para o RPPS é calculada com base na remuneração de contribuição de cada cargo separadamente, não se limitando a um teto único para todas as atividades desenvolvidas, como

acontece no RGPS. A acumulação lícita de cargos pode ocasionar a concessão e percepção de duas aposentadorias no RPPS, uma para cada cargo, desde que cumpridas, separadamente, todas as condições exigidas.

70. A possibilidade de acumulação lícita de dois cargos, nos termos do inciso XVI do art. 37 e do § 6º do art. 40 da Constituição Federal, e, por conseguinte, de duas aposentadorias à conta de RPPS permite que, em caso de exoneração do servidor, haja a emissão de CTC com destinação do tempo para, no máximo, dois regimes previdenciários distintos, vedada a contagem concomitante do tempo dos cargos acumuláveis³³.

71. Por outro lado, no âmbito do RGPS, ainda que haja o exercício de mais de uma atividade pública ou privada, o vínculo previdenciário e a contribuição ao regime são únicos por segurado. Ou seja, as parcelas da remuneração que compõem o salário de contribuição ao RGPS, recebidas em cada fonte, ainda que decorrentes de cargos públicos, devem ser somadas para observância, tanto do percentual, quanto do limite máximo de contribuição vigente.

72. O art. 20 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991³⁴ estabelece que *a contribuição do empregado, inclusive o doméstico, e a do trabalhador avulso é calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota sobre o seu salário-de-contribuição mensal, de forma não cumulativa, observado o disposto no art. 28*. Neste artigo, está previsto que, no cálculo do salário de contribuição, computa-se a remuneração auferida em uma ou mais fontes³⁴.

73. A respeito, a Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, que, dispõe sobre normas gerais de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social, prevê, no art. 78, § 2º, I, as condições para a

³³ Portaria MPS nº 154, de 15 de maio de 2008:

Art. 9º Quando solicitado pelo servidor que exerceu cargos constitucionalmente acumuláveis é permitida a emissão de CTC única **com destinação do tempo de contribuição para, no máximo, dois regimes previdenciários distintos**, devendo constar o período integral de contribuição ao RPPS, bem como os períodos a serem aproveitados em cada um dos regimes instituidores, segundo indicação do requerente.

Parágrafo único. A CTC de que trata o caput deverá ser expedida em três vias, das quais a primeira e a segunda serão fornecidas ao interessado, mediante recibo passado na terceira via, implicando sua concordância quanto ao tempo certificado.

³⁴ Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (grifamos)

apuração da contribuição descontada do segurado que presta serviço a mais de uma empresa (no âmbito do RGPS, o órgão público é equiparado à empresa³⁵):

Art. 78.

§ 2º A apuração da contribuição descontada do segurado empregado, trabalhador avulso ou contribuinte individual que presta serviços remunerados a mais de uma empresa será efetuada da seguinte forma:

I - tratando-se apenas de serviços prestados como segurado empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso:

a) quando a remuneração global for igual ou inferior ao limite máximo do salário-de-contribuição, a contribuição incidirá sobre o total da remuneração recebida em cada fonte pagadora, sendo a alíquota determinada de acordo com a faixa salarial correspondente ao somatório de todas as remunerações recebidas no mês;

b) quando a remuneração global for superior ao limite máximo do salário-de-contribuição, o segurado poderá eleger qual a fonte pagadora que primeiro efetuará o desconto, cabendo às que se sucederem efetuar o desconto sobre a parcela do salário-de-contribuição complementar até o limite máximo do salário-de-contribuição, observada a alíquota determinada de acordo com a faixa salarial correspondente à soma de todas as remunerações recebidas no mês;

[...]

74. O mesmo procedimento se aplicava quando as normas de arrecadação no RGPS eram editadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS ou pelo Ministério da Previdência Social. Pode inclusive ocorrer que, em respeito ao teto de contribuições ao RGPS, não haja desconto de contribuição na remuneração em um determinado vínculo, ou que o salário de contribuição seja reduzido em um dos vínculos em razão da soma com outro já existente. Isso acontece porque o teto de contribuição ao RGPS, bem como o de benefícios, são únicos em cada competência, diferentemente do que acontece nos RPPS.

75. Por isso, não se computa para concessão de benefício e não se certifica, para fins de contagem recíproca, tempo de contribuição ao RGPS separadamente

³⁵ Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991:

Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional; [...] (grifamos)

em atividades distintas, quando concomitantes, e não se considera mais de um vínculo previdenciário ao RGPS quando há mais de uma atividade. É o que está previsto no art. 439 da IN INSS/PRES nº 77/2015:

Art. 439. A CTC será única e emitida constando o período integral de contribuição ao RGPS, as remunerações a partir de 1º de julho de 1994, e o órgão de lotação que se destina, em duas vias, das quais a primeira via será fornecida ao interessado, mediante recibo passado na segunda via, implicando sua concordância quanto ao tempo certificado.

§ 1º Para efeito do disposto no caput, a pedido do interessado, a CTC poderá ser emitida para períodos fracionados, o qual deverá indicar os períodos que deseja aproveitar no órgão de vinculação, observando que o fracionamento poderá corresponder à totalidade do vínculo empregatício ou apenas parte dele.

§ 2º Entende-se por período a ser aproveitado, o tempo de contribuição indicado pelo interessado para utilização junto ao RPPS ao qual estiver vinculado.

§ 3º Poderá ser impressa uma nova via de CTC, sempre que solicitado pelo interessado ou órgão de destino com a devida justificativa, sem necessidade de apresentação de qualquer documento de comprovação do tempo já certificado, presumindo-se a veracidade das informações nela contidas.³⁶

76. No art. 440 da mesma Instrução, é permitida a emissão de CTC com destinação a dois órgãos quando há o exercício de cargos acumuláveis, com divisão do tempo, a teor do disposto no seu § 1º, mas não a divisão do valor do salário de contribuição relativo a um mesmo período de tempo com vínculo ao RGPS³⁷.

³⁶ Essa matéria era tratada no art. 367 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 6 de agosto de 2010, sem a previsão correspondente ao § 2º:

Art. 367. A CTC será única e emitida constando o período integral de contribuição ao RGPS, as remunerações a partir de 1º de julho de 1994, e o órgão de lotação que se destina, em duas vias, das quais a primeira via será fornecida ao interessado, mediante recibo passado na segunda via, implicando sua concordância quanto ao tempo certificado.

§ 1º Para efeito do disposto no caput, a pedido do interessado, a CTC poderá ser emitida para períodos fracionados, o qual deverá indicar os períodos que deseja aproveitar no órgão de vinculação, observando que o fracionamento poderá corresponder à totalidade do vínculo empregatício ou apenas parte dele.

§ 2º Entende-se por período a ser aproveitado, o tempo de contribuição indicado pelo interessado para utilização junto ao RPPS ao qual estiver vinculado.

³⁷ Anteriormente, a previsão constava do art. 368 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 6 de agosto de 2010:

Art. 368. Será permitida a emissão de CTC pelo INSS, na forma do artigo 364, ao segurado que exercer cargos constitucionalmente acumuláveis na administração pública federal, estadual, distrital ou municipal, conforme previsto nas alíneas “a” a “c” do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal, com destinação do tempo de contribuição para, no máximo, dois órgãos distintos.

§ 1º Serão informados no campo “observações” da CTC, os períodos a serem aproveitados em cada órgão, conforme indicação do requerente.

§ 2º A CTC deverá ser expedida em três vias, das quais a primeira e a segunda serão fornecidas ao interessado,

Art. 440. Será permitida a emissão de CTC pelo INSS, na forma do art. 436, ao segurado que exercer cargos constitucionalmente acumuláveis na Administração Pública Federal, Estadual, Distrital ou Municipal, conforme previsto nas alíneas “a” a “c” do inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal, com destinação do tempo de contribuição para, no máximo, dois entes federativos.

§ 1º Serão informados no campo «observações» da CTC, os períodos a serem aproveitados em cada órgão, conforme indicação do requerente.

§ 2º A CTC deverá ser expedida em três vias, das quais a primeira e a segunda serão fornecidas ao interessado, mediante recibo passado na terceira via.

§ 3º É devida a emissão de CTC na forma definida neste artigo também na hipótese de acumulação legal de dois cargos vinculados ao mesmo órgão.

77. Tais previsões significam que, se houve o acúmulo legal de dois empregos públicos, com vínculo ao RGPS, que foram ambos convertidos em cargos com amparo em RPPS e o ente procede à averbação automática do tempo, deve haver diferenciação da averbação para fins previdenciários. Ainda que o servidor titular de cargo efetivo (ex-empregado) possa agregar vantagens funcionais decorrentes de cada emprego em cada cargo, **o cômputo do tempo relativo ao RGPS para fins de benefícios previdenciários no RPPS somente deve ser averbado em um dos cargos**. Quanto ao outro, a contagem de tempo deve iniciar a partir do vínculo ao RPPS.

78. Ocorre que as normas antes mencionadas são descumpridas com frequência pelos entes federativos na realização da averbação automática, pois há ocorrências de cômputo em duplicidade do tempo de contribuição com vínculo ao RGPS, que é único. O procedimento é mais comum quanto aos cargos ocupados por profissionais da saúde e da educação, que são admitidos em grande número por Municípios, muitos dos quais possuem pouco controle e informação sobre as regras aplicáveis ao RGPS. Mas há também notícia desse procedimento inadequado por Estados.

79. Se for feita a averbação de tempo de RGPS em dois cargos, quando completados os requisitos exigidos em cada um, serão concedidos e mantidos dois benefícios pelo RPPS, um dos quais será irregular, visto que computado tempo de RGPS em duplicidade. Todavia, quando o ente for buscar a compensação financeira junto ao INSS, quanto aos servidores que contribuíram para o RGPS em

mediante recibo passado na terceira via.

relação a mais de um cargo (ou emprego) concomitante, receberá pagamentos apenas em relação a um benefício. Por conseguinte, a averbação irregular de tempo gera consequências extremamente prejudiciais ao ente e aos recursos do RPPS, tanto pelo pagamento irregular de um benefício decorrente de cargos exercidos cumulativamente, que não poderá ser desfeito desde a origem, por se tratar de verba alimentar, quanto pela impossibilidade de recebimento da compensação previdenciária correspondente a um dos cargos.

80. Lembre-se que, se a averbação de tempo pelo exercício de dois empregos fosse realizada por intermédio de CTC, haveria uma Certidão **única em relação a todos os empregos/cargos**, conforme prevê o art. 439 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015, cabendo ao segurado optar em qual cargo seria feita a averbação.

81. Podem ocorrer outras situações fáticas semelhantes como no desempenho de emprego ou cargo em outro ente federativo com vínculo ao RGPS, ou mesmo na iniciativa privada. Em todas essas hipóteses, ainda que haja mais de um emprego e atividade privada concomitante, o vínculo ao RGPS é único.

82. A questão previdenciária referente ao exercício de atividades concomitantes no serviço público e na iniciativa privada, com ênfase para o tratamento jurídico previsto em lei quanto ao aproveitamento do tempo de atividade autônoma com vinculação obrigatória à antiga Previdência Social Urbana, atual Regime Geral de Previdência Social - RGPS, exercida de forma paralela ao período de emprego público celetista com filiação à mesma Previdência Social Urbana, objeto de averbação perante o Regime Jurídico Único, foi estudada pela Consultoria Jurídica junto a este Ministério. As conclusões constam do PARECER CONJUR/MPS nº 224, de 27 de agosto de 2007, aprovado pelo Senhor Ministro da Previdência Social e publicado no Diário Oficial da União - DOU de 29/08/2007³⁸, nos seguintes termos:

55. Ante o exposto, esta Consultoria Jurídica, no exercício das atribuições que lhe conferem os incisos I e III do art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, fixa a seguinte orientação sobre a questão objeto do presente estudo:

(a) **o tempo de atividade autônoma com filiação à antiga Previdência Social Urbana, do atual Regime Geral de Previdência Social - RGPS, exercido de forma concomi-**

³⁸ Segundo o que dispõe o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

tante ao período de emprego público celetista, com filiação à mesma Previdência Social Urbana, objeto de averbação perante o Regime Jurídico Único - RJU conforme determinação do art. 247 da Lei nº 8.112/1990, somente poderá ser computado para efeito de aposentadoria uma única vez, independentemente do regime instituidor do benefício; (grifamos)

(b) excepcionalmente em relação às hipóteses constitucionais e legais de acumulação de atividades no serviço público e na iniciativa privada, quando uma das ocupações estiver enquadrada nos termos do art. 247 da Lei nº 8.112/1990, todavia, for verificada a subsistência dos diversos vínculos previdenciários até a época do requerimento do benefício, admite-se em tese a possibilidade do trabalhador exercer a opção pelo regime previdenciário em que esse tempo será, uma única vez, utilizado para fins de aposentadoria, desde que estejam preenchidos todos os requisitos para a concessão do benefício de acordo com as regras do regime instituidor;

(c) admite-se a utilização, no âmbito de um sistema de previdência social, do tempo de contribuição que ainda não tenha sido efetivamente aproveitado para obtenção de aposentadoria em outro, na conformidade do art. 96, inciso III, da Lei nº 8.213/1991.

83. A esse respeito, o § 4º do art. 441 da IN INSS/PRES nº 77/2015, antes transcrito, prevê que *o tempo de atividade ao RGPS exercido de forma concomitante ao período de emprego público celetista, com filiação à Previdência Social Urbana, objeto de averbação perante o Regime Jurídico Único - RJU, conforme determinação do art. 247 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, somente poderá ser computado para efeito de aposentadoria uma única vez, independentemente do regime instituidor do benefício*. O § 5º do art. 441 prevê situações em que o segurado poderá optar pelo regime em que o tempo será computado uma única vez. Essa regra também deverá ser aplicada aos demais entes federativos, dada a similaridade das situações.

84. Há que se reconhecer que a aplicação das normas citadas irá gerar consequências diferenciadas de acordo com o valor da soma das remunerações do segurado no período de vínculo ao RGPS. Para o servidor que recebia, pelos dois cargos ou empregos acumulados, valor muito superior ao do teto benefícios do RGPS, e cuja contribuição tinha por base esse teto, não há que se falar em prejuízo ou frustração de expectativa de direito. Caso fosse mantido o vínculo exclusivo ao RGPS pelo exercício das duas atividades (empregos ou cargos), seria

devida apenas uma aposentadoria nesse regime, limitado ao teto de contribuições e benefícios. A perspectiva de obtenção de dois benefícios surgiu para o servidor depois de ter sido vinculado ao RPPS. Por consequência, quanto a um dos cargos, a contagem de tempo se inicia a partir desse momento, causando demora na aposentadoria nesse cargo.

85. Por outro lado, quando o atual servidor amparado em RPPS recebe (e recebia, quando o vínculo era ao RGPS), duas remunerações por acúmulo de cargos ou empregos, cujo valor total não ultrapassa o teto do RGPS, haverá uma redução no benefício esperado em razão da migração para o RPPS.

86. Caso esse segurado continuasse vinculado ao RGPS, poderia receber um benefício que representaria a soma das duas remunerações de contribuição visto que não seria atingido o teto. Entretanto, na mudança para o RPPS, esse tempo do RGPS somente poderá ser contado uma vez, em um dos cargos, pois a contagem de tempo do RGPS não poderá ser fracionada (nem por CTC nem por averbação automática).

87. A contribuição sobre os dois cargos no período de vínculo ao RGPS aumentará o valor da média das remunerações de contribuição para o valor dos proventos calculados pelo RPPS segundo o art. 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda nº 41/2003, podendo também majorar o valor dos proventos. No entanto, o valor do benefício sempre estará limitado à remuneração do servidor no cargo efetivo, conforme determina o § 2º do art. 40 da Constituição³⁹.

88. Mesmo levando em conta, no cálculo dos benefícios, a base das remunerações de contribuições de dois cargos durante o vínculo ao RGPS, o valor dos proventos no RPPS deverá observar o limite de apenas um. E, quanto ao outro cargo, deverá ser completado o tempo para obtenção do segundo benefício. Ainda que se reconheça a existência dessa distorção, a legislação vigente não permite que a Administração extraia outra interpretação

89. Duas observações a respeito ainda são cabíveis. É prerrogativa do segurado apontar em qual dos cargos deseja que seja averbado o tempo cumprido com vínculo ao RGPS conforme seu interesse. E, caso o tempo de RGPS, somado ao do RPPS nesse cargo resultar em soma superior ao necessário para obtenção do

³⁹ Art. 40. [...]

§ 2º Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998)

benefício no RPPS, poderá ser solicitado ao INSS a emissão de CTC para períodos fracionados, para aproveitamento nos dois cargos, conforme prevê o § 1º art. 439 da IN/PRES INSS nº 77/2015. Por isso, nesses casos que possuem tais peculiaridades, mesmo permitida, a averbação automática não é a melhor opção para que o ente federativo realize a contagem recíproca de tempo.

90. Ressalte-se que as normas mencionadas aplicam-se também ao servidor titular de cargo efetivo enquanto estiver vinculado ao RGPS em razão da inexistência de Regime Próprio no ente da Federação. Embora houvesse a possibilidade da concessão de dois benefícios por RPPS, em razão da acumulação de dois cargos, enquanto esse regime não for instituído, o INSS somente reconhecerá um vínculo previdenciário. O salário de benefício do segurado do RGPS que contribuir em razão de atividades concomitantes será calculado com base na soma dos salários de contribuição dessas atividades, sem que essa soma possa superar o limite legal máximo, resultando em um valor global que será considerado para determinar a renda mensal inicial de um único benefício previdenciário no RGPS, também limitado ao teto.

91. Essa é uma consequência da não criação, por muitos Municípios, de RPPS para os servidores titulares de cargo efetivo, conforme assegura o art. 40 da Constituição Federal. Mesmo que haja a posterior criação do Regime Próprio, no período em que estes servidores estiveram vinculados ao RGPS, são a eles aplicadas as mesmas regras definidas para os trabalhadores da iniciativa privada, tanto para arrecadação de contribuições quanto para concessão de benefícios ou certificação do tempo.

92. Os efeitos decorrentes da averbação automática de tempo, iniciada com a adoção do RJU em milhares de entes, sobressaíram-se recentemente em razão do aumento da concessão de benefícios com o cômputo desse tempo e dos requerimentos de compensação financeira formulados pelos entes ao INSS. Até o início do recebimento da compensação, os entes federativos, como regimes instituidores, arcam sozinhos com o pagamento integral dos benefícios concedidos com contagem recíproca. Caso tenha havido averbação automática em duplicidade no RPPS, referente a cargos/empregos acumuláveis e vinculados ao Regime Geral, a compensação previdenciária devida pelo RGPS, como regime de origem, terá por base apenas um dos benefícios concedidos, ficando o outro à conta somente do RPPS, cabendo a este último, como regime instituidor, a revisão da concessão indevida, se não decaiu desse direito.

IV.2 Certificação, pelo RPPS, de tempo com vínculo ao RGPS

93. Outra ocorrência que merece a atenção dos RPPS é observada quando houve a averbação automática e depois se dá a vacância de cargo público em decorrência de exoneração, demissão ou posse em outro cargo inacumulável, quando o vínculo com a Administração é extinto sem a concessão de benefício previdenciário pelo RPPS, e esse regime acaba por emitir CTC, abarcando, indevidamente, período de filiação ao RGPS.

94. Foi demonstrado no primeiro tópico desta Nota que, na hipótese de averbação do tempo de serviço prestado por servidor à Administração de qualquer ente da Federação, com vínculo ao RGPS, quando da alteração do regime de previdência para o RPPS, é dispensada a emissão de CTC em razão da permissão de averbação automática pelo ente ao qual o servidor esteve vinculado⁴⁰. Portanto, muito embora o empregado público estivesse vinculado ao RGPS antes da adoção do regime estatutário e da criação do RPPS, não é necessária a emissão, pelo INSS, de CTC.

95. Entretanto, a permissão excepcional para que os entes federativos substituam o INSS na tarefa de reconhecer o tempo de vínculo ao RGPS está circunscrita somente ao tempo em que o empregado/servidor prestou serviço ao mesmo ente, passando a ser amparado em RPPS, pela mudança de regime previdenciário, e desde que não tenha havido o exercício de outra atividade privada ou pública concomitante. Essa autorização faz sentido quando o tempo (com vínculo ao RGPS), além de ter sido prestado unicamente ao ente, será utilizado para fins de concessão de aposentadoria no RPPS do mesmo ente.

96. Isso ocorre em razão da distinção entre regimes de trabalho (celetista ou estatutário) dos regimes previdenciários (RGPS ou RPPS). Ainda que o tempo se refira a um período em que houve uma relação jurídica de trabalho com o ente federativo, essa relação é distinta da relação jurídica previdenciária. Por não ser regime de origem, o RPPS não pode emitir CTC relativa ao período em que o interessado não esteve vinculado a seu RPPS, mas sim ao RGPS ou a qualquer outro RPPS. Apenas os regimes previdenciários aos quais o segurado esteve vinculado poderão certificar esse tempo para fins de aposentadoria em outro Regime.

97. Dessa forma, quando houver o desligamento do servidor cujo emprego foi transformado em cargo, o ente não poderá certificar o tempo de emprego público

⁴⁰ A previsão está no art. art. 441 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015. Antes constava do art. 370 da Instrução Normativa INSS/PRES Nº 45, de 06 de agosto de 2010.

regido pela CLT, com vínculo previdenciário ao RGPS, em nome do INSS, mesmo tendo havido o vínculo ao próprio ente. O mesmo raciocínio aplica-se ao tempo de cargo público regido por Estatuto, caso mantido o vínculo previdenciário com o RGPS. Em caso de desligamento (exoneração ou demissão), a averbação automática perde o efeito, pois não haverá a concessão de aposentadoria no RPPS do mesmo ente com contagem recíproca do tempo de RGPS, não se observando a hipótese de emissão da Certidão específica para a compensação, prevista no § 2º do art. 10 do Decreto nº 3.112/1999. O tempo correspondente a cada regime (RGPS e RPPS) poderá ser certificado respectivamente pelo INSS e pelo ente, para cômputo e concessão de benefícios em outro regime. O RGPS poderá inclusive utilizar o tempo cumprido no seu âmbito para concessão de benefícios, observados os requisitos legalmente previstos.

98. Portanto, cada regime previdenciário, RGPS ou RPPS, deverá certificar, mediante CTC, somente o tempo de contribuição em que o segurado esteve a ele filiado, como regime de origem, a qual será expedida ora pelo INSS, ora pela unidade gestora do RPPS, a depender do regime a que se refere o tempo de contribuição certificado.

99. Convém lembrar que, de acordo com o que dispõe o art. 21 da Portaria MPS nº 154/2008, os entes federativos fornecerão aos servidores estatutários vinculados ao RGPS, com cargo efetivo ou em comissão, documento comprobatório do vínculo funcional, bem como Declaração de Tempo de Contribuição, para fins de obtenção de benefício ou para emissão de CTC pelo RGPS⁴¹. Essa declaração é necessária para facilitar o reconhecimento do vínculo pelo INSS, em razão da inexistência de anotação em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS para os servidores estatutários, mas não substitui a CTC.

100. No caso de perda de vínculo do servidor com o ente federativo, vale a regra geral quanto ao responsável pela emissão de CTC, contida no art. 130 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, que prevê:

Art. 130. O tempo de contribuição para regime próprio de previdência social ou para Regime Geral de Previdência So-

⁴¹ Art. 21. Os entes federativos fornecerão ao servidor detentor exclusivamente de cargo de livre nomeação e exoneração, e ao servidor titular de cargo, emprego ou função amparado pelo RGPS, documento comprobatório do vínculo funcional, para fins de concessão de benefícios ou para emissão de CTC pelo RGPS, sem prejuízo da apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, o ente federativo deverá fornecer, também, Declaração de Tempo de Contribuição na forma do formulário constante no Anexo III.

cial deve ser provado com certidão fornecida: (Redação dada pelo Decreto nº 6.722, de 30/12/2008)

I - pela unidade gestora do regime próprio de previdência social ou pelo setor competente da administração federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, suas autarquias e fundações, desde que devidamente homologada pela unidade gestora do regime próprio, relativamente ao tempo de contribuição para o respectivo regime próprio de previdência social; ou

(Redação dada pelo Decreto nº 6.722, de 30/12/2008)

II - pelo setor competente do Instituto Nacional do Seguro Social, relativamente ao tempo de contribuição para o Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pelo Decreto nº 3.668, de 22/11/2000)

101. Nos incisos I e II do art. 130 do RPS, observa-se que a CTC se refere ao tempo de contribuição para o respectivo regime previdenciário. Esse dispositivo está de acordo com o que dispõe o § 1º do art. 94 da Lei nº 8.213/1991:

Art. 94. Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social ou no serviço público é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente.

§ 1º A compensação financeira será feita ao sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerer o benefício pelos demais sistemas, em relação aos respectivos tempos de contribuição ou de serviço, conforme dispuser o Regulamento.

[...]

(grifamos)

102. Observa-se que o emissor da CTC, como regime previdenciário de origem, é devedor na compensação previdenciária, de modo proporcional ao seu coeficiente de participação no tempo de contribuição por ele certificado, em relação ao tempo total utilizado pelo regime instituidor para a concessão da aposentadoria. Se o RPPS certificasse tempo de RGPS para outro ente, tornar-se-ia responsável pela compensação do tempo durante o qual não recebeu contribuição, visto que foram recolhidas ao RGPS. E não poderia pleitear qualquer indenização junto ao INSS porque não se tornou regime instituidor. Esse procedimento poderia acarretar prejuízo também para o ente de destino que computaria tempo de RGPS não certificado pelo INSS. Ou mesmo dar ensejo a contagem em dobro, haja vista a

possibilidade de certificação do mesmo tempo pelo RPPS e RGPS, o que violaria os incisos I e III do art. 96 da Lei nº 8.213/1991.

103. Em que pese parecerem óbvias tais constatações, tem-se observado ocorrências e questionamentos sobre a certificação, por ente detentor de RPPS, de tempo do emprego público somado ao do cargo, quando há mudança do regime jurídico de trabalho, com a transformação de emprego público em cargo, como se os referidos regimes fossem indistintos, a indicar que essa tem sido uma prática relativamente frequente. Esse procedimento é totalmente irregular porque a emissão de CTC compete tão somente ao regime de previdência a que estava filiado o segurado no período objeto dessa certidão.

V CONCLUSÕES

104. Diante de todo o exposto, conclui-se que:

- a) A contagem recíproca de tempo é direito constitucional garantido aos segurados dos diversos regimes de previdência social. Quanto ao tempo com vínculo ao RGPS, a averbação pode ocorrer com ou sem a emissão de CTC, não podendo haver consequências distintas nas duas hipóteses. A averbação automática do tempo prestado pelo servidor ao próprio ente, com vínculo ao RGPS, também corresponde à contagem recíproca, caso em que há a dispensa de CTC e a exigência de certidão específica para fins de compensação financeira, a ser emitida pelo RPPS como regime instituidor.
- b) As questões relacionadas à averbação automática são tema de amplitude nacional, tendo em vista a definição de Regime Jurídico Único pelos entes federados depois da Constituição de 1988 e da criação de RPPS, gerando vínculos previdenciários ininterruptos do segurado ao RGPS e a RPPS. A transformação dos empregos públicos em cargos estatutários gerou, como consequência, além do cômputo do tempo para fins previdenciários, o pagamento de diversas vantagens financeiras dependentes dessa contagem.
- c) A redução do tempo de contribuição no âmbito de um mesmo regime previdenciário, em razão da desaverbação, causa desequilíbrio financeiro e atuarial a esse regime, agravado pela garantia constitucional do piso das aposentadorias não inferior ao salário mínimo, podendo tornar

insustentável a manutenção dos RPPS em pequenos Municípios. Essa situação afeta também o equilíbrio do RGPS, visto que muitos benefícios são pagos com tempo de contribuição exíguo e a segurador que ainda se encontra amparado em RPPS.

- d) Assim como na averbação de tempo de atividade privada, na migração compulsória do regime trabalhista para o estatutário, o segurador mantém o direito de optar pelo aproveitamento do tempo do RGPS em outro regime previdenciário, desde que não esteja em gozo de benefício e se não tiver recebido vantagens remuneratórias decorrentes da averbação, segundo julgados de Tribunais de diversos Estados e o que prevem os arts. 452 e 441 da IN INSS/PRES nº 77/2015.
- e) Quando o cômputo do tempo de emprego público transformado em cargo por meio de Lei gerou, além da contagem para finalidades previdenciárias, consequências de cunho funcional, com o pagamento de parcelas financeiras diversas decorrentes de direitos e vantagens estatutários previstos na legislação de cada ente, é possível que a Administração indefira o pedido de desaverbação.
- f) Há entendimentos jurisprudenciais de diversos tribunais, como o TJ-DFT, TJMG, TJES, TJSP, TJMS e TJRJ no sentido de que a averbação de tempo é irreversível se gerou efeitos financeiros. Foram identificadas também decisões judiciais no sentido de que a desaverbação pode ser realizada desde que haja o ressarcimento dos valores auferidos em função da anterior averbação, a exemplo de acórdãos colacionados nesta Nota proferidos pelo TRF da 5ª Região, TJSP e TJMG. No entanto, deve ser registrada a existência de um único precedente do TJRS que destoa do entendimento majoritário, posicionando-se favoravelmente à desaverbação, com fundamento na possibilidade da desaposeitação reconhecida pelo STJ, sem necessidade de o interessado restituir os ganhos já auferidos no regime estatutário antes da desaverbação, entendendo suficiente que haja a interrupção do pagamento das vantagens a partir da exclusão do tempo. Mesmo nesse caso, a desaverbação ainda gerará efeitos financeiros, que, embora sejam *ex nunc*, significará redução da remuneração do servidor a partir da desaverbação e, conseqüentemente, do valor do benefício a ser concedido pelo RPPS.
- g) O procedimento de concessão de aposentadoria pelo INSS a segurador de RPPS, com o cômputo do tempo com vínculo anterior ao RGPS, que foi averbado automaticamente no RPPS, equivale à desaverbação. A extração do tempo inicial em que o segurador laborou em cargo público com vínculo ao RGPS, com a finalidade de obter aposentadoria pelo

INSS, enquanto mantido o vínculo ao RPPS, poderia gerar a concessão de outra aposentadoria irregular no mesmo cargo, por implemento de idade, voluntária, compulsória ou até por invalidez no RPPS. Significa que, com contribuições decorrentes de um único cargo – parte do tempo com vínculo ao RGPS e parte com vínculo ao RPPS – o segurado obterá dois benefícios previdenciários que seriam recebidos concomitantemente, situação esta que não encontra respaldo no ordenamento jurídico. Mesmo quando os benefícios são concedidos com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando a remuneração e a base de contribuição possuem valor próximo ou correspondente ao do salário-mínimo, a proporcionalização não gerará nenhum efeito prático no valor do benefício onerando os dois regimes. É possível a utilização pelo INSS (desaverbação) do tempo anterior decorrente de emprego público (e não de cargo público) averbado no RPPS desde que esse tempo não tenha gerado a concessão de vantagens remuneratórias, conforme as conclusões das alíneas “d”, “e” e “f” desta Nota Técnica.

- h) Nos RPPS, o vínculo previdenciário se estabelece por cargo constitucionalmente acumulado, com cobrança de contribuições e concessão de benefícios separadamente. Por outro lado, o vínculo com o RGPS (antiga Previdência Social Urbana) é único, tanto para as atividades concomitantes exercidas no serviço público, quanto na atividade privada. Quando a remuneração relativa a uma atividade do segurado atingir o limite de contribuições no RGPS, não haverá contribuição relativa a quaisquer outras atividades.
- i) Se as múltiplas atividades no RGPS correspondem a único vínculo previdenciário, compondo um único salário de contribuição mensal, gerando uma só aposentadoria ou uma só CTC, não se admite que haja o desmembramento desse tempo para aproveitamento em dois cargos públicos. Portanto, o tempo com vínculo ao RGPS, ainda que decorrente de múltiplas atividades (públicas ou privadas), somente poderá ser averbado em um único cargo no RPPS.
- j) Significa que, quando houve o acúmulo legal de dois empregos públicos, com vínculo ao RGPS, que foram ambos posteriormente convertidos em cargos com amparo em RPPS e o ente procede à averbação automática, o cômputo do tempo em atividades concomitantes, vinculadas ao RGPS, para fins de benefícios previdenciários no RPPS, somente deve ser averbado em um dos cargos. Quanto ao outro, a contagem de tempo deve iniciar a partir do vínculo ao RPPS. No RGPS, é possível fracionar períodos de tempo e não o salário de contribuição em um

mesmo período. Trata-se de uma característica decorrente da forma de vinculação e contribuição dos segurados do RGPS que não prevê tratamento diferenciado a segurado que migrou para o RPPS.

- k) O descumprimento dessa regra impede o recebimento da compensação financeira relativa a um dos cargos, pois a compensação exige que haja o reconhecimento, pelo regime de origem, do vínculo previdenciário ocorrido quanto ao tempo utilizado na concessão de benefícios com fundamento da contagem recíproca. O INSS não poderá reconhecer múltiplos vínculos ao RGPS em um mesmo período de tempo.
- l) A excepcional permissão para que os entes federativos substituam o INSS na tarefa de computar o tempo de vínculo do seu servidor ao RGPS está circunscrita unicamente ao tempo em que o empregado/servidor prestou serviço ao mesmo ente, passando, posteriormente a ser amparado em RPPS no mesmo ente. Em outras palavras, quando houve apenas a alteração do regime previdenciário sem perda do vínculo funcional.
- m) A averbação automática, uma descentralização da competência de reconhecimento de tempo, que dispensa a CTC, não se aplica quando o vínculo do servidor com a Administração é extinto em decorrência de exoneração, demissão ou posse em outro cargo inacumulável. Em tais situações, não é possível a emissão, pelo RPPS, de CTC computando o tempo de vínculo ao RGPS, sendo cabível apenas a emissão da declaração prevista no art. 21 da Portaria MPS nº 154/2008. Logo, nas hipóteses em que há o desligamento do servidor do RPPS, o tempo de emprego público anterior à transformação em cargo, ou o tempo de cargo com vínculo ao RGPS, somente poderá ser certificado pelo INSS. O ente que houver efetuado a averbação automática deverá certificar apenas o período de vínculo ao seu RPPS, ou seja, o tempo em relação ao qual é responsável pela compensação financeira.
- n) Diante da complexidade das normas vigentes no âmbito dos diferentes regimes previdenciários e da dificuldade encontrada pelos entes federativos em conhecer todas as atividades desempenhadas simultaneamente ao exercício do cargo público recomenda-se aos entes que, em caso de dúvida sobre a averbação do tempo do RGPS, busquem informações adicionais no INSS ou solicitem ao segurado que requeira a CTC.
- o) Paralelamente, sugere-se que sejam revistas e confirmadas as averbações já efetuadas, as concessões nos casos de acumulação de cargos

e as CTC emitidas pelo RPPS, de forma a corrigir, tempestivamente, eventuais irregularidades. E quando o ente tiver ciência de que houve a concessão de aposentadoria pelo INSS, computando parte do tempo de cargo público regido por Estatuto, correspondente ao período anterior à criação do RPPS, em que os titulares desses cargos estavam vinculados ao RGPS, deverá ser declarada a vacância desse cargo mediante o devido processo legal, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

105. Por fim, propõe-se a divulgação desta Nota Técnica para que os entes federativos detentores de RPPS tomem conhecimento de que existe fundamentação jurídica apta ao indeferimento da desaverbação do tempo de contribuição do segurado a outro regime previdenciário ou, pelo menos, que a desaverbação seja condicionada ao ressarcimento e/ou à cessação das vantagens estatutárias concedidas em razão do tempo que se pretende excluir dos registros funcionais, conforme entendimento jurisprudencial predominante sobre a matéria.

106. Os argumentos nesse sentido fundam-se tanto no direito administrativo, em razão dos direitos e vantagens já auferidos no regime estatutário com o tempo anteriormente averbado, como no direito previdenciário, considerando a necessidade de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial dos sistemas previdenciários.

À consideração do Senhor Coordenador-Geral de Normatização e Acompanhamento Legal.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

MARINA ANDRADE PIRES SOUSA

Coordenadora de Normatização

COORDENAÇÃO-GERAL DE NORMATIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO LEGAL, em 31/08/2015.

1. Ciente e de acordo.
2. Ao Senhor Diretor do Departamento.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

LEONARDO DA SILVA MOTTA

Coordenador-Geral de Normatização
e Acompanhamento Legal

DEPARTAMENTO DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO, em 31/08/2015.

1. Ciente e de acordo.
2. Ao Senhor Secretário de Políticas de Previdência Social.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

NARLON GUTIERRE NOGUEIRA

Diretor do Departamento dos Regimes
de Previdência no Serviço Público

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, em 31/08/2015.

1. Ciente e de acordo com a NOTA TÉCNICA Nº 12/2015/CGNAL/DRPSP/ SPPS/MPS por seus próprios fundamentos.
2. Providencie-se a divulgação.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

BENEDITO ADALBERTO BRUNCA

Secretário de Políticas de Previdência Social

NOTA TÉCNICA

Nº 11/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS

Brasília, 14 de agosto de 2015.

EMENTA

DA APLICAÇÃO, AOS SEGURADOS DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, DAS REGRAS DE PENSÃO POR MORTE INSERIDAS NA LEI Nº 8.213/1991 PELA LEI Nº 13.135, de 17/06/2015.

Propósitos das mudanças ocorridas no Regime Geral de Previdência Social. Análise das novas regras, fundamentos e condições para sua extensão aos segurados dos Regimes Próprios de Previdência Social.

INTRODUÇÃO

Esta Nota Técnica tem por objetivo esclarecer questionamentos recebidos dos entes federativos, pela Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS, acerca da aplicação, pelos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS, das regras estabelecidas para o Regime Geral de Previdência Social - RGPS na Lei nº 13.135, de 17/06/2015. Essa Lei, resultante da conversão da Medida Provisória nº 664, de 30/12/2014, alterou dispositivos da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, que tratam das regras de concessão da pensão por morte aos beneficiários dos segurados do RGPS. No mesmo sentido, também foi modificada a Lei nº 8.112, de 11/12/1990 – estatuto dos servidores públicos civis federais – no que concerne às regras previdenciárias relativas a esse benefício previdenciário.

2. Depois da edição da Medida Provisória nº 664/2014, esta Secretaria divulgou a Nota Explicativa nº 04/2015 CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 03/02/2015, orientando os RPPS acerca da abrangência da sua aplicação¹. Em síntese, nessa Nota foi esclarecido que as alterações promovidas na Lei nº 8.112/1990 e na Lei nº 8.213/1991 não se aplicavam automaticamente aos servidores dos Estados, do

¹ A Nota Explicativa nº 04/2015 CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS está disponível para consulta no seguinte endereço, no sítio do Ministério da Previdência Social na rede mundial de computadores - Internet: <http://www.previdencia.gov.br/nota-tnica/>.

Distrito Federal e dos Municípios amparados em RPPS, sendo necessário que houvesse a edição de lei pelos entes para que as novas regras pudessem abranger os segurados dos demais regimes. Naquele momento não se teve por objetivo aprofundar a análise do conteúdo das alterações nas regras de concessão do benefício de pensão por morte, uma vez que estas ainda estavam sujeitas a modificação durante o processo de discussão pelo Congresso Nacional, para sua conversão em lei.

3. Tendo tais alterações se consolidado na Lei nº 13.135/2015, com muitos ajustes em relação ao texto original da Medida Provisória nº 664/2014, faz-se necessário reexaminar o tema para orientar os demais entes federativos acerca da edição de lei estendendo essas regras aos servidores amparados em RPPS. Em relação aos servidores vinculados ao RPPS da União, as novas regras já se encontram vigentes, uma vez que a Lei nº 13.135/2015 alterou de forma expressa os dispositivos da Lei nº 8.112/1990 que disciplinam a concessão da pensão por morte. A edição da lei local tem fundamento no art. 24, XII e § 2º e no art. 30, I e II da Constituição Federal, bem como no art. 61, § 1º, II, “c” da mesma carta, aplicável a todos os entes federativos em razão do princípio da Simetria².

² Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

[...]

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

[...]

Art. 61. [...]

[...]

§ 1º São de iniciativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

[...]

I. PROPÓSITOS DAS MUDANÇAS IMPLEMENTADAS PELA LEI Nº 13.135, DE 17/06/2015

4. As mudanças ocorridas no RGPS e no RPPS da União tiveram dois propósitos básicos: o aperfeiçoamento das regras de concessão do benefício de pensão por morte e a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial, conforme será a seguir abordado.

I.1 Aperfeiçoamento das regras de concessão do benefício de pensão por morte e manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

5. O primeiro objetivo das alterações foi a correção de antigas distorções na concessão da pensão por morte que deturpavam a natureza do benefício previdenciário, fugindo do seu objetivo de proteção social e permitindo inclusive o planejamento para sua obtenção. É inquestionável, por exemplo, o ônus que causam ao sistema as pensões de longa duração para cônjuges muito jovens, que possuem condições de permanecer, ingressar ou retornar ao mercado de trabalho, obtendo renda própria, bem como as pensões concedidas logo depois de o segurado ingressar no regime previdenciário, com período mínimo de contribuição.

6. O segundo objetivo é a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes previdenciários, que será facilitada com a correção das inadequações e com a criação das novas regras de acesso aos benefícios. É fato que as mudanças em curso no perfil demográfico brasileiro, com o envelhecimento da população em razão do aumento da longevidade, aliado à redução da natalidade, exigem que os governos destinem um montante cada vez maior de recursos para o financiamento dos regimes de previdência, podendo causar carência de recursos públicos em outras áreas também de grande importância para o desenvolvimento econômico e social do país.

7. É importante ressaltar que as potenciais distorções na concessão do benefício de morte, com seus reflexos negativos no equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, não eram exclusivas dos regimes administrados pela União (RGPS e RPPS dos servidores federais). Nas demais esferas de governo (Estados, Distrito Federal e Municípios) situações semelhantes continuam a ocorrer, onerando seus RPPS, pois, embora as regras de acesso ao benefício de aposentadoria tenham sido aperfeiçoadas com as Emendas Constitucionais nº 20/1998 e 41/2003, o mesmo não se deu com as regras de concessão e manutenção da pensão por morte, que se mantiveram praticamente inalteradas.

8. De acordo com o que dispõe o § 1º do art. 2º da Lei nº 9.717/1998, os entes federativos são responsáveis pela cobertura de insuficiências financeiras do respectivo RPPS, decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários. Daí a necessidade de que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também avancem no sentido da uniformização entre os RPPS e o RGPS, buscando torná-los mais equânimes, socialmente mais justos e viáveis financeira e atuarialmente. A sustentabilidade no longo prazo dos RPPS, garantirá também que os recursos do Tesouro de cada ente possam ser utilizados em políticas públicas voltadas a toda a sociedade, evitando que sejam gradativamente absorvidos para o financiamento do desequilíbrio dos RPPS, causado por regras que distorcem seu objetivo de proteção previdenciária, podendo tornar inviável ou demasiado onerosa a sua manutenção pelo conjunto da sociedade.

9. Enfim, as medidas que devem ser adotadas pelos entes federativos por meio de lei, irão aperfeiçoar os RPPS, pela adequação das atuais regras de acesso ao benefício de pensão por morte, de forma a se alcançar maior justiça social e melhoria dos resultados fiscais, conforme se buscou com as regras agora vigentes no âmbito do RGPS e do RPPS da União. Além de proporcionar maior equidade social entre os regimes, as medidas irão contribuir para a redução do desequilíbrio financeiro e atuarial e, por consequência, da necessidade de financiamento dos RPPS.

I.2 Parâmetros internacionais na concessão do benefício de pensão por morte, que justificam as alterações introduzidas pela Lei nº 13.135/2015 e recomendam sua extensão aos demais Regimes Próprios de Previdência Social

10. Estudo desenvolvido por técnicos da Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, publicado na Revista Planejamento e Políticas Públicas, editada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA³, concluiu, em relação ao benefício de pensão por morte, que *“a legislação previdenciária brasileira, em contraste com o que se observa na ampla maioria dos países, possui regras injustificadamente frágeis para a concessão e a manutenção desta espécie de benefício, e tem, assim, contribuído para o aumento no nível da despesa previdenciária”* e que, embora alterações dessas regras pudes-

³ ANSILIERO, Graziela; COSTANZI, Rogério Nagamine; PEREIRA, Eduardo da Silva. A pensão por morte no âmbito do Regime Geral de Previdência Social: tendências e perspectivas. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*: Brasília, n. 42, 2014, p. 89-146. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/issue/view/37/showToc>.

sem não ter efeitos financeiros expressivos no curto prazo, “*seguramente teriam potencial para contribuir para seu equilíbrio no longo prazo e, principalmente, para eliminar efeitos distributivos indesejáveis*”.

11. A partir da comparação de informes nacionais consolidados pela Associação Internacional de Seguridade Social - AISS e pela Organização Internacional do Trabalho - OIT, relativos a um grupo de 132 países, esse estudo aponta que o Brasil se destacava pela quase inexistência de condicionalidades para a concessão e para a manutenção da pensão por morte. Dentre várias regras analisadas para os países pesquisados, constatou-se que 78% deles exigem período contributivo mínimo (carência), 77% estabelecem requisitos para o pagamento da pensão a cônjuges e companheiros e 79% impedem ou limitam a possibilidade de taxa de reposição do benefício equivalente ao valor máximo.

12. Especificamente em relação às condicionalidades para os cônjuges, e num grupo de 18 países da América Latina e Caribe, foram observadas as seguintes exigências: a) tempo mínimo de união - 72%; b) dependentes menores sob a responsabilidade do cônjuge: 67%; c) idade mínima do cônjuge: 50%; d) incapacidade para o trabalho - 50%; e) comprovação de dependência econômica - 39%.

13. Assinala ainda esse estudo que o benefício de pensão por morte foi originalmente concebido para proteger criança e mulheres, num contexto de elevada taxa de fecundidade e reduzida participação na população economicamente ativa - PEA, cenário que mudou drasticamente ao longo das últimas décadas. Por essa razão, observa-se como tendência internacional a adoção de condicionalidades voltadas a evitar fraudes e comportamentos oportunistas.

14. Documento produzido pelo especialista em previdência do Banco Mundial Heinz Rudolph, a pedido da Secretaria de Políticas de Previdência Social⁴, analisou a relação entre as variáveis “gastos com pensão por morte como proporção do PIB” e razão de dependência de idosos (proporção entre a população com 65 anos ou mais e a população entre 14 e 64 anos), constatando que o Brasil, embora sendo um país relativamente jovem (40º na razão de dependência entre 45 países pesquisados), é o que apresenta o maior gasto com pensão por morte, em relação ao seu PIB (1º colocado entre os 45 países, gastando 3% do PIB, no somatório dos pagamentos efetuados pelo RGPS e os RPPS).

15. Conclui o estudo que o elevado nível de gastos com pensão por morte não pode ser explicado pelas características demográficas do Brasil, mas sim possuir

⁴ RUDOLPH, Heinz. *Survivor Expenditures in Brazil: an International Perspective*: Brasília, 04/fev/2015. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/regimes-proprios/destaques/>.

uma legislação muito liberal para acesso a esse benefício. Enquanto todos os outros países verificados no estudo exigiam uma ou mais condicionalidades relativas a carência, idade do cônjuge, dependência econômica, tempo de união e limitação na taxa de reposição, o Brasil era o único a assegurar um benefício de 100% e sem a previsão de nenhuma dessas condicionalidades.

II. FUNDAMENTOS PARA A EDIÇÃO DE LEIS LOCAIS QUE ESTENDAM AS REGRAS DA LEI Nº 13.135/2015 AOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

16. O art. 40, § 12 da Constituição Federal prevê a aplicação aos RPPS das normas do RGPS no que for cabível aos servidores. O art. 5º da Lei nº 9.717, de 27/11/1998, que estabelece as regras gerais para a organização e o funcionamento dos RPPS, estabelece que não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no RGPS, de que trata a Lei nº 8.213/1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal. Ademais, a Orientação Normativa SPPS/MPS nº 02, de 31/03/2009, editada no exercício da competência atribuída a este Ministério pelo art. 9º da Lei nº 9.717/1998, prevê, no § 2º do art. 51, que os RPPS deverão observar também a limitação de concessão de benefício apenas aos dependentes constantes do rol definido para o RGPS, que compreende o cônjuge, o companheiro, a companheira, os filhos, os pais e os irmãos, devendo estabelecer, em norma local, as condições necessárias para enquadramento e qualificação dos dependentes.

17. Pela aproximação de regras entre o RGPS e os RPPS, iniciada pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e pela Lei nº 10.887/2004, essas condições tendem a ser iguais ou semelhantes às aplicáveis ao RGPS. Por isso, a Medida Provisória nº 664/2014 e a Lei nº 13.135/2015 promoveram, para os servidores da União, as mesmas alterações havidas no âmbito do RGPS quanto à concessão do benefício da pensão por morte. Cabe então aos demais entes adequar sua legislação para manter e aprimorar a convergência de regras entre o RGPS e os RPPS.

18. É necessário registrar a existência de tese no sentido de ser possível a aplicação das novas regras de pensão por morte a cada RPPS sem edição de lei, sob o argumento de que a alteração nas leis do RGPS revogaria tacitamente as normas locais. No entanto, esse entendimento poderá conduzir os entes a enfrentarem questionamentos administrativos e ações judiciais, indesejáveis em razão dos desgastes e ônus financeiros que causarão, razão pela qual recomenda-se a disciplina expressa por meio de lei estadual, distrital ou municipal.

19. Se as normas do RGPS representam parâmetros para os RPPS, estando estabelecido que o rol de beneficiários e de dependentes do RGPS é limite máximo para esses regimes – que detêm a competência para estabelecer as condições para o enquadramento e qualificação dos dependentes – apenas no caso de omissão na legislação local quanto a essas condições deve ser aplicada diretamente a legislação do RGPS para possibilitar a implementação do direito ao benefício. Havendo omissão, as mudanças ocorridas no RGPS quanto a essas condições também se aplicam imediatamente ao RPPS. Mesmo assim, é conveniente que o Poder Executivo de cada ente federativo edite ato regulamentar para informar à Administração e aos administrados sobre a aplicação das regras do RGPS, em complemento à legislação local vigente, com vistas a sua fiel e completa execução.

III. DAS MUDANÇAS NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DOS SEGURADOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

20. É necessário então esclarecer as modificações promovidas nos critérios de concessão da pensão por morte aos segurados do RGPS, para orientar sua adoção pelos RPPS.

III.1 Do prazo para manutenção das cotas de pensão depois do óbito

21. No art. 77 da Lei nº 8.213/1991, que trata das condições para divisão e manutenção de cotas da pensão entre os beneficiários, ocorreram as alterações mais relevantes, em razão do aumento das hipóteses em que será cessado o direito à percepção de cada cota individual, especificamente quanto ao cônjuge ou companheiro. O texto anterior à Medida Provisória nº 664/2014 e o atual são os seguintes:

Art. 77 da Lei nº 8.213/1991: Redação anterior à Medida Provisória nº 664/2014

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar.

§ 2º A parte individual da pensão extingue-se:

I - pela morte do pensionista;

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

III - para o pensionista inválido pela cessação da invalidez e para o pensionista com deficiência intelectual ou mental, pelo levantamento da interdição.

§ 3º Com a extinção da parte do último pensionista a pensão extinguir-se-á.

§ 4º A parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente, que exerça atividade remunerada, será reduzida em 30% (trinta por cento), devendo ser integralmente restabelecida em face da extinção da relação de trabalho ou da atividade empreendedora.

Art. 77 da Lei nº 8.213/1991: Redação com alterações da Lei nº 13.135/2015

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar.

§ 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará:

I - pela morte do pensionista;

II - para filho, pessoa a ele equiparada ou irmão, de ambos os sexos, ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência;

III - para filho ou irmão inválido, pela cessação da invalidez;

IV - para filho ou irmão que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, pelo afastamento da deficiência, nos termos do regulamento;

V - para cônjuge ou companheiro:

a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas “b” e “c”;

b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado;

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável:

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade;

2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;

3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade;

6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade.

§ 2º-A. Serão aplicados, conforme o caso, a regra contida na alínea “a” ou os prazos previstos na alínea “c”, ambas do inciso V do § 2º, se o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, independentemente do recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou da comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou de união estável.

§ 2º-B. Após o transcurso de pelo menos 3 (três) anos e desde que nesse período se verifique o incremento mínimo de um ano inteiro na média nacional única, para ambos os sexos, correspondente à expectativa de sobrevivência da população brasileira ao nascer, poderão ser fixadas, em números inteiros, novas idades para os fins previstos na alínea “c” do inciso V do § 2º, em ato do Ministro de Estado da Previdência Social, limitado o acréscimo na comparação com as idades anteriores ao referido incremento.

§ 3º Com a extinção da parte do último pensionista a pensão extinguir-se-á.

§ 4º Revogado.

§ 5º O tempo de contribuição a Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) será considerado na contagem das 18 (dezoito) contribuições mensais de que tratam as alíneas “b” e “c” do inciso V do § 2º.

22. Consta-se que foi mantida a redação do *caput* e também do § 1º do art. 77 que prevê a reversão, em favor dos demais, das cotas que forem cessadas em relação a algum dos beneficiários. Essas previsões mantêm íntegro o valor da pensão (100% do salário-de-benefício) enquanto houver ao menos um pensionista com direito ao recebimento e são compatíveis com as normas gerais vigentes para os RPPS, pois atendem ao que prevê o art. 40, § 7º da Constituição Federal e o art. 2º da Lei nº 10.887/2004. Esses dispositivos, que se aplicam aos RPPS de todos os entes da federação, definem o valor do benefício e não permitem que o valor das pensões pagas pelos RPPS seja reduzido. É possível, entretanto, que sejam modificados os critérios de manutenção de cada cota segundo condições legais, com o objetivo de adequar as regras de concessão do benefício aos fins do regime previdenciário, desde que não se reduza o valor total da pensão enquanto houver algum beneficiário. Essa medida já foi adotada pela União, por meio da própria Lei nº 13.135/2015, ao alterar, na Lei nº 8.112/1990, a pensão devida pelo RPPS de seus servidores, segundo as mesmas regras aplicadas ao RGPS.

23. A redação do art. 77, vigente até dezembro de 2014, previa a extinção da cota da pensão apenas em caso de morte do beneficiário, do atingimento da idade limite pelo filho e irmão e da cessação de invalidez ou condição de deficiência. Não havia previsão de cessação da cota do cônjuge. A esse beneficiário, a pensão seria devida independentemente de sua idade, do tempo de contribuição do segurado, do tempo de casamento ou da dependência econômica. Além disso, na regra anterior, qualquer dependente fazia jus ao benefício caso o falecimento ocorresse a partir do primeiro dia de vínculo do segurado, visto que a concessão não exigia carência (tempo mínimo no cargo ou de recolhimento), o que acabava por onerar os demais contribuintes (segurados e empregadores) no custeio desses benefícios.

24. Na ausência de qualquer restrição ou carência para concessão da pensão e de previsão de cessação de seu pagamento, seria possível que houvesse o planejamento, abusos ou mesmo fraude por parte do segurado para gerar um benefício de pensão a cônjuge ou companheiro como, por exemplo, por meio do casamento de doentes em estado terminal ou idosos com pessoas muito jovens, ainda que não efetivamente dependentes, para gerar um beneficiário vitalício, de um benefício para o qual poderia não ter havido contribuição suficiente, onerando todo o sistema.

25. Embora a Lei nº 13.135/2015 tenha mantido a reversão de cotas, garantindo o valor integral da pensão por morte enquanto houver pelo menos um beneficiário, foram criadas outras hipóteses de cessação da parcela individual do cônjuge para corrigir as inconsistências constatadas.

26. O inciso V do § 2º do art. 77 da Lei nº 8.213/1991 prevê três hipóteses de cessação de percepção da cota individual do cônjuge ou companheiro. Devem ser observadas as seguintes regras:

- a) A cota será paga por 4 (quatro) meses nas seguintes hipóteses (alínea “b” do inciso V do § 2º do art. 77):
 - a.1) Se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais; ou
 - a.2) Se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado.
- b) Caso o óbito ocorra depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável, a cota será variável de 3 (três) a 20 (vinte) anos, conforme a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se inferior a 44 (quarenta e quatro) anos (itens 1 a 5 da alínea “c” do inciso V do § 2º do art. 77). A cessação ocorrerá depois de transcorridos os seguintes períodos:
 - b.1) 3 (três) anos, se o cônjuge ou companheiro tiver menos de 21 (vinte e um) anos de idade;
 - b.2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade;
 - b.3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade;

- b.4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;
- b.5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade.
- c) O benefício será vitalício quando o cônjuge ou companheiro tiver 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade na data da morte do segurado (item 6 da alínea “c” do inciso V do § 2º do art. 77).
- d) Se o cônjuge ou companheiro for inválido ou com deficiência, a extinção da parcela se dará pela cessação dessas condições, situação em que será garantido o pagamento pelos períodos previstos nas alíneas “a” ou “b” deste item, contados da data do óbito (alínea “a” do inciso V do § 2º do art. 77).

27. As idades estabelecidas nos itens 1 a 6 da alínea “c” do inciso V do § 2º do art. 77 da Lei nº 8.213/1991 poderão ser revistas depois do transcurso de pelo menos 3 (três) anos, por ato do Ministro de Estado da Previdência Social, conforme condições do § 2º-B do art. 77.

28. Foram previstas exceções em relação às hipóteses em que o benefício será cessado depois de 4 (quatro) meses de pagamento (conforme acima descrito, na alínea “a” do item 26 desta Nota). O § 2º-A do art. 77 prevê que, se o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, ainda que não tenha havido o recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou a comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou de união estável, a pensão será concedida conforme a regra da alínea “a” ou “c” do inciso V do § 2º do mesmo artigo. Ou seja, o direito à percepção de cada cota individual será extinto somente depois de decorridos os prazos mencionados na alínea “b” do item 26 desta Nota, variáveis conforme a idade do cônjuge na data do óbito, exceto se o cônjuge for inválido ou com deficiência ou adquirir uma dessas condições no decurso de um dos prazos estabelecidos de acordo com a idade, hipótese em que o direito permanecerá até que sejam cessadas essas condições. Ademais, o tempo de contribuição a RPPS ou ao RGPS será considerado na contagem das 18 (dezoito) contribuições mensais, conforme prevê o § 5º do art. 77 da Lei nº 8.213/1991.

29. A duração variável das pensões leva em conta a expectativa de vida do beneficiário cônjuge no momento do óbito do segurado, medida considerada fundamental para manter o objetivo do benefício e auxiliar no equilíbrio dos regimes, pois visa corrigir uma das distorções atuais no que concerne a esse benefício,

além de conciliar a queda da fecundidade com o aumento da população idosa no Brasil. A pensão será vitalícia apenas quando o cônjuge tiver 44 anos ou mais. Quanto mais jovem o cônjuge beneficiário (por consequência, quanto maior a expectativa de vida), menor será o tempo de duração do benefício. Pretende-se desse modo estimular que a viúva ou o viúvo jovem busque permanecer ou ingressar no mercado de trabalho e nele empregar sua capacidade produtiva, em lugar de manter-se unicamente com os recursos da previdência, que deverão ser dirigidos para os mais idosos.

30. Convém ressaltar que a cota dos filhos, irmãos ou pais qualificados como dependentes, não se extinguirá em 4 (quatro) meses caso o falecimento ocorra sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiver se iniciado em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado. Esse prazo de 4 (quatro) meses se aplica apenas à cota dos cônjuges.

31. Por isso, caso haja outros dependentes que atendam às condições exigidas, o valor da cota será revertido e redistribuído entre esses quando da cessação da cota do cônjuge, mantendo-se o valor integral da pensão por morte enquanto houver um único beneficiário. Somente haverá a extinção definitiva do benefício quando o último beneficiário perder a condição de dependente.

32. Enfim, as previsões mencionadas nas alíneas “a” e “b” do item 26 desta Nota impedirão que os dependentes fiquem desamparados, mas não deixarão de cumprir o objetivo de inibir os abusos observados na formação de vínculos previdenciários e matrimoniais com o propósito de gerar benefício em situação em que o risco é perfeitamente previsível, ou que o beneficiário tenha condições de trabalhar, ou que as contribuições foram vertidas por período muito curto.

33. Todas essas alterações podem ser estendidas aos servidores amparados em RPPS. Foi visto que na Lei nº 8.213/1991 as mudanças ocorreram nas hipóteses de cessação da parcela individual do cônjuge. Na Lei nº 8.112/1990, houve previsões equivalentes no art. 222, que trata da perda da qualidade de beneficiário. Embora as denominações legais sejam diferentes, o ente federativo pode empregar qualquer uma dessas formas, conforme mais adequado à sua legislação, pois os efeitos são idênticos entre si, especialmente os dispositivos a partir do inciso VII do art. 222 da Lei nº 8.112/1990. Nesse inciso, faz-se referência aos beneficiários de que tratam os incisos I, II e III do art. 217, que são o cônjuge, o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, com percepção de pensão alimentícia estabelecida judicialmente, e o companheiro ou companheira

que comprove união estável como entidade familiar⁵. Confira-se as previsões do art. 222 da Lei nº 8.112/1990, que cumprem o mesmo objetivo do art. 77 da Lei nº 8.213/1991:

Art. 222. Acarreta perda da qualidade de beneficiário:

I - o seu falecimento;

II - a anulação do casamento, quando a decisão ocorrer após a concessão da pensão ao cônjuge;

III - a cessação da invalidez, em se tratando de beneficiário inválido, o afastamento da deficiência, em se tratando de beneficiário com deficiência, ou o levantamento da interdição, em se tratando de beneficiário com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, respeitadas os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas “a” e “b” do inciso VII; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

IV - o implemento da idade de 21 (vinte e um) anos, pelo filho ou irmão; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

V - a acumulação de pensão na forma do art. 225;

VI - a renúncia expressa; e (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

VII - em relação aos beneficiários de que tratam os incisos I a III do *caput* do art. 217: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

a) o decurso de 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o servidor tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do servidor; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

b) o decurso dos seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do pensionista na data de óbito do servidor, depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

⁵ Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - o cônjuge; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

II - o cônjuge divorciado ou separado judicialmente ou de fato, com percepção de pensão alimentícia estabelecida judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

III - o companheiro ou companheira que comprove união estável como entidade familiar; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 1º A critério da administração, o beneficiário de pensão cuja preservação seja motivada por invalidez, por incapacidade ou por deficiência poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das referidas condições. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 2º Serão aplicados, conforme o caso, a regra contida no inciso III ou os prazos previstos na alínea “b” do inciso VII, ambos do *caput*, se o óbito do servidor decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, independentemente do recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou da comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou de união estável. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 3º Após o transcurso de pelo menos 3 (três) anos e desde que nesse período se verifique o incremento mínimo de um ano inteiro na média nacional única, para ambos os sexos, correspondente à expectativa de sobrevida da população brasileira ao nascer, poderão ser fixadas, em números inteiros, novas idades para os fins previstos na alínea “b” do inciso VII do *caput*, em ato do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, limitado o acréscimo na comparação com as idades anteriores ao referido incremento. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 4º O tempo de contribuição a Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) ou ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) será considerado na contagem das 18 (dezoito) contribuições mensais referidas nas alíneas “a” e “b” do inciso VII do *caput*. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

34. Cabe ressaltar que a Lei nº 13.135/2015 incluiu o § 3º ao art. 229 da Lei nº 8.112/1990 estabelecendo que o auxílio-reclusão será devido nas mesmas condições da pensão por morte. Essa disposição já constava no art. 80 da Lei nº 8.213/1991. Significa que todas as novas regras instituídas para a pensão são extensíveis ao benefício de auxílio-reclusão.

III.2 Outras hipóteses de cessação do direito à pensão

35. O art. 74 da Lei nº 8.213/1991 define a data a partir da qual a pensão por morte será devida aos segurados. A redação do *caput* e dos incisos I, II e III do

art. 74 da redação anterior foi mantida sem alterações conforme transcrição a seguir. Entretanto, a Lei nº 13.135/2015 inseriu os §§ 1º e 2º nesse artigo para prever hipóteses de perda de direito à pensão no caso de dependente condenado pela prática de crime doloso de que tenha resultado a morte do segurado ou de simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário.

36. Caso a legislação previdenciária dos RPPS ainda não contemple tais situações, é de todo conveniente a reprodução desses dispositivos que evitam a concessão de benefícios que fogem do objetivo do sistema previdenciário. Confira-se a redação anterior e a atual:

Art. 74 da Lei nº 8.213/1991: Redação anterior à Medida Provisória nº 664/2014

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:
 I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste.
 II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior
 III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Art. 74 da Lei nº 8.213/1991: Redação com alterações da Lei nº 13.135/2015

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:
 I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste;
 II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
 III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.
 § 1º Perde o direito à pensão por morte, após o trânsito em julgado, o condenado pela prática de crime de que tenha dolosamente resultado a morte do segurado.
 § 2º Perde o direito à pensão por morte o cônjuge, o companheiro ou a companheira se comprovada, a qualquer tempo, simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário, apuradas em processo judicial no qual será assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

37. Para os servidores federais, a redação atual do art. 220 da Lei nº 8.112/1990 contempla previsões correspondentes aos §§ 1º e 2º do art. 74 da Lei nº 8.213/1991.
In verbis:

Art. 220. Perde o direito à pensão por morte: (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)
 I - após o trânsito em julgado, o beneficiário condenado pela prática de crime de que tenha dolosamente resultado a morte

do servidor; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

II - o cônjuge, o companheiro ou a companheira se comprovada, a qualquer tempo, simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário, apuradas em processo judicial no qual será assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

III.3 Dos beneficiários

38. A redação do *caput* e o inciso II do art. 16 da Lei nº 8.213/1991, que lista os dependentes dos segurados do RGPS, foram mantidos sem alterações pela Lei nº 13.135/2015. Mas essa Lei, assim como a Lei nº 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, promoveram mudanças no enquadramento e qualificação dos filhos e irmãos com deficiência (incisos I e III), que poderão ser adotados pelos demais entes por lei.

39. Mas deve-se atentar que, em razão da complexidade da matéria, da necessidade de estabelecer os critérios objetivos de avaliação desses critérios, que exigem regulamentação da forma de identificar o dependente como pessoa com deficiência grave ou deficiência intelectual ou mental, os dispositivos alterados ainda não entraram em vigor. Por isso, recomenda-se aos entes federativos que optarem por incluir essas previsões na sua legislação, que também aumentem a *vacatio legis* dos dispositivos que tratam desses dependentes.

40. Confira-se o texto do art. 16 da Lei nº 8.213/1991:

Art. 16 da Lei nº 8.213/1991: redação anterior à Medida Provisória nº 664/2014

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

[...]

Art. 16 da Lei nº 8.213/1991: Redação com alterações da Lei nº 13.135/2015 e Lei nº 13.146/2015

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação da LBI - Lei nº 13.146/2015) (Vigência: 180 dias)

II - os pais;

III - o irmão de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, nos termos do regulamento; (Redação da Lei nº 13.135/2015) (Vigência: 180 dias para as pessoas com deficiência grave e 2 anos em relação às pessoas com deficiência intelectual ou mental)

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação da Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência: 180 dias)

41. Outro aspecto a respeito desse assunto deve ser tratado. Alguns entes têm questionado a esta Secretaria a respeito da possibilidade de reduzir a idade limite de pagamento da cota da pensão aos filhos ou até majorar até os 24 (vinte e quatro) anos enquanto estudantes.

42. Essa medida não encontra óbice na legislação geral pois a modificação da idade não significa criar mais um dependente. De acordo com o que foi esclarecido no item 16 desta Nota, os RPPS estão limitados ao rol de benefícios (aposentadoria, pensão, salário-maternidade, auxílio-doença, salário-família e auxílio-reclusão) e de dependentes (cônjuge, companheiro, filhos, pais e irmãos) definidos para o RGPS. Observados tais limites, o ente deve estabelecer nas suas normas as condições necessárias para o enquadramento e qualificação dos dependentes. Por isso, a modificação da idade para manutenção da qualidade de beneficiário dos filhos é tema de competência de cada ente federativo.

43. Pode-se pensar que eventual prolongamento da cota individual do filho iria contra as reformas ora preconizadas no benefício, mas embora o aumento da idade limite mantenha por mais alguns anos o pagamento de parte das pensões, o ônus não será significativo, considerando-se o tempo médio desse benefício. Ademais, quando um filho atinge a idade limite, o valor da sua cota reverterá aos demais beneficiários, inclusive ao cônjuge se ainda for beneficiário. Então, o valor total da pensão não será reduzido até sua extinção. Portanto, o ônus financeiro

da mudança ocorrerá somente quando houver apenas um filho como dependente e não houver qualquer outro beneficiário e é nessa situação que a manutenção do benefício por mais alguns anos será fundamental para a sua instrução. Observa-se que a idade limite de 24 anos guarda consonância com a idade limite de dependência admitida pela legislação referente ao Imposto sobre a Renda.

IV. APLICAÇÃO DA REGRA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 676/2015 AOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

44. Outro questionamento recebido com frequência dos entes federativos trata-se da possibilidade de se estender aos servidores também as previsões da Medida Provisória nº 676, de 17/06/2015. Essa Medida Provisória altera a Lei nº 8.213/1991, criando outra regra de concessão de aposentadoria aos segurados do RGPS, conhecida como fórmula 85/95⁶.

45. A respeito, deve ser esclarecido que, no que concerne ao benefício de aposentadoria concedido aos servidores amparados em RPPS, diferentemente do que ocorre em relação à pensão por morte, as hipóteses, os requisitos e os critérios de concessão estão taxativamente elencados na Constituição Federal e nas Emendas nº 20/1998, 41/2003, 47/2005 e 70/2012. Por isso, o art. 5º da Lei nº 9.717/1998, previu exceção à similaridade dos benefícios entre o RGPS e os RPPS, no caso de haver previsão constitucional específica⁷.

⁶ Art. 29-C. O segurado que preencher o requisito para a aposentadoria por tempo de contribuição poderá optar pela não incidência do fator previdenciário, no cálculo de sua aposentadoria, quando o total resultante da soma de sua idade e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, na data de requerimento da aposentadoria, for:

I - igual ou superior a noventa e cinco pontos, se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos; ou

II - igual ou superior a oitenta e cinco pontos, se mulher, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.

§ 1º As somas de idade e de tempo de contribuição previstas no caput serão majoradas em um ponto em:

I - 1º de janeiro de 2017;

II - 1º de janeiro de 2019;

III - 1º de janeiro de 2020;

IV - 1º de janeiro de 2021; e

V - 1º de janeiro de 2022.

§ 2º Para efeito de aplicação do disposto no caput e no § 1º, serão acrescidos cinco pontos à soma da idade com o tempo de contribuição do professor e da professora que comprovarem exclusivamente tempo de efetivo exercício de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

⁷ Art. 5º Os 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 não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal. (grifamos)

(...)

46. Em resumo, não há permissão para que União, Estados, Distrito Federal ou Municípios acrescentem ou excluam regras de aposentadoria por meio de lei local. Há uma regra de concessão de aposentadoria a servidores no art. 3º da Emenda nº 47/2005, também denominada fórmula 85/95, mas que somente se aplica aos servidores que ingressaram no serviço público em cargo efetivo até 16/12/1998 e que ainda estejam em atividade, a qual prevê requisitos mais rigorosos para concessão do benefício, no que se refere ao tempo de efetivo exercício no serviço público e tempo de carreira.

47. O estabelecimento de regras diferenciadas de concessão, cálculo e reajustamento de aposentadoria a servidores gera impedimento à obtenção do Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP, conforme previsto no art. 5º, XI da Portaria MPS nº 204, de 10/07/2008⁸.

V. CONCLUSÕES

48. Diante disso, conclui-se que:

- a) As novas regras para concessão e manutenção do benefício de pensão por morte inseridas na Lei nº 8.213/1991 pela Lei nº 13.135/2015 podem e devem ser adotadas, mediante reprodução em lei local, para os servidores amparados pelos RPPS dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a exemplo do que se deu na Lei nº 8.112/1990, para o RPPS da União, pois, além de evitar distorções, impedindo a concessão de benefícios em situações que não guardam conformidade com os objetivos da previdência social, também serão favoráveis à busca do equilíbrio financeiro atuarial dos RPPS, princípio estatuído no art. 1º da Lei nº 9.717/1998, no art. 69 da Lei de Responsabilidade Fiscal e no *caput* do art. 40 da Constituição Federal.
- b) As medidas já adotadas no âmbito do RGPS e do RPPS da União têm o objetivo de corrigir inadequações do modelo anterior e propiciarão

⁸ Art. 5º A SPS, quando da emissão do CRP, examinará o cumprimento, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, dos critérios e das exigências abaixo relativas aos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS:

(...)

XI - concessão de benefícios de acordo com a Lei nº 9.717, de 1998 e Lei nº 10.887, 18 de junho de 2004, observando-se ainda:

- a) os requisitos e critérios definidos em ato normativo do MPS que estabeleça os parâmetros gerais para concessão, cálculo e reajustamento dos benefícios;
- b) a limitação de concessão apenas dos seguintes benefícios: aposentadorias previstas na Constituição, pensão por morte, auxílio-doença, salário-maternidade, auxílio-reclusão e salário-família; e
- c) limitação ao rol de dependentes previsto pelo RGPS.

maior equidade aos regimes de previdência social, cujo financiamento vem sendo afetado pelas mudanças no perfil demográfico brasileiro, contribuindo para que sua sustentabilidade seja alcançada, sem privar o restante da sociedade dos recursos necessários para o financiamento de políticas públicas necessárias para o crescimento e desenvolvimento do país e para a redução das desigualdades sociais.

- c) As regras para a pensão por morte vigentes no Brasil até 2014 eram excessivamente frágeis e liberais, mostrando-se desalinhadas das melhores práticas internacionais a respeito da concessão desse benefício, permitindo fraudes e comportamentos individuais oportunistas, em detrimento da coletividade. Promovidas as adequações no RGPS e no RPPS da União, devem os demais entes federativos também buscar esse alinhamento em relação aos seus RPPS.
- d) A nova regra de aposentadoria, prevista apenas para os segurados do RGPS na Medida Provisória nº 676/2015, não pode ser estendida aos segurados dos RPPS, pois, no que concerne ao benefício de aposentadoria, diferentemente do que ocorre em relação à pensão por morte, as hipóteses, os requisitos e os critérios de concessão aos servidores de todos os entes federativos estão taxativamente elencados na Constituição Federal e nas Emendas nº 20/1998, 41/2003, 47/2005 e 70/2012.

À consideração do Senhor Secretário de Políticas de Previdência Social.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

**MARINA ANDRADE
PIRES SOUSA**
Coordenadora de Normatização

LEONARDO DA SILVA MOTTA
Coordenador-Geral de Normatização
e Acompanhamento Legal

NARLON GUTIERRE NOGUEIRA
Diretor do Departamento dos Regimes de
Previdência no Serviço Público

**SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, em
18/08/2015.**

1. Ciente e de acordo com a NOTA TÉCNICA nº 11/2015/CGNAL/DRPSP/ SPPS/MPS, por seus próprios fundamentos.
2. Providencie-se a divulgação.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

BENEDITO ADALBERTO BRUNCA

Secretário de Políticas de Previdência Social

NOTA TÉCNICA **Nº 03/2015/DRPSP/SPPS/MPS**

Brasília, 03 de março de 2015.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A POSSIBILIDADE E OS EFEITOS DA REVISÃO OU DESFAZIMENTO DA SEGREGAÇÃO DA MASSA DOS SEGURADOS, ADOTADA COMO ALTERNATIVA PARA EQUACIONAMENTO DO DÉFICIT ATUARIAL.

1. Têm sido submetidos a este Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público - DRPSP questionamentos acerca da possibilidade de revisão ou desfazimento de planos de segregação da massa adotados pelos entes da Federação como alternativa para buscar o equilíbrio financeiro e atuarial dos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS. Há também informes divulgados pela imprensa de elaboração de alguns projetos e de encaminhamento dessas propostas às respectivas casas legislativas, sem que a justificativa técnica para tais alterações, acompanhada dos estudos e das projeções atuariais, tenha sido encaminhada para análise prévia da Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS. No exercício das competências atribuídas ao Ministério da Previdência Social - MPS, regimentalmente distribuídas à SPPS e a este Departamento, serão prestados, a seguir, os esclarecimentos sobre o tema.

I. DA COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL EM MATÉRIA DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

2. A Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que dispôs sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos RPPS dos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos militares dos Estados e do Distrito Federal, indica, em seu art. 9º, a competência conferida ao Ministério da Previdência Social para, entre outras atribuições, estabelecer e publicar parâmetros e diretrizes gerais, orientar, supervisionar e acompanhar os RPPS para cumprimento fiel dos seus preceitos.

3. No parágrafo único desse dispositivo legal, está disciplinado, ainda, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem prestar as informações solicitadas pelo Ministério da Previdência Social a respeito do respectivo RPPS e de seu fundo previdenciário.
4. Na estrutura regimental deste Ministério, aprovada pelo Decreto nº 7.048, de 26 de janeiro de 2010, em seu Anexo I, e nos decretos que o antecederam, à Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS foi atribuída a competência para executar as atividades relativas aos Regimes Próprios de Previdência Social, dentre as quais a interpretação das normas previdenciárias aplicáveis aos RPPS e o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e diretrizes gerais atinentes à matéria, observada a legislação superior.
5. Com vistas a assegurar o cumprimento dos dispositivos legais e demais regramentos que tratam do tema, o art. 7º da Lei nº 9.717/1998, estabelece as seguintes sanções aplicáveis pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em caso de não observância dessas normas:

Art. 7º. [...]

I- suspensão das transferências voluntárias de recursos pela União;

II - impedimento para celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União;

III - suspensão de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais.

V - suspensão do pagamento dos valores devidos pelo Regime Geral de Previdência Social em razão da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999.

II. DO CERTIFICADO DE REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA - CRP

6. Com fundamento no art. 84, inciso IV da Constituição Federal, a União editou o Decreto nº 3.788, de 11 de abril de 2001, que instituiu o Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP, documento destinado a atestar o cumprimento dos critérios e exigências previstos na Lei nº 9.717/1998, tornando viável a verificação do cumprimento efetivo das disposições normativas e a consequente aplicação das penalidades legais. A emissão do CRP foi implementada, inicialmente, pela Portaria MPAS nº 2.346, de 10 de julho de 2001, passando posteriormente a

matéria a ser disciplinada pela Portaria MPS nº 172, de 11 de fevereiro de 2005, e sendo, atualmente, tratada na Portaria MPS nº 204, de 10 de julho de 2008.

7. Uma vez que o CRP é emitido para os entes federativos (Estados, Distrito Federal e Municípios) que tenham observado os critérios previstos na Lei nº 9.717/1998, conforme o que dispõe o art. 1º do Decreto nº 3.788/2001, a comprovação de sua emissão é condição prévia para a liberação de recursos federais decorrentes de transferências voluntárias ou assinatura de convênios, sendo prevista punição para o servidor federal que não proceder a essa verificação no ato da liberação de valores.

8. De acordo com o art. 2º da Portaria MPS nº 204/2008, o CRP será fornecido pela Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS aos órgãos ou entidades da Administração Pública direta e indireta da União, por sistema informatizado, dispensada a assinatura manual ou aposição de carimbos. Por sua vez, o art. 3º estabelece que, para acompanhamento e supervisão dos RPPS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a SPPS desenvolverá e manterá o Sistema de Informações dos Regimes Públicos de Previdência Social - CADPREV.

9. É o CRP, assim, documento exigido para a realização de transferências voluntárias de recursos pela União, excetuando-se, porém, a sua exigência nas transferências relativas às ações de educação, saúde e assistência social, nos termos do § 2º do art. 4º da Portaria MPS nº 204/2008, e do § 3º do art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF:

Portaria MPS nº 204/2008

Art. 4º O CRP será exigido nos seguintes casos:

[...]

§ 2º Para fins de aplicação do inciso I, excetuam-se as transferências relativas às ações de educação, saúde e assistência social.

[...]

Lei Complementar nº 101/2000:

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

[...]

§ 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.

III. DO REGRAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DOS RPPS

10. A redação original do artigo 40 da Constituição Federal, seguindo o mesmo contorno atribuído à previdência dos servidores públicos pelas constituições anteriores, apenas assegurava o direito desses servidores e de seus dependentes aos benefícios, respectivamente, de aposentadorias e pensões por morte, sem estabelecer os fundamentos para um regime organizado na gestão integrada dos ativos e passivos previdenciários. Contudo, o Constituinte Reformador de 1998 fez assentar, nesse artigo, a previdência social dos servidores públicos como um regime, caracterizado por natureza contributiva e informado a partir de critérios que lhe assegurassem equilíbrio financeiro e atuarial.

11. A proposta de Emenda Constitucional encaminhada ao Congresso Nacional continha diversos fundamentos, dentre os quais, a necessidade de reformar a previdência social brasileira, tornando-a socialmente mais justa e assegurando-lhe viabilidade financeira em diversos horizontes temporais. Nesse sentido, para permanecer honrando seus compromissos, a previdência social deveria implementar estratégias objetivando alcançar objetivos de curto, médio e longo prazos, consubstanciando um modelo previdenciário financeira e atuarialmente viável e com justiça social.

12. Assim, o novo arcabouço normativo, constituído também pela então recentemente editada Lei nº 9.717/1998, estabeleceu, de forma sólida, o conceito de Regime Próprio de Previdência Social para os servidores públicos, introduzindo-se constitucionalmente, pela primeira vez, a concepção de regime previdenciário, que deve apresentar equilíbrio financeiro e atuarial e ser suportado por contribuições dos servidores e do ente federativo.

13. A preocupação com o equilíbrio financeiro e atuarial do regime dos servidores públicos motivou também a promulgação posterior da Emenda Constitucional nº 41, de 31 de dezembro de 2003, regulamentada, em parte, pela Medida Provisória nº 167, de 19 de fevereiro de 2004, convertida na Lei nº 10.887, de 15 de junho de 2004, normas em que foram estabelecidas novas regras relacionadas a aposentadorias e pensões dos servidores públicos.

14. A Ciência Atuarial, que se ocupa com as disciplinas ligadas aos riscos e aos seguros de forma geral, quando aplicada à previdência tem por objeto determinar qual o valor das obrigações de um plano de benefícios e das contribuições necessárias para a manutenção e hígidez desse plano. O plano de benefícios de um regime previdenciário que alcança determinada população, constituída por uma massa aberta a novos entrantes, mas cuja filiação a esse regime pode ser determinada e controlada, constitui campo de aplicação imperativa dos conhecimentos técnicos produzidos por essa ciência, para que este regime possa cumprir com a sua finalidade precípua de proteção aos principais eventos de sua cobertura: velhice, invalidez e morte dos segurados.

15. A expressão equilíbrio financeiro e atuarial aplicada à previdência social de que trata o art. 40 da Constituição Federal tem sua acepção fundada na equação básica em que se estabelece o valor justo de receitas que devem ser arrecadadas e geridas mediante regime financeiro adequado para fazer frente às despesas previdenciárias, de forma a que todos os benefícios prometidos possam ser pagos na forma e no tempo previstos.

16. A fórmula constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS, possuindo conotação associada aos princípios da eficiência e economicidade, por meio dos quais se espera que seja alcançada a melhor relação custo/benefício na gestão dos recursos públicos, transborda, em verdade, da mera potencialização desses propósitos para, fundamentalmente, assegurar, por meio da técnica contábil, atuarial e financeira que sua implementação pressupõe, que os melhores instrumentos e meios necessários à condução dos RPPS sejam utilizados pelos seus responsáveis.

17. A Constituição determinou em seu artigo 40 que os Regimes Próprios sejam organizados em critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial; portanto, em cada RPPS o ponto de equilíbrio entre as contribuições arrecadadas e os benefícios assegurados é distinto, devendo ser determinado caso a caso, dependendo, dentre outros fatores, dos recursos já acumulados e das hipóteses e premissas atuariais mais aderentes às características da massa. Conforme já mencionado, o instrumento para balizar (distinguir, aferir) tal equilíbrio vem da Ciência Atuarial, cujos pressupostos devem, necessariamente, ser utilizados para o cumprimento do mandamento constitucional.

18. Os vários aspectos que envolvem a promoção do equilíbrio financeiro e atuarial dos Regimes Próprios de Previdência Social estão elencados, *prima facie*, na Lei nº 9.717/1998. O art. 1º desse diploma determina que, para assegurar

o equilíbrio financeiro e atuarial, os RPPS devem assentar-se em normas de contabilidade e atuária, nos seguintes termos:

Art. 1º Os 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 deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

I - realização de avaliação atuarial inicial e em cada balanço utilizando-se parâmetros gerais, para a organização e revisão do plano de custeio e benefícios;

II - financiamento mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo e dos pensionistas, para os seus respectivos regimes;

[...]

19. Nesse mesmo sentido, o art. 69 da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF prevê que o ente da Federação que mantiver ou vier a instituir RPPS para seus servidores conferirá-lhe caráter contributivo e o organizará com base em normas de contabilidade e atuária que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial.

20. Observe-se que a avaliação atuarial feita pelos RPPS assume força legal depois de publicada a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO de cada ente, pois, de acordo com o disposto no inciso IV do § 2º do art. 4º da LRF, o Anexo de Metas Fiscais, que orienta a elaboração da Lei Orçamentária Anual - LOA, conterá a avaliação financeira e atuarial do respectivo RPPS.

21. Por sua vez, o inciso II do § 1º do art. 53 da LRF exige, também, a inclusão da projeção atuarial dos RPPS no Relatório Resumido de Execução Orçamentária - RREO relativo ao último bimestre do exercício. Nos incisos I e IV do art. 50 dessa Lei, incluído no capítulo que trata da transparência, controle e fiscalização, foi determinado que os entes federativos registrem os recursos previdenciários em contas separadas e em demonstrativos financeiros e orçamentários específicos.

22. Visando conferir maior efetividade à organização dos Regimes Próprios de Previdência Social dos servidores efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em critérios que preservem o seu equilíbrio financeiro e atuarial e ao reforço de sua hígidez, prevê-se a constituição de fundos compostos por ativos de qualquer natureza em adição aos recursos arrecadados sob a forma de contribuição dos tesouros e dos segurados para fazer face aos compromissos previdenciários. A previsão da constituição de fundo com recursos garantidores

adicionais, que constou inicialmente no art. 6º da Lei nº 9.717/1998, foi elevada a status constitucional com a edição da Emenda nº 20/1998, que fez acrescentar o art. 249 à Carta Magna:

Art. 249. Com o objetivo de 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, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos.

23. Importa ressaltar que a expressão “*poderão constituir fundos*”, constante do art. 249, não pode ser interpretada como mera faculdade conferida aos entes, pois a criação de fundo previdenciário representa instrumento necessário ao cumprimento do mandamento de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, estabelecido no caput do art. 40. Em razão do princípio da unidade da Constituição, não se pode interpretar o art. 249 como “faculdade”, sem levar em conta o princípio fundamental e estruturante encontrado no *caput* do art. 40, devendo desse modo ser considerada “autorização”, a ser necessariamente observada pelo ente instituidor de RPPS.

24. A respeito da importância do equilíbrio financeiro e atuarial dos Regimes Próprios, Gilmar Ferreira Mendes e outros entendem que esse princípio está ligado, direta e imediatamente, ao princípio da responsabilidade. Em consequência, sua obediência “*aponta para a necessária correlação entre os benefícios e serviços da previdência social, como sistema de seguro, e as respectivas fontes de custeio, em ordem a lhe garantir continuidade e certeza de longo alcance*”.¹

25. Conforme já mencionado, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial se encontra também conectado a outros princípios constitucionais que regem a administração pública e as finanças públicas, encontrados nos artigos 37 e 70 da Constituição Federal, diante da necessidade de otimização da aplicação dos recursos a serem alocados ao RPPS, vertidos do orçamento do ente federativo e das contribuições arrecadadas dos segurados:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impes-

¹ MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1301.

soalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

26. Registre-se que os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade devem informar a constituição dos fundos de previdência à luz de sua sustentabilidade. Essa ligação foi reconhecida expressamente pelo próprio legislador em matéria previdenciária, ao estabelecer, no art. 9º da Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, que criou a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal - FUNPRESP, a seguinte determinação para os administradores das entidades de previdência complementar dos servidores públicos da União:

Art. 9º A administração das entidades fechadas de previdência complementar referidas no art. 4º desta Lei observará os princípios que regem a administração pública, especialmente os da eficiência e da economicidade, devendo adotar mecanismos de gestão operacional que maximizem a utilização de recursos, de forma a otimizar o atendimento aos participantes e assistidos e diminuir as despesas administrativas.

27. O inciso I do art. 1º da Lei nº 9.717/1998, determina que os RPPS deverão realizar avaliação atuarial em cada exercício para a organização e revisão do plano de custeio e benefícios. Assim, a cada exercício, deve ser feita a reavaliação anual ao longo da existência do RPPS para se aferir e conhecer o montante dos compromissos previdenciários, que serão lançados na contabilidade a título de provisões matemáticas, o valor do custo total e o estabelecimento do plano de custeio anual, segundo o cálculo atuarial.

28. As normas de contabilidade sobre as quais também devem ser organizados os RPPS possuem uma grande interseção com as normas de atuária, uma vez que se tratam de ciências afins. É importante ressaltar que a contabilidade deve demonstrar a real situação patrimonial e financeira do RPPS como entidade contábil. Para tanto, o Plano de Contas Aplicado ao Setor Público - PCASP² determina o registro das reservas matemáticas previdenciárias, identificadas na planificação

² Vide Portaria MPS nº 509, de 12 de dezembro de 2013 e a Portaria STN nº 634, de 19 de novembro de 2013.

contábil como Provisão Matemática Previdenciária³, ou seja, a diferença a maior entre os valores provisionados pelos RPPS para fazer face à totalidade dos compromissos futuros do plano para com seus servidores e dependentes e as contribuições correspondentes, apontados na avaliação atuarial do RPPS.

29. A avaliação atuarial é processada com a utilização dos dados cadastrais dos segurados em atividade, dos aposentados e dos pensionistas e é elaborada a partir das bases técnicas, das premissas atuariais, das formulações matemáticas, das metodologias e dos critérios atuariais estabelecidos na Nota Técnica Atuarial. Todo esse arcabouço visa à demonstração pelo ente da Federação, para toda a sociedade, do montante de recursos necessários para assegurar o pagamento do plano de benefícios, de qual plano de custeio é necessário para o seu equilíbrio, dos valores das projeções das receitas e despesas com a previdência do seu servidor, do seu déficit atuarial e de quais alternativas são propostas para o seu equacionamento.

30. Assim, qualquer alteração no plano de custeio ou na modelagem atuarial do RPPS deve ser embasada em estudo técnico fundamentado demonstrando todos os seus impactos, a preservação dos recursos acumulados e a garantia do equilíbrio do regime previdenciário. A observância do critério “Equilíbrio Financeiro e Atuarial” na emissão do CRP, atualmente, está prevista no inciso II do art. 5º da Portaria MPS nº 204/2008, nos seguintes termos:

Art. 5º A SPS, quando da emissão do CRP, examinará o cumprimento, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, dos critérios e das exigências abaixo relativas aos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS:

[...]

II - observância do equilíbrio financeiro e atuarial, correspondente à implementação, em lei, atendidos os parâmetros estabelecidos pelas Normas de Atuarial aplicáveis aos RPPS, do que segue:

a) alíquotas de contribuição necessárias para a cobertura de seu plano de benefícios; e

b) plano de amortização ou a segregação de massas para equacionamento de seu déficit atuarial.

[...]

31. Todo este arcabouço provém da expressão “*observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*” insculpida no art. 40 do texto constitu-

³ A Provisão Matemática Previdenciária, também conhecida como Passivo Atuarial, representa o total dos recursos necessários ao pagamento dos compromissos dos planos de benefícios, calculados atuarialmente, em determinada data, a valor presente. O atingimento da meta atuarial de capitalização do RPPS possui grande impacto positivo na determinação do Passivo Atuarial.

cional, que remete a organização dos RPPS à equação de equilíbrio desenvolvida pela Ciência Atuarial que, aplicada ao ramo da previdência do servidor público titular de cargo efetivo, se traduz como: para a garantia de cada benefício prometido deve ser cobrada igual contribuição suficiente.

IV. DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL NO CONTEXTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

32. Atualmente encontram-se instituídos cerca de 2.060 RPPS pelos diversos entes federativos, neles incluídos a União, os 26 Estados e o Distrito Federal, todas as 26 Capitais e pouco mais de 2.000 dos 5.570 Municípios existentes no país. Embora o número de Municípios que possuem RPPS represente pouco mais da terça parte do total, cerca de 70% da população brasileira vive em Municípios que possuem seu RPPS, pelo fato de existir maior concentração de RPPS instituídos naqueles de grande e médio porte.

33. Esses RPPS são responsáveis por proporcionar a proteção previdenciária contra as diferentes situações infortúnio (velhice, invalidez, doença, morte) a aproximadamente 9,5 milhões de segurados, entre servidores ativos (cerca de 6,0 milhões) e aposentados e pensionistas (3,5 milhões). Incluindo nesse contingente os dependentes que formam a família de cada segurado, pode-se estimar entre 30 e 40 milhões de pessoas o número de brasileiros que têm no presente, ou esperam ter no futuro, os rendimentos necessários para sua subsistência proporcionados por um RPPS. No ano de 2014 o montante de benefícios pagos pelos RPPS ultrapassou a casa dos R\$ 200 bilhões. Tais números expressam, por si sós, a relevância desse importante sistema de proteção social.

34. Por outro lado, esses RPPS representam componente de destaque no resultado das contas públicas, pois a grande maioria deles possui déficits atuariais expressivos a serem equacionados e muitos (em especial a União, o Estados, o Distrito Federal, as Capitais e os Municípios de maior porte e os mais antigos) apresentam resultados operacionais (diferença entre as receitas e as despesas) negativos no presente. Por essa razão, a adequada gestão dos RPPS e a superação desse cenário difícil e desafiador deve ser objeto de constante atenção dos governantes.

35. A origem do desequilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS decorre de um contexto histórico que merece ser explicado. Do total de 2.060 RPPS, acima mencionado, cerca de 250 (12%) surgiram antes da Constituição de 1988 e 1.250 (61%) no movimento de expansão ocorrido entre 1989 e 1998. Portanto, mais de 73% dos RPPS foram instituídos antes das reformas previdenciárias das Emendas

Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, da Lei nº 9.717/1998 e do Decreto nº 3.788/2001, que instituiu o Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP, em período no qual inexistiam regras gerais de organização e funcionamento destinadas a disciplinar, em âmbito nacional, a criação e manutenção dos RPPS. Por essa razão, podem ser identificadas como características da grande maioria dos RPPS surgidos nesse período: a ausência de estudo atuarial prévio; a definição de planos de custeio insuficientes para fazer frente às obrigações com o pagamento dos benefícios; o não repasse regular das contribuições devidas; o desvio de recursos previdenciários para utilização em outras finalidades. Some-se a isso o impacto da adoção do regime jurídico único estatutário pela maioria dos entes no início da década de 1990, que resultou na transferência de centenas de milhares de servidores anteriormente vinculados ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS para os RPPS, e as regras de contagem de tempo de serviço, concessão e reajustamento de benefícios muito generosas e flexíveis.

36. Desse modo não é incorreto afirmar que as reformas previdenciárias das Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003, e os atos que delas derivaram, introduziram um novo marco institucional-normativo que modificou significativamente a estrutura e os princípios aplicados aos RPPS, dividindo a sua história em dois períodos bastante distintos. O novo modelo introduzido a partir do final de 1998 passa a se fundar em dois princípios básicos e estruturantes: o caráter contributivo e solidário, que passa a exigir que todos os interessados (ente federativo, servidores ativos, aposentados e pensionistas) efetivamente contribuam para o custeio dos benefícios devidos pelos RPPS (inclusive para as aposentadorias, que deixam de ser consideradas como um “prêmio” decorrente da relação de trabalho estatutária), e a observância do equilíbrio financeiro e atuarial.

37. Dada a sua natureza de princípios fundamentais, o “caráter contributivo e solidário” e o “equilíbrio financeiro e atuarial” possuem uma força irradiante que se espalha por todo o sistema normativo que disciplina os RPPS, definindo critério de compreensão que deve nortear a atuação tanto do responsável pela formulação das leis e atos normativos infralegais que os disciplinam como daqueles que os interpretam e aplicam. A gravidade de sua violação é maior do que o desrespeito a uma outra regra qualquer, pois atenta contra os valores fundamentais que regem esse sistema normativo.⁴

⁴ Sobre a natureza dos princípios e sua força irradiante, podem ser citados como referências: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 841-842 e BASTOS, Celso S. Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 208.

38. Dedicando maior atenção ao equilíbrio financeiro e atuarial, que guarda relação direta com o objeto desta Nota Técnica (analisar a possibilidade e os efeitos da revisão ou desfazimento da segregação da massa como alternativa para equacionamento do déficit atuarial), observa-se que ele possui características que o tornam mais do que um simples princípio jurídico, constituindo verdadeira política pública. Necessário neste ponto registrar alguns ensinamentos sobre o tema das políticas públicas que fundamentam tal afirmação, extraídos da doutrina:

- a) Enquanto os princípios tendem a argumentações jurídicas voltadas a estabelecer ou assegurar um direito individual, as políticas públicas voltam-se para uma meta ou finalidade coletiva, ligada a uma melhoria econômica, política ou social. A política pública representa “*uma atividade, um conjunto organizado de normas e atos unificados pela realização de um objetivo determinado*”.⁵
- b) A política pública permite ao Estado partir da mera “intenção” para uma “ação” positiva voltada ao atingimento de determinado objetivo. Por isso, ela é composta por um “*conjunto de ações, práticas e diretrizes fundadas em leis e empreendidas como funções de Estado por um governo, para resolver questões gerais e específicas da sociedade por meio do planejamento*”.⁶
- c) A política pública permite reunir os universos da política e do direito: enquanto aquela vislumbra o modelo, contempla os diferentes interesses envolvidos, arbitra os conflitos, equaciona o tempo e distribui as expectativas, este lhe confere expressão formal e vinculativa, por meio do conjunto normativo formado pelas disposições constitucionais, legais e infralegais. Desse modo, a política pública pode ser definida como “*programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (...) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*”.⁷
- d) A política pública não cuida do direito que define o já estabelecido, mas de “*um direito voltado a ordenar o presente em direção a determinado*

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 108, abr./jun. 1998, p. 44-45.

⁶ HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*. Brasília: Editora UNB, 2009. p. 28-30.

⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37-39.

futuro socialmente almejado”, motivo pelo qual exige “*além das normas de conduta e de organização, normas definidoras de diretrizes e de metas a serem alcançadas*”.⁸

- e) As políticas públicas podem ser divididas entre “políticas de governo” e “políticas de Estado”: enquanto aquelas normalmente realizam-se num intervalo de tempo mais breve e podem estar inseridas em um programa maior, estas desenvolvem-se com horizonte temporal mais longo, que pode atingir algumas décadas⁹ e normalmente ligam-se diretamente a valores consagrados na Constituição, tendo por isso uma caráter mais estável e inflexível, capaz de obrigar a todos os governos de um Estado, independente do mandato a eles outorgado.¹⁰

39. Apresentados esses conceitos sobre as políticas públicas, transcrevem-se a seguir alguns trechos de estudo publicado pelo Ministério da Previdência Social no volume 34 da Coleção Previdência Social, que descrevem a relação entre o equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS e a política pública:¹¹

Fica claro que o artigo 40 estabeleceu o equilíbrio financeiro e atuarial, ao lado do caráter contributivo e solidário, como princípio fundamental de estruturação e organização dos RPPS, mandamento cuja carga normativa impõe a sua observância tanto por parte do legislador, na definição das regras que os disciplinam, como por parte dos administradores públicos, na sua gestão. Entretanto, cabe perguntar se apenas reconhecê-lo como princípio constitucional é suficiente para assegurar que salte do universo definido pela ordenação do direito, passe pela esfera das decisões políticas e alcance a sua concretização no mundo real.

É necessário recordar que, conforme exposto no capítulo 3, a origem do desequilíbrio financeiro e atuarial dos regimes de previdência dos servidores públicos é histórica e deu-se nos seguintes períodos:

- a) Anteriormente à Constituição de 1988, para a União, os Estados e alguns Municípios que asseguravam a concessão das aposentadorias sem uma fonte de custeio definida.

⁸ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das Políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.), *Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37.

⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19.

¹⁰ HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento: Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*. Brasília: Editora UNB, 2009. p. 30.

¹¹ NOGUEIRA, Narlton Gutierrez. *O Equilíbrio Financeiro e Atuarial dos RPPS: de Princípio Constitucional a Política Pública de Estado*. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2012 (Coleção Previdência Social: Série Estudos, v. 34). p. 187-188, 194-197.

b) Formada na década de 1990, pela instituição de novos RPPS em um grande número de Municípios, não precedida de adequado estudo atuarial e sem uma legislação que definisse suas regras gerais de organização e funcionamento.

Portanto, quando o equilíbrio financeiro e atuarial foi estabelecido de forma explícita como princípio constitucional para a organização dos RPPS, no final de 1998, estes, em sua maioria, já existiam e se encontravam diante de uma situação de desequilíbrio estrutural crônico. Assim sendo, “construir” o equilíbrio não foi apenas uma diretriz inovadora a ser observada pelos RPPS que viessem a ser instituídos, mas tarefa muito mais complexa, que implica “desconstruir” modelos e estruturas erroneamente consolidados há anos ou décadas.

As consequências desse desequilíbrio ainda não se fazem sentir de forma tão aguda no presente, especialmente para muitos Municípios cujos RPPS, embora apresentem déficit atuarial, mantêm superávits financeiros e possuem recursos acumulados suficientes para o pagamento dos benefícios por alguns anos. No caso da União, dos Estados e dos Municípios com RPPS mais antigos, além do desequilíbrio atuarial há o desequilíbrio financeiro, que requer aportes mensais para sua cobertura, porém este se apresenta em valores que podem ser suportados pelos recursos orçamentários dos Tesouros nacional, estaduais e municipais.

Porém, se mantida a postura atual dos entes federativos, que não tratam com a devida importância o equilíbrio financeiro e atuarial de seus RPPS e resistem à adoção de medidas para o equacionamento do déficit atuarial, essa situação irá se agravar no futuro, com prejuízo para sua própria capacidade administrativa. O desequilíbrio nas contas públicas, ocasionado pelo crescimento contínuo das despesas com pessoal, poderá comprometer a capacidade de efetivação das políticas de interesse dos cidadãos, tais como: saúde, educação, segurança e moradia, e conduzirá à necessidade imperiosa de severas reformas previdenciárias que ameaçarão os direitos dos servidores públicos.

[...]

Quando se trata do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes de previdência dos servidores públicos, estamos diante da tarefa assumida pelo Estado de garantir um direito social específico (a previdência social) a uma parcela da coletividade (os servidores públicos) de forma justa e com o emprego de recursos tais que a manutenção desse direito não venha a se constituir em ônus excessivo para o conjunto

mais amplo da sociedade, o que passa necessariamente pela atividade de planejamento. O novo marco institucional dos RPPS, nascido com a reforma do final de 1998, colocou o equilíbrio financeiro e atuarial como objetivo determinado, meta a ser alcançada pelo Estado para a previdência dos servidores. A partir daí um corpo de normas foi produzido para regular juridicamente essa tarefa, começando pelo próprio detalhamento estabelecido na Constituição, passando pelas leis e atos normativos produzidos pela União e chegando à revisão das leis de Estados e Municípios que tratavam da organização dos seus RPPS. Desse corpo de normas surgiram obrigações a serem cumpridas pelos entes federativos para adequação de seus RPPS, tais como aquelas estabelecidas nos critérios verificados para a emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária, que motivaram a atuação dos Governos em várias direções: criação de novas estruturas administrativas (as unidades gestoras únicas), que passaram a centralizar a gestão dos RPPS; revisão das fontes de custeio, com a necessidade de serem redefinidas as prioridades contempladas nas propostas orçamentárias; alteração nos procedimentos para concessão dos benefícios; definição de critérios para a aplicação dos recursos acumulados; reavaliação atuarial dos RPPS a cada ano.

Como se vê, a “intenção”, manifestada pelo legislador constituinte, de que os regimes de previdência dos servidores públicos se tornassem financeira e atuarialmente equilibrados, modificou paradigmas vigentes no passado e motivou a “atuação” do Estado na busca da materialização dessa nova racionalidade de gestão previdenciária. Todo esse processo se encaixa na lógica que caracteriza uma política pública e, ressalte-se, não de mera política de governo, transitória e circunstancial, mas sim de uma política de Estado, dada a estabilidade que decorre necessariamente de sua natureza constitucional e do horizonte temporal de efetivação e produção de resultados, que se projeta pelas próximas décadas.

Contudo, essa ainda não é uma percepção que se apresenta com clareza para todos aqueles que estudam, participam da gestão ou são responsáveis pelas atividades de supervisão e controle dos RPPS. A afirmação de que esses regimes podem (e devem) alcançar o equilíbrio financeiro e atuarial suscita reações de incredulidade para uns, que não a consideram factível, e de resistência para outros, que preferem deixar o problema para uma solução futura, diante de inevitáveis sacrifícios que coloca no presente.

[...]

Como o plano de benefícios dos RPPS não comporta a prática de grandes inovações para a redução de seu custo, dado que sua configuração é de ordem constitucional, não há solução possível para o déficit atuarial que não exija a destinação de maior volume de recursos para a previdência dos servidores. O administrador público vê-se então diante de um dilema, pois terá que retirar recursos do orçamento que poderia utilizar para atender a demandas imediatas da população e aos seus projetos de governo (obras, expansão de serviços públicos, gastos sociais), com grande visibilidade política, e destiná-los a atender a necessidades não imediatas de uma pequena parcela da coletividade, com retorno político baixo ou que pode até ser visto como negativo. Desse modo, a tendência natural de qualquer governante é desejar adiar a tomada de tal decisão, investindo naquilo que considera mais urgente e conveniente hoje, e deixando para aqueles que o sucederão a tarefa de resolver o amanhã.

Porém, esse dilema precisa ser desfeito, pois a omissão diante do problema certamente tornará as suas consequências mais graves e de mais difícil solução no futuro. A efetivação do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes de previdência dos servidores públicos, além de ser em si uma política pública, é política que se reflete em outras políticas, pois afeta a capacidade daquele ente federativo realizar as suas políticas públicas. Essa afirmação não comporta um mero jogo de palavras, mas uma realidade que merece ser explicada. A efetivação de políticas públicas não requer apenas a destinação de recursos financeiros e estruturas físicas, mas de forma indiscutível a presença de profissionais aptos a executá-las. Tomando como exemplo as atividades-fim de oferta de serviços públicos nas áreas de saúde e educação, não basta existirem hospitais e escolas muito bem construídos e equipados se não existirem médicos, enfermeiros e professores bem qualificados e remunerados para prestarem o atendimento à população. E a contratação e manutenção desses profissionais passa necessariamente por dois pressupostos que se ligam à existência de um regime de previdência equilibrado: a capacidade do poder público de manter suas despesas com pessoal dentro dos limites legalmente permitidos e de oferecer a eles a perspectiva futura de recebimento de benefícios previdenciários justos, como incentivo à permanência e evolução em uma carreira profissional dedicada ao serviço público. Esse raciocínio pode ser aplicado a outras áreas do serviço público que, embora sem ofertar atendimen-

to direto à população, são necessárias para o funcionamento adequado da administração pública, tais como a arrecadação de tributos e a administração dos serviços judiciários.

Há que existir então, por parte do conjunto de interessados (governantes, servidores públicos e sociedade) uma consciência sobre este tema e seus reflexos.

40. A concretização de uma política pública de Estado que assegure o equilíbrio financeiro e atuarial é desafio cujo alcance não se dá de forma simples nem se opera em curto prazo. Por essa razão, as normas gerais aplicáveis às avaliações atuariais dos RPPS, estabelecidas pelo Ministério da Previdência Social por meio da Portaria MPS nº 403/2008, estabelecem diferentes alternativas para sua consecução, que podem ser adotadas de forma independente ou conjugada: o plano de amortização por meio de alíquotas de contribuição suplementares; o plano de amortização por aportes periódicos de valores predefinidos; o aporte de bens, direitos e demais ativos de qualquer natureza para constituição do fundo previdenciário a que se refere o art. 249 da Constituição Federal; a segregação da massa dos segurados, observados os princípios da eficiência e da economicidade na alocação dos recursos financeiros e na composição das submassas e demais parâmetros técnicos aplicáveis. A estes, soma-se ainda, como mais um dos componentes que podem contribuir para o alcance do equilíbrio financeiro e atuarial, a instituição do regime de previdência complementar e consequente definição do limite dos benefícios do RGPS como valor máximo das aposentadorias e pensões a serem pagas pelos RPPS.

41. Valendo-se desse regramento, mais de 1.000 entes federativos estabeleceram em lei planos de amortização por alíquotas ou aportes para equacionamento do déficit atuarial de seus RPPS, e cerca de 240 adotaram o modelo da segregação da massa, incluídos 18 Estados e o Distrito Federal, demonstrando uma clara evolução em relação a essa política pública. Esse é um dos principais fatores que permitiu a expressiva capitalização dos RPPS nos últimos dez anos, fazendo que os recursos por eles acumulados tenham saltado de cerca de R\$ 19 bilhões no ano de 2004 para aproximadamente R\$ 187 bilhões no final de 2014.

42. No entanto, a iniciativa adotada por alguns Estados (Minas Gerais e Rio Grande do Norte) e sinalizada por outros (Paraná) de desfazerem o modelo da segregação da massa, reunificando os recursos do Plano Previdenciário e do Plano Financeiro em um único fundo e, desse modo, permitindo que os recursos acumulados ao longo de mais de dez anos sejam consumidos em poucos meses ou no máximo em dois ou três anos, representa um risco real e iminente de retro-

cesso dessa política pública. Por se tratar de política pública de Estado, referida expressamente no texto constitucional, pode-se questionar a legitimidade que um governo tenha para, ainda que amparado em lei aprovada pela maioria do parlamento local, desconstituí-la, lançando fora o esforço de governos anteriores e transferindo um fardo ainda mais pesado para os governos futuros.

43. Finalmente, cabe referir que a desconstrução da política pública do equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS ofende não apenas o texto constitucional (art. 40) e a Lei nº 9.717/1998 (art. 1º), como também a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, norma de abrangência nacional editada com base na competência que a Constituição atribuiu à União para legislar sobre finanças públicas (art. 163) e limites para as despesas com pessoal ativo e inativo (art. 169), que a refere expressamente em seu art. 69 (*“O ente da Federação que mantiver ou vier a instituir Regime Próprio de Previdência Social para seus servidores conferirá-lhe caráter contributivo e o organizará com base em normas de contabilidade e atuária que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial”*). Trata-se de conduta notoriamente contrária à responsabilidade na gestão fiscal, que, segundo o § 1º do art. 1º da LRF, *“pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas”*.

44. O que se tem observado nesses casos é que alguns Estados, diante de uma situação conjuntural de desajuste financeiro e orçamentário, têm optado por desconstituir uma política pública de longo prazo cujo objetivo é justamente permitir que se passe a contar no futuro com condições mais estáveis e seguras de gestão das contas públicas, mesmo tendo conhecimento prévio de que o efeito dessa decisão será o agravamento, pouco tempo depois, da situação de desajuste inicialmente enfrentada, inclusive com maior dificuldade para o cumprimento dos limites de gastos com pessoal. Essa conduta, além dos danos para as finanças públicas dos Estados que a adotaram, traz em si um risco sistêmico para todos os entes instituidores de RPPS que implementaram a segregação da massa como alternativa para o equacionamento do déficit atuarial, pois existe a possibilidade de “contágio”, ameaçando os recursos acumulados nos Planos Previdenciários de serem rapidamente consumidos para o custeio de despesas correntes de curto prazo.

45. Trata-se de prática absolutamente contrária aos preceitos que devem motivar a ação responsável de governar no Estado contemporâneo, segundo a noção de que *“Doravante e sempre mais, em todos os países, governar não significa tão-só a administração do presente, isto é, a gestão de fatos conjunturais, mas*

também e sobretudo o planejamento do futuro, pelo estabelecimento de políticas a médio e longo prazo.”¹²

V. DOS PARÂMETROS E DIRETRIZES GERAIS RELACIONADOS AO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DOS RPPS: DA CAPITALIZAÇÃO

46. Conforme visto anteriormente, a Constituição Federal determinou, em seu art. 40, que seja assegurado o equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS, que representa o ponto de equilíbrio entre as contribuições arrecadadas e os benefícios devidos, o qual deverá ser apurado de forma individualizada em cada RPPS. O instrumento para aferir tal ponto de equilíbrio e possibilitar o cumprimento do mandamento constitucional é dado pela Ciência Atuarial e, por essa razão, o art. 1º da Lei nº 9.717/1998 estabeleceu, em seu inciso I, dentre os vários critérios de organização e funcionamento dos RPPS, a realização de avaliação atuarial em cada balanço anual, utilizando-se parâmetros gerais.

47. O art. 40 da Constituição Federal informa a previdência dos servidores efetivos à luz do caráter contributivo e solidário. Essa solidariedade não se caracteriza, estritamente, como intergeracional, na qual os atuais servidores (juntamente com recursos do orçamento do ente público) se responsabilizariam por pagar todos os benefícios já concedidos e ficariam na expectativa de que os futuros servidores e os futuros recursos de orçamentos públicos (cada vez mais escassos) venham a ter capacidade de prover suas aposentadorias e pensões. A par da solidariedade intergeracional existem estruturas atuariais que, com o auxílio da capitalização, permitem que cada geração de servidores constitua as próprias reservas previdenciárias e fundos garantidores, de modo também solidário, em um regime previdenciário, que além de tudo, atenderá aos princípios constitucionais da economicidade e da eficiência na alocação dos recursos.

48. Repise-se que o inciso II do art. 9º da Lei nº 9.717/1998 confere competência à União, por intermédio do MPS, para o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais nela previstos, estando nestes insertos os parâmetros aplicáveis às avaliações e reavaliações atuariais dos RPPS. Assim, cabe ao

¹² COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o Desenvolvimento: a Perspectiva Institucional. In: CENTRO BRASILEIRO DE ESTUDOS E FORMAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO (Org.). *Brasil, o Desenvolvimento Ameaçado: Perspectivas e Soluções*. São Paulo: Editora UNESP, 1989, p. 74.

MPS, a partir das técnicas contábeis e atuariais, estabelecer parâmetros mínimos a serem observados pelos diversos RPPS, objetivando não só o atingimento como também a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.

49. Em seguida à edição da Lei nº 9.717/1998, foram estabelecidas, no Anexo I da Portaria MPAS nº 4.992, de 05 de fevereiro de 1999, as normas gerais de atuação aplicáveis aos RPPS. Atualmente, esses parâmetros encontram-se definidos na Portaria MPS nº 403, 10 de dezembro de 2008, que *dispõe 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*.

50. O MPS buscou, por meio da edição desse normativo, operacionalizar, com uniformidade, a observância do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS de todos os entes da Federação, preocupando-se também em estabelecer balizadores para as segregações da massa que haviam sido ou estavam para ser instituídas por alguns desses entes.

51. Por equilíbrio financeiro entende-se que as receitas previdenciárias arrecadadas durante um ano devem cobrir as despesas previdenciárias executadas no mesmo período. Por equilíbrio atuarial entende-se que as contribuições previdenciárias futuras, trazidas a valor presente, devem ser suficientes para financiar as despesas futuras com benefícios, também trazidas a valor presente.

52. Apesar de essas definições estarem contidas na Portaria MPS nº 403/2008, ressaltando os aspectos de curto e de longo prazos que devem ser simultaneamente observados, elas decorrem da própria ciência atuarial, à qual o texto constitucional remete, ao trazer o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial como informador de todo o sistema.

53. Pode-se extrair desses conceitos que, de forma simplificada, o que for arrecadado deve ser suficiente para o pagamento dos benefícios oferecidos pelo RPPS, quer no curto ou no longo prazo. Pontue-se que aqui se busca o valor justo - nem maior, nem menor - de forma a que se arrecade apenas o suficiente para o pagamento dos compromissos (benefícios previdenciários e despesas administrativas). Tais valores são aferidos por meio do cálculo atuarial, que considera períodos em geral superiores a 70 (setenta) anos, os quais se iniciam com a vinculação do segurado a um regime previdenciário e terminam com a previsão de pagamento do último pensionista depois da morte do segurado titular da aposentadoria.

54. Assim, a supervisão baseada no critério do Equilíbrio Financeiro e Atuarial visa a aferir dois aspectos que dizem respeito à autossustentabilidade do regi-

me previdenciário: a viabilidade financeira, relativamente às disponibilidades do fundo para fazer frente às despesas atuais e aplicação das reservas; e a adequação atuarial, mediante a projeção de receitas e despesas para a verificação da necessidade de cobertura dos compromissos futuros.

55. De acordo com os incisos VI e VIII do art. 2º da Portaria MPS nº 403/2008, considera-se:

Art. 2º. [...]

[...]

VI - Avaliação Atuarial: estudo técnico desenvolvido pelo atuário, baseado nas características biométricas, demográficas e econômicas da população analisada, com o objetivo principal de estabelecer, de forma suficiente e adequada, os recursos necessários para a garantia dos pagamentos dos benefícios previstos pelo plano;

[...]

VIII - Demonstrativo de Resultado da Avaliação Atuarial - DRAA: documento exclusivo de cada RPPS que registra de forma resumida as características gerais do plano e os principais resultados da avaliação atuarial;

[...]

56. Essa mesma Portaria estabeleceu, para o alcance do equilíbrio financeiro e atuarial, uma série de parâmetros e critérios prudenciais para uniformização dos procedimentos atuariais, bem como para comparabilidade entre os diversos RPPS, destacando-se os seguintes:

- a) Os regimes financeiros admitidos nas avaliações atuariais.
- b) A necessidade de as hipóteses atuariais (biométricas, demográficas, econômicas e financeiras) serem adequadas às características da massa de segurados avaliada.
- c) A necessidade de as hipóteses atuariais serem eleitas conjuntamente pelo responsável pelo ente federativo (Prefeito, Governador), pelo responsável pela Unidade Gestora do RPPS e pelo Atuário.
- d) A exigência de Nota Técnica Atuarial que contenha as formulações e demais informações utilizadas na avaliação atuarial.
- e) O estabelecimento das tábuas biométricas mínimas para invalidez e sobrevivência.

- f) A taxa máxima de rotatividade.
- g) A taxa mínima de crescimento da remuneração.
- h) A taxa máxima de juros a serem descontados para efeito da avaliação atuarial.
- i) O valor máximo a ser reconhecido como compensação previdenciária a receber, bem como os critérios para o seu cálculo.
- j) Os padrões mínimos dos dados cadastrais e parâmetro prudencial a ser adotado nos casos de bases cadastrais incompletas ou inconsistentes.
- k) A forma de equacionamento do déficit atuarial: por amortização ou pela segregação da massa dos segurados, criando-se, neste último caso, dois planos: um denominado Plano Previdenciário, que terá como objetivo a acumulação de reservas em relação aos benefícios programáveis, e outro denominado Plano Financeiro, onde os benefícios programáveis serão geridos em regime de repartição simples ou orçamentário, sem o objetivo de acumulação reservas.
- l) Os critérios de amortização do déficit atuarial.
- m) Os critérios para a segregação da massa de segurados quando o equacionamento do déficit atuarial for realizado desta forma.

54. A Ciência Atuarial desenvolveu regimes adequados à estrutura de cada benefício. A capitalização não é o único regime financeiro para garantir o pagamento de benefícios previdenciários, pois há espécies de benefícios em que os regimes financeiros de repartição simples (auxílios) ou de repartição de capitais de cobertura (pensão por morte de ativos e aposentados por invalidez) são mais eficientes e econômicos para a destinação dos recursos públicos e dos participantes na estruturação de fundos de previdência. Considerando as características dos RPPS, a estruturação dos benefícios assegurados por meio desses regimes encontra na técnica atuarial e nas normas o campo para sua aplicação:

- a) O regime financeiro de repartição simples é indicado para prover o custeio dos benefícios de curta duração ou de pequenos valores (auxílio-doença, salário-maternidade, auxílio-reclusão e o salário-família).
- b) O regime financeiro de capitais de cobertura para os benefícios não programáveis (usualmente conhecidos como “benefícios de risco”), em

que eventos de invalidez ou morte podem ocorrer na fase laborativa do segurado, assim são utilizados para o financiamento dos benefícios de aposentadoria por invalidez e de pensão por morte de segurados em atividade.

- c) O regime financeiro de capitalização é de aplicação mais adequada na estrutura de financiamento dos benefícios programáveis, que representam o maior custo para um RPPS. Referidos benefícios têm suas concessões programadas para depois do período laborativo, a exemplo das aposentadorias de válidos, que somente ocorrerão depois de cumpridos uma série de quesitos para serem usufruídos, e das pensões por morte de aposentados, que somente serão concedidas depois de o servidor se aposentar.

58. Seguindo os conceitos da Ciência Atuarial, e em consonância com os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, a Portaria MPS nº 403/2008, de forma prudencial, define os regimes financeiros tidos como mínimos aplicáveis a cada espécie de prestação que pode ser objeto do Plano de Benefícios de um Regime Próprio de Previdência Social, que são:

Art. 2º Para os efeitos desta Portaria considera-se:

[...]

XI - Regime Financeiro de Capitalização: regime em que as contribuições estabelecidas no plano de custeio, a serem pagas pelo ente federativo, pelos servidores ativos e inativos e pelos pensionistas, acrescidas ao patrimônio existente, às receitas por ele geradas e a outras espécies de aportes, sejam suficientes para a formação dos recursos garantidores a cobertura dos compromissos futuros do plano de benefícios e da taxa de administração;

XII - Regime Financeiro de Repartição de Capitais de Cobertura: regime em que as contribuições estabelecidas no plano de custeio, a serem pagas pelo ente federativo, pelos servidores ativos e inativos e pelos pensionistas, em um determinado exercício, sejam suficientes para a constituição das reservas matemáticas dos benefícios iniciados por eventos que ocorram nesse mesmo exercício, admitindo-se a constituição de fundo previdencial para oscilação de risco;

XIII - Regime Financeiro de Repartição Simples: regime em que as contribuições estabelecidas no plano de custeio, a serem pagas pelo ente federativo, pelos servidores ativos e inativos e pelos pensionistas, em um determinado exercício, sejam suficientes para o pagamento dos benefícios nesse

exercício, sem o propósito de acumulação de recursos, admitindo-se a constituição de fundo previdencial para oscilação de risco;
[...]

59. Em suma, com foco no princípio da eficiência e da economicidade e observando-se os comandos normativos fundados nas melhores técnicas da Ciência Atuarial, pode-se utilizar os três regimes financeiros na estruturação do plano de benefícios e custeio administrado pelo RPPS. Por esta razão, a Portaria MPS nº 403/2008, em seu art. 4º, estabelece para cada espécie de cobertura (benefícios) os seguintes regimes financeiros mínimos:

Art. 4º. [...]

[...]

§1º O Regime Financeiro de Capitalização será utilizado como mínimo aplicável para o financiamento das aposentadorias programadas.

§ 2º O Regime Financeiro de Repartição de Capitais de Cobertura será utilizado como mínimo aplicável para o financiamento dos benefícios de risco de aposentadoria por invalidez e pensão por morte.

§ 3º O Regime Financeiro de Repartição Simples será utilizado como mínimo aplicável para o financiamento dos benefícios de auxílio-doença, salário-maternidade, auxílio-reclusão e salário-família.

[...]

60. Com relação aos benefícios programáveis de aposentadoria, a Ciência Atuarial, que é aplicável aos RPPS por força da Lei nº 9.717/1998 e da Lei de Responsabilidade Fiscal, demonstra que o regime de capitalização é o mais adequado para otimizar a utilização destes recursos. Ressalve-se que somente em caráter excepcional é permitida a utilização do regime de repartição simples na avaliação dos benefícios programáveis do plano financeiro criado mediante a adoção da segregação da massa de segurados para efeito de equacionamento do déficit atuarial, conforme adiante será tratado.

61. O mecanismo da capitalização se desenvolve ao longo da vida laborativa do grupo de servidores, que ano após ano terão suas contribuições mensais mais a contribuição do ente aplicadas em títulos, papéis e fundos de investimento que produzirão juros. Referidas contribuições mais os rendimentos auferidos compõem os recursos garantidores das obrigações previdenciárias do RPPS, que ainda continuarão a render durante a fase de usufruição dos benefícios, visto que os segurados têm direito a benefícios mensais enquanto sobreviverem, concedidos

de acordo com o cumprimento das elegibilidades, cuja data de concessão e de cessação são distintas para cada um e, portanto, não se consome de uma só vez o total dos recursos acumulados. Esses recursos lastrearão o pagamento dos benefícios estruturados em regime de capitalização.

62. Consta-se, por outro lado, a força dos juros no regime previdenciário dos servidores, dadas suas características de longo prazo, ao analisar o impacto desta hipótese no resultado do balanço atuarial. O déficit atuarial do RPPS monta a um valor que irá decrescendo significativamente à medida que se aumentam os juros esperados, em comparação com a situação na qual não se espera a acumulação de recursos, ou seja, quando não haverá quaisquer juros sobre os investimentos (taxa 0%).

63. Nesse contexto, importa esclarecer que a mecânica de “capitalização”¹³, no conceito de economia intertemporal, funciona de forma eficiente e é o instrumento mais adequado para o financiamento dos benefícios a conceder em datas programáveis (aposentadorias a serem concedidas) porque os ganhos gerados por esse modelo reduzem, sobremaneira, o esforço financeiro envolvido na acumulação dos recursos necessários ao pagamento daquelas prestações, cujas características relacionadas ao momento de exigibilidade do respectivo benefício permitem que os recursos necessários ao seu financiamento sejam prévia e gradualmente reunidos a longo prazo.

64. Assim, para assegurar a observância do equilíbrio financeiro e atuarial do plano previdenciário no âmbito dos regimes de previdência no serviço público, os benefícios programáveis (aposentadorias, com exceção daquelas geradas pelo evento de invalidez) deverão ser estruturados pelo regime financeiro de capitalização.

65. Dessa forma, qualquer iniciativa que pretenda implementar regime financeiro de repartição simples para todas as prestações constantes do plano de benefícios de RPPS se encontra em desacordo com a melhor técnica atuarial e contábil aplicável a esses sistemas, descumprindo, assim, os princípios da eficiência e economicidade que devem reger a Administração Pública, nos termos do art. 37 da Carta Magna, já mencionado, princípios consubstanciados, em matéria previdenciária, no mandamento constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial também encartado na Lei Maior em seu art. 40.

¹³ A grosso modo, podemos defini-la como meio de formação da poupança previdenciária em regime de mutualismo, enquanto está-se trabalhando para que esse montante planejado garanta os benefícios a serem concedidos.

66. Reafirme-se, portanto, que o constituinte reformador de 1998 assentou o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial para garantir a concessão dos benefícios elencados no art. 40 e estabeleceu, expressamente, sua conformação com o regime de previdência dos servidores públicos, impondo-se, assim, observar as técnicas atuariais e contábeis na organização desses sistemas, dentre as quais a de estruturação do financiamento dos benefícios programáveis pelo regime financeiro de capitalização.

67. É que, repita-se, estudos técnicos demonstram que o regime financeiro de capitalização é aquele pelo qual melhor se alcançam a eficiência e a economicidade no uso dos “dinheiros públicos” a serem alocados na proteção previdenciária dos servidores públicos, mesmo quando esse regime financeiro é avaliado e estruturado com taxas de retorno de 6%, 5% ou 4% a.a., conforme demonstrado pela Ciência Atuarial.

68. É essencialmente por esta razão que os parâmetros estabelecidos pelo Ministério da Previdência Social se encaminham no sentido de reforçar a prática dos princípios constitucionais, estabelecendo, dentre outros preceitos, que os benefícios programáveis no âmbito dos RPPS devem ser prioritariamente estruturados e avaliados em regime financeiro de capitalização coletiva, conforme a definição do regime financeiro de capitalização inserta no inciso XI do art. 2º da Portaria MPS nº 403/2008, retrotranscrito.

69. Cabe observar, por fim, que os parâmetros estabelecidos pelo MPS, com fundamento no art. 9º da Lei nº 9.717/1998, constituem normas gerais, que conferem eficácia para o comando constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial, estabelecendo bases técnicas uniformes para evidenciação dos compromissos do plano de benefícios e para o estabelecimento de plano de custeio adequado e suficiente para sua manutenção.

70. Acaso inexistentes tais parâmetros gerais, inseridos nas normas de organização e funcionamento dos RPPS, ou inobservados seus preceitos pelos entes federativos, o mandamento constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial seria inócuo, não alcançando sua finalidade precípua que é promover a mais adequada estruturação do financiamento e das despesas previdenciárias no serviço público.

71. Caso os entes federativos não fossem obrigados a capitalizar recursos para os seus regimes de previdência, os comandos da Lei nº 9.717/1998, equilíbrio financeiro e atuarial, caráter contributivo, registros contábeis individualizados, identificação e consolidação em demonstrativos financeiros e orçamentários,

existência de contas distintas, aplicações de recursos conforme norma do Conselho Monetário Nacional, avaliação de bens, direitos e ativos integrados ao fundo, estabelecimento de limites de taxa de administração, a unidade gestora única, a existência de apenas um regime por ente federativo, entre outros, perderiam a sua razão de ser.

72. Em se aceitando tal assertiva, de que todos os benefícios dos RPPS pudessem ser estruturados em regime de repartição simples, o ente federativo seria mero receptor de contribuições dos servidores e pagador dos benefícios, sem atender ao princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial, retornando-se a situação pretérita às reformas constitucionais. Tratar os Regimes Próprios meramente como planos financeiros esvaziaria também diversos comandos da Lei Complementar nº 101, de 2000.

73. Contudo, a Portaria MPS nº 403/2008 estabelece uma única exceção à utilização do regime financeiro de capitalização para os benefícios programáveis: quando se adota a segregação da massa dos segurados, cujas condições e características serão adiante melhor delineadas.

74. No regime capitalizado, o valor atual dos benefícios futuros deve ser integralizado até a data da elegibilidade ou de concessão do benefício. Apesar de tratar-se de capitalização coletiva, no caso dos RPPS, o cálculo é efetuado individualmente, e o seu somatório expressa o custo previdenciário do plano. No entanto, o servidor que já ingressa no regime, por exemplo, em idade avançada, terá pouco tempo para ajudar na constituição da reserva, recaindo este ônus sobre os demais e sobre o ente federativo.

75. Caso o RPPS conte com vários segurados nesta situação, principalmente quando de sua constituição, contingente que “carrega” serviço passado, a grosso modo, para o qual não houve a devida formalização de reservas, ou seja, sem contribuições vertidas ou insuficientes, permite-se a separação dos servidores, aposentados e pensionistas em dois grupos ou planos distintos, o Plano Financeiro e o Plano Previdenciário, sendo que, para o primeiro, os benefícios, mesmo os programáveis, são estruturados em regime de repartição simples. Trata-se de estruturação provisória e excepcional que tem lugar apenas quando necessária e imprescindível para o equacionamento de eventual déficit atuarial de montante muito expressivo.

VI. DA CONSTITUIÇÃO DE FUNDOS PREVIDENCIÁRIOS

76. O ente da Federação deve formar recursos garantidores para pagar os benefícios programáveis do seu RPPS, uma vez que esse regime tem que ser organizado em normas de atuária para assegurar o equilíbrio financeiro e atuarial, e, as normas de atuária estabelecem quais os regimes de financiamento dos planos de benefícios e os métodos de financiamento atuariais.

77. A Portaria MPS nº 403/2008, com fulcro no art. 9º da Lei nº 9.717/1998, estabelece os parâmetros mínimos a serem aplicados nas avaliações e reavaliações atuariais dos RPPS, dentre os quais, os regimes e os métodos de financiamento mínimos, visando a eficiência e economicidade na realocação dos recursos dos participantes e do ente público.

78. As normas de atuária provêm de uma ciência que define tecnicamente como deve ser alcançado o equilíbrio financeiro e atuarial e os regimes financeiros que otimizam a estruturação dos planos de previdência. Tanto a Lei nº 9.717/1998 quanto a Lei de Responsabilidade Fiscal passaram a prever que estas normas de atuária guiem a organização dos RPPS, e a Portaria MPS nº 403/2008 estabeleceu, a partir dessa ciência, os critérios que seriam mais apropriados ao regime de previdência público, considerando as suas especificidades.

79. Os planos de benefícios dos RPPS, atendidos os preceitos constitucionais e a legislação infraconstitucional, têm que ser geridos com a perspectiva de curto, médio e longo prazos, na contínua busca da solvência e liquidez do regime previdenciário e, ainda, com foco nos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

80. A expressão “poderão constituir fundos”, utilizada no art. 249 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional - EC nº 20/1998, não representa mera faculdade conferida aos entes federativos, mas constitui verdadeira prerrogativa que deve ser exercida por todos os que possuem Regimes Próprios como meio de cumprir o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial inserido no art. 40 da Constituição.

81. O fundamento para essa concepção encontra-se no Princípio da Anualidade Orçamentária, que tem amparo no inciso III do art. 165 da Constituição Federal. O orçamento público é o instrumento que contém as previsões da arrecadação de receita e de gastos dos governos por determinado período de tempo. O art. 2º da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, prevê expressamente a obediência ao princípio da anualidade. De acordo com o art. 34 desse diploma, o exercício financeiro

coincide com o ano civil: 1º de janeiro a 31 de dezembro. Por isso, em regra, todos os créditos orçamentários deverão ter vigência nesse período. Se não utilizados nesse prazo, o gestor perde a prerrogativa de dispor sobre sua utilização.

82. O orçamento e o princípio da anualidade são formas de controle do Poder Legislativo sobre a Administração e atendem, também, às necessidades de previsão de arrecadação das receitas e fixação das despesas, conferindo-lhes estruturação e transparência. No entanto, há situações em que se observa a necessidade de se manter a destinação dos recursos públicos por mais tempo, com o fim de assegurar o cumprimento de determinado objetivo. Essa segregação de fontes (uma forma de carimbar os recursos) exige expressa previsão legal.

83. É o que dispõe o art. 71 da Lei nº 4.320/1964 quando estabelece que constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação. Representa, assim, reserva de recursos públicos destinados a um fim específico como meio de assegurar a consecução de uma finalidade de interesse especial do Estado.

84. Nesse contexto, possibilita-se que os recursos afetados sejam geridos como parcela autônoma dos demais recursos orçamentários e que uma função estatal seja desenvolvida de forma contínua e segregada. A permissão legal e constitucional de criação de fundos para determinada finalidade é necessária, visto que, em regra, como já se destacou, os recursos públicos não podem ser afetados para finalidade que ultrapasse o exercício financeiro, em razão do princípio da anualidade que rege o orçamento público.

85. A criação de um fundo especial representa, assim, uma designação de fontes de recursos para determinado fim, devendo ser empregados conforme procedimentos definidos em lei. Embora ligados ao orçamento, são recursos autônomos a serem geridos em função do fim a que estão afetados, sendo a manutenção desse destaque, vale dizer, da afetação dos recursos à sua destinação originária, fundamental para o cumprimento da política pública que foi proposta com a criação do fundo especial.

86. A criação de fundos justifica-se, então, para cumprimento de uma política pública que deve ser continuamente mantida e que não seria possível de ser realizada a contento caso se aplicasse, sem exceções, a regra da anualidade. Nessa situação enquadram-se os fundos previdenciários, necessários ao atingimento e manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência social, exigência contida no *caput* do art. 40 da Constituição Federal e no art.

1º da Lei nº 9.717/1998, sublinhando-se que, no art. 6º dessa lei a permissão de criação desses fundos já havia sido prevista antes mesmo da edição da Emenda nº 20/1998.

87. Portanto, as determinações inseridas na Constituição Federal por essa Emenda Constitucional não podem ser analisadas literal e isoladamente. Se a criação de RPPS é assegurada pelo art. 40 da Carta Magna e esse artigo determina que o regime deve ser equilibrado e se o art. 249 autoriza (não faculta) aos entes a criação de fundos contábeis, essa prerrogativa deve ser exercida. Por isso, a expressão “poderão” constante do art. 249 deve ser interpretada como permissão, competência a ser exercida e não como mera faculdade atribuída ao ente federativo.

88. A esse respeito cabe lembrar também que o parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal determina que os recursos legalmente vinculados a uma finalidade específica, nos quais se incluem os recursos previdenciários, sejam destinados apenas para essa finalidade, ainda que se transfiram para exercício diverso.

89. Somam-se a esses dispositivos também aqueles previstos na LRF que tratam especialmente dos RPPS, tais como o inciso I do art. 50, que determina o registro dos recursos previdenciários em contas separadas, o art. 69, já anteriormente mencionado, que prevê a obrigação do ente da Federação que mantiver ou vier a instituir RPPS de conferir-lhe caráter contributivo e organizá-lo com base em normas de contabilidade e atuária que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial, além daqueles que estabelecem as medidas de transparência e controle com a inclusão da projeção atuarial dos RPPS em relatórios de execução orçamentária e da sua avaliação financeira e atuarial na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, positivando-se esse estudo.

90. Dessa forma, a criação dos fundos previdenciários e a manutenção da destinação originária dos seus recursos constituem medidas fundamentais para que os entes federativos reúnam recursos suficientes para o pagamento dos benefícios previdenciários de seus servidores, segundo as regras atuariais, de forma a que não seja prejudicada ou impedida a execução de outras políticas públicas no futuro.

91. As normas estabelecidas para as avaliações e reavaliações atuariais dos RPPS estabelecem, de acordo com a Ciência Atuarial, que os benefícios programáveis deverão ser estruturados em regime financeiro de capitalização, dadas as características dos benefícios assegurados por estes planos e a natureza desses regimes, cuja gestão pode ser dividida, de forma simplificada, em duas vertentes: a gestão do ativo, que está ligada ao recebimento das contribuições e à adminis-

tração dos recursos garantidores, e a gestão do passivo, que trata da concessão, manutenção e dos aspectos atuariais dos benefícios.

92. No caso de benefícios programáveis, que são as aposentadorias, com exceção daquela por invalidez, e pensões por morte de aposentado, sua estrutura de financiamento requer a aplicação de regime financeiro de capitalização, com vistas a conferir sustentabilidade ao sistema previdenciário, não se admitindo outras modalidades, como, por exemplo, o regime de repartição simples.

93. Sendo o regime de capitalização não somente adequado e eficiente, mas, também, o mais eficaz para o atingimento do equilíbrio atuarial do plano com relação aos benefícios programáveis, conforme demonstrado pelas ciências financeiras e atuariais e previsto nas normas gerais dos RPPS, essa exigência da capitalização impõe a obrigatoriedade de constituição, por lei, de fundos previdenciários integrados pelos recursos provenientes das contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza.

94. É que, demonstrado que a capitalização é o melhor meio para o atingimento do equilíbrio financeiro e atuarial no tocante aos benefícios programáveis do RPPS, e, ainda, dada a mecânica desse regime de financiamento, que promove a acumulação gradual de reservas por meio da aplicação dos recursos das contribuições no mercado financeiro, possibilitando-se, com menos esforços e sacrifícios, fazer frente às obrigações futuras com o pagamento dos benefícios, é inerente a todo esse processo a constituição de fundos previdenciários, os quais, passam a compor, assim, importante peça no mecanismo potencializador da formação dos ativos garantidores.

95. No entanto, considerando-se que vários entes da Federação, quando passaram a organizar seus regimes de gestão dos benefícios previdenciários de seus servidores com base nos princípios e normas veiculadas pela Lei nº 9.717/1998 e Emenda Constitucional nº 20/1998, já mantinham expressivas folhas de pagamento de benefícios concedidos e grande contingente de servidores em atividade cujas respectivas contribuições, mais a patronal, não haviam formado ativos garantidores suficientes para fazer frente às obrigações futuras, possibilitou-se a organização financeira, orçamentária e atuarial dos RPPS em dois planos distintos, um denominado Plano Financeiro e outro Plano Previdenciário, sendo que somente a este último os parâmetros atuariais previram a obrigatoriedade de estruturação do regime financeiro de capitalização (não individual, mas coletiva ou solidária), nos termos do art. 40 da Constituição Federal.

96. Viabilizou-se assim, uma regra de transição entre os modelos anterior e posterior às normas da Lei nº 9.717/1998, de forma a se possibilitar que o Plano

Financeiro, mesmo mantendo benefícios programáveis, pudesse operar em regime de repartição simples, sendo os recursos necessários para o pagamento das prestações previdenciárias complementados, mensalmente, por aportes do ente Federativo, enquanto o outro Plano, o Previdenciário, constituiria reservas necessárias para fazer frente às suas obrigações.

97. Assim, no caso dos Planos Financeiros dos entes federativos que instituíram a segregação da massa, a Portaria MPS nº 403/2008 estabeleceu uma exceção à obrigatoriedade de utilização do regime financeiro de capitalização na estruturação dos benefícios programáveis, admitindo-se, por outro lado, em relação a esse plano, apenas a constituição de fundo previdencial para oscilação de risco, nos termos do inciso XIII do art. 2º dessa Portaria.

98. Acrescente-se que a gestão do Plano Financeiro envolve a utilização de contas bancárias distintas daquelas do Plano Previdenciário, por meio das quais se recebem as respectivas contribuições dos segurados e beneficiários a ele vinculados, do ente federativo e das complementações destinadas ao pagamento dos benefícios, financiando-se as respectivas despesas. Configurando-se a gestão indireta mencionada nos art. 10 da Portaria MPS nº 402/2008, as receitas e despesas são contabilmente consolidadas no Plano Financeiro.

99. Nesse diapasão, tendo em vista a forma de estruturação e de gestão dos Planos Financeiros e Planos Previdenciários prevista na Portaria MPS 403/2008 e de acordo com as disposições do art. 19 da Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente o seu inciso VI, alíneas “a” a “c”, é possível concluir, a partir dos normativos expedidos pela Secretaria do Tesouro Nacional - STN¹⁴, que a totalidade dos pagamentos de benefícios previdenciários feitos com recursos vinculados ao Plano ou Fundo Previdenciário são dedutíveis do limite da despesa com pessoal por serem estes recursos vinculados, por lei do ente federativo, à finalidade específica, nos termos do parágrafo único do art. 8º, também da LRF, do art. 71 da Lei 4.320/1964, que trata dos fundos especiais, e, ainda, do inciso III da Lei nº

¹⁴ O Manual de Demonstrativos Fiscais 5ª Edição, também disponível no endereço eletrônico: http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/MDF5/MDF_5edicao.pdf, editado pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN, enquanto órgão competente para definir as regras gerais da contabilidade pública nacional e responsável pela consolidação das contas dos diversos entes federativos e concorrentemente com os Tribunais de Contas, analisa as questões fiscais referentes à LRF e à Lei nº 4.320/1964, e, ao tratar das despesas de pessoal (fls. 532), disciplina que as “*despesas de pessoal, dos últimos doze meses, incluído o mês de referência, que não serão computadas no cálculo do limite, inclui as despesas com inativos, considerando-se, também, pensionistas, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas com recursos vinculados, ou seja, provenientes da arrecadação de contribuições dos segurados e das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como a compensação entre os regimes de previdência, aportes para cobertura de déficit atuarial não definido por alíquotas de contribuição e o superávit financeiro*”.

9.717/1998, que determina que os recursos previdenciários somente podem ser utilizados para o pagamento de benefícios.

100. Enquanto em relação ao Plano Previdenciário há essa possibilidade de dedução, no Plano Financeiro somente os pagamentos feitos com recursos oriundos das contribuições dos segurados e beneficiários e com recursos oriundos da compensação previdenciária são passíveis de dedução do limite da despesa com pessoal.

101. Compreende-se que essa vinculação dos recursos, viabilizadora das deduções acima mencionadas, tem origem a partir do momento em que o ente federativo define em lei a estrutura do seu RPPS na lógica do Plano Previdenciário (sem segregação da massa) ou, no caso de segregação da massa, somente em relação ao Plano/Fundo Previdenciário, que está atrelado à observância do equilíbrio financeiro e atuarial previsto no art. 40 da Constituição Federal. Tal fato não se dá em relação ao Plano Financeiro, que, por princípio, é financiado diretamente com recursos do Tesouro, pelas contribuições do grupo de segurados e beneficiários a ele vinculado e, eventualmente, por recursos da compensação previdenciária relativa ao grupo dos aposentados por ele abrangido.

102. E, considerando que a adoção do regime de capitalização no que se refere aos benefícios programáveis constitui a única medida que atende tanto à exigência do equilíbrio financeiro e atuarial quanto dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, sua implementação pressupõe a existência de um Plano ou Fundo Previdenciário.

103. Mas, ao ser instituído o Fundo Previdenciário, de caráter especial, que representa reserva dos recursos para o pagamento dos benefícios dos participantes do Plano Previdenciário, a manutenção da afetação dos recursos ao seu fim originário é fundamental, caso contrário, como tem sido observado em algumas revisões de segregação da massa, com a extinção desse Fundo e a transferência de seus direitos e obrigações para o Plano Financeiro, não se assegura o cumprimento da política pública que fundamentou a sua criação, a busca do equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS.

104. A alegação de que nessa situação de desfazimento da segregação não houve desvio de finalidade dos recursos, uma vez que eles continuariam sendo destinados ao pagamento dos benefícios previdenciários, também não prospera, uma vez que a lei instituidora da segregação havia promovido a sua afetação a uma parcela específica dos benefícios previdenciários: aqueles devidos aos segurados vinculados ao Plano Previdenciário. A reunificação dos recursos em um único Plano, em regime de repartição, além de romper com essa destinação, libera de

imediatos recursos, antes aportados pelo Tesouro do ente federativo para a cobertura das insuficiências financeiras com o pagamento dos benefícios devidos aos segurados do Plano Financeiro, para o custeio de despesas correntes de natureza estranha à previdenciária.

VII. DO DÉFICIT ATUARIAL E DAS ALTERNATIVAS PARA O SEU EQUACIONAMENTO

105. Como já observado, o equilíbrio financeiro e atuarial é alcançado quando as contribuições, somadas a outros ativos com finalidade previdenciária vinculados ao sistema, proporcionam recursos suficientes para custear os benefícios futuros, consideradas hipóteses atuariais incidentes sobre a população de segurados e seus correspondentes direitos previdenciários.

106. Assim, o equilíbrio ocorre quando os recursos do RPPS são suficientes para garantir as reservas matemáticas previdenciárias, ou seja, a diferença, a valor presente, entre as obrigações e os direitos do plano, considerando-se, nessa verificação, a base de dados e as hipóteses biométricas e, sobretudo, as hipóteses financeiras adotadas no cálculo atuarial.

107. Não alcançada ou não mantida essa equação, ou seja, apresentando-se o sistema em desequilíbrio, faz-se necessária a adoção de medidas para revisão do plano de custeio ou para equacionamento do déficit atuarial eventualmente apontado.

108. Uma vez detectada na avaliação atuarial a existência de déficit atuarial nas contas do RPPS, cabe ao ente da Federação, como responsável pelo regime previdenciário, a implementação de um plano de amortização do referido déficit, que, não sendo implantado no tempo, na medida e na forma preconizadas, necessárias a viabilizar a constituição de patrimônio que garanta os benefícios do plano, o déficit atuarial inicialmente identificado tenderá a se elevar, crescendo a níveis que, logo, dificultarão o seu equacionamento.

109. O déficit atuarial compõe desequilíbrio normalmente resultante do tempo de serviço passado, da ausência ou insuficiência de alíquotas de contribuição ou da inadequação da metodologia ou hipóteses atuariais utilizadas.

110. Trata-se, portanto, de entidade específica no contexto da técnica previdenciária, razão por que se encontra regulada como situação peculiar e, portanto, distinta das demais que também compõem o quadro das necessidades de finan-

ciamento previdenciário, exigindo, nessa condição, regulação própria, adequada e compatível com a sua natureza e com o objetivo que se pretende alcançar com os recursos invertidos.

111. As especificidades do déficit atuarial se refletem, sobretudo, nas possibilidades, condições e mecanismos conferidos pela legislação para o seu financiamento, cuja implementação constitui aspecto necessário e essencial para a observância do equilíbrio financeiro e atuarial preconizado pela norma constitucional.

112. No âmbito dos RPPS, a matéria se encontra disciplinada nos arts. 18 a 22 da Portaria MPS nº 403/2008, os quais estabelecem as formas admitidas para o seu equacionamento, alternativas a serem definidas pelo RPPS a partir de avaliação atuarial, considerando-se as projeções de receitas e despesas e o atendimento aos limites prudenciais estabelecidos pela LRF. Tais alternativas são:

- a) O estabelecimento de um plano de amortização pelo prazo de até 35 (trinta e cinco) anos, que poderá constituir-se de alíquotas suplementares incidentes sobre a folha de salários ou de aportes periódicos, em valores preestabelecidos, a serem transferidos ao RPPS. Adicionalmente ao plano de amortização, o ente poderá também aportar outros bens, valores ou direitos ao RPPS.
- b) A segregação da massa, por meio da qual se estabelece uma separação entre os segurados em dois grupos denominados de “Plano Financeiro” e “Plano Previdenciário”, de forma que o primeiro, de caráter transitório, ficará excepcionalmente estruturado em regime financeiro de repartição simples e o segundo, de caráter permanente, será formatado em regime financeiro de capitalização.

113. À guisa de esclarecimento, a Portaria MPS nº 403/2008, em seu artigo 19, § 3º assegura também um outro viés de resolução do passivo atuarial com a seguinte redação alinhada abaixo:

Art. 19. [...]

[...]

§3º Poderão ser aportados ao RPPS, mediante lei do ente federativo, bens, direitos e demais ativos de qualquer natureza para constituição dos fundos referidos no art. 249 da Constituição Federal, para o equacionamento do déficit atuarial, desde que garantidas a solvência e a liquidez do plano de benefícios.

114. A vinculação de bens, ativos e direitos, realizada por lei, por meio da qual esses bens são identificados e afetados ao patrimônio do regime, após criteriosa avaliação do seu valor de mercado e a análise da compatibilidade da operação com as obrigações futuras do plano, é um caminho adicional perseguido pelos RPPS, em decorrência das restrições orçamentárias existentes nos entes federativos, que impossibilitam elevar, indefinidamente, o nível de contribuições vertidas aos regimes.

115. As condições preconizadas pela Portaria MPS nº 402/2008, para o pagamento de passivo atuarial mediante essa operação, estão elencadas no seu art. 7º, recentemente alterado pela Portaria MPS nº 21, de 16 de janeiro de 2013, dispositivo que trata da aceitação do instituto da dação em pagamento apenas nessa hipótese, *verbis*:

Art. 7º. É vedada a dação de bens, direitos e demais ativos de qualquer natureza para o pagamento de débitos com o RPPS, excetuada a amortização do déficit atuarial, devendo, neste caso, serem observados os seguintes parâmetros, além daqueles estabelecidos nas Normas de Atuação aplicáveis aos RPPS:

I - os bens, direitos e demais ativos objeto da dação em pagamento deverão ser vinculados por lei ao RPPS;

II - a dação em pagamento deverá ser precedida de criteriosa avaliação do valor de mercado dos bens, direitos e demais ativos, bem como da sua liquidez em prazo compatível com as obrigações do plano de benefícios.

116. Constatada a presença, nas avaliações atuariais do RPPS a cada exercício, de déficit atuarial, o ente federativo poderá optar por um equacionamento, via alíquota suplementar ou aportes de bens ao RPPS, devendo constituir, conforme já mencionado, Fundo Previdenciário integrado pelas receitas de contribuições e aportes, além de bens, ativos e direitos que possa, mediante lei, transferir para o RPPS, com a perspectiva, a longo prazo, de assegurar recursos para o pagamento da carteira do plano de benefícios, amortizando, desta forma, o déficit atuarial identificado no estudo.

117. A Portaria MPS nº 403/2008 estabelece como alternativa, caso o plano de amortização com alíquotas e aportes não se mostre viável, a separação do conjunto de participantes do regime em dois grupos distintos, um abrangido por Plano Previdenciário e o outro por Plano Financeiro, sendo que o grupo portador de serviço passado integrará este último plano, que é estruturado sob regime de

repartição simples em face da impossibilidade de se elevarem as alíquotas para cobrir o período não contributivo, ou do excessivo custo envolvido nessa operação. Esse procedimento denomina-se segregação da massa, nos termos definidos no art. 2º da Portaria MPS nº 403/2008 a seguir transcrito:

Art. 2º Para os efeitos desta Portaria considera-se:

[...]

XIX - Segregação da Massa: a separação dos segurados vinculados ao RPPS em grupos distintos que integrarão o Plano Financeiro e o Plano Previdenciário;

[...]

118. A segregação da massa é uma forma de equacionamento do déficit que se constitui em uma última alternativa a ser implantada, pois, nessa modelagem, o Plano Financeiro apresenta insuficiência de recursos a ser coberta, mensalmente, pelo Tesouro. Trata-se, assim, de exceção aos princípios norteadores dos RPPS, exceção que se faz em prol da constituição de Plano Previdenciário destinado ao grupo em regime de capitalização mutualista, portanto, com menores riscos de insolvência.

119. A responsabilidade do ente pela eventual insuficiência financeira dos RPPS decorre do próprio § 1º do art. 2º da Lei nº 9.717/1998 e não constitui norma basilar dos Regimes Próprios, mas sim uma exceção ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, comando residual a ser utilizado como derradeiro esforço para se garantir o direito dos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo aos benefícios previstos no art. 40 da Constituição Federal.

120. Por isto, esta configuração da segregação da massa, pela qual o Tesouro passa, em muitos casos, a arcar imediatamente com a insuficiência das contribuições para os benefícios dos segurados vinculados ao Plano Financeiro, deve ser compreendida como um estágio provisório, uma transição para o alcance do equilíbrio financeiro e atuarial dos Regimes Próprios de Previdência Social.

121. Vários entes implementaram segregação da massa e efetuaram a separação dos “riscos” por Plano, constituindo o Plano/Fundo Previdenciário, dentro do novo paradigma constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial voltado à formação das reservas necessárias para o pagamento dos benefícios aos seus segurados, cumprindo, neste caso, o mandamento constitucional.

122. Na hipótese de, casuisticamente, esta modelagem ser alterada, ou no caso de ser adotada qualquer medida que repercuta no plano de custeio ou na modela-

gem atuarial do RPPS sem estudo técnico fundamentado que demonstre todos os seus impactos e a preservação dos recursos acumulados, retrocede-se nas medidas estruturantes que tendiam à higidez do sistema previdenciário.

123. Considerando o estágio de algumas segregações da massa que foram implementadas, estas estruturações já apresentam um maior nível de eficiência e economicidade na alocação dos recursos públicos, pois os aportes para complemento dos benefícios restringem-se a um grupo fechado, em extinção, com estrutura etária mais envelhecida, em que o fenômeno da mortalidade apresenta-se de forma mais contundente. Os entes federativos que optaram pela segregação para o equacionamento do déficit atuarial de seus RPPS, após superados os anos iniciais de grande esforço orçamentário de sua implementação, que configura o chamado “custo de transição”, vislumbram, em um segundo momento, a redução dos aportes para insuficiência financeira coberta pelo Tesouro, tendo por resultado a gestão mais eficiente e menos onerosa de seu RPPS, com sensível redução do risco para o equilíbrio das finanças públicas.

124. Também em relação ao Plano Previdenciário, a segregação tem-se revelado fórmula promotora da eficiência e economicidade. De fato, possuindo participantes com estrutura etária mais jovem, maior tempo de serviço a transcorrer para os benefícios programáveis e dotado de reservas já sendo constituídas por regime de capitalização coletiva, utilizando-se, assim, não só dos recursos das contribuições dos participantes e do ente para financiar-se, como também, do mercado financeiro, aquele plano logo apresenta boas perspectivas de menor necessidade de recursos públicos.

VIII. DA SEGREGAÇÃO DA MASSA: CONDIÇÕES, REQUISITOS E DEMAIS REGRAS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO, REVISÃO OU DESFAZIMENTO

125. Mas, embora figure como alternativa para o equacionamento do déficit atuarial, a hipótese de segregação da massa somente será admitida caso os estudos técnicos elaborados apontem que as contribuições adicionais ou aportes destinados à amortização do déficit não se mostram viáveis para o ente federativo, considerando-se as características da massa de segurados e o esforço financeiro necessário ao equacionamento pretendido.

126. Nesse sentido, a depender das características dos segurados vinculados ao RPPS, pode-se avaliar não ser possível ou, mesmo, não ser eficiente, ou, ainda, figurar-se antieconômico, acumular-se, em curto prazo, as reservas de determinado grupo de servidores. Então, conforme dito, essa massa, excepcionalmente, ficará estruturada e poderá operar em regime financeiro de repartição simples, o que em nada afeta os direitos previdenciários e as obrigações dos beneficiários.

127. Diz-se que tal estruturação possui natureza excepcional porque, a rigor, como visto, tratando-se de RPPS e, assim, de sistema que assegura benefícios programáveis, o regime financeiro adequado para o financiamento dessas prestações seria o de capitalização.

128. Não obstante, considerando a grave situação de desequilíbrio atuarial verificada em alguns casos e a dificuldade ou, mesmo, impossibilidade de reestabelecimento da equivalência, a valor presente, entre o fluxo das receitas estimadas e das obrigações projetadas a longo prazo, a legislação, sensível à preeminência que, muitas vezes, impõe a realidade dos fatos a situações ideais, e fundada na técnica atuarial aplicada aos RPPS, oferece a alternativa de que parte da massa de segurados, aquela inserida no contexto previdenciário de difícil recuperação atuarial, seja submetida a Plano Financeiro, fechado ao ingresso de novos segurados e, portanto, de natureza transitória.

129. Assim, a dispensa de aplicação do regime financeiro de capitalização para o financiamento dos benefícios programáveis desse grupo decorre da constatação de que estão esgotadas as possibilidades de amortização regular do déficit utilizando-se os modelos baseados em projeções atuariais, devendo o seu equacionamento ser alcançado por tratamento meramente financeiro, circunstância em que cabe ao tesouro público complementar, em cada competência, os recursos necessários ao pagamento dos correspondentes benefícios (diferença entre as contribuições arrecadadas e as despesas previdenciárias incorridas em cada mês).

130. No que se refere à lógica do modelo segregacionista, observe-se que essa fórmula promove uma separação dos riscos envolvidos na gestão de cada massa, possibilitando, em relação ao Plano Financeiro, equacionar com segurança e transparência o déficit e, relativamente ao Plano Previdenciário, inaugurar ou recuperar modelo de previdência social no serviço público jurídica e tecnicamente adequado, pois estruturado a partir das premissas, regras e instrumentos necessários a assegurar sua sustentabilidade no curto e no longo prazos.

131. Dessa forma, a solução consistente em Plano Financeiro somente se justifica como medida destinada a se permitir a separação da parte da massa cujo

desequilíbrio se revela temporária ou permanentemente não recuperável, possibilitando-se, com essa secção, ajustar-se o RPPS de forma a que, com a instituição do Plano Previdenciário, seja retomada e assegurada a premissa fundamental desses regimes, qual seja, seu equilíbrio financeiro e atuarial, o qual se obtém, dentre outros, por meio da aplicação de regime financeiro de capitalização coletiva para os benefícios programáveis.

132. O § 2º do art. 20 da Portaria MPS nº 403/2008, determina que “o *Plano Financeiro deve ser constituído por um grupo fechado em extinção sendo vedado o ingresso de novos segurados, os quais serão alocados no Plano Previdenciário*”.

133. Com a segregação da massa de segurados, fica, pois, delineado o divisor de águas entre a gestão em regime de capitalização para o Plano Previdenciário, que albergará, inclusive, os novos entrados (servidores que ainda serão admitidos), e a gestão em regime de repartição simples para o Plano Financeiro, que, como já mencionado, é um grupo fechado a novos entrados e, portanto, a ser extinto depois do último pagamento ao último aposentado ou pensionista a ele vinculado.

134. Nos termos da Portaria MPS nº 403/2008, a proposta de segregação da massa será submetida à aprovação da SPPS, acompanhada da avaliação atuarial e da justificativa técnica que demonstre a viabilidade orçamentária e financeira da operação para o ente federativo, por meio do fluxo de receitas e despesas e, inclusive, da evidenciação dos impactos nos limites de gastos impostos pela LRF. Os §§ 4º e 5º do art. 20 desse ato ministerial relacionam os documentos a serem apresentados para a prévia aprovação:

Art. 20. Na hipótese da inviabilidade do plano de amortização previsto nos art. 18 e 19 para o equacionamento do déficit atuarial do RPPS, será admitida a segregação da massa de seus segurados, observados os princípios da eficiência e economicidade na realocação dos recursos financeiros do RPPS e na composição das submassas, e os demais parâmetros estabelecidos nesta Portaria.

[...]

§ 4º A proposta de segregação da massa dos segurados do RPPS deverá ser submetida à aprovação da SPPS, acompanhada da avaliação atuarial e justificativa técnica apresentada pelo ente federativo.

§ 5º A justificativa técnica de que trata o parágrafo anterior deverá demonstrar a viabilidade orçamentária e financeira da segregação para o ente federativo, por meio dos fluxos das receitas e despesas do Plano Financeiro e do Plano Previdenciário, inclusive os impactos nos limites de gastos

impostos pela Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000.

[...]

135. Assim, para a aprovação da segregação da massa, a norma exige o prévio envio de uma proposta (minuta de projeto de lei), que, para ser analisada, à luz dos princípios da eficiência e economicidade na alocação dos recursos financeiros dos RPPS, deve vir acompanhada da avaliação atuarial e justificativa técnica, com a demonstração da viabilidade orçamentária e financeira por meio dos fluxos das receitas e despesas dos Planos Financeiro e Previdenciário.

136. Criados os dois planos, os recursos dos respectivos grupos devem ser separados, ficando vedadas quaisquer espécies de transferências entre o Plano Financeiro e o Plano Previdenciário, conforme previsto na LRF. Os planos deverão, assim, ser avaliados, contabilizados e geridos em separado. Veja-se o disposto no art. 21 da Portaria MPS nº 403/2008:

Art. 21. A segregação da massa será considerada implementada a partir do seu estabelecimento em lei do ente federativo, mediante a separação orçamentária, financeira e contábil dos recursos e obrigações correspondentes.

§ 1º O relatório da avaliação atuarial deverá demonstrar como se dará a separação dos recursos entre o Plano Financeiro e o Plano Previdenciário, devendo ser observado que todos os recursos já acumulados pelo RPPS deverão ser destinados ao Plano Previdenciário.

§ 2º Uma vez implementada a segregação da massa, fica vedada qualquer espécie de transferência de segurados, recursos ou obrigações entre o Plano Financeiro e o Plano Previdenciário, não se admitindo, também, a previsão da destinação de contribuições de um grupo para o financiamento dos benefícios do outro grupo.

§ 3º A avaliação atuarial que indicar a segregação da massa e as reavaliações atuariais anuais posteriores deverão apurar separadamente, sem prejuízo de outras informações solicitadas em conformidade com o art. 15 desta Portaria:

I - Para o Plano Financeiro: o resultado atuarial e as projeções atuariais de receitas e despesas avaliados a taxa real de juros referencial de 0% (zero por cento).

II - Para o Plano Previdenciário: o resultado atuarial, o plano de custeio necessário e as projeções atuariais de receitas e despesas.

137. Ora, tratando-se de modelos previdenciários concebidos a partir de premissas técnicas e metodológicas distintas, operando sob regimes de financiamento diversos e destinados a massas com características próprias e perfil específico, a separação orçamentária, contábil e financeira dos recursos e obrigações do Plano Financeiro e do Plano Previdenciário constitui medida decorrente e, mesmo, inerente ao procedimento da segregação que se pretende implementar.

138. Ainda sobre o tema, não é despidendo sublinhar que eventual transferência de recursos, segurados ou obrigações entre esses planos resultará em comprometimento do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, já que introduzirá aspecto, elemento ou circunstância estranhos ou deletérios ao modelo, alterando as premissas sob que foi formulado, com consequente redução ou anulação de suas virtualidades e potencialidades técnicas e operacionais.

139. Foi por essa razão que, em situação análoga, o Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal - STF, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 3.628, em Sessão Plenária do último dia 05/02/2015, proferiu voto pela inconstitucionalidade de dispositivo de lei do Estado do Amapá que transferiu para a responsabilidade da unidade gestora do RPPS, o pagamento de antigas aposentadorias e pensões que até a edição do diploma estavam a cargo do Tesouro estadual, por promover o desequilíbrio financeiro e atuarial do RPPS. Na hipótese, ocorreu a introdução de obrigação estranha às premissas sob que foi estruturado o sistema.

140. A separação orçamentária, contábil e patrimonial dos Planos Financeiro e Previdenciário compõe, assim, condição imprescindível para que essas respectivas fórmulas de saneamento financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência social possam surtir os efeitos desejados.

141. Nesse sentido, implementa-se a separação financeira dos recursos que deverão integrar o Plano Previdenciário mediante a constituição de um fundo destinado à sua acumulação, cujo montante, assim segregado, somente poderá ser utilizado para pagamento de benefícios dos segurados e pensionistas abrangidos por aquele plano.

142. Ressalte-se que a criação desse fundo para o Plano Previdenciário constitui um dos elementos mais importantes no processo que concretiza a segregação da massa e lhe confere operacionalidade, transparência e efeitos práticos. Trata-se de entidade de natureza pública e destinação vinculada, nos termos delineados pelo art. 71 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, já destacado, compondo sua constituição exercício da prerrogativa prevista no art. 249 da Constituição Federal.

143. A Portaria MPS nº 403/2008, estabelece, ainda, em seu art. 22, que os casos de alteração ou desfazimento da segregação da massa dependem de prévia autorização da SPPS, observando-se as disposições do art. 25:

Art. 22. Observado o disposto no artigo 25, o RPPS que implementar a segregação da massa, somente poderá alterar os seus parâmetros ou desfazê-la, mediante prévia aprovação da SPS.

[...]

Art. 25. A revisão do plano de custeio que implique em redução das alíquotas ou aportes destinados ao RPPS deverá ser submetida previamente à aprovação da SPPS e deverá atender, cumulativamente, os seguintes parâmetros:

I - Índice de Cobertura igual ou superior a 1,25 em, no mínimo, cinco exercícios consecutivos, para os planos superavitários;

II - a avaliação atuarial indicativa da revisão tenha sido fundamentada em base cadastral atualizada, completa e consistente, inclusive no que se refere ao tempo de serviço e de contribuição anterior dos segurados;

III - os bens, direitos e demais ativos considerados na apuração do resultado atuarial estejam avaliados a valor de mercado e apresentem liquidez compatível com as obrigações do plano de benefícios;

IV - o histórico da rentabilidade das aplicações e investimentos dos recursos do RPPS não tenha apresentado performance inferior à meta estabelecida na política anual de investimentos dos três últimos exercícios;

V - a taxa de juros utilizada na avaliação atuarial seja condizente com a meta estabelecida na política de investimentos dos recursos do RPPS, em perspectiva de longo prazo.

144. Assim, ao analisar a justificativa técnica, com os fluxos das receitas e despesas do Plano Financeiro e do Plano Previdenciário, a SPPS verifica se a proposta implica redução dos aportes destinados ao RPPS ou é contrária à capitalização necessária para assegurar a eficiência e economicidade, exigindo, se for o caso, a comprovação dos requisitos elencados no dispositivo acima.

145. Todo esse cuidado em relação à implementação, revisão de parâmetros ou desfazimento da segregação da massa se justifica no fato de ela constituir-se em uma opção que requer um maior esforço de gestão para que não se comuniquem, em hipótese alguma, os direitos e obrigações entre seus planos.

146. Segundo já destacado, a segregação da massa somente é opção de equacionamento do déficit atuarial na inviabilidade do plano de amortização previsto nos artigos 18 e 19 da Portaria MPS nº 403, vale dizer, quando os valores envolvidos ascendem a patamar tal que se torna excessivamente oneroso para o ente federativo amortizá-lo no prazo regular de 35 anos. Embora a segregação da massa apresente um custo de transição, ela é a alternativa mais viável para os entes que possuem déficit atuarial extremamente elevado, por permitir que o equacionamento desse déficit se dê em um prazo mais alongado, que corresponde ao prazo de sobrevivência dos segurados e beneficiários vinculados ao Plano Financeiro.

147. Dessa forma, operações que envolvem essa fórmula de equacionamento, referem-se, normalmente, a Regime Próprio de Previdência Social cuja situação financeira e atuarial é crítica, com grave comprometimento de sua sustentabilidade, razão pela qual se impõe que essas medidas sejam objeto de estudo mais acurado e, portanto, de maior atenção e cuidado por parte do ente federativo que o propõe e do Ministério da Previdência Social, que o aprova.

148. E é por se constituir em solução limite que a segregação da massa foi cientificamente concebida, empregando-se nela o que há de mais adequado, eficiente e eficaz, do ponto de vista da técnica atuarial, para o resgate da sustentabilidade dos regimes de previdência no serviço público em que a amortização do déficit em prazo determinado já não se constitui em alternativa.

149. Assim é que, apesar dos problemas apresentados por esses sistemas, o modelo possibilita, pela separação de massas e adoção de fórmulas financeiras e atuariais distintas para cada uma delas, que não haja solução de continuidade no cumprimento das obrigações previstas no plano de benefícios e, ao mesmo tempo, que se inaugure, em relação ao grupo de segurados abrangidos pelo Plano Previdenciário, uma previdência social saudável e com melhores possibilidades futuras.

150. Nessa perspectiva, arranjos distintos, muitas vezes formulados a partir de premissas equivocadas e de interesses estranhos ao tema previdenciário, que pretendam substituir a segregação da massa ou lhe conferir características diversas de seu modelo original, tendem a aprofundar os desequilíbrios financeiros e atuariais por que passa o RPPS.

151. Exemplo dessas soluções mirabolantes é a extinção da segregação da massa, com utilização dos recursos do Plano Previdenciário para pagamento dos benefícios do Plano Financeiro. Tal encaminhamento, recentemente adotado por uns poucos entes e pretendido por alguns outros, apresenta-se como solução equivocada, não apenas pela visão política de curtíssimo prazo que a motiva, mas,

também, por ser contrária à boa técnica financeira e atuarial aplicável aos RPPS e por ofender os princípios e regras que ordenam o arcabouço jurídico pátrio que trata do regime de previdência no serviço público e das finanças públicas.

152. Em relação ao aspecto político, o desejo de promover mudanças por parte de muitos dos governantes, inclusive dos que assumem seu primeiro mandato à frente do Executivo, aliado à situação orçamentária e financeira por que passam muitos Estados e Municípios, tem levado alguns desses mandatários a buscar alternativas que possibilitem equilibrar suas respectivas contas e ampliar investimentos.

153. Nesse sentido, diversas medidas de natureza fiscal têm sido idealizadas, desde o enxugamento da máquina administrativa, com cortes severos nas despesas de custeio, até a elevação de tributos com vistas à ampliação da receita pública. No entanto, a limitação natural dessas fórmulas tradicionais de ajuste fiscal, o tempo necessário à sua maturação e, muitas vezes, seu custo político têm levado alguns dirigentes a voltar sua atenção para soluções alternativas.

154. Nesse sentido, encontram nos recursos existentes nos seus RPPS tentadora opção para temporariamente desafogar seu aperto financeiro e orçamentário. A ideia que surge daí, assim, é utilizar os recursos previdenciários, até então acumulados, para pagamento da folha de benefícios de segurados e pensionistas não abrangidos originariamente na finalidade de constituição do Fundo/Plano Previdenciário.

155. A lógica da iniciativa é simples: faltando dinheiro para a Administração tocar a máquina pública e os projetos governamentais, por que não utilizar os recursos acumulados pela previdência social dos servidores públicos (constantes do Plano Previdenciário) para pagar os atuais aposentados e pensionistas (vinculados ao Plano Financeiro), liberando-se, com isso, dinheiro do Tesouro para outras prioridades?

156. No âmbito do Regime Próprio de Previdência Social, a operação consiste no desfazimento da segregação da massa, com a extinção dos seus planos e liberação dos recursos do fundo vinculado ao Plano Previdenciário para pagamento de segurados e pensionistas do Plano Financeiro, estabelecendo-se, ainda, a instituição de novo Plano, para todos os segurados, desta feita de natureza financeira e, portanto, sob regime financeiro de repartição simples.

157. Com a implementação da medida, ocorre, de fato, um alívio imediato e substancial para o Tesouro, que deixa de arcar com a complementação dos recursos necessários ao pagamento de benefícios dos segurados e pensionistas do extinto Plano Financeiro e reduz sua contribuição ao RPPS, cuja base de cálculo passa, no novo Plano, a ter o teto do RGPS como limite.

158. O expediente adotado ou cuja realização é pretendida, nesses casos, normalmente ocorre no contexto da criação de previdência complementar para os servidores A despeito de a iniciativa de instituir o regime de previdência complementar se inserir dentre as ações necessárias ao saneamento das contas públicas dos entes federativos, alguns deles entenderam que, com essa medida, seus RPPS, cujas futuras aposentadorias e pensões passam a ser limitadas ao teto do RGPS, poderiam ser estruturados exclusivamente sob regime de repartição simples, relativamente aos servidores não abrangidos pela modelo complementar, para os quais, assim, se estabelece um Plano Financeiro, criando-se, para os segurados sujeitos ao teto, um Plano Previdenciário.

159. Tal interpretação, porém, está equivocada, seja porque expressa confusão de conceitos e institutos em matéria de previdência social no serviço público, distorcendo-se e descumprindo-se as normas gerais sobre o assunto, seja porque o modelo previdenciário resultante desse entendimento importa inobservância do equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS.

160. Para justificar o abandono do regime financeiro de capitalização, argumenta-se que, com a instituição da previdência complementar e consequente limitação dos benefícios do RPPS ao teto do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, a necessidade de recursos para pagamento dos benefícios programáveis se reduz, fato que possibilitaria a adoção do regime financeiro de repartição simples, agora, segundo sustentam, suficiente para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

161. No entanto, os efeitos benéficos da instituição da previdência complementar, no que se refere à limitação ao teto do RGPS dos valores das aposentadorias e pensões devidas pelo RPPS, somente se farão sentir mais fortemente a médio e longo prazo. Nesse período, cada aposentado será paulatinamente substituído por novo servidor que terá o seu benefício previdenciário limitado ao teto do RGPS, razão pela qual as contribuições a serem vertidas para a constituição das reservas de benefícios a estes novos servidores, consequentemente serão menores. O regime de previdência complementar não altera a necessidade de que seja assegurado o equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS dos benefícios devidos aos segurados que ingressaram no serviço público anteriormente a sua instituição, nem em relação à parcela dos benefícios limitada ao teto do RGPS, em relação aos servidores que forem admitidos posteriormente.

162. Sublinhe-se que, com a extinção de fundos previdenciários, recursos que muitas vezes levaram décadas para serem acumulados, resultando em cifras con-

sideráveis, e que, além de representarem a segurança previdenciária do servidor e a certeza da adimplência previdenciária do Estado, constituíam importante fonte propulsora de investimentos, via mercado financeiro, formadores da poupança nacional e, por consequência, de financiamento da atividade produtiva, agora poderão ser rapidamente exauridos.

163. Este Ministério tem acompanhado a situação dos poucos entes da Federação que adotaram esse modelo, verificando que, em regra, o patrimônio ameaçado, embora acumulado ao longo de vários anos, é consumido em curto espaço de tempo. Por essa razão, foram emitidas notificações e despachos por descumprimento do critério equilíbrio financeiro e atuarial, exigido para a emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP.

164. Com o esgotamento desses recursos, a situação previdenciária do ente federativo, que já era de difícil equacionamento, razão pela qual implementara a segregação da massa, se agrava ainda mais, pois aos segurados vinculados ao Plano Financeiro, para cujas despesas previdenciárias não havia reserva de recursos, somam-se os que eram anteriormente abrangidos pelo Plano Previdenciário, para os quais, agora também não existe ativo garantidor de seus futuros benefícios.

165. Tal situação, por sua vez, causará forte impacto nas contas do Tesouro do ente federativo, que voltará a assumir integralmente o pagamento das despesas da previdência social, desta feita, de todos os segurados e pensionistas dos extintos Planos Financeiro e Previdenciário. Em decorrência disso, se agravarão os desequilíbrios orçamentários e financeiros das contas públicas que a utilização dos recursos previdenciários pretendia sanar.

166. Ou seja, a operação resulta em um processo perverso de desmonte e desarticulação da previdência social do servidor público com nenhum benefício para a sociedade ou para o ente federativo, que, ao contrário, experimentará uma significativa deterioração em suas contas com consequências imprevisíveis no curto, médio e longo prazos. Ao invés de se buscar uma solução efetiva para um problema atual de desajuste orçamentário das contas públicas, transfere-se esse problema para que seja enfrentado, em proporções muito maiores e mais graves, no mandato do próximo governante.

167. Tecnicamente, tanto as premissas de que parte a revisão desse modelo previdenciário, como a fórmula adotada em si, apresentam graves erros, imperfeições e omissões capazes de comprometer a sustentabilidade dos RPPS que deles se utilizarem, em face do potencial que arranjos dessa natureza possuem para ampliar e aprofundar o desequilíbrio financeiro e atuarial desses sistemas.

168. Dentre outros equívocos embutidos na formulação desse modelo “alternativo”, destaca-se a utilização de regime financeiro de repartição simples para o novo plano instituído após o desfazimento da segregação da massa, sob o argumento de que, criada a previdência complementar, a limitação dos benefícios ao teto do RGPS dispensa a adoção de plano atuarial (leia-se, a acumulação de recursos para pagamento dos benefícios programáveis atuais e futuros).

169. Em primeiro lugar, repise-se que a criação da previdência complementar não descaracteriza o Regime Próprio de Previdência Social existente, devendo ele continuar a ser estruturado segundo critérios que preservem o seu equilíbrio financeiro e atuarial.

170. Dessa forma, ainda que passe a existir limite para o valor máximo dos benefícios que serão assumidos pelo sistema no futuro - e esses limites, a princípio, só valerão para ínfima parcela composta pelos novos servidores, permanece o RPPS vinculado ao atendimento dos critérios e demais parâmetros formulados pela Ciência Atuarial e normatizados na legislação previdenciária, já que, conforme antes destacado, tais preceitos compõem as condições técnicas e jurídicas essenciais para se promover a equação financeira e atuarial necessária à sustentabilidade dos Regimes Próprios de Previdência Social.

171. Então, de acordo com o que já foi exaustivamente discorrido em momento anterior, não poderá a solução que suceder o desfazimento da segregação da massa pretender estruturar o RPPS sob regime financeiro de repartição simples, sob pena de não atender ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, uma vez que, seja em relação aos segurados previamente existentes, seja em relação aos que serão abrangidos pela previdência complementar, será o Regime Próprio de Previdência Social que assumirá o pagamento dos benefícios programáveis respectivos, devendo, assim, em relação a essas prestações, ser estabelecido Plano Previdenciário, portanto, fundado em projeção atuarial e regime de capitalização, constituindo-se, ainda, fundo destinado à acumulação dos recursos correspondentes.

172. Considerando, porém, a súbita expansão do volume da massa de segurados decorrente da unificação dos Planos Financeiro e Previdenciário anteriormente existentes, agora fundidos em um único plano, e o exaurimento das reservas previdenciárias constituídas, as necessidades de custeio do RPPS saltarão para patamares bastante elevados, experimentando um forte crescimento nesse novo momento, fato que determinará aumentos consideráveis no percentual das alíquotas de contribuição ou dos aportes necessários para a cobertura das insuficiências financeiras do sistema.

173. Ainda que a nova fórmula estabeleça uma ressegregação, ou seja, constitua novo Plano Previdenciário para os servidores abrangidos pela previdência complementar e mantenha Plano Financeiro para os demais, mesmo nesse caso, o resultado da desarticulação financeira, atuarial e administrativa do sistema, decorrente do novo modelo implementado, impactará em grande medida o RPPS, produzindo, dentre outros efeitos, forte aumento das necessidades de financiamento do Plano Financeiro, que, operando em regime de repartição simples, demandará a injeção de grandes volumes de recursos por parte do Tesouro, circunstância com potencial real para agravar o desequilíbrio nas contas públicas do ente federativo, aprofundando suas dificuldades financeiras e orçamentárias.

174. Observe-se, por fim, que, também, sob o aspecto jurídico, as soluções acima discutidas, pelos efeitos deletérios que produzem em relação às contas dos entes da Federação, representam ofensa não apenas às normas de natureza previdenciária, mas, também, aos ditames normativos em matéria de finanças públicas estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal que, volta-se a assinalar, têm por objetivo prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, por meio da ação planejada e transparente exigida do administrador público.

175. É por todas essas razões que o § 6º do art. 20 veda conformações diversas das previstas nesse artigo como forma de equacionamento do déficit atuarial, *verbis*:

Art. 20. [...]

[...]

§ 6º Não serão admitidos como forma de equacionamento do déficit atuarial quaisquer outros modelos de agrupamentos ou desmembramentos de massas ou submassas de segurados ou a adoção de datas futuras, que contrariem o disposto neste artigo.

IX. CONSIDERAÇÕES FINAIS

176. As propostas de extinção do Fundo Previdenciário, com a transposição de todos os seus participantes e recursos para o Plano Financeiro, sem a previsão de qualquer plano de amortização do déficit atuarial ou a integralização das reservas matemáticas¹⁵, sem a apresentação de qualquer estudo que demonstre a viabili-

¹⁵ Montante calculado atuarialmente, em determinada data, que expressa, em valor presente, o total dos recursos necessários ao pagamento dos compromissos do plano de benefícios ao longo do tempo.

dade da proposta em face do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial e sem encaminhamento para análise prévia por parte da SPPS, coloca em risco a higidez do regime previdenciário.

177. Os Planos Financeiros dos entes federativos que instituíram segregação da massa, notadamente dos Estados, possuem expressiva insuficiência financeira. Com extinção do Fundo Previdenciário e a transferência de todos os seus participantes e recursos para o Plano Financeiro, sem a correspondente integralização das reservas garantidoras, possibilita-se a utilização imediata dos recursos acumulados, e, por conseguinte, um maior desequilíbrio financeiro e atuarial do RPPS, pois, em pouco tempo, todo o patrimônio acumulado pelo fundo terá se esgotado, sendo aplicado em finalidade diversa daquela para a qual foi criado. Além disso, os aportes a serem repassados pelo ente, que inicialmente reduzem-se com a utilização indevida desses recursos, passarão a ser crescentes após seu esgotamento, pois os participantes do antigo fundo que forem vinculados ao Plano Financeiro começarão a completar os requisitos para elegibilidade aos benefícios.

178. Com as propostas de extinção do Fundo Previdenciário e a transferência de seus recursos e participantes para Plano Financeiro, ocorrerá uma descapitalização do RPPS que, tão logo se consumam os recursos acumulados, passará a operar em regime de repartição em relação a todo o grupo existente, quando, até então, a uma massa de segurados (selecionada por risco) se garantia que os benefícios programáveis fossem estruturados em regime de capitalização coletiva.

179. Ademais, admitida a modelagem da segregação da massa, o Plano Financeiro, meramente orçamentário, estruturado em repartição simples, cujas receitas de contribuições são utilizadas mensalmente para pagamento dos benefícios dos seus participantes, sem constituição de reservas, sem recursos para serem aplicados no mercado financeiro, deve ser avaliado à taxa de juros de 0%, conforme o inciso I do § 3º do art. 21 da Portaria MPS nº 403/2008, sendo, portanto, bem mais oneroso para os recursos públicos, pois o seu equilíbrio financeiro, a longo prazo, decorre da perspectiva da sua extinção.

180. Por sua vez, a extinção do Fundo Previdenciário, ou seu rearranjo sem nenhum segurado, altera toda a lógica que fundamenta a segregação da massa, pois, tendo-se abdicado da capitalização com a finalidade de utilizar os recursos acumulados para o pagamento dos benefícios concedidos aos segurados e beneficiários do Plano Financeiro, a extinção deste plano é postergada ou simplesmente não irá mais ocorrer.

181. A transposição dos participantes do Plano/Fundo Previdenciário para o Plano Financeiro, em que todos os benefícios do RPPS passam a ser estruturados em regime de repartição, é vedada pela legislação, constituindo, também, medida contrária aos princípios constitucionais da eficiência e economicidade.

182. A técnica atuarial, aplicada aos Regimes Próprios pelos mandamentos da Lei nº 9.717/1998 e da Lei de Responsabilidade Fiscal, demonstra que a capitalização é muito mais econômica e eficiente para os benefícios programáveis, fato que pode ser facilmente demonstrado por meio de um balanço atuarial, em que se simulam diversos cenários de meta atuarial.

183. Pode-se inferir que propostas de extinção do Plano/Fundo Previdenciário provocam uma transposição da curva de transição do regime de repartição para o capitalizado, sobrestando-se o ápice do esforço orçamentário ao sobrestar-se, também, a extinção do grupo outrora fechado, a que, agora, se acrescentam novos participantes. Porém, sem vincular, de forma efetiva, outras fontes de financiamento para o plano, a operação implicará a exigência de mais recursos públicos para manter-se o plano de benefícios a médio e longo prazos.

184. Observe-se, também, que a transferência dos recursos do Fundo Previdenciário capitalizado para o Plano Financeiro em repartição simples, além de descumprir as normas constitucionais e infraconstitucionais, a exemplo das que tratam da constituição de fundos especiais, pelas quais os recursos a eles afetados devem garantir a finalidade precípua de pagar os benefícios dos participantes do fundo, atenta, ainda, contra a sustentabilidade do regime previdenciário dos servidores enfatizada pelo texto da Constituição Federal, a partir de 1998.

185. Por esse motivo, o procedimento, ou seja, a vinculação dos recursos acumulados pelo Fundo/Plano Previdenciário para pagamento dos benefícios do Plano Financeiro, é expressamente vedado pelo preceito do § 2º do art. 21 da Portaria MPS nº 403/2008, lembrando-se que o § 1º desse artigo, estabelece, em reforço, que todos os recursos já acumulados devem se destinar ao Fundo Previdenciário capitalizado para promover o equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS.

186. Repise-se que a expressão equilíbrio financeiro e atuarial, no campo da previdência social, tem o significado que se origina na equação básica que estabelece o valor justo de receitas que devem ser arrecadadas e geridas mediante regime financeiro adequado para fazer frente às despesas previdenciárias, de forma que todos os benefícios prometidos possam ser pagos, atendendo aos princípios da eficiência e economicidade na alocação dos recursos.

187. É importante ressaltar que o Ministério da Previdência Social não se opõe a revisões ou alterações nas normas locais de organização dos RPPS, pelo contrário, incentiva a construção de alternativas para equacionamento dos déficits atuariais, inclusive que envolvam a conjugação dos planos de amortização com a vinculação de bens, ativos e direitos de qualquer natureza ao regime, mas desde que demonstrado que são garantidas a solvência e a liquidez do plano de benefícios.

188. Nesse sentido, é indispensável a apresentação do prévio estudo técnico atuarial (ativos e passivos previdenciários) para que se proceda a análise de projetos de leis que versem sobre a implantação ou alteração de uma estrutura previdenciária, visto que o instrumento legal deverá estar em consonância com a estrutura técnica do novo arranjo previdenciário, fora do que, inexoravelmente, ocorrerá a descapitalização do RPPS, não se alcançando o seu equilíbrio.

189. A revisão dos planos de amortização e de segregação da massa pressupõe o atendimento aos parâmetros mínimos estabelecidos para as avaliações e reavaliações atuariais dos RPPS, que derivam da Ciência Atuarial, dentre os quais, a estruturação dos benefícios programáveis em regime de capitalização.

190. A revisão da segregação da massa deve, assim, estar acompanhada da demonstração de sua viabilidade orçamentária e financeira para o ente federativo, inclusive os impactos nos limites de gastos com pessoal impostos pela LRF. Sem a apresentação de fluxos contemplando as previsões dos gastos com pessoal e das receitas correntes líquidas, não há como efetuar a demonstração dessa viabilidade, cujos os impactos devem ser considerados em vários cenários.

191. O Plano Financeiro possui, a princípio, um maior impacto fiscal do que o Plano/Fundo Previdenciário, o que deve ser levado em consideração nos cenários e estudos que devem embasar as propostas de reestruturação dos RPPS.

192. Para a análise prévia da SPPS, conforme já asseverado, devem ser encaminhadas a avaliação atuarial e a justificativa técnica contendo a demonstração da viabilidade orçamentária e financeira da segregação por meio das projeções dos fluxos de receitas e despesas dos fundos, e, comprovado, também, o atendimento aos critérios previstos na Portaria nº 403/2008, em especial, os constantes do art. 25, e a alocação dos recursos já acumulados no Fundo Previdenciário. Tais normas visam assegurar que os RPPS sejam organizados com base em normas de contabilidade e atuária, normas que têm no princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial o seu fundamento.

193. A Portaria MPS nº 21/2013, fez diversas alterações na Portaria MPS nº 403/2008, adequando os parâmetros previstos para as avaliações e reavaliações atuariais dos RPPS, uma vez que foi verificado que diversos entes federativos estavam reduzindo os planos de custeio e aportes para o regime de previdência de seus servidores ou instituindo/revisando planos de segregação da massa sem observar limites prudenciais que garantissem o equilíbrio dos planos.

194. Assim, foram estabelecidos no art. 25 da Portaria nº 403/2008, critérios para redução do custeio dos planos, tais como a existência de superávit por no mínimo 5 (cinco) exercícios seguintes, avaliação efetuada com base de dados completa e consistente, rentabilidade do plano aderente à meta atuarial e compatibilidade entre a liquidez dos bens, direitos e demais ativos considerados na apuração do resultado.

195. Por outro lado, qualquer proposta de remodelagem do RPPS que tiver implementado segregação da massa deve observar a permanência dos recursos financeiros acumulados no Fundo Previdenciário, medida a ser considerada, também, pelas avaliações e reavaliações atuariais dos RPPS que propuserem a instituição da segregação, com vistas a se garantir a utilização deste instrumento (segregação da massa) em prol do atendimento ao equilíbrio financeiro e atuarial. Trata-se, pois, de parâmetro que visa inibir situações em que a segregação da massa possa estar sendo utilizada contrariamente à promoção dessa equação, postergando a implantação do sistema de capitalização coletiva ou possibilitando que recursos acumulados sejam consumidos antes da integralização das reservas e que o sistema opere somente em repartição, como eram tratados estes regimes antes da reforma constitucional de 1998.

196. Ressalte-se que a matéria previdenciária tem que ser analisada sob a ótica do curto, médio e longo prazos, descartadas quaisquer soluções simplistas que importem risco de alocação ineficiente ou antieconômica dos recursos garantidores das provisões matemáticas, sob pena de responsabilidade. Para assegurar a solvência do RPPS, é fundamental estabelecer critérios para a liquidez dos ativos e recursos, construindo uma solução duradoura de equilíbrio e não casuística, com o propósito de utilizarem-se seus recursos acumulados.

197. Destaque-se, ainda uma vez, a importância do prévio estudo atuarial para se aferir de forma técnica e objetiva a solvência e liquidez do RPPS. Cabe ao Ministério da Previdência Social, no cumprimento de sua missão institucional, orientar, supervisionar e acompanhar os RPPS, de forma objetiva, em consonância com os ditames constitucionais e legais. Contudo, os estudos técnicos a serem apresentados são indispensáveis, sobretudo para a observância do equilíbrio financeiro e atuarial e da Lei de Responsabilidade Fiscal.

198. Destarte, caberá à SPPS reconhecer a adequação das alterações na estrutura de planos de benefícios somente após a análise do relatório do estudo atuarial que demonstre a viabilidade técnica e jurídica da proposta, tanto no que se refere ao equilíbrio financeiro e atuarial, quanto em relação aos ditames da LRF.

199. O estudo atuarial é, assim, basilar para quaisquer modificações na estrutura de um regime previdenciário, de forma que nada poderá ser feito em desconformidade com a técnica e, sobretudo, nem ao arrepio da Lei Maior.

200. Aponte-se que modelos e orientações sobre propostas de instituição e revisão da segregação da massa destinadas à análise prévia da SPPS encontram-se disponíveis no sítio do MPS na internet, no seguinte endereço: <http://www.previdencia.gov.br/cadprev-ente-local-aplicativo-desktop-elaboracao-de-demonstrativos/>.

201. Assim, qualquer iniciativa que repercuta no plano de custeio ou na modelagem atuarial do RPPS precisa estar baseada em estudo técnico fundamentado que evidencie todos os seus impactos, a preservação dos recursos acumulados e a garantia ou promoção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

202. Uma medida já adotada, como, por exemplo, a segregação da massa, não pode ser substituída por outra que não observe os critérios constantes da legislação ou que se configure menos eficiente na promoção ou manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

203. Dessa forma, num sistema previdenciário desequilibrado, a substituição de uma iniciativa que promove a redução do déficit atuarial por outra que tende a ampliar esse déficit, seja a curto, médio ou longo prazos, atenta, a um só tempo, contra vários princípios estabelecidos na Constituição Federal: o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial (art. 40), o princípio da eficiência (art. 37) e o princípio da economicidade (art. 70).

204. Não se efetiva o equilíbrio atuarial sem a adoção, no mínimo, do regime de capitalização, mutualista, para os benefícios programáveis (aposentadoria de válidos), com a formação de uma reserva e a constituição de fundos integrados por bens, direitos e ativos de qualquer natureza. A importância da efetivação do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS vem sendo reafirmada em decisões proferidas pelo STF, conforme referido nesta Nota Técnica.

205. Em face do exposto, iniciativas legislativas de extinção de Fundo Previdenciário e de criação de um único Plano Financeiro, ou de constituição de um novo Plano Previdenciário que tenha início sem nenhum segurado, constituem-se em medidas contrárias à efetivação do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS.

206. Caso tais revisões sejam ultimadas pelo ente federativo, sem aprovação prévia da SPPS, nos termos do art. 22 da Portaria MPS nº 403/2008, não será possível a renovação do Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP, por descumprimento do art. 5º, II e conforme o procedimento previsto no art. 10, § 3º da Portaria MPS nº 204/2008, o que impactará no desenvolvimento e financiamento locais, provocando, contudo, dano ainda maior por não se assegurar a sustentabilidade do RPPS.

207. Considerando a dimensão do passivo atuarial do RPPS e a ilegal transferência de recursos de um plano para o outro, sem a correspondente integralização de reservas garantidoras, observa-se a possibilidade de serem imediatamente consumidos recursos já acumulados pelo regime e de elevação, em consequência disso, da necessidade de destinação de mais recursos fiscais para garantir o pagamento dos benefícios do plano de previdência dos servidores públicos.

208. Isso ensejará ampliação e aprofundamento no desajuste das contas públicas e poderá certamente comprometer a capacidade administrativa do ente federativo, resultando em prejuízo não apenas para os servidores públicos, que são segurados dos RPPS, mas para toda a população do ente federativo instituidor.

209. Por fim, não é demais registrar que qualquer aumento de despesa previdenciária, além de obedecer aos princípios da legalidade, da disponibilidade financeira e orçamentária e da existência de fonte de custeio, deverá ser considerado nas reavaliações atuariais realizadas anualmente, visto que afeta o equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS.

X. CONCLUSÕES

210. De todo o exposto nesta Nota Técnica, conclui-se que:

- a) Nos termos da Portaria MPS nº 403/2008, compete a esta SPPS autorizar alterações na estrutura de planos de benefícios. Para tanto, o projeto de lei deve ser submetido a sua análise prévia, acompanhado, no mínimo, do relatório do estudo atuarial que demonstre a viabilidade técnica e jurídica da proposta, considerando o mandamento constitucional que preconiza observância do equilíbrio financeiro e atuarial. Esse estudo deverá dimensionar o montante dos compromissos previdenciários, a partir da base de dados e hipóteses aderentes à massa de segurados e beneficiários, e estabelecer plano de custeio e de equacionamento que

deve estar fundamentado não somente em relação a sua viabilidade jurídica, mas também econômica, financeira e fiscal.

- b) Pode ser efetuada proposta de revisão ou remodelagem da segregação da massa, desde que apresentado prévio estudo que indique, dentre vários cenários, qual a alternativa mais eficiente e econômica sob o ponto de vista da boa técnica atuarial e da fiel obediência aos comandos constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria.
- c) A proposta de alteração da segregação da massa deverá estar acompanhada de estudo atuarial em que se evidencie que a medida mantém o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, vez que somente por meio dele é que se pode estabelecer o montante da contribuição do ente necessário a que se garantam os recursos que financiarão as obrigações do plano.
- d) Somente com prévio estudo atuarial é possível se aferir, de forma técnica e objetiva, o percentual da alíquota do custo de equilíbrio, para depois fazer-se constar de lei o plano anual de custeio.
- e) Em face da vinculação dos recursos existentes no Plano/Fundo Previdenciário ao pagamento de benefícios de seus participantes, é vedada sua destinação para o Plano Financeiro, sob pena de afronta ao equilíbrio financeiro e atuarial (art. 40 da Constituição Federal, art. 1º da Lei nº 9.717/1998 e art. 69 da Lei de Responsabilidade Fiscal) e à proibição da transferência de direitos, obrigações e recursos entre os planos (art. 21, § 2º da Portaria MPS nº 403/2008), admitindo-se sua revisão somente se demonstrado que a proposta atende aos requisitos estabelecidos no art. 25 daquela Portaria.
- f) Os benefícios de prestação continuada de aposentadorias programáveis, pensão por morte em atividade, aposentadoria por invalidez, dentre outros, devidos pelos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS, deverão ser obrigatoriamente estruturados, no mínimo, em regime financeiro de capitalização ou avaliados em regime financeiro de repartição de capitais de cobertura, na forma do art. 4º da Portaria MPS nº 403/2008. Desta forma, os estudos técnicos deverão demonstrar que o regime financeiro, os custos e as fontes de custeio adotados sejam os mais adequados, de forma a não descapitalizar o RPPS, não sendo admissível que todos os benefícios sejam avaliados em regime de repartição simples.

- g) Ao se desfazer a segregação da massa e se aglutinarem os segurados e beneficiários vinculados ao Plano Previdenciário e ao Plano Financeiro em um único Plano Financeiro, vislumbra-se o reaparecimento de um considerável déficit atuarial, uma vez que se quebra a lógica do seu equacionamento promovida pela segregação, caracterizando retrocesso em relação a medidas anteriormente adotadas para o equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS.
- h) A revisão ou desfazimento da segregação da massa dos segurados, em desacordo com a legislação que estabelece as normas gerais de organização e funcionamento dos RPPS e com os princípios da boa técnica definidos pela Ciência Atuarial, impossibilita a efetivação de política pública de construção do equilíbrio financeiro e atuarial do regime de previdência dos servidores públicos e resulta em agravamento no desajuste das finanças públicas, motivo pelo qual o Ministério da Previdência Social posiciona-se contrariamente a iniciativas dessa natureza.

Sendo o que se tem a esclarecer sobre o tema, submete-se esta Nota Técnica à aprovação do Secretário de Políticas de Previdência Social, sugerindo-se sua ampla divulgação.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

DAVID PINHEIRO MONTENEGRO **ALLEX ALBERT RODRIGUES**

Auditor-Fiscal da Receita Federal
do Brasil

Coordenador-Geral de Auditoria,
Atuária, Contabilidade e Investimentos

NARLON GUTIERRE NOGUEIRA

Diretor do Departamento dos Regimes de
Previdência no Serviço Público

**SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, em 03
de março de 2015.**

1. Ciente e de acordo com os termos da Nota Técnica nº 03/2015/DRPSP/SPPS/MPS.
2. Providencie-se a sua divulgação, na forma proposta.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

BENEDITO ADALBERTO BRUNCA
Secretário de Políticas de Previdência Social

NOTA TÉCNICA

Nº 09/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS

Brasília, 22 de janeiro de 2015.

EMENTA

REGIME JURÍDICO DE TRABALHO E REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E DOS AGENTES DE COMBATE ÀS ENDEMIAS.

INTRODUÇÃO

Os Regimes Próprios de Previdência Social têm solicitado a este Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público - DRPSP, da Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS, com frequência, orientação a respeito do tema sobre o qual versa esta Nota Técnica.

2. O que lhes interessa é conhecer o posicionamento desta Secretaria quanto aos regimes jurídicos de trabalho e de previdência social aplicáveis aos Agentes Comunitários de Saúde - ACS e Agentes de Combate às Endemias - ACE, os quais exercem atividades de responsabilidade dos entes federados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

3. No uso da competência atribuída à União pelo art. 9º da Lei nº 9.717, de 1998, por intermédio do Ministério da Previdência Social - MPS, para a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, elaboramos a manifestação técnica que se segue.

I- DA RELEVÂNCIA SOCIAL E POLÍTICA DA QUESTÃO OBJETO DESTA NOTA TÉCNICA

4. Nos termos da Seção II (Da Saúde) do Título VIII da Constituição Federal de 1988, arts. 196 a 200, e da Lei nº 8.080, de 19.9.1980, todo ser humano tem

o direito social fundamental à saúde, devendo o Estado garanti-lo por meio da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, inclusive, ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

5. O Sistema Único de Saúde (SUS) é o conjunto de ações e serviços de saúde, de relevância pública, prestados diretamente por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, em que a iniciativa privada pode participar de forma complementar, integrando uma rede regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente, segundo estas diretrizes constitucionais (art. 198):

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

6. O financiamento do SUS provém de recursos da seguridade social dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

7. À direção nacional do SUS, exercida pelo Ministério da Saúde, compete elaborar o Planejamento Estratégico Nacional, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e o Distrito Federal, conforme o inciso XVIII do art. 16 da Lei nº 8.080, de 1980.

8. O exercício dessa atribuição estratégica, pela União, verifica-se atualmente na Política Nacional de Atenção Básica, aprovada pela Portaria MS nº 2.488, de 21.10.2011.

9. O Anexo I desse ato normativo dispõe sobre o sentido e alcance da Atenção Básica (que é expressão atualmente equivalente a *atenção primária à saúde*) nestes termos:

A Atenção Básica caracteriza-se por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde e autonomia das pessoas e nos determinantes e condicionantes de saúde das coletividades. É desenvolvida por meio

do exercício de práticas de cuidado e gestão, democráticas e participativas, sob forma de trabalho em equipe, dirigidas a populações de territórios definidos, pelas quais assume a responsabilidade sanitária, considerando a dinamicidade existente no território em que vivem essas populações. Utiliza tecnologias de cuidado complexas e variadas que devem auxiliar no manejo das demandas e necessidades de saúde de maior frequência e relevância em seu território, observando critérios de risco, vulnerabilidade, resiliência e o imperativo ético de que toda demanda, necessidade de saúde ou sofrimento devem ser acolhidos.

É desenvolvida com o mais alto grau de descentralização e capilaridade, próxima da vida das pessoas. Deve ser o contato preferencial dos usuários, a principal porta de entrada e centro de comunicação da Rede de Atenção à Saúde. Orienta-se pelos princípios da universalidade, da acessibilidade, do vínculo, da continuidade do cuidado, da integralidade da atenção, da responsabilização, da humanização, da equidade e da participação social. A Atenção Básica considera o sujeito em sua singularidade e inserção sociocultural, buscando produzir a atenção integral.

10. Portanto, a Atenção Básica é a principal porta de entrada do SUS, dado o seu grau de descentralização e capilaridade. Em seu âmbito, as ações e serviços de saúde estão a cargo de uma equipe multidisciplinar (equipe de saúde da família), cuja atuação sanitária cobre uma população e território definidos.

11. Ainda de acordo com a referida Política Nacional, são responsabilidades comuns a todas as esferas de governo, entre outras:

- a) apoiar e estimular a adoção da estratégia Saúde da Família pelos serviços municipais de saúde como estratégia prioritária de expansão, consolidação e qualificação da atenção básica à saúde;
- b) garantir a infraestrutura necessária ao funcionamento das Unidades Básicas de Saúde, de acordo com suas responsabilidades;
- c) contribuir com o financiamento tripartite da Atenção Básica.

12. Tendo por objetivo a reorganização da Atenção Básica no Brasil, a União, por intermédio do Ministério da Saúde, incentiva a adoção da **Estratégia de Saúde da Família (ESF)** pelos demais entes da Federação, mediante a transferência de recursos financeiros federais. Releva destacar algumas especificidades dessa

ESF com vistas à composição e atuação da aludida equipe de saúde da família, consoante a Portaria MS nº 2.488, de 2011:

- I - existência de equipe multiprofissional (equipe saúde da família) composta por, no mínimo, médico generalista ou especialista em saúde da família ou médico de família e comunidade, enfermeiro generalista ou especialista em saúde da família, auxiliar ou técnico de enfermagem e agentes comunitários de saúde, podendo acrescentar a esta composição, como parte da equipe multiprofissional, os profissionais de saúde bucal: cirurgia dentista generalista ou especialista em saúde da família, auxiliar e/ou técnico em Saúde Bucal;
- II - o número de ACS deve ser suficiente para cobrir 100% da população cadastrada, com um máximo de 750 pessoas por ACS e de 12 ACS por equipe de Saúde da Família, não ultrapassando o limite máximo recomendado de pessoas por equipe;
- III - cada equipe de saúde da família deve ser responsável por, no máximo, 4.000 pessoas, sendo a média recomendada de 3.000 pessoas, respeitando critérios de equidade para esta definição. Recomenda-se que o número de pessoas por equipe considere o grau de vulnerabilidade das famílias daquele território, sendo que quanto maior o grau de vulnerabilidade menor deverá ser a quantidade de pessoas por equipe;

13. A Política Nacional de Atenção Básica também prevê a implantação da estratégia de Agentes Comunitários de Saúde nas Unidades Básicas de Saúde como um primeiro passo para a reorganização gradual da Atenção Básica, convergente para a adoção da Estratégia de Saúde da Família.

14. Atualmente, segundo a Portaria MS nº 314, de 28.2.2014, está fixado em R\$ 1.014,00 (mil e quatorze reais), por Agente Comunitário de Saúde, o valor mensal do incentivo financeiro referente aos ACS das Estratégias de Agentes Comunitários de Saúde e de Saúde da Família, por conta do orçamento do Ministério da Saúde para o programa de trabalho 10.301.2015.20AD – Piso de Atenção Básica Variável – Saúde da Família.

15. Convém destacar ainda que, com a edição da Lei nº 12.994, de 17.6.2014, foi instituído **piso salarial profissional nacional** para as Carreiras de ACS e ACE, no mesmo valor do incentivo de custeio antes referido (portanto, os entes federativos não poderão fixar o vencimento inicial abaixo de mil e quatorze reais mensais, para a jornada de 40 horas semanais). Para o seu cumprimento, a União

prestará assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios no valor correspondente a 95% desse piso, podendo ser ampliada mediante incentivo financeiro para fortalecimento de políticas afetas à atuação desses agentes, conforme parâmetros e valores a serem fixados em decreto do Poder Executivo federal.

16. Somente de recursos federais para o bloco de financiamento da Atenção Básica, em seus componentes fixo (Piso de Atenção Básica - **PAB fixo**, destinado a todos os Municípios) e variável (**PAB variável**, destinado a estimular a implantação das estratégias nacionais de reorganização do modelo de atenção à saúde: Saúde da Família - SF; Agentes Comunitários de Saúde - ACS; Saúde Bucal - SB; Compensação de Especificidades Regionais; Saúde Indígena - SI; e Saúde no Sistema Penitenciário), foram fixadas no Orçamento da União para o exercício financeiro de 2014, conforme a Lei Orçamentária Anual - LOA, Lei nº 12.952, de 20.1.2014, **as despesas em R\$ 5,2 bilhões e R\$ 11,1 bilhões, respectivamente**, sob os títulos Piso de Atenção Básica Fixo (Ação 8577) e Piso de Atenção Básica Variável – Saúde da Família (Ação 20AD)¹.

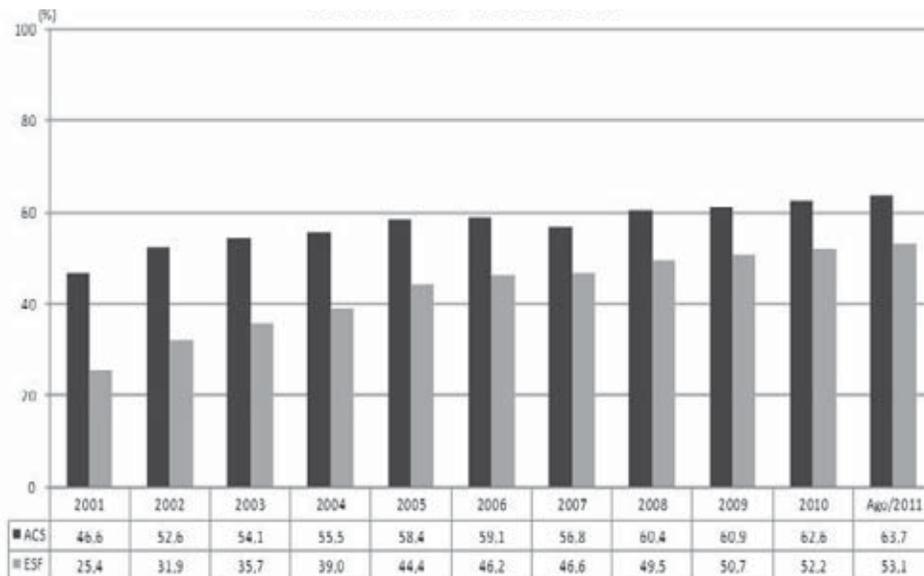
17. Em 2003, havia 19 mil equipes de saúde da família implantadas em 4,4 mil municípios, cobrindo 35,7% da população brasileira, o que correspondia a 62,3 milhões de pessoas. Em agosto de 2011, o número dessas equipes ultrapassava 30 mil, e sua cobertura alcançava 5,2 mil municípios e 94 milhões de pessoas, ou seja, **53,1%** da população.

18. Já o número de ACS aumentou, nesse mesmo período, de 176 mil para 248 mil agentes, cuja cobertura abrangia **121 milhões de pessoas em agosto de 2011**, correspondendo a **63,7%** da população brasileira.

19. Confira-se a evolução histórica da cobertura das Estratégias de Agentes Comunitários de Saúde e de Saúde da Família nas figuras transcritas a seguir, conforme os dados apresentados pelo Departamento de Atenção Básica da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde (Disponível em: <<http://dab.saude.gov.br/abnumeros.php>>. Acesso em: 29 abr. 2014):

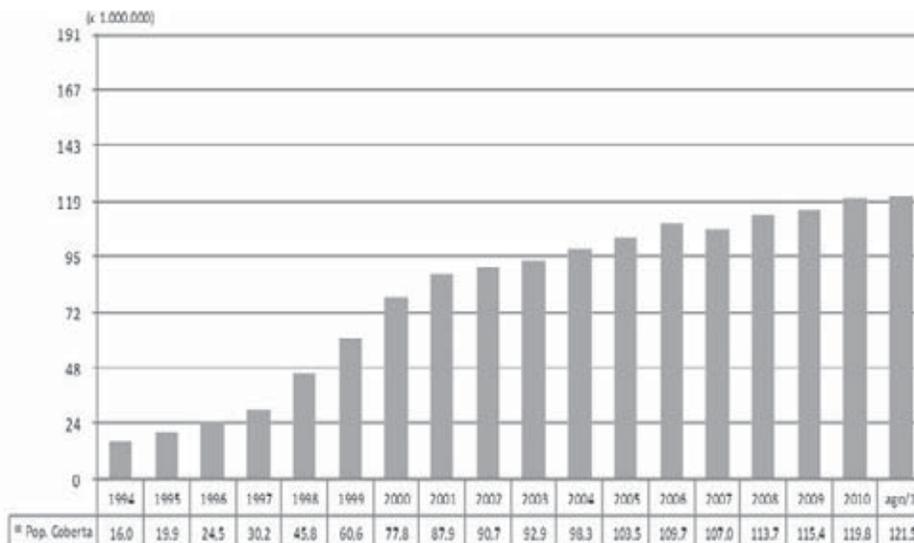
¹ De acordo com o volume II da LOA, disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-aneais/orcamento-2014/orcamentos_aneais_view?anoOrc=2014>. Acesso em: 28 abr. 2014.

Evolução da Cobertura Populacional (%) de ACS e ESF BRASIL - 2001 – AGOSTO 2011



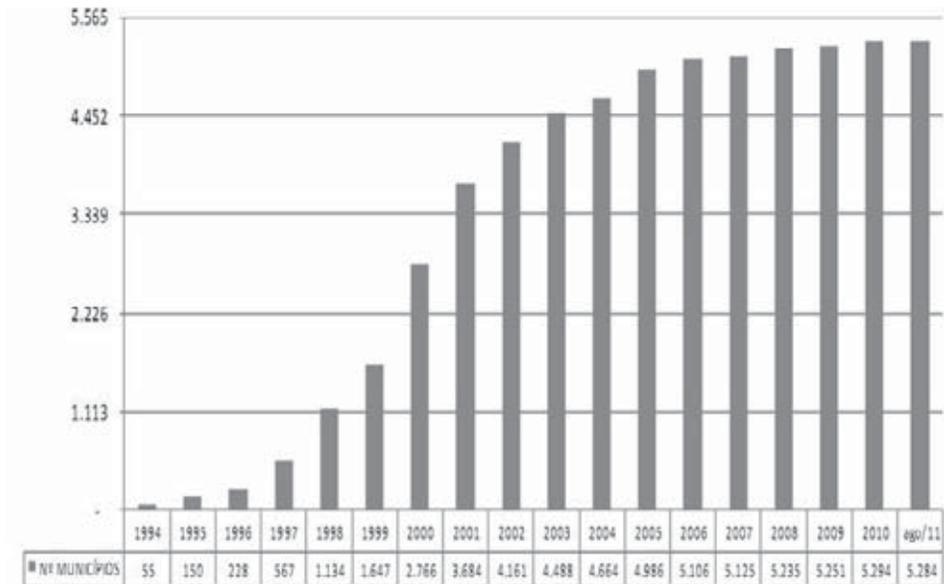
FONTE: SIAB – Sistema de Informação da Atenção Básica
 SCNES – Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos em Saúde

Evolução da População Coberta por Agentes Comunitários de Saúde Implantados BRASIL - 1994 - AGOSTO 2011



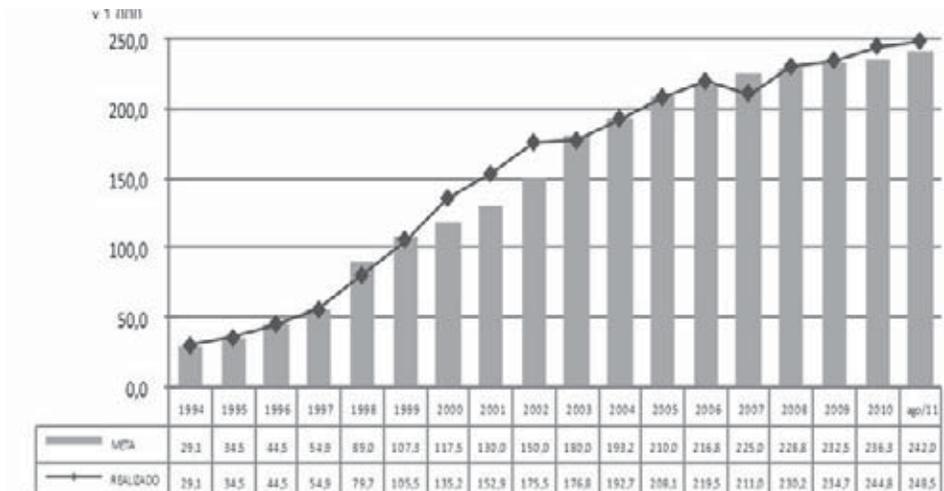
FONTE: SIAB – Sistema de Informação da Atenção Básica
 SCNES – Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos em Saúde

Evolução do Número de Municípios com Equipes de Saúde da Família Implantadas BRASIL - 1994 – AGOSTO 2011



FONTE: SIAB – Sistema de Informação da Atenção Básica
SCNES – Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos em Saúde

Meta e Evolução do Número de Agentes Comunitários de Saúde Implantados BRASIL - 1994 - AGOSTO 2011



FONTE: SIAB – Sistema de Informação da Atenção Básica
SCNES – Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos em Saúde

20. Por tudo isto se vê que a matéria objeto desta Nota Técnica é relevante do ponto de vista social e político, além de sua importância em termos financeiros e orçamentários para todos os entes federativos.

II. DA ADMISSÃO DE AGENTES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SAÚDE (ACS e ACE), PELOS GESTORES LOCAIS DO SUS, NAS DEZ MAIORES CIDADES DO BRASIL

21. Não obstante a relevância social e política da matéria, não se verifica um quadro normativo uniforme para a admissão de Agentes Comunitários de Saúde pelos gestores locais do SUS. E isto, sem dúvida, repercute nos regimes de Previdência Social, o que analisaremos mais adiante.

22. Tomemos como exemplo as recentes admissões de ACS para o exercício de atividades no âmbito do SUS, realizadas nas dez maiores cidades do Brasil, conforme o levantamento abaixo, em que não se pode traçar um modelo de recrutamento comum para esses agentes públicos de saúde.

(I) São Paulo – SP

Segundo informações obtidas no sítio oficial da Prefeitura de São Paulo na Internet, são firmados convênios com instituições da sociedade civil para fins de implantação das Estratégias de Saúde da Família e de Agentes Comunitários de Saúde².

Por exemplo, o processo de seleção nº 001/2014-SMS.G/NTCSS, fora “destinado às ORGANIZAÇÕES SOCIAIS qualificadas em conformidade com o disposto na Lei Municipal nº 14.132 de 24 de janeiro de 2006, combinada com o Decreto Municipal nº 52.858, de 20 de dezembro de 2011, objetivando o gerenciamento e execução de ações e serviços de saúde em Unidades de Saúde da Rede Assistencial da Supervisão Técnica de Saúde de Parelheiros, no Município de São Paulo, Estado de São Paulo”³.

O Anexo Técnico (Informações Técnico-Gerenciais) desse processo de seleção de organização social informa que as ações e serviços de saúde,

² SÃO PAULO (Município). Prefeitura Municipal. Secretaria Municipal da Saúde. Estratégia saúde da família – esf. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/atencao_basica/esf/index.php?p=17783>. Acesso em: 29 abr. 2014.

³ SÃO PAULO (Município). Prefeitura Municipal. Secretaria Municipal da Saúde. Editais. Disponível em: <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/editais/index.php?p=6177>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

a serem executados mediante contrato de gestão com a Prefeitura do Município de São Paulo, devem contar com um número mínimo de ACS por equipes de saúde da família, entre outros profissionais, nas unidades de saúde nomeadas naquele documento, exigindo que a Organização Social tenha critérios para a sua contratação “para obter e manter o credenciamento das equipes de estratégia de saúde da família, inclusive da modalidade de saúde bucal, segundo os requisitos do Ministério da Saúde”⁴.

Esse modelo de recrutamento de ACS pode ser visto no recente Edital nº 8/2014 do processo seletivo para Agente Comunitário de Saúde, aberto pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - Programa de Atenção Integral à Saúde (SPDM/PAIS)⁵, cujo regime jurídico de trabalho previsto é o da CLT, estando tal contratação por essa Organização Social vinculada à Estratégia de Saúde da Família no Município de São Paulo.

(II) Rio de Janeiro – RJ

Nos termos do recente Edital IABAS/FBR nº 8/2014 do processo seletivo público para formação de cadastro de reserva de Agentes Comunitários de Saúde, visando ao programa de Estratégia de Saúde da Família no Município do Rio de Janeiro, cuja realização estará sob a responsabilidade da Fundação BIO-RIO (FBR), está prevista a contratação pelo Instituto de Atenção Básica e Avançada em Saúde (IABAS) sob o regime jurídico da CLT.

No referido Edital lê-se: “A Diretora de Recursos Humanos do Instituto de Atenção Básica e Avançada à Saúde – IABAS, no uso das atribuições conferidas pela Legislação em vigor, considerando o Contrato de Gestão firmado com a Prefeitura do Município do Rio de Janeiro, por intermédio da Secretaria Municipal de Saúde e Defesa Civil – SMSDC (...)”⁶, ou seja, a execução das ações e serviços de saúde no âmbito da Estratégia de Saúde da Família é objeto de contrato de gestão. Note-se que o IABAS (pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos) adaptou-se à Lei Federal

⁴ SÃO PAULO (Município). Prefeitura Municipal. Secretaria Municipal da Saúde. Editais. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/Selecao/anexo_parelheiros.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2014.

⁵ Edital disponível em: <<http://www.spdmpais.org.br/site/municipio-de-sao-paulo.html>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

⁶ Edital disponível em: <<http://concursos.biorio.org.br/iabas2014-ACS-maio/IABAS2014-ACS-AP4.0/arquivos/edital/edital.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

nº 9.637, de 15.5.1998, para atuar como Organização Social, consoante o disposto no art. 1º de seu Estatuto Social⁷.

(III) Salvador – BA

A Lei Municipal nº 7.196, de 11.1.2007, havia criado empregos públicos de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, contratados pelo regime jurídico da CLT, mediante prévio processo seletivo público.

Posteriormente, com a edição da Lei Municipal nº 7.955, de 20.1.2011, houve alteração do regime jurídico desses agentes de saúde. Aqueles que ocupavam até então empregos públicos, providos mediante anterior processo de seleção pública, tiveram assegurado o direito de optar pela mudança de regime jurídico de trabalho e, se o exerceram no prazo fixado, foram investidos nos cargos públicos efetivos recém-criados para tais funções por essa mesma Lei. Mas, para quem não exerceu essa opção, o regime continuou a ser o contratual (celetista) da Lei nº 7.196, de 2007, e o respectivo emprego passou a integrar quadro em extinção. Confirmam-se os principais dispositivos legais neste sentido:

Lei Municipal nº 7.955/2011⁸

Art. 1º Ficam criados na estrutura da Secretaria Municipal da Saúde 1.816 (um mil oitocentos e dezesseis) cargos de Agente Comunitário de Saúde e 2.200 (dois mil e duzentos) cargos de Agente de Combate às Endemias, todos sob Regime Jurídico Administrativo.

§ 1º Os atuais ocupantes dos empregos públicos de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias que tenham ingressado no emprego mediante processo seletivo público ou na forma da Emenda Constitucional nº 51/2006, têm assegurado o direito a optarem pela mudança de seu regime jurídico laboral, hipótese em que serão providos nos cargos criados, observada a correlação de atribuições do seu emprego extinto e do cargo criado por esta Lei.

§ 2º A opção a que se refere o parágrafo anterior deverá ser

⁷ O Estatuto Social do IABAS está disponível em: <http://iabas.org.br/?page_id=208>. Acesso em: 30 abr. 2014.

⁸ SALVADOR. Câmara Municipal. Lei nº 7.955, de 20 de janeiro de 2011. Altera o regime jurídico dos agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, altera e acrescenta dispositivos à lei nº 7.867 de 12 de julho de 2010, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/camara/ba/salvador>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

manifestada no prazo de 120 (cento e vinte) dias a partir da promulgação da presente Lei, conforme Termo de Opção constante no Anexo I.

Art. 2º Ficam extintos os atuais empregos públicos de Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias constantes da Lei nº 7.196/2007 daqueles que fizerem a opção na forma do art.1º e seus parágrafos, desta Lei.
Parágrafo Único - Os ocupantes dos empregos públicos de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias que tenham ingressado no emprego mediante processo seletivo público ou na forma da Emenda Constitucional nº 51/2006, que não optarem pela mudança de seu regime jurídico laboral constituirão Quadro de Empregos em Extinção e continuarão regidos pelo regime contratual e pelo disposto na Lei nº 7.196/2007.

Art. 3º Os Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias passam a integrar, no que couber, o Plano de Cargos e Vencimentos dos Profissionais de Saúde da Prefeitura Municipal do Salvador, instituído pela Lei nº 7.867, de 12 de julho de 2010.

Art. 6º Ficam alterados o caput e os incisos do art. 9º da Lei nº 7.867/2010, que passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 9º Os cargos de provimento efetivo que integram o Grupo dos Profissionais de Saúde e o Grupo de Agentes de Saúde ficam organizados da seguinte forma:

I - Grupo dos Profissionais de Saúde:

(...).

II - Grupo de Agentes de Saúde:

a. Grupo de Agentes de Saúde, integrado pelos cargos:

1. Agente Comunitário de Saúde;

2. Agente de Combate às Endemias.”

(IV) Brasília – DF

Promulgada há pouco tempo, a Lei Distrital nº 5.237, de 16.12.2013, criou a carreira Vigilância Ambiental e Atenção Comunitária à Saúde, composta pelos cargos de agente de vigilância ambiental e agente comunitário de saúde, vinculados ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do DF. O ingresso nesses cargos exige concurso público de provas ou provas e títulos, conforme o seu art. 4º.

Essa Lei também assegurou aos agentes de saúde de vigilância ambiental e comunitários, que pertenciam à Tabela Especial de Empregos Comuni-

tários do DF à época de sua edição, a opção por integrar a mencionada carreira, ou a de permanecer ocupando emprego público, submetido à CLT, no quadro em extinção, nestes termos⁹:

Art. 20. Os atuais agentes de vigilância ambiental em saúde e os agentes comunitários de saúde pertencentes à Tabela Especial de Emprego Comunitário do Distrito Federal podem, mediante manifestação expressa, de caráter irrevogável e irrevogável, em até noventa dias após a publicação desta Lei, fazer opção para integrar a carreira Vigilância Ambiental e Atenção Comunitária à Saúde, na forma do Anexo II.

§ 1º Nos casos de afastamentos e licenças legais, a opção pode ser feita até o primeiro dia subsequente ao seu término.

§ 2º Somente pode valer-se dos termos deste artigo o agente de vigilância ambiental em saúde e o agente comunitário de saúde que tenha convalidado sua participação em processo seletivo ou concurso público na forma do art. 198, § 4º, da Constituição Federal e do art. 2º, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, bem como os que cumpriram os requisitos previstos no art. 37, II, da Constituição Federal.

§ 3º Os agentes de vigilância ambiental em saúde e os agentes comunitários de saúde que não façam opção permanecem na Tabela Especial de Emprego Comunitário do Distrito Federal, submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho e no quadro em extinção.

(V) Fortaleza – CE

A Lei Municipal nº 9.941, de 19.11.2012, alterou o regime jurídico dos Agentes Comunitários de Saúde e de Combate às Endemias de celetista para estatutário, transformando os respectivos empregos públicos em cargos públicos, em relação aos agentes anteriormente admitidos em seleção pública e/ou na forma da Emenda Constitucional nº 51, de 2006, e que resolveram optar por essa mudança de regime. Além disso, dispôs que o provimento dos cargos públicos de ACS e ACE far-se-á mediante processo seletivo público simplificado. Confira-se:

⁹ DISTRITO FEDERAL. Lei nº 5.237, de 16 de dezembro de 2013. Dispõe sobre a carreira Vigilância Ambiental e Atenção Comunitária à Saúde do Quadro de Pessoal do Distrito Federal e dá outras providências. *Diário Oficial do Distrito Federal*, Brasília, DF, 17 dez. 2013. Seção 1, p. 1-2. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/63126037/dodf-secao-01-17-12-2013-pg-1/pdfView>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

Lei Municipal nº 9.941/2012¹⁰

Art. 1º É assegurado aos atuais ocupantes dos empregos públicos de Agente de Combate a Endemias e de Agente Comunitário de Saúde realizar opção de, nos termos do Anexo Único desta Lei, mudança do regime de celetista para o estatutário, o qual é regido pela Lei n. 6.794/90.

§ 1ª opção será realizada em até 30 (trinta) dias após a publicação desta Lei, em caráter irrevogável e irretroatável, formalizada perante a Secretaria de Administração do Município.

§ 2º Para todos os efeitos legais, ficam os atuais empregos públicos, criados pelas Leis Complementares n. 25/2006 e 45/2007, transformados em cargos públicos, que serão ocupados pelos atuais Agentes de Combate a Endemias e Agentes Comunitários de Saúde que optarem pela mudança de regime jurídico tratada no caput, e que foram admitidos em seleção pública e/ou na forma da Emenda n. 51/2006.

§ 3º Caso não seja concretizada a opção de que trata esta Lei, o empregado público continuará regido pela Lei n. 45/2007 e Lei n. 9.897/12, assegurando-se-lhes a revisão geral anual de seus salários pelo índice que for concedido aos servidores públicos em geral.

[...].

Art. 5º O provimento para o cargo de agentes comunitários de saúde e de agentes de combate a endemias será precedido de processo seletivo público simplificado, de provas ou de provas e títulos, conforme o edital de convocação e a legislação aplicável à espécie, observados os princípios da impessoalidade e da publicidade e os seguintes requisitos:

[...].

Art. 7º Ficam extintos os empregos públicos criados pelas Leis Complementares Municipais 26/2005 e 45/2007 (consolidados pela Lei Municipal n. 9.897/12) daqueles que realizarem a opção pela mudança de regime jurídico, ficando encerrados os respectivos contratos de trabalho.

(VI) Belo Horizonte – MG

Na estrutura funcional da Administração direta do Poder Executivo do Município de Belo Horizonte, foram criados empregos públicos de Agente

¹⁰ FORTALEZA. Prefeitura Municipal. Lei nº 9.941, de 19 de novembro de 2013. Confere a opção de mudança de regime jurídico aos Agentes Comunitários de Saúde e de Combate às Endemias do Município de Fortaleza, e dá outras providências. *Diário Oficial do Município*, Fortaleza, CE, 20 nov. 2012. p. 1. Disponível em: <<http://www.fortaleza.ce.gov.br/diarios-oficiais>>. Acesso em: 2 maio 2014.

Comunitário de Saúde e Agente de Combate a Endemias, providos mediante processo seletivo público, com regime contratual (celetista) e vinculação ao Regime Geral de Previdência Social, na forma da Lei Municipal nº 9.490, de 14.1.2008. Além disso, os profissionais que exerciam as atividades próprias de ACS, anteriormente submetidos a processo seletivo autorizado e supervisionado pela Administração direta até a Emenda Constitucional nº 51/2006, foram investidos nos empregos públicos criados por essa Lei. Vejamos os dispositivos legais correspondentes:

Lei Municipal nº 9.490/2008¹¹

Art. 1º - Em atendimento ao disposto nos parágrafos 4º e 5º do art. 198 da Constituição da República, combinado com o disposto na Lei Federal nº 11.350, de 5 de outubro de 2006, ficam criados na estrutura funcional da administração direta do Executivo, vinculados à Área de Atividades de Saúde instituída pela Lei Municipal nº 7.238, de 30 de dezembro de 1996, os empregos públicos de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate de Endemias I e II, destinados ao cumprimento das atribuições definidas nesta Lei, exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

§ 1º - Os ocupantes dos empregos públicos de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate a Endemias I e II submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - e ao Regime Geral de Previdência disciplinado pelas leis federais nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, sendo-lhes vedada a aplicação da legislação pertinente aos servidores públicos efetivos integrantes da estrutura funcional da administração direta do Executivo, especialmente o disposto na Lei nº 7.169, de 30 de agosto de 1996, exceto em relação, ao que couber, nos termos do regulamento desta Lei, à matéria disciplinar.

§ 2º - Os ocupantes dos empregos públicos de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate a Endemias I, cujo nível de escolaridade é o ensino fundamental completo até a 8ª série, e de Agente de Combate a Endemias II, cujo nível de escolaridade é o ensino médio completo, serão contratados mediante processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, conforme dispuser o regulamento desta Lei.

[...].

¹¹ BELO HORIZONTE. Câmara Municipal. Lei nº 9.490, de 14 de janeiro de 2008. Cria os empregos públicos efetivos de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate a Endemias I e II e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao>>. Acesso em: 2 maio 2014.

Art. 8º - Os profissionais que, na data de publicação desta Lei, exerçam atividades próprias de Agente Comunitário de Saúde e Agente de Combate a Endemias I e II, prestando serviços sob a coordenação da Secretaria Municipal de Saúde, não investidos em cargo ou emprego público, poderão permanecer no exercício dessas atividades, até que seja concluída a realização do processo seletivo público previsto nesta Lei, no prazo de até 12 (doze) meses contados da publicação desta Lei.

§ 1º - Excetuam-se da regra do *caput* deste artigo os profissionais em exercício das atividades próprias de Agente Comunitário de Saúde que se submeteram a processo seletivo autorizado e supervisionado pela administração direta do Executivo até a data da edição da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, conforme rol a ser publicado no Diário Oficial do Município.

§ 2º - Os profissionais referidos no § 1º deste artigo serão investidos nos empregos públicos de Agente Comunitário de Saúde criados nesta Lei até o dia 31 de dezembro de 2007, e lotados na estrutura funcional da administração direta do Executivo.

[...]

(VII) Manaus – AM

A Lei Municipal nº 198, de 3.9.2008, criou cargos públicos de Agente Comunitário de Saúde, sob regime jurídico único estatutário, providos mediante processo seletivo público, e assegurou aos ACS contratados até 14.2.2006 a investidura e estabilidade nos referidos cargos, nestes termos:

Lei Municipal nº 196/2008¹²

Art. 1º Em atendimento ao disposto nos parágrafos 4º e 5º do art. 198 da Constituição da República, combinado com o disposto na Lei Federal nº 11.350, de 5 de outubro de 2006, fica criado, na estrutura funcional da administração direta do Poder Executivo Municipal, vinculados à área de atividades de Saúde, o cargo público de Agente Comunitário de Saúde, nos termos desta Lei.

Parágrafo único. O quantitativo do cargo de Agente Comunitário de Saúde é de 2.005 vagas.

¹² MANAUS. Prefeitura Municipal. Lei nº 196, de 3 de setembro de 2008. Dispõe sobre a criação do cargo público de Agente Comunitário de Saúde e dá outras providências. *Diário Oficial do Município*, Manaus, AM, 9 set. 2008. p. 8. Disponível em: <<http://dom.manaus.am.gov.br/pdf/2008/setembro/dom20082040cad1.pdf/view>>. Acesso em: 2 maio 2014.

Art. 2º O exercício do cargo público de Agente Comunitário de Saúde, nos termos desta Lei, dar-se-á, exclusivamente, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS - do Município, na execução das atividades de responsabilidade deste ente federado.

Parágrafo único. Aplica-se aos servidores titulares do cargo de que trata o caput deste artigo o regime jurídico único dos servidores públicos do Município.

Art. 7º Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a realizar processo seletivo público de Agente Comunitário de Saúde para preenchimento das vagas necessárias.

Parágrafo único. A regulamentação do disposto no caput deste artigo somente poderá ser efetiva a partir no exercício financeiro do ano de 2009.

Art. 8º Fica assegurada a investidura e estabilidade de Agente Comunitário de Saúde a todos os Agentes Comunitários de Saúde contratados pelo município de Manaus até a data de 14.02.2006, independentemente de qualquer outro requisito, conforme autorização prevista no art. 198 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 51, art. 2º, parágrafo único.

(VIII) Curitiba – PR

No Município de Curitiba, ao que parece, há um convênio entre a Secretaria Municipal de Saúde e uma associação civil com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, denominada Instituto Pró-Cidadania de Curitiba – IPCC, para fins de execução do Programa Agentes Comunitários de Saúde, em que a contratação de ACS por esse Instituto é precedida de processo seletivo¹³.

(IX) Recife – PE

A Lei Municipal nº 17.233, de 26.6.2006, criou cargos de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Saúde Ambiental e Combate às Endemias, que deveriam ser providos mediante processo seletivo público. Os servidores temporários contratados como ACS e os demais agentes de saúde aos quais se refere o art. 2º desta Lei, desde que mantivessem vínculo com

¹³ Segundo dados obtidos no endereço eletrônico do IPCC na Internet, o qual também informa que Curitiba tem 1.160 agentes comunitários em atividade, dos quais 513 com mais de dez anos de trabalho no PACS. Disponível em: <<http://www.ipcc.org.br/conteudo.aspx?id=91>>. Acesso em: 2 maio 2014.

a Administração em 14.2.2006, atendessem determinados requisitos, e tivessem sido submetidos à seleção pública na forma do parágrafo único do art. 2º da EC nº 51, de 2006, seriam nomeados para os cargos criados, consoante as seguintes normas:

Lei Municipal nº 17.233/2006¹⁴

Art. 1º Ficam criados 2.300 (dois mil e trezentos) cargos de Agente Comunitário de Saúde e 1.183 (mil cento e oitenta e três) cargos de Agente de Saúde Ambiental e Combate às Endemias, ambos com carga horária de 40 (quarenta) horas semanais, cujas remunerações e atribuições estão estabelecidos nos anexos I e II desta Lei, respectivamente.

Parágrafo único. Os cargos ora criados devem ser providos por processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação, por força do disposto no § 4º, do art. 198 da Constituição Federal, com exceção aos mencionados no artigo 2º seguinte;

Art. 2º Os atuais servidores temporários contratados como Agentes Comunitários de Saúde serão enquadrados no cargo de mesmo nome e aqueles contratados como Agentes de Saúde Ambiental (Decreto nº 18.959, de 21.09.2001), Agentes Operacionais de Apoio (Decreto Municipal nº 20.290, de 21.01.2004), Agentes de Combate às Endemias (Decreto nº 16.953, de 20.04.1995), Agentes de Controle de Vetores Habilitados (Decreto nº 18.774, de 16.02.2001), Agentes de Controle de Vetores (Decreto nº 18.774, de 16.02.2001), Agentes Emergenciais de Controle de Dengue (Decreto nº 19.627/2002) e Técnico de Controle de Vetores (Decreto nº 18.774, de 16.02.2001), serão enquadrados no cargo de Agente de Saúde Ambiental e Combate às Endemias, desde que, em 14 de fevereiro de 2006, também mantivessem vínculo com a Administração Municipal, por força da respectiva contratação temporária, devendo ser nomeados para os cargos criados, na forma do Art.1º desta Lei, desde que preencham os seguintes requisitos:

[...]

Posteriormente, os Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Saúde Ambiental e Combate às Endemias puderam optar pelo regime da Lei Mu-

¹⁴ RECIFE. Prefeitura Municipal. Lei nº 17.233, de 26 de junho de 2006. Cria cargos no âmbito da Administração Direta, na área da Saúde; altera dispositivos da Lei 16.959, de 04 de fevereiro de 2004, e revoga a Lei 16.727, de 27 de dezembro de 2001; possibilita as incorporações de servidores temporários na forma do parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://www.legisidade.recife.pe.gov.br/>>. Acesso em: 2 maio 2014.

nicipal nº 17.772, de 16.1.2012, que instituiu plano de cargos, carreiras, desenvolvimento e vencimentos (PCCDV), sendo enquadrados no Grupo Ocupacional Saúde da Secretaria de Saúde. Veja-se o disposto nos seus arts. 1º, 2º, 4º e 7º:

Lei Municipal nº 17.772/2012¹⁵

Art. 1º -Esta Lei institui o Plano de Cargos, Carreiras, Desenvolvimento e Vencimentos - PCCDV - do Grupo Ocupacional Saúde da Administração Direta do Município do Recife para os ocupantes de cargos efetivos que aderirem ao Plano. [...].

Art. 2º - O PCCDV estabelece a estrutura de cargos efetivos, as regras básicas para investidura nos referidos cargos, as tabelas de vencimentos e os mecanismos de desenvolvimento na carreira do Grupo Ocupacional Saúde.

Art. 4º - O ingresso nos cargos do Grupo Ocupacional Saúde dar-se-á por concurso público ou de seleção pública, nos termos das legislação vigentes.

Art. 7º O Grupo Ocupacional Saúde é composto pelos cargos efetivos, regidos pelo regime estatutário conforme relacionados no Anexo I desta Lei.

(X) Porto Alegre – RS

De acordo com a Lei Municipal nº 11.062, de 6.4.2011, o modelo de gestão da Estratégia de Saúde da Família em Porto Alegre passou a contar com a atuação principal de uma Fundação Pública, com personalidade jurídica de direito privado, integrante da Administração indireta do Município, e vinculada à Secretaria Municipal de Saúde (a presidência da Fundação será exercida pelo Secretário Municipal de Saúde, conforme o art.31), a ser denominada Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF), que poderá celebrar contratos de gestão e convênios com o Poder Público.

Os empregos públicos do IMESF serão regidos pela CLT, e a admissão do pessoal para o seu quadro permanente será precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos. Contudo, no caso dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias, a Lei nº 11.062, de 2011, prescreve o processo seletivo público. Confira-se:

¹⁵ RECIFE. Prefeitura Municipal. Lei nº 17.772, de 16 de janeiro de 2012. Institui o plano de cargos, carreiras, desenvolvimento e vencimentos - pccdv dos servidores efetivos do grupo ocupacional saúde da administração direta do município do recife. Disponível em:<<http://www.legiscidade.recife.pe.gov.br/>>. Acesso em: 2 maio 2014.

Lei Municipal nº 11.062/2011¹⁶

Art. 1º Fica o Executivo Municipal autorizado a instituir fundação pública de direito privado com personalidade jurídica de direito privado, a ser denominada Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF), entidade jurídica sem fins lucrativos, com atuação exclusiva no âmbito da Estratégia de Saúde da Família de Porto Alegre do Sistema Único de Saúde (SUS), de interesse coletivo e de utilidade pública, com autonomia gerencial, patrimonial, orçamentária e financeira e prazo de duração indeterminado, que integrará a Administração Indireta do Município de Porto Alegre e se sujeitará ao regime jurídico próprio das entidades privadas sem fins lucrativos e de assistência social, quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas, tributárias e fiscais, observadas as regras desta Lei.

Art. 4º O IMESF ficará vinculado à Secretaria Municipal de Saúde (SMS) e por esta deverá ser supervisionado, nos termos da Legislação em vigor e conforme as disposições legais, administrativas e estatutárias.

Parágrafo único. A SMS fixará as diretrizes, as políticas, as ações e os serviços de saúde pública e definirá o conteúdo, o alcance e a forma de acompanhamento dos contratos de serviços e convênios que regerão a sua prestação pelo IMESF, sendo atribuições dessa Secretaria, no exercício de suas competências:

- I - a gerência do Sistema Municipal de Saúde;
- II - o planejamento, a avaliação, o controle e a regulação;
- III - o estabelecimento de parâmetros de cobertura de atenção universal e equitativa à saúde com eficácia e eficiência;
- IV - as metas quantitativas e qualitativas;
- V - as estratégias de operacionalização do conjunto da rede integrada e as articulações e pactuações intermunicipais e interfederativas; e
- VI - a fixação das diretrizes políticas das ações e dos serviços de saúde, além da definição do conteúdo, do alcance e da forma de acompanhamento do contrato de serviços.

Art. 6º O IMESF terá a finalidade exclusiva de, no âmbito da atenção primária do SUS, operar especificamente a rede integrada e articulada da Estratégia de Saúde da Família, sob a forma de promoção, prevenção e proteção da saúde coletiva e individual, e deverá, também, desenvolver atividades

¹⁶ PORTO ALEGRE. Prefeitura Municipal. Lei nº 11.062, de 6 de abril de 2011. Autoriza o Executivo Municipal a instituir, conforme determina, o Instituto Municipal de Estratégia de Saúde da Família (IMESF), revoga a Lei nº 10.861, de 22 de março de 2010, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/netahtml/sirel/avancada.html>>. Acesso em: 2 maio 2014.

de ensino e pesquisa científica e tecnológica que favoreçam a melhoria e o aperfeiçoamento dessa Estratégia, revertendo em benefício da qualidade assistencial oferecida à população.

Art. 8º O IMESF poderá celebrar contratos de gestão e convênios com o Poder Público.

§ 1º Os contratos de gestão celebrados entre o IMESF e o Poder Público terão por objeto a contratação de serviços no âmbito específico da Estratégia de Saúde da Família e a fixação de metas de desempenho para a Entidade.

§ 2º O IMESF é o principal responsável e executor das atividades relacionadas à Estratégia de Saúde da Família no Município de Porto Alegre, possibilitando-se à iniciativa privada apenas as ações de caráter complementar.

Art. 21. Os empregados públicos do IMESF, que integram as equipes multiprofissionais para o desenvolvimento da Ação Estratégica à Saúde da Família, conforme previsto no Anexo I desta Lei, serão regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e respectiva legislação complementar, integrando o Quadro de Pessoal Permanente do IMESF, devendo sua admissão ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do emprego, e, no caso dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias, de processo seletivo público com provas de conhecimento.

[...].

Art. 32. A implantação das ações das equipes multiprofissionais da Estratégia de Saúde da Família dar-se-á de forma escalonada no tempo, conforme conveniamento e contrato de gestão com a SMS, na seguinte forma:

I - nos primeiros 90 (noventa) dias, contados da data de publicação desta Lei, contratação dos Agentes Comunitários de Saúde que desempenhavam suas atividades na data da promulgação da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, regulamentada pela Lei Federal nº 11.350, de 5 de outubro de 2006, e que tenham sido contratados por processo de seleção pública efetuado por órgãos ou Entes da Administração Direta ou Indireta do Município de Porto Alegre ou por outras instituições com a sua efetiva supervisão e autorização;

II - em até 6 (seis) meses, contados da data de publicação desta Lei, realização de processo seletivo público para a contratação de Agentes Comunitários de Saúde não abrangidos pelo inc. I do caput deste artigo e dos Agentes de Combate às Endemias; e

III - em até 12 (doze) meses, contados da data de publicação desta Lei, realização de concurso público para a admissão dos demais profissionais previstos no Quadro de Empregos do IMESF, constante do Anexo II desta Lei, sendo que, na primeira edição, a prova escrita terá somente caráter eliminatório, e quem atingir 50% (cinquenta por cento) de acertos na prova escrita passará para a próxima etapa, que terá o tempo de serviço no exercício do Programa de Saúde da Família de Porto Alegre como medida classificatória para o ingresso no IMESF.

III. DO PROCESSO DE DESPRECARIZAÇÃO DO VÍNCULO DE TRABALHO DOS AGENTES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SAÚDE (ACS e ACE) NO SUS

23. A primeira regulamentação acerca da atividade dos Agentes Comunitários de Saúde remonta ao ano de 1999, quando o Decreto nº 3.189 fixou diretrizes para o seu exercício no âmbito do Programa de Agentes Comunitários de Saúde. Atente-se, em especial, para a exigência ao ACS de residir na própria comunidade em que atuar, e a previsão quanto à prestação de serviços com vínculo direto ou indireto com o Poder Público local, consoante o texto dos seguintes artigos 3º e 4º (grifamos):

Decreto nº 3.189, de 4.10.1999

Art. 3º **O ACS deve residir na própria comunidade**, ter espírito de liderança e de solidariedade e preencher os requisitos mínimos estabelecidos pelo Ministério da Saúde.

Art. 4º **O ACS prestará seus serviços**, de forma remunerada, na área do respectivo município, **com vínculo direto ou indireto com o Poder Público local**, observadas as disposições fixadas em portaria do Ministério da Saúde.

24. A este regulamento seguiu-se a criação da profissão de Agente Comunitário de Saúde, pela Lei nº 10.507, de 10.7.2002, a qual deveria ser exercida exclusivamente no âmbito do SUS, representando um grande avanço em termos de normatização. Acresce que foram mantidas as linhas mestras do Decreto nº 3.189, de 1999, isto é, a residência do ACS na área da comunidade em que atuar, e a vinculação direta ou indireta ao gestor local do SUS. Veja-se o seu inteiro teor:

Lei nº 10.507, de 10.7.2002

Cria a Profissão de Agente Comunitário de Saúde e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica criada a profissão de Agente Comunitário de Saúde, nos termos desta Lei.

Parágrafo único. O exercício da profissão de Agente Comunitário de Saúde dar-se-á exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Art. 2º A profissão de Agente Comunitário de Saúde caracteriza-se pelo exercício de atividade de prevenção de doenças e promoção da saúde, mediante ações domiciliares ou comunitárias, individuais ou coletivas, desenvolvidas em conformidade com as diretrizes do SUS e sob supervisão do gestor local deste.

Art. 3º O Agente Comunitário de Saúde deverá preencher os seguintes requisitos para o exercício da profissão:

I - residir na área da comunidade em que atuar;

II - haver concluído com aproveitamento curso de qualificação básica para a formação de Agente Comunitário de Saúde;

III - haver concluído o ensino fundamental.

§ 1º Os que na data de publicação desta Lei exerçam atividades próprias de Agente Comunitário de Saúde, na forma do art. 2º, ficam dispensados do requisito a que se refere o inciso III deste artigo, sem prejuízo do disposto no § 2º.

§ 2º Caberá ao Ministério da Saúde estabelecer o conteúdo programático do curso de que trata o inciso II deste artigo, bem como dos módulos necessários à adaptação da formação curricular dos Agentes mencionados no § 1º.

Art. 4º O Agente Comunitário de Saúde prestará os seus serviços ao gestor local do SUS, mediante vínculo direto ou indireto.

Parágrafo único. Caberá ao Ministério da Saúde a regulamentação dos serviços de que trata o caput.

Art. 5º O disposto nesta Lei não se aplica ao trabalho voluntário.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de julho de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Barjas Negri

Paulo Jobim Filho

Guilherme Gomes Dias

25. Não obstante essa evolução, cumpre observar que a Lei nº 10.507, de 2002, não dispôs sobre a forma nem a respeito do regime jurídico de vinculação do ACS ao gestor local do SUS. Por isso não admira que, já nos idos de 2003, o Ministério da Saúde tenha editado a Portaria MS nº 2.430, para criar o Comitê Nacional Interinstitucional de Desprecarização do Trabalho no SUS, “considerando a necessidade de emissão de normas e instituição de mecanismos para viabilizar a desprecarização da força de trabalho na área de saúde”¹⁷

26. Uma publicação do Ministério da Saúde de 2006, elaborada pelo mencionado Comitê Nacional, alerta o leitor sobre a precariedade dos vínculos de trabalho na Estratégia de Saúde da Família, com ênfase na situação dos Agentes Comunitários de Saúde. Veja-se o seguinte excerto desse documento, com dados estatísticos para o biênio 2001-2002¹⁸:

4. Qual a atual situação da precarização no SUS?

Estudos como o Monitoramento da Implementação e Funcionamento das equipes de saúde da família, realizado em 2001/2002 pelo Departamento de Atenção Básica (DAB), do Ministério da Saúde, identificaram que cerca de 20 a 30% de

¹⁷ Note-se que esse Comitê, vinculado à Mesa Nacional de Negociação Permanente do SUS (MNNP-SUS), não conta com representante do Ministério da Previdência Social. Vejamos a sua composição, nos termos do art. 2º da Portaria MS nº 2.430, de 23.12.2003:

Art. 2º O Comitê terá a seguinte composição:

I - sete representantes do Ministério da Saúde, quais sejam:

- a) a Secretária de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde;
 - b) a Diretora do Departamento de Gestão e da Regulação do Trabalho em Saúde;
 - c) o Coordenador-Geral de Gestão do Trabalho em Saúde;
 - d) o Coordenador-Geral da Regulação e Negociação do Trabalho em Saúde;
 - e) a Diretora do Departamento de Atenção Básica da Secretaria de Atenção à Saúde;
 - f) o Diretor do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistema da Secretaria de Atenção à Saúde; e
 - g) o Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Ministério da Saúde;
- II - um representante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- III - um representante do Ministério do Trabalho e Emprego;
- IV - um representante do Conselho Nacional dos Secretários Estaduais de Saúde (CONASS);
- V - um representante do Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS);
- VI - um representante de empregador privado que integre a Mesa Nacional de Negociação Permanente do SUS; e

VII - seis representantes de trabalhadores indicados pela Mesa Nacional de Negociação Permanente do SUS (MNNP-SUS). (Redação dada ao inciso pela Portaria MS nº 2.729, de 13.11.2013)

Parágrafo único. A exceção dos representantes do Ministério da Saúde, os demais integrantes do Comitê serão livremente designados por meio de expediente subscrito pelos representantes legais dos órgãos e instituições representadas.

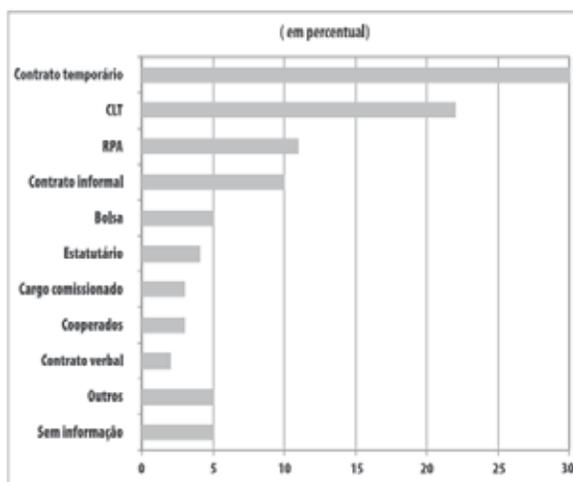
¹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão e da Regulação do Trabalho em Saúde. *Programa Nacional de Desprecarização do Trabalho no SUS: DesprecarizaSUS: perguntas & respostas: Comitê Nacional Interinstitucional de Desprecarização do Trabalho no SUS*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006, p. 17. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/desprec_cart.pdf>. Acesso em: 5 maio 2014.

todos os trabalhadores inseridos nesta estratégia, apresentava vínculos precários de trabalho, o que tem contribuído para a alta rotatividade e insatisfação profissional. A fragilidade das modalidades de contratação compromete a dedicação desses profissionais.

No caso dos agentes comunitários de saúde a situação apresenta-se ainda mais complexa. Segundo dados do DAB/MS, em novembro de 2005, dos 206.564 trabalhadores em atividade no país, a grande maioria percebe o equivalente a um salário mínimo, apresenta inserção precária no sistema, e encontra-se desprotegida em relação à legislação trabalhista.

Gráfico 1- Vínculos de Trabalho dos Agentes Comunitários Brasil, 2001-2002

Gráfico 1- Vínculos de Trabalho dos Agentes Comunitários Brasil, 2001-2002



Fonte: Pierantoni, C.; Porto, S., 2005. Documento técnico elaborado para o DEGERIS/MS "Estudo sobre formas contratuais dos Agentes Comunitários de Saúde (ACS): modalidades e alternativas de contratação".

27. É de notar, na figura acima, a prevalência do contrato temporário, seguido do vínculo celetista e das contratações de prestador autônomo e do informal para a atividade de ACS. Por sua vez, o percentual de vínculos de natureza estatutária, indicado para esse biênio 2001-2002, mostra-se irrelevante.

28. Naquele mesmo ano de edição da Portaria MS nº 2.430, que criou o Comitê Nacional Interinstitucional de Desprecarização do Trabalho no SUS, foi apresentada na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição

(PEC) nº 7, de 2003, que, originalmente, visava a alteração do inciso II do art. 37 da Carta Magna, abrindo uma exceção na regra de investidura por concurso público, para a hipótese de contratação dos agentes comunitários de saúde, cuja integração ao SUS dar-se-ia mediante processo seletivo público.

29. Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, o colegiado¹⁹:

[...] admitiu a proposição em 15 de agosto de 2004, apenas apresentando emenda que transfere do inciso II do art. 37 para o art. 198 da Constituição a alteração pretendida pela PEC. Assim, a comissão propôs que, em vez de modificar o art. 37, II, da Carta Magna, se insira no seu art. 198 dispositivo prevendo que os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde por meio de processo seletivo público, não se aplicando neste caso o disposto no inciso lido art. 37.

30. No Senado Federal, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania aprovou a Proposta de Emenda à Constituição nº 7, de 2006 (nº 7, de 2003, na origem), nos termos do Parecer nº 110, de 2006. Releva conhecer o seguinte trecho de sua análise quanto à situação do ACS²⁰:

Os agentes comunitários têm um papel estratégico, por viverem na área em que atuam, terem identidade com a população e partilharem cultura, linguagem, problemas e interesses, o que favorece a integração da equipe e dos serviços de saúde com a comunidade e viabiliza as parcerias necessárias. Escolhidos junto à comunidade em que vão atuar e conhecedores dos problemas específicos que a acometem, esses agentes atuam como elo de transmissão entre os profissionais de saúde e a população assistida, de modo a facilitar o rápido acesso ao atendimento e, também, a resolutividade das ações de saúde implementadas.

O principal problema da categoria, entretanto é o fato de os agentes comunitários de saúde não terem, em sua maioria, qualquer vínculo formal que lhes permita o usufruto dos direitos trabalhistas e previdenciários. Trata-se de questão cujo

¹⁹ Fatos aduzidos no Relatório do Senador Rodolpho Tourinho, no Parecer nº 110/2006, a que nos referimos no parágrafo em seguimento a este.

²⁰ BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Proposta de Emenda à Constituição nº 7, de 2006 (nº 7/2003, na Câmara dos Deputados), que acrescenta os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal. **Diário do Senado Federal**. Brasília, DF, 9 fev. 2006, p. 3684-3688. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=09/02/2006&paginaDireta=03684>>. Acesso em: 6 maio 2014.

equacionamento vem sendo postergado já há décadas e que foi apenas mitigado com a edição da Lei nº 10.507, de 10 de julho de 2002, que regulamentou a profissão.

As formas encontradas para a remuneração do trabalho dos agentes têm sido precárias e insatisfatórias, sendo a mais frequente a de contratos temporários de prestação de serviço, firmados entre as secretarias municipais de saúde e as associações de agentes, financiados, na maior parte das vezes, com recursos repassados pelo Ministério da Saúde, por meio de convênios.

Mesmo opções como a formalização da relação desses profissionais com o serviço público têm esbarrado em problemas como a dificuldade de adaptar a exigência do concurso público às especificidades da profissão que, como já se fez referência, só pode ser exercida por aqueles com real vínculo com a comunidade em que atuam e com liderança solidária. Assim, há necessidade de enfrentar o desafio de buscar saídas para a situação desses agentes, já que as diversas modalidades de contratação ou mantêm um quadro de prevalência de relações informais de trabalho ou são inadequadas.

Impõe-se, então, buscar uma solução definitiva para esse problema, que já ameaça a própria existência dos programas baseados na figura do agente comunitário de saúde.

É o que busca fazer a presente proposição, ao permitir que esses profissionais sejam admitidos pelos gestores locais do SUS mediante processo seletivo público especial, em regime jurídico a ser definido por lei federal, aplicando-se essa norma aos atuais agentes comunitários que já tenham sido submetido a seleção pública.

Assim, permitir-se-á que a seleção dos agentes se dê dentro da comunidade que atuam, o que, como já se registrou acima, é imprescindível para o bom funcionamento da atividade, e não é permitido pelo vigente ordenamento jurídico, bem como, ao mesmo tempo, que se aproveite a experiência já acumulada na matéria, mediante a regularização da situação dos atuais profissionais que exercem a função.

Com isso se dará a base jurídica necessária à continuidade dos programas hoje a cargo dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate a endemias.

31. Ao fim desse processo legislativo, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgaram a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Emenda Constitucional nº 51, de 14.02.2006
Acrescenta os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal.

Art. 1º O art. 198 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º, 5º e 6º:

“Art. 198

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.” (NR)

Art. 2º Após a promulgação da presente Emenda Constitucional, os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser contratados diretamente pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, observado o limite de gasto estabelecido na Lei Complementar de que trata o art. 169 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Os profissionais que, na data de promulgação desta Emenda e a qualquer título, desempenharem as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias, na forma da lei, ficam dispensados de se submeter ao processo seletivo público a que se refere o § 4º do art. 198 da Constituição Federal, desde que tenham sido contratados a partir de anterior processo de Seleção Pública efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data da sua publicação.

Brasília, em 14 de fevereiro de 2006.

32. Logo veio a lume a Lei Federal nº 11.350, de 5.10.2006, para regulamentar o § 5º do art. 198 da Constituição Federal, acrescido pela EC nº 51, e o aproveitamento do pessoal amparado pelo parágrafo único do art. 2º desta Emenda.

33. Importa assinalar que a EC nº 51 prescreveu, a partir de sua promulgação, o modelo de contratação direta dos Agentes de Saúde – ACS e ACE – pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante processo seletivo público, somente admitindo a sua dispensa nos casos de transição que fixou a esse tempo (isto é, na data de sua promulgação), o que foi observado na redação dos seguintes artigos da Lei nº 11.350/2006:

Lei nº 11.350, de 05.10.2006

Art. 2º O exercício das atividades de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias, nos termos desta Lei, dar-se-á exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, na execução das atividades de responsabilidade dos entes federados, mediante vínculo direto entre os referidos Agentes e órgão ou entidade da administração direta, autárquica ou fundacional.

[...]

Art. 9º A contratação de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias deverá ser precedida de processo seletivo público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Parágrafo único. Caberá aos órgãos ou entes da administração direta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios certificar, em cada caso, a existência de anterior processo de seleção pública, para efeito da dispensa referida no parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, considerando-se como tal aquele que tenha sido realizado com observância dos princípios referidos no caput deste artigo.

34. Acresce que a Lei nº 11.350, de 2006, ao regulamentar as atividades de ACS e ACE (e não mais a profissão de ACS, como o fizera a Lei nº 10.507, de 2002, agora revogada), manteve a exigência de residência na área da comunidade, como requisito aplicável exclusivamente ao exercício da atividade de Agente Comunitário de Saúde, nestes termos:

Lei nº 11.350, de 05.10.2006

Art. 6º O Agente Comunitário de Saúde deverá preencher os seguintes requisitos para o exercício da atividade:

I - residir na área da comunidade em que atuar, desde a data da publicação do edital do processo seletivo público;

[...]

35. Essa Lei nacional também estabeleceu que o regime jurídico da CLT seria, em regra, o regime regulatório dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias, mas ressalvou a competência do legislador local dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para dispor de forma diversa. Ademais, caberia ao gestor local do SUS, responsável pela contratação dos referidos agentes, resolver sobre a criação de cargos ou empregos públicos e demais aspectos inerentes às atividades de ACS e ACE, tendo em vista as especificidades locais. Confira-se:

Lei nº 11.350, de 05.10.2006

Art. 8º Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, na forma do disposto no § 4º do art. 198 da Constituição Federal, submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa.

[...]

Art. 14. O gestor local do SUS responsável pela contratação dos profissionais de que trata esta Lei disporá sobre a criação dos cargos ou empregos públicos e demais aspectos inerentes à atividade, observadas as especificidades locais.

36. Notemos ainda que o art. 16 da Lei nº 11.350 vedou aos entes federativos a forma até então prevalente da contratação temporária de ACS e de ACE pelo gestor local do SUS, com esta redação: “*Fica vedada a contratação temporária ou terceirizada de Agentes Comunitários de Saúde e de Agentes de Combate às Endemias, salvo na hipótese de combate a surtos endêmicos, na forma da lei aplicável*”. Posteriormente, a Lei nº 12.994, de 17.6.2014, deu nova redação ao artigo, substituindo a expressão “surtos endêmicos” por “surtos epidêmicos”, por força de fundamento técnico.

37. A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 63, de 4.2.2010, que conferiu nova redação ao § 5º do art. 198 da Constituição Federal, o campo de atribuição da Lei federal, inicialmente estabelecido pela EC nº 51, de 2006, foi ampliado com a finalidade de possibilitar a fixação, pela União, do piso salarial profissional nacional do ACS e ACE²¹, nestes termos:

²¹ Cumpre mencionar que a Confederação Nacional de Municípios - CNM propôs ação direta de inconstitucionalidade em 14.6.2012 (ADI nº 4.801, ainda pendente de julgamento no STF), tendo por objeto a EC nº 63, de 2010, alegando que houve afronta à autonomia dos Municípios, ao princípio federativo e à isonomia (em relação aos demais servidores municipais). A petição inicial digitalizada está disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4260060>>. Acesso em: 6 maio 2014.

Emenda Constitucional nº 63/2010

Art. 1º O § 5º do art. 198 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 198

.....

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. “ (NR)

38. Por fim, a Lei nº 12.994, de 17.6.2014, alterou a Lei nº 11.350, de 2006, para instituir **piso salarial profissional nacional** e diretrizes para o plano de carreira dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias. Note-se também que, segundo a norma do § 6º do art. 9º-C da Lei nº 11.350, acrescida pela Lei nº 12.994, os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias deverão ter vínculo direto comprovado com os entes federativos, que a União exigirá dos gestores locais do SUS para fins de prestação de assistência financeira complementar. Veja-se o referido dispositivo:

Art. 9º-C. Nos termos do § 5º do art. 198 da Constituição Federal, compete à União prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do piso salarial de que trata o art. 9º-A desta Lei.

[...]

§ 6º Para efeito da prestação de assistência financeira complementar de que trata este artigo, a União exigirá dos gestores locais do SUS a comprovação do vínculo direto dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias com o respectivo ente federativo, regularmente formalizado, conforme o regime jurídico que vier a ser adotado na forma do art. 8º desta Lei.

IV. DO REGIME JURÍDICO DE TRABALHO DOS AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E DOS AGENTES DE COMBATE ÀS ENDEMIAS NO ÂMBITO DO SUS

39. Parece-nos que a Emenda nº 51, de 2006, ao acrescentar os parágrafos

4º, 5º e 6º ao art. 198 da Carta Magna, objetivava a reforma do Sistema Único de Saúde, no que concerne à relação de trabalho dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias com os gestores locais do SUS. Daí a opção do poder constituinte derivado reformador pela localização tópica das novas normas constitucionais, aditadas ao corpo permanente da Constituição, precisamente na Seção II, *Da saúde*, do Capítulo da Seguridade Social.

40. Conquanto essa reforma constitucional não diga respeito diretamente à previdência social, é bem verdade que o regime previdenciário de filiação do ACS e do ACE depende da prévia definição do regime jurídico de trabalho a eles aplicável no âmbito do SUS. Portanto, não se pode afirmar *a priori* que esses Agentes de Saúde se vinculam, em qualquer hipótese, a este ou àquele regime previdenciário.

41. Cabe lembrar que o regime jurídico de trabalho desses Agentes de Saúde não há de ser necessariamente celetista, visto que o art. 8º da Lei nº 11.350, de 2006, facultou aos Estados, Distrito Federal e Municípios dispor de forma diversa em lei local, portanto, também seria possível a estes entes submetê-los ao regime estatutário.

42. Por outro lado, poder-se-ia cogitar de afastar a aplicação do regime estatutário, para admitir somente o regime celetista ou o jurídico-administrativo, considerando a utilização dos termos *contratados*, *contratação* e *contrato* do ACS e ACE, respectivamente, no art. 2º da EC nº 51 e nos arts. 9º e 10 da Lei nº 11.350, de 2006.

43. Note-se, a propósito, que o inciso IX do art. 37 da Constituição utiliza o vocábulo *contratação*, em relação ao recrutamento de servidor pelo regime especial, para atender aos casos de necessidade temporária de excepcional interesse público, e isto, com efeito, exclui a relação jurídica estatutária, mesmo que o estatuto venha a ser aplicado subsidiariamente, como assevera José dos Santos Carvalho Filho (grifos no original)²²:

Outro ponto a ser examinado é o relativo à natureza da relação jurídica funcional. Diz a Constituição que a lei estabelecerá os casos de *contratação* desses servidores. Assim dizendo, só se pode entender que o Constituinte pretendeu caracterizar essa relação funcional como de natureza contratual. Cuida-se, de fato, de verdadeiro *contrato administrativo* de caráter *funcional*, diverso dos contratos administrati-

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 609.

vos em geral pelo fato de expressar um vínculo de trabalho subordinado entre a Administração e o servidor. Não obstante essa qualificação, a lei instituidora do regime [regime especial do inciso IX do art. 37 da CF] certamente poderá incluir algumas normas que mais se aproximem do regime estatutário, que, inclusive, tem aplicação subsidiária no que couber.⁴⁴ O que não poderá, obviamente, é fixar outra qualificação que não a contratual.⁴⁵

[⁴⁴ RAPHAEL DIÓGENES SERAFIM VIEIRA, *Servidor público temporário*, UFV, 2007, p. 62. O autor lembra que, na esfera federal, a Lei nº 8.112/1990 (Estatuto) se aplica subsidiariamente à Lei nº 8.745/1993 (regime especial)]

[⁴⁵ A Constituição anterior contemplava o regime especial no art. 106 e, malgrado alguma controvérsia, entendeu-se que a relação jurídica era de direito administrativo]

44. Ocorre que a Emenda Constitucional e a Lei supracitadas também utilizam a palavra *cargo*, o que pressupõe a adoção do regime jurídico estatutário, sem o qual não poderia existir. Assim, tomar o sentido dos termos *contratados*, *contratação* e *contrato* ao pé da letra, para excluir a possibilidade de vinculação dos aludidos Agentes de Saúde a regime estatutário, equivaleria a negar eficácia às seguintes normas jurídicas (grifamos):

Emenda Constitucional nº 51, de 14.02.2006

Art. 1º O art. 198 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º, 5º e 6º:

“Art. 198

...

[...]

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o **cargo** em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.” (NR)

Lei nº 11.350, de 05.10.2006

Art. 10. A administração pública somente poderá rescindir unilateralmente o contrato do Agente Comunitário de Saúde ou do Agente de Combate às Endemias, de acordo com o regime jurídico de trabalho adotado, na ocorrência de uma das seguintes hipóteses:

I - prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da

Consolidação das Leis do Trabalho - CLT;

II - acumulação ilegal de **cargos**, empregos ou funções públicas;

III - necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da **Lei nº 9.801, de 14 de junho de 1999** [que dispõe sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa]; ou [...].

Art. 14. O gestor local do SUS responsável pela contratação dos profissionais de que trata esta Lei disporá sobre a criação dos **cargos** ou empregos públicos e demais aspectos inerentes à atividade, observadas as especificidades locais.

45. Além disso, o corrente é aplicar o regime jurídico-administrativo no caso de exercício de função pública de caráter temporário, em que os contratados nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição **não ocupam cargo ou emprego público**. E o art. 16 da Lei nº 11.350, de 2006, apenas autoriza contratação temporária de ACS e ACE na hipótese de surtos epidêmicos.

46. Por isso que a contratação desses Agentes de Saúde para o exercício de **função pública**, em atividades de caráter permanente na Estratégia de Saúde da Família, a nosso ver, não se coaduna com o referido regime especial do servidor temporário, com maior razão, quando se constata que a reforma da EC nº 51, de 2006, sequer alterou o referido art. 37 da Lei Maior, e que o art. 14 da Lei nº 11.350, de 2006, **dispõe tão somente sobre a criação de cargos ou empregos, e não funções**.

47. Lembramos ainda o ponto de vista que defende a aplicação exclusiva do regime estatutário aos referidos agentes públicos, como regime jurídico único, após a decisão proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal - STF no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 2.135/DF, realizado em **02.08.2007**, que restabeleceu a eficácia da redação originária do art. 39 da Carta Magna, *ex nunc*, isto é, a partir da referida decisão.

48. Mas esse julgado não pareceu ter persuadido o poder constituinte derivado reformador de que, em qualquer hipótese, o regime estatutário deveria ser o regime jurídico único da Administração.

49. Veja-se que a disciplina dos parágrafos 4º a 6º do art. 198 da Constituição, acrescidos pela EC nº 51, de 2006, foi mantida pela EC nº 63, **de 2010**. Na verdade, a admissão de ACS e ACE, prevista nos referidos dispositivos constitucionais, trata-se de exceção ao regime jurídico único a que se refere a redação originária

do art. 39 da Constituição. Ora, não haveria razão para a EC nº 63 manter a atribuição da lei federal para dispor sobre o regime jurídico daqueles agentes, com vistas a integrar a eficácia limitada da norma do § 5º do art. 198 (ou ainda, para a lei local poder eleger regime diverso da Lei Federal nº 11.350, de 2006), uma vez que esta última reforma constitucional poderia ter ela mesma fixado, de regra, o regime estatutário como único regime jurídico válido para tal admissão.

50. Em todo caso, somente a jurisdição constitucional poderia declarar a nulidade do § 5º do art. 198 da Constituição, afastando essa possibilidade de a legislação infraconstitucional dispor sobre regime jurídico diverso do estatutário, tendo em vista a eficácia limitada do referido preceito da Lei Maior. Todavia, esse controle de constitucionalidade não ocorreu até o momento presente.

51. Em resumo, entendemos que os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 51, de 2006, serão contratados por meio de processo seletivo público, e poderão validamente ocupar empregos públicos, sob o regime jurídico da CLT, ou cargos públicos, sob o regime jurídico estatutário, nesta última hipótese, se assim o dispuser lei local dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

V. DA RELAÇÃO DE VINCULAÇÃO OU FILIAÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE E DOS AGENTES DE COMBATE ÀS ENDEMIAS NO ÂMBITO DO SUS

52. De modo geral, o art. 8º da Lei nº 11.350, de 2006, preceituou que os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

53. Nesta circunstância, se a contratação do ACS e do ACE ocorrer pelo regime celetista, aplica-se o Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Também será este o regime previdenciário de filiação na hipótese de contratação pelo regime jurídico-administrativo para o exercício de função pública.

54. É preciso notar que a ocupação de emprego público, função pública ou emprego em pessoa jurídica de direito privado (como nas organizações sociais ou nas fundações públicas de direito privado) implica filiação obrigatória dos mencionados Agentes de Saúde ao RGPS, não há dúvida nenhuma. Essas relações de trabalho excluem a filiação ao RPPS, porque o âmbito subjetivo de proteção do

regime próprio é o servidor titular de cargo efetivo, por força da redação atual do *caput* e do § 13 do art. 40 da Constituição, o que é indissociável de uma relação de trabalho sob o regime jurídico estatutário.

55. No entanto, se a contratação de ACS e de ACE se der sob o regime estatutário, com provimento em cargo efetivo, amparado por RPPS instituído pelo ente político, não vemos por que fundamento jurídico não lhes assistiria o direito, como aos demais servidores titulares de cargo efetivo, de estar filiado a regime próprio de previdência social. Por outro lado, tem-se obviamente a filiação obrigatória ao RGPS sempre que o regime próprio não tiver sido criado pelo ente federativo, ainda que aqueles agentes públicos venham a ocupar cargos efetivos.

56. Neste ponto, poder-se-ia dizer que é inválida a investidura em cargo efetivo mediante processo de seleção pública, visto que não se equipara a concurso público de provas ou de provas e títulos, como exige o inciso II do art. 37 da Carta Magna.

57. Mas, o poder constituinte derivado reformador, ao promulgar a EC nº 51, de 2006, acrescentando os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição, e a EC nº 63, de 2010, atentou para a singularidade das atividades do ACS e do ACE no âmbito do SUS, visando a criar um elo entre a comunidade e os serviços de saúde, mediante a construção de relações de afetividade e confiança, com adscrição²³ de famílias à Unidade Básica de Saúde – UBS, sendo fundamental para este fim o requisito da residência do ACS na própria comunidade em que atuar. Ora, essa restrição para o recrutamento deste último agente não se coaduna muito com os princípios constitucionais do concurso público aberto e isonômico (art. 37, I e II, da CF), de maneira que poderia justificar a adoção do processo seletivo público.

58. É certo que a contratação de ACS e de ACE mediante processo seletivo público, nos termos das Emendas nº 51 e 63, para ocupar cargo ou emprego público, pode vir a ser objeto de controle de constitucionalidade, tendo como para-

²³ Segundo a Política Nacional de Atenção Básica, aprovada pela Portaria MS nº 2.488, de 21.10.2011, “A adscrição dos usuários é um processo de vinculação de pessoas e/ou famílias e grupos a profissionais/equipes, com o objetivo de ser referência para o seu cuidado. O vínculo, por sua vez, consiste na construção de relações de afetividade e confiança entre o usuário e o trabalhador da saúde, permitindo o aprofundamento do processo de corresponsabilização pela saúde, construído ao longo do tempo, além de carregar, em si, um potencial terapêutico. A longitudinalidade do cuidado pressupõe a continuidade da relação clínica, com construção de vínculo e responsabilização entre profissionais e usuários ao longo do tempo e de modo permanente, acompanhando os efeitos das intervenções em saúde e de outros elementos na vida dos usuários, ajustando condutas quando necessário, evitando a perda de referências e diminuindo os riscos de iatrogenia decorrentes do desconhecimento das histórias de vida e da coordenação do cuidado” [Iatrogenia S.f. Med. Alteração patológica provocada no paciente por tratamento de qualquer tipo. Conforme Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010]

digmas a redação originária do art. 39, *caput*, da Constituição, que trata do regime jurídico único estatutário, bem como a norma do inciso II do art. 37, acerca da exigência de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

59. Ocorre que a Administração não pode declarar a nulidade dessas reformas constitucionais, porque a apreciação dessa questão compete exclusivamente ao Poder Judiciário, mediante jurisdição constitucional.

60. Observe-se ainda o entendimento do egrégio Tribunal de Contas da União - TCU, ao proferir o recente Acórdão nº 1.188-17/10-P, na Sessão Plenária de 26.5.2010, nos autos de Solicitação formulada pela Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, conforme os seguintes excertos (grifos nossos)²⁴:

128. No que se refere especificamente à contratação de ACS, vale destacar alguns aspectos jurídicos negligenciados pelos gestores locais que administram e executam a estratégia SF. A esse respeito a **Constituição Federal dispõe o seguinte nos parágrafos 4º e 5º do artigo 198:**

[...]

129. Diz, ainda, o **art. 2º da Emenda Constitucional - EC n.º 51/2006:**

[...]

130. **A lei de que trata o §5º da CF/88 é a de n.º 11.350, de 5 de outubro de 2006**, que determina que o exercício das atividades de ACS dar-se-á exclusivamente no âmbito do SUS, na execução das atividades de responsabilidade dos entes federados, mediante vínculo direto entre os referidos agentes e órgão ou entidade da administração direta, autárquica ou fundacional. **De acordo com a referida lei, os Agentes Comunitários de Saúde** submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Também aduz a Lei que é vedada a contratação temporária ou terceirizada de ACS, salvo na hipótese de combate a surtos endêmicos, na forma da lei aplicável. Ou seja, são bem claras as disposições constitucionais e legais sobre o vínculo empregatício dos ACS.

131. Em relação aos demais profissionais da Saúde da Família, há que se destacar que esses, assim como os ACS, exer-

²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.188/2010. Plenário. Relator: Min. José Jorge. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 9 maio 2014.

cem uma função pública permanente, qual seja, a prestação continuada de serviços de saúde pública. Assim, não há que se falar em urgências ou em situações imprevistas, as quais dariam ensejo à contratação temporária permitida pela Constituição Federal em seu artigo 37, inciso IX (“a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”).

132. Os entes públicos, especialmente os municípios neste caso, devem estabelecer um vínculo empregatício sem prazo determinado com os profissionais de saúde. E, desde 2/8/2007, o referido vínculo é o estatutário. Isto porque o Supremo Tribunal Federal - STF deferiu o pedido de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn n.º 2.135/DF, a qual suspende a alteração dada à redação do caput do artigo 39 da CF/88 pela Emenda Constitucional n.º 19/1998. Tal decisão reestabeleceu, com efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da data da decisão, o regime jurídico único para todos os entes federados. Assim, toda a administração pública direta e indireta, (federal, estadual ou municipal) deve, na admissão de pessoal para o serviço público, estabelecer um vínculo estatutário, com servidores concursados para ocupação de cargos efetivos.

133. Essa exigência, porém, não é aplicada aos profissionais que foram contratados pelas regras da CLT, através de contratos sem prazo determinado, antes de 2/8/2007. Neste ponto, como os efeitos da decisão são *ex nunc*, foi assegurada a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos praticados entre a publicação da EC n.º 19/98 e decisão cautelar na ADIn.

134. **Quanto à contratação de profissionais para a Saúde da Família**, o TCU já se manifestara antes da decisão do STF no Acórdão TCU n.º 1.146/2003-P nos seguintes termos:

“9.6 determinar ao Ministério da Saúde, por intermédio da Secretaria de Políticas de Saúde, que, na implementação do Programa Saúde da Família, nos diversos entes da Federação, qualquer que seja a nomenclatura do programa adotada no local, observe o seguinte: 9.6.1. somente podem ser consideradas como alternativas válidas para a contratação dos agentes comunitários de saúde e demais profissionais das Equipes de Saúde da Família, a contratação direta pelo município ou Distrito Federal, com a criação de cargos ou empregos públicos, ou a contratação indireta, mediante a celebração de contrato de gestão com Organização Social ou

termo de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), nos termos da Lei 9.637/98 e da Lei 9.790/99» (grifo nosso).

135. **Entende-se que tal decisão não mais se coaduna com as alterações jurisprudenciais ocorridas, uma vez que restam claros os seguintes entendimentos: os ACS devem ser contratados diretamente pelas regras da CLT (Lei n.º 11.350, de 2006) ou pelo regime estatutário (artigo 39 da CF/88), se assim definido pelo ente, sem prazo determinado; os demais profissionais** devem ser admitidos pelo regime estatutário, ressalvados os contratos sem prazo determinado celebrados antes do deferimento da medida cautelar pelo STF.

136. Especificamente quanto à chamada terceirização da saúde, com a licitação e contratação de organizações do terceiro setor para a prestação dos serviços de SF, entende-se que tal conduta vai de encontro a um princípio basilar da PNAB: a longitudinalidade do cuidado, caracterizada “pela relação pessoal que se estabelece ao longo do tempo, independentemente do tipo de problemas de saúde ou mesmo da presença de problema de saúde, entre indivíduos e um profissional ou uma equipe de saúde” (CONASS, 2007).

137. A longitudinalidade do cuidado (ou vínculo e responsabilização) pressupõe uma relação personalizada que se estabelece ao longo do tempo entre os profissionais das equipes de saúde e o paciente/família/comunidade. O cuidado deve se dar ao longo dos ciclos vitais da pessoa/família. Não deve ser apenas um tratamento de um problema imediato, mas deve haver um acompanhamento e uma abordagem integral (que inclui a promoção da saúde e a prevenção de problemas).

138. Para se alcançar este objetivo, faz-se necessária a manutenção de uma equipe de saúde minimamente estável, sem a contumaz rotatividade de pessoal, fator que compromete o alcance dos objetivos da política. Esta característica da atenção primária dificilmente será assegurada se, ao final do contrato de gestão com a Organização Social ou do termo de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (que sempre possuem prazos determinados de duração), houver mudança daqueles profissionais que atendem à população. Os vínculos de longo prazo tão importantes no cuidado da saúde não se formarão, prejudicando assim o alcance dos objetivos propostos.

[...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União,

reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. recomendar ao Ministério da Saúde que:

[...]

9.1.4. doravante oriente os Estados, Distrito Federal e Municípios acerca dos normativos que regem a contratação direta de pessoal para atuar nas estratégias Saúde da Família, Saúde Bucal e Agentes Comunitários de Saúde, exigindo a devida adequação ao artigo 39 da Constituição Federal de 1988 **ou ao que dispõe a Lei n.º 11.350, de 2006**, guardadas as devidas situações de excepcionalidade abrangidas pela ADIn n.º 2.135/DF, regulamentando inclusive sobre a suspensão dos incentivos financeiros na modalidade fundo a fundo aos gestores municipais que não adequarem a contratação da força de trabalho aos regramentos constitucionais e legais;

61. Assim, ao que nos parece o TCU não deixou de aplicar as normas decorrentes das aludidas reformas constitucionais, nem ressalvou a validade da contratação de ACS mediante processo seletivo público, nos termos como fora regulamentado pelo art. 9º da Lei nº 11.350, de 2006. Além disso, nesse Acórdão nº 1.188-17/10-P, a egrégia Corte de Contas entendeu que, para atuar na Estratégia Saúde da Família, os Agentes Comunitários de Saúde devem ser contratados diretamente pelos entes federativos, conforme o regime jurídico que vier a ser adotado na forma do art. 8º daquela Lei.

CONCLUSÕES

62. Esta Nota Técnica cingiu-se a analisar os regimes jurídicos de trabalho e de previdência social aplicáveis aos Agentes Comunitários de Saúde - ACS e Agentes de Combate às Endemias - ACE, porque não compete a este Departamento dos Regimes dos Regimes de Previdência no Serviço Público emitir opinião acerca da constitucionalidade do modelo de recrutamento dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias pelos entes da Federação²⁵.

63. Após a reforma constitucional da Emenda nº 51, de 2006, que acrescentou os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal, os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias serão contratados por meio de

²⁵ É de se assinalar que o entendimento adotado por este Departamento no Parecer nº 18/2014/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, o qual serviu de base para elaboração desta Nota Técnica, veio a ser corroborado pela Consultoria Jurídica junto ao MPS, em relação ao tema em tese, ou seja, desvinculado da questão fática subjacente, nos termos de seu Parecer nº 404/2014/CONJUR-MPS/CGU/AGU.

processo seletivo público, e poderão validamente ocupar empregos públicos, sob o regime jurídico da CLT, ou cargos públicos, sob o regime jurídico estatutário, nesta última hipótese, se assim o dispuser lei local dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, consoante o disposto nos arts. 8º e 9º da Lei Federal nº 11.350, de 2006.

64. Conquanto essa reforma constitucional não diga respeito diretamente à previdência social, é bem verdade que o regime previdenciário de filiação do ACS e do ACE depende da prévia definição do regime jurídico de trabalho a eles aplicável no âmbito do SUS. Portanto, não se pode afirmar *a priori* que esses Agentes de Saúde se vinculam, em qualquer hipótese, a este ou àquele regime previdenciário.

65. Ressalte-se que o regime jurídico de trabalho desses Agentes de Saúde não há de ser necessariamente celetista, visto que o art. 8º da Lei nº 11.350, de 2006, facultou aos Estados, Distrito Federal e Municípios dispor de forma diversa em lei local, portanto, também seria possível a estes entes submetê-los ao regime estatutário.

66. Veja-se que a disciplina dos parágrafos 4º a 6º do art. 198 da Constituição, acrescidos pela EC nº 51, de 2006, foi mantida pela EC nº 63, **de 2010**. Na verdade, a admissão de ACS e ACE, prevista nos referidos dispositivos constitucionais, trata-se de exceção ao regime jurídico único a que se refere a redação originária do art. 39 da Constituição. Ora, não haveria razão para a EC nº 63 manter a atribuição da lei federal para dispor sobre o regime jurídico daqueles agentes, com vistas a integrar a eficácia limitada da norma do § 5º do art. 198 (ou ainda, para a lei local poder eleger regime diverso da Lei Federal nº 11.350, de 2006), uma vez que esta última reforma constitucional poderia ter ela mesma fixado, de regra, o regime estatutário como único regime jurídico válido para tal admissão.

67. Em todo caso, somente a jurisdição constitucional poderia declarar a nulidade do § 5º do art. 198 da Constituição, afastando essa possibilidade de a legislação infraconstitucional dispor sobre regime jurídico diverso do estatutário, tendo em vista a eficácia limitada do referido preceito da Lei Maior. Todavia, esse controle de constitucionalidade não ocorreu até o momento presente.

68. A ocupação de emprego público, função pública ou emprego em pessoa jurídica de direito privado (como nas organizações sociais ou nas fundações públicas de direito privado) implica filiação obrigatória dos mencionados Agentes de Saúde ao RGPS, porque essas relações de trabalho excluem a filiação ao RPPS,

cujo âmbito subjetivo de proteção é o servidor titular de cargo efetivo, por força da redação atual do *caput* e do § 13 do art. 40 da Constituição, o que é indissociável de uma relação de trabalho sob o regime jurídico estatutário.

69. Na hipótese de contratação de ACS e de ACE sob o regime estatutário, com provimento em cargo efetivo, amparado por RPPS instituído pelo ente político, não vemos por que fundamento jurídico não lhes assistiria o direito, como aos demais servidores titulares de cargo efetivo, de estar filiado a regime próprio de previdência social. Por outro lado, tem-se obviamente a filiação obrigatória ao RGPS sempre que o regime próprio não tiver sido criado pelo ente federativo, ainda que aqueles agentes públicos venham a ocupar cargos efetivos.

70. É certo que a contratação de ACS e de ACE mediante processo seletivo público, nos termos das Emendas nº 51 e 63, para ocupar cargo ou emprego público, pode vir a ser objeto de controle de constitucionalidade, tendo como paradigmas a redação originária do art. 39, *caput*, da Constituição, que trata do regime jurídico único estatutário, bem como a norma do inciso II do art. 37, acerca da exigência de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

71. Ocorre que a Administração não pode declarar a nulidade dessas reformas constitucionais, porque a apreciação dessa questão compete exclusivamente ao Poder Judiciário, mediante jurisdição constitucional.

72. Por fim, consideramos que a presente Nota Técnica poderá contribuir para uma ação governamental harmônica e cooperativa do Ministério da Saúde e das demais esferas de governo no âmbito do Comitê Nacional Interinstitucional de desprecarização do trabalho no SUS.

À consideração da Senhora Coordenadora de Normatização.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

MÁRIO CABUS MOREIRA

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Em exercício na SPPS/MPS

1. Ciente e de Acordo.

À consideração do Senhor Coordenador-Geral.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

MARINA ANDRADE PIRES SOUSA

Coordenadora de Normatização

COORDENAÇÃO-GERAL DE NORMATIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO LEGAL, em 29/1/2015.

1. Ciente e de Acordo.

Ao Senhor Diretor do Departamento.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

LEONARDO DA SILVA MOTTA

Coordenador-Geral de Normatização
e Acompanhamento Legal - Substituto

DEPARTAMENTO DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO, em 29/1/2015.

1. Ciente e de Acordo.

Ao Senhor Secretário de Políticas de Previdência Social.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

NARLON GUTIERRE NOGUEIRA

Diretor do Departamento dos Regimes
de Previdência no Serviço Público

**SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, em
30/1/2015.**

1. Aprovo a NOTA TÉCNICA CGNAL/DRPSP/SPPS N° 09/2015, por seus próprios fundamentos.
2. Providencie-se a divulgação.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

BENEDITO ADALBERTO BRUNCA
Secretário de Políticas de Previdência Social

NOTA Nº 77/2014/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS

Brasília, 07 de outubro de 2014.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A INCLUSÃO DE PARCELAS TEMPORÁRIAS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS PELOS RPPS

Diversas dúvidas têm sido apresentadas a esta Coordenação-Geral acerca da vedação de inclusão de parcelas temporárias no cálculo dos benefícios concedidos pelos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS. No exercício das atribuições conferidas a este Ministério pelo art. 9º, I e II da Lei nº 9.717, de 1998¹, que regimentalmente foram atribuídas a esta Secretaria de Políticas de Previdência Social, serão prestados os esclarecimentos a seguir sobre o tema.

2. Desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que alterou substancialmente o art. 40 da Constituição Federal, o valor das aposentadorias e das pensões concedidas pelos RPPS está limitado à remuneração do servidor no cargo efetivo. Confirma-se a redação:

Art. 40. [...]

§ 2º Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998)

3. A vedação de inclusão de parcelas temporárias nos benefícios concedidos pelos RPPS também está prevista no inciso X do art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998, que dispõe sobre as regras gerais para a organização e funcionamento dos RPPS. O dispositivo foi inserido pela Medida Provisória nº 2.043-20, de 2000, e alterado pela Lei nº 10.887, de 2004, conforme textos a seguir:

¹ Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

I - a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei;

II - o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos nesta Lei.

[...]

Art. 1º [...]

X - vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão, exceto quando tais parcelas integrarem a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com fundamento no art. 40 da Constituição Federal, respeitado, em qualquer hipótese, o limite previsto no § 2º do citado artigo; (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 18/06/2004)

X - vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de cálculo e percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de função de confiança ou de cargo em comissão, exceto quando tais parcelas integrarem a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com fundamento no art. 40 da Constituição, respeitado, em qualquer hipótese, o limite previsto no § 2º do citado artigo; (Redação anterior dada pela Medida Provisória nº 167, de 19/02/2004, convertida na Lei nº 10.887, de 18/06/2004)

4. Segundo o art. 23, § 5º da Portaria MPS nº 402, de 2008, norma editada com fundamento no art. 9º, II da Lei nº 9.717, de 1998, considera-se remuneração do cargo efetivo, o valor constituído pelos vencimentos e vantagens pecuniárias permanentes desse cargo estabelecidas em lei de cada ente federativo, acrescido dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes. Dessa forma, **não compõe a remuneração do cargo efetivo qualquer verba de natureza indenizatória, ou temporária ou a retribuição pelo exercício de cargo em comissão ou função de confiança.**

5. Segundo o que dispõe o § 3º do art. 23 da Portaria MPS nº 402, de 2008, compreende-se na vedação de que trata o inciso X do art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998, a previsão de incorporação das parcelas temporárias **diretamente nos benefícios de aposentadoria e pensão ou na remuneração, apenas para efeito de concessão de benefícios,** ainda que mediante regras específicas:

Art. 23. [...]

§ 2º É vedada a inclusão nos benefícios de aposentadoria e pensão, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão e do abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.

§ 3º Compreende-se na vedação do § 2º a previsão de

incorporação das parcelas temporárias diretamente nos benefícios ou na remuneração, apenas para efeito de concessão de benefícios, ainda que mediante regras específicas. **§ 4º Não se incluem na vedação prevista no § 2º, as parcelas que tiverem integrado a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com proventos calculados conforme art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004, respeitando-se, em qualquer hipótese, como limite máximo para valor inicial do benefício, a remuneração do servidor no respectivo cargo efetivo em que se der a aposentadoria.**

§ 5º Considera-se remuneração do cargo efetivo, o valor constituído pelos vencimentos e vantagens pecuniárias permanentes desse cargo estabelecidas em lei de cada ente federativo, acrescido dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes.

(grifamos)

6. No mesmo sentido apontado pelo § 2º do art. 40 da Constituição, o § 2º do art. 23 da Portaria MPS nº 402, de 2008, definiu que a vedação do inciso X do art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998 se aplica aos benefícios de aposentadoria e pensão. Ademais, as regras nacionais sobre o cálculo dos benefícios previdenciários, contidas nos arts. 1º e 2º da Lei nº 10.887, de 2004, disciplinam apenas esses dois benefícios, conforme determinado pelos §§ 3º, 7º e 17 do art. 40 da Constituição Federal².

7. No âmbito dos RPPS, a vedação de que o valor dos benefícios de aposentadoria e pensão ultrapasse a remuneração do servidor no cargo efetivo persiste ainda que tenha havido a incidência de contribuição previdenciária sobre tais parcelas, visto que o limite dos benefícios definido no § 2º do art. 40 da Constituição – a remuneração no cargo efetivo – não pode ser descumprido em qualquer hipótese. Lembre-se que o valor da remuneração do servidor no cargo efetivo,

² Não há norma geral que defina a forma de cálculo do benefício de auxílio doença. Portanto, observado o cálculo atuarial, o Município tem autonomia para estabelecer, por meio de lei, qual será a forma de cálculo desse benefício. A respeito, cita-se o art. 52, § 1º, I da Orientação Normativa SPPS nº 02, de 2009:

Art. 52. O auxílio-doença será devido ao segurado que ficar incapacitado para o trabalho, com base em inspeção médica que definirá o prazo de afastamento.

§ 1º Cabe ao ente federativo disciplinar:

I - a forma de cálculo do auxílio-doença;

[...]

Quanto ao benefício do salário maternidade, o art. 7º, XVIII da Constituição Federal estabelece que é devido licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. Dessa forma o item 16.2 do Anexo da Portaria MPS nº 402, de 2008 prevê que o salário maternidade consistirá numa renda mensal igual à última remuneração da segurada. Significa que não pode haver limitação do benefício à última remuneração do cargo efetivo. Há previsão no mesmo sentido no § 2º art. 54 da Orientação Normativa SPPS nº 02, de 2009.

que somente pode contemplar parcelas permanentes, não corresponde necessariamente à remuneração de contribuição do segurado, que é a base de cálculo da contribuição, conceito de natureza tributária, definida na legislação de cada ente federativo, no exercício da competência atribuída pelo § 1º do art. 149 da Constituição Federal.

8. Na concessão de benefícios conforme regras de transição previstas no art. 6º e 6º-A da Emenda nº 41, de 2003 e no art. 3º da Emenda nº 47, de 2005, o valor dos proventos, que corresponde à última remuneração do servidor no cargo efetivo, independe da base de cálculo da sua contribuição e não sofrerá variações se houver parcelas integrantes da remuneração do cargo que não componham a remuneração de contribuição ou, ao contrário, se houver parcelas que componham a remuneração de contribuição mas não integrem a remuneração do cargo efetivo. Portanto, a exceção de que trata o inciso X do art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998, não contempla as regras de transição para concessão de aposentadoria, visto que, no cálculo desses benefícios, não se aplica a média de contribuições.

9. É por isso que, embora o ente detenha a competência tributária para definir a base de contribuição ao RPPS, **é recomendável que a lei estabeleça uma aproximação entre a “remuneração de contribuição” e a “remuneração do cargo efetivo”, definindo que a contribuição somente incidirá sobre os adicionais, gratificações e vantagens de caráter permanente, ou seja, aquelas parcelas que possuem relação direta com o cargo público ocupado ou que a lei preveja tal característica**, conforme estabelece o item 14 da NOTA TÉCNICA Nº 04/2012/CGNAL-CGACI/ DRPSP/SPPS/MPS, de 2012³. Nesse sentido, também é recomendável que a incidência de contribuição sobre verbas remuneratórias não permanentes seja feita mediante opção do segurado, de acordo com a previsão do § 1º do art. 4º da Portaria MPS nº 402, de 2008⁴.

Art. 4º A lei do ente federativo definirá as parcelas que compo-
rão a base de cálculo da contribuição.

§ 1º O ente poderá, por lei, prever que a inclusão das parcelas pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão, será feita mediante opção expressa do servidor, para efeito do cálculo de que trata o art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004,

³ A NOTA TÉCNICA Nº 04/2012/CGNAL-CGACI/ DRPSP/SPPS/MPS, de 18 de dezembro de 2012, está disponível para consulta na página <http://www.previdencia.gov.br/nota-tenica/>

⁴ A respeito das condições para restituição de contribuições eventualmente recolhidas ao RPPS, ver o que estabelece a NOTA TÉCNICA Nº 04/2012/CGNAL-CGACI/DRPSP/SPPS/MPS e o art. 13, § 2º, V da Portaria MPS nº 402, de 2008.

respeitado, na definição do valor dos proventos, o limite máximo de que trata o § 5º daquele artigo.

10. A eventual incidência de contribuição sobre parcelas temporárias somente teria o efeito de modificar o valor dos benefícios quando calculados pela média das remunerações de contribuição, disciplinada pelo art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004. No entanto, mesmo nesse caso, o valor do benefício não poderá ultrapassar o limite da última remuneração do servidor no cargo efetivo (em cuja definição não se consideram as parcelas temporárias). É o que estabelece a redação vigente do inciso X do art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998, antes transcrito.

11. Deve também ser esclarecido que, em razão da limitação estabelecida pelo § 2º do art. 40 da Constituição Federal, pelo § 5º do art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004, e da vedação do inciso X do art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998, contrária as normas gerais a lei que incluir parcelas temporárias no conceito de remuneração do cargo efetivo ou no rol de vantagens que integram essa remuneração, ou que defina a remuneração do cargo por meio de média em que se incluam também parcelas temporárias.

12. Estão igualmente contrárias à regra geral as previsões de **incorporação do valor de parcelas temporárias à remuneração do servidor “para efeito de aposentadoria”**, explícita ou implicitamente, mesmo que cumprido determinado prazo de carência ou que tenha havido contribuição por determinado tempo.

13. Somente são consideradas parcelas permanentes, integrantes da definição de remuneração no cargo efetivo, conforme o art. 23, § 5º da Portaria MPS nº 402, de 2008, aquelas quanto às quais o servidor tem garantia de seu recebimento enquanto titular do cargo, independentemente de qualquer condição. Ou seja, quando não podem ser excluídas da remuneração, mesmo se afastadas as circunstâncias que determinam seu pagamento, e cuja incorporação à remuneração não esteja vinculada à ocorrência de aposentadoria. Quanto às demais, ainda que percebidas durante grande parte da vida funcional e mesmo que tenha havido contribuição, a simples possibilidade de serem retiradas impede sua inclusão nos proventos.

14. Na identificação de quais verbas remuneratórias possuem natureza permanente, devem ser identificadas as que são caracterizadas como vantagens integrantes da remuneração de todos os servidores ocupantes do cargo efetivo correspondente, independentemente da mudança do local de trabalho, de produtividade individual ou de outra contingência legalmente definida. Exemplos de parcelas permanentes são as gratificações amplas concedidas a uma determinada catego-

ria, independentemente de qualquer aferição de desempenho individual. Outros são os adicionais por tempo de permanência no cargo ou no serviço público, que se caracterizam como uma vantagem pessoal decorrente do tempo cumprido no cargo e que não será excluído do patrimônio do servidor caso esse tempo tenha sido legalmente averbado nos seus assentamentos funcionais.

15. Buscando esclarecer essa questão, a Orientação Normativa SPS nº 02, de 2009, previu, no § 3º do art. 43, que **as parcelas remuneratórias decorrentes de local de trabalho que não se caracterizarem como temporárias, sendo inerentes ao cargo, deverão ser explicitadas, em lei, como integrantes da remuneração do servidor no cargo efetivo e da base de cálculo de contribuição:**

Art. 43. É vedada a inclusão nos benefícios de aposentadoria e pensão, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança, de cargo em comissão, **de outras parcelas temporárias de remuneração**, ou do abono de permanência de que trata o art. 86.

§ 1º **Compreende-se na vedação do caput a previsão de incorporação das parcelas temporárias diretamente nos benefícios ou na remuneração, apenas para efeito de concessão de benefícios, ainda que mediante regras específicas, independentemente de ter havido incidência de contribuição sobre tais parcelas.**

§ 2º **Não se incluem na vedação prevista no caput, as parcelas que tiverem integrado a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com proventos calculados pela média aritmética, conforme art. 61, respeitando-se, em qualquer hipótese, o limite de remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, ainda que a contribuição seja feita mediante a opção prevista no caput do art. 29.**

§ 3º **As parcelas remuneratórias decorrentes de local de trabalho que não se caracterizarem como temporárias, sendo inerentes ao cargo, deverão ser explicitadas, em lei, como integrantes da remuneração do servidor no cargo efetivo e da base de cálculo de contribuição.**

16. Quanto aos adicionais pagos em função da produtividade e do desempenho do servidor no cargo, algumas peculiaridades devem ser relatadas. O Supremo Tribunal Federal - STF tem se manifestado no sentido de que, quando se trata de gratificações vinculadas ao exercício de determinada função, ou seja, de parcelas vinculadas à atividade **cujo recebimento dependa de avaliação de desempe-**

nho ou de determinadas condições, somente aferíveis por desempenho individual, a extensão aos benefícios (tanto na concessão quanto no reajustamento) não é integral ou automática, mesmo que o benefício seja reajustado pela paridade com a remuneração dos ativos.

17. Em diversos processos que discutem esse tema, o STF tem reiterado que apenas a parcela paga a título de desempenho institucional, que é devida a todos os servidores ativos, deve ser estendida integralmente aos benefícios revistos pela regra da paridade. Entende-se, pois, que tais parcelas são integrantes da remuneração no cargo efetivo por serem permanentes. A parcela que depende de avaliação individual não pode ser transferida aos proventos, ainda que revistos pela paridade. Cita-se, a título de exemplo, a decisão proferida no RE nº 476.390.

18. Apenas na ausência de regulamentação das avaliações de desempenho que definirão a forma de apuração da parcela individual, o STF entende que as parcelas individuais estariam convertidas em gratificação de natureza genérica e, por isso, devem ser estendidas aos proventos revistos pela paridade, na mesma proporção concedida aos ativos (RE 572.052, AI 710.557, AI 550.384, RE 476.279, AI 486.042 e RE 466.531-AgR).

19. É importante assinalar também que, se o ente, por meio de lei, criar uma vantagem de natureza permanente e geral – integrante, pois, da remuneração do cargo efetivo - seu valor será transferido a todos os benefícios que são revistos pela paridade com a remuneração dos servidores ativos e, conseqüentemente, todos os proventos concedidos a partir da criação da parcela, cuja regra de concessão preveja a correspondência dos proventos com o valor do cargo efetivo (arts. 6º e 6º-A da Emenda nº 41, de 2003 e art. 3º da Emenda nº 47, de 2005), serão acrescidos dessa parcela, independentemente de por quanto tempo houve a contribuição do segurado sobre esse valor.

20. Por isso, na criação de verbas remuneratórias, o ente deve levar essa questão em consideração, visto que, embora tenha autonomia para definir a remuneração dos servidores ativos e a base de cálculo da contribuição ao RPPS, o ente não tem competência para criar regras diferenciadas para cálculo de benefícios previdenciários. As normas constitucionais não deixam autonomia para que os entes exijam um tempo mínimo de contribuição para que a parcela genérica faça parte do benefício concedido conforme arts. 6º e 6º-A da Emenda nº 41, de 2003 e art. 3º da Emenda nº 47, de 2005, ou mesmo do valor da remuneração do cargo efetivo para fins de benefícios calculados segundo o art. 1º da Lei nº 10887, de 2004.

21. Ainda sobre as condições para a transferência de parcelas remuneratórias a benefícios dos RPPS, cumpre citar recente decisão do STF no RE nº 596.962. Segundo notícia a seguir, do Informativo/STF nº 755, a Corte, além de reafirmar o entendimento de que parcelas remuneratórias de caráter geral concedidas aos ativos devem ser estendidas aos proventos, também especificou a quais benefícios tal extensão se aplica, ou seja, àqueles abrangidos pela paridade com a remuneração dos ativos:

As vantagens remuneratórias de caráter geral conferidas a servidores públicos, por serem genéricas, são extensíveis a inativos e pensionistas. Com base nessa orientação, o Plenário negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de extensão a servidores aposentados de Verba de Incentivo de Aprimoramento à Docência, instituída pela LC 159/2004, do Estado do Mato Grosso.

O Tribunal ressaltou que a aludida verba constituiria vantagem remuneratória concedida indistintamente aos professores ativos. Portanto, extensível aos professores inativos e pensionistas, nos termos do art. 40, § 8º, da CF, em sua redação original. Observou que a recorrida, na condição de professora aposentada antes da EC 41/2003, preencheria os requisitos constitucionais para que fosse reconhecido o seu direito ao recebimento desse benefício.

Em seguida, a Corte, por maioria, fixou diretrizes com efeito “erga omnes”, para que os objetivos da tutela jurisdicional especial alcançassem de forma eficiente os seus resultados jurídicos:

a) as vantagens remuneratórias legítimas e de caráter geral conferidas a determinada categoria, carreira ou, indistintamente, a servidores públicos, por serem vantagens genéricas, seriam extensíveis aos servidores inativos e pensionistas;

b) nesses casos, a extensão alcançaria os servidores que tivessem ingressado no serviço público antes da publicação da EC 20/1998 e da EC 41/2003, e tivessem se aposentado ou adquirido o direito à aposentadoria antes da EC 41/2003;

c) em relação aos servidores que tivessem ingressado e se aposentado no serviço público após a EC 41/2003, deveriam ser observados os requisitos estabelecidos na regra de transição contida em seu art. 7º, em virtude da extinção da paridade integral entre ativos e inativos contida no art. 40, § 8º, da CF, redação original, para os servidores que tivesse ingressado no serviço público após a publicação da EC 41/2003; e

d) com relação aos servidores que tivessem ingressado no serviço público antes da EC 41/2003 e tivessem se aposentado ou adquirido o direito à aposentadoria após a sua edição, afirmou que seria necessário observar a incidência das regras de transição fixadas pela EC 47/2005, a qual estabeleceria efeitos retroativos à data de vigência da EC 41/2003.

Vencido, quanto a esses parâmetros, o Ministro Marco Aurélio, que não os fixava para casos diversos. Pontuava que não seria possível julgar matéria, pela primeira vez, em sede extraordinária, muito menos para fugir às balizas intransponíveis da própria causa. RE 596962/MT, rel. Min. Dias Toffoli, 21.8.2014. (RE-596962) (grifamos)

22. De forma inversa, o Supremo também tem se manifestado no sentido de que a regra da paridade não autoriza a concessão de vantagens pecuniárias compatíveis tão somente com o regime jurídico dos servidores em atividade. Os benefícios remuneratórios atrelados à atuação ativa do servidor não se estendem aos benefícios, apenas aqueles caracterizados pela generalidade ou indistinção (ADI 1158, ADI 3783 ADI 778).

23. Consequentemente, todas as parcelas de natureza permanente e geral, extensíveis aos benefícios revistos pela paridade, são componentes da remuneração do cargo efetivo correspondente. Por isso, também passarão a integrar o valor dos proventos a serem concedidos com fundamento nas regras de transição que preveem aplicação da paridade, independentemente do tempo em que houve contribuição sobre tal parcela. Quanto aos benefícios calculados pela média das remunerações de contribuição, a parcela considerada geral, componente da remuneração do cargo efetivo, além de elevar o valor da média, conforme a quantidade de competências em que houve contribuição sobre seu valor, ampliará o limite máximo desses benefícios, estabelecido no § 5º do art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004.

24. Outra questão a ser mencionada quanto ao assunto é que vedação de inclusão de parcelas temporárias no cálculo dos benefícios do RPPS é um dos critérios observados na emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP dos entes federativos, conforme previsto no art. 5º, IX da Portaria MPS nº 204, de 2008:

Art. 5º A SPS, quando da emissão do CRP, examinará o cumprimento, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios,

dos critérios e das exigências abaixo relativas aos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS:

[...]

IX - não inclusão nos benefícios, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão e do abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003; [...]

25. Por fim, não é demais registrar que qualquer aumento de despesa previdenciária, além de obedecer ao Princípio da Legalidade, à disponibilidade financeira e orçamentária e à existência de fonte de custeio, deverá ser levado em conta nas reavaliações atuariais anuais, visto que afeta o Equilíbrio Financeiro e Atuarial do RPPS, previsto no art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998 e no *caput* do art. 40 da Constituição Federal.

26. É o que se tem a esclarecer sobre o tema.

À consideração do Senhor Coordenador-Geral.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

MARINA ANDRADE PIRES SOUSA

Coordenadora de Normatização

COORDENAÇÃO-GERAL DE NORMATIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO LEGAL, em ___/10/2014.

1. Ciente e de acordo.

Ao Senhor Diretor.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

EVANDO DINIZ COTTA

Coordenador-Geral de Normatização
e Acompanhamento Legal

DEPARTAMENTO DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO, em ___/10/2014.

1. Ciente e de acordo.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

NARLON GUTIERRE NOGUEIRA

Diretor do Departamento dos Regimes de
Previdência no Serviço

NOTA TÉCNICA

Nº 02/2014/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS

Brasília, 15 de maio de 2014.

EMENTA

Amplitude dos efeitos da Súmula Vinculante nº 33. Aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social - RGPS na concessão da aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, III da Constituição Federal aos servidores amparados em Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal - STF aprovou, na seção plenária do dia 09 de abril de 2014, a Proposta de Súmula Vinculante - PSV nº 45, apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes em 15 de junho de 2009, então Presidente da Corte, com vistas à adoção, para os servidores públicos segurados de Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, das normas aplicáveis aos segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS sobre concessão da aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, III da Constituição Federal.

2. O fundamento da proposição, que resume o posicionamento adotado pela corte no julgamento de milhares de Mandados de Injunção - MI impetrados por servidores, foi o crescimento exponencial do número desses mandados e a continuidade da omissão legislativa quanto ao tema. Dos debates havidos na sessão que aprovou a proposta, resultou o seguinte texto para a Súmula Vinculante nº 33, publicada no Diário da Justiça Eletrônico nº 77 e no Diário Oficial da União em 24/04/2014:

Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria espe-

cial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

3. Segundo o que dispõe o art. 2º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006¹, a partir de sua publicação na imprensa oficial, a súmula que cumprir os requisitos previstos terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração de todos os entes federativos², aplicando-se, obrigatoriamente, depois de sua edição.

4. No exercício da atribuição regimental desta Secretaria de orientar os Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS, serão examinados nesta Nota Técnica os aspectos mais relevantes decorrentes da edição da Súmula Vinculante nº 33

I. A AMPLITUDE DO EFEITO VINCULANTE DAS SÚMULAS PROFERIDAS COM FUNDAMENTO NA LEI Nº 11.417, DE 2006.

5. Para se obter conclusões quanto ao cumprimento da súmula objeto desse estudo, é necessário, de início, que se analise a amplitude do efeito vinculante das decisões do STF, em especial das súmulas proferidas com fundamento na Lei nº 11.417, de 2006.

6. No direito brasileiro, o efeito vinculante está relacionado a processos de natureza objetiva como a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, a Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. O procedimento de criação de súmulas também tem sido caracterizado como processo de natureza objetiva, com características específicas e cujo resultado é dotado de efeito vinculante, pois, embora tenha origem em situações individuais, seus efeitos vão além dos casos concretos nos quais se embasaram.

7. A finalidade das súmulas em geral, que contêm uma prescrição geral e abstrata, é atribuir um tratamento uniforme a uma questão jurídica recorrente,

¹ A Lei nº 11.417, de 2006, disciplinou o art. 103-A da Constituição Federal, inserido pela Emenda nº 45, de 2004.

² Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

evitando a repetição de ações análogas. Por se caracterizarem como resumo de uma jurisprudência específica, não decorrem de decisão sobre uma situação individual. Diferentemente dos demais processos de natureza objetiva, nesse caso, as situações particulares foram analisadas e decididas previamente.

8. A respeito da natureza do processo de edição de súmulas vinculantes, estabelecido na Lei nº 11.417, de 2006, André Ramos Tavares³ entende que:

Doravante, contudo, parece mais adequado compreender o *iter* processual de produção de súmula vinculante como um *processo objetivo típico*, embora com certas peculiaridades (cf. TAVARES, 2005b: 120), que promove a aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito *erga omnes* - vinculante). Esta conclusão acabou por reforçar a necessidade de que fosse editada a presente lei regulamentadora para fins de disciplinar o processo de tomada de decisão quanto à adoção (ou não) e ao conteúdo da súmula. (grifos do original)

9. O entendimento doutrinário e a jurisprudência recente do STF⁴ consolidaram-se no sentido de que os fundamentos das decisões proferidas em controle abstrato de normas também são abrangidos pelo efeito vinculante dessas decisões. Em consequência, não apenas a parte dispositiva das decisões, ou o verbete das súmulas vinculam seus destinatários, mas também os motivos determinantes, as razões para decidir neste ou naquele sentido⁵.

³ TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante - Estudos e Comentários à Lei nº 11.417, de 19.12.2006*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método. set. 2007, p. 31.

⁴ Citam-se as decisões proferidas pelo STF nos seguintes processos: **ADI nº 1662**, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 11/9/2001; **ADI nº 2868**, rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 15/6/2004; **RCL nº 2986-MC**, rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 18/3/2005; **RCL 2143(Agr)**, rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 6/6/2003; **RCL 1880- (Agr)**, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 19/3/2004; e **RCL 1880-(Agr-QO)**, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 19/3/2004.

⁵ Gilmar Mendes e Samantha Meyer Pflug trataram da diferenciação existente entre efeito vinculante e eficácia *erga omnes* nos seguintes termos:

Tal como assente em estudo que produzimos sobre esse assunto, que foi incorporado às justificações apresentadas no aludido Projeto, a *eficácia "erga omnes"* e o *efeito vinculante* deveriam ser tratados como institutos afins, mas distintos. Vale transcrever, a propósito, a seguinte passagem da justificação desenvolvida:

“Além de conferir *eficácia "erga omnes"* às *decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante* em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes* (tragende Gründe).
[...]

A concepção de *efeito vinculante* consagrado pela Emenda n. 3/93, está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no § 31, (2), da Lei Orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não

10. Conforme estabelecido no art. 103-A da Constituição e no art. 2º da Lei nº 11.417, de 2006, um dos pressupostos para edição de súmula com efeito vinculante é a existência de reiteradas decisões proferidas pelo STF em um mesmo sentido, demonstrando que o entendimento a respeito do tema constitucional sumulado está pacificado. A súmula não pode decidir controvérsia sobre tema que não foi previamente debatido e decidido.

11. O processo de aprovação de súmula exige pois que a jurisprudência da matéria debatida esteja antecipadamente consolidada. O enunciado deve traduzir o que foi decidido, sem resultar em interpretação restritiva ou mais extensiva quanto aos fundamentos determinantes dos processos subjetivos analisados e decididos. Glauco Salomão Leite⁶ esclarece a importância de que o efeito vinculante das súmulas ocorra a partir dos fundamentos das decisões que provocaram sua edição:

O caráter obrigatório decorrente do efeito vinculante da interpretação jurídico-constitucional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de normas, não é diferente da exegese consubstanciada em súmula vinculante. Cabe, no entanto, esclarecer alguns pontos em relação ao efeito vinculante das súmulas.

Em primeiro lugar, é preciso apontar aquilo que efetivamente vincula nas súmulas. Diferentemente do que ocorre nas ações diretas, o efeito vinculante das súmulas não se refere a uma decisão singular, já que ela exige *reiteradas decisões* em um mesmo sentido para poder ser editada. Assim, a súmula vinculante representa a síntese de uma *jurisprudência*. Dessa feita, é importante que a vinculação se faça a partir do fundamento determinante desse conjunto de decisões reiteradas em um mesmo sentido que formaram a base de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Com isso, sendo a súmula a síntese dessa jurisprudência, ela deva (sic) representar a sua própria *ratio decidendi*. Explicando melhor, a *ratio decidendi* dessa jurisprudência deve se corporificar no enunciado sumular, ex-

só eficácia *erga omnes*, mas também efeito vinculante à decisão, deixando claro que estes não estariam limitados apenas à parte dispositiva da decisão. Embora a Emenda n. 3/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o *efeito vinculante*, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original. [...]

(MENDES, Gilmar e PFLUG, Samantha Meyer. *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004*. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm e BOTTINI, Pierpaolo (Coords.). *Reforma do Judiciário. Comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 339 e 354.)

⁶ LEITE, Glauco Salomão. *Súmula Vinculante e Jurisdição Constitucional Brasileira*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.164.

pressar-se por meio dela, tornando visível a regra de direito que norteou o julgamento de diversos casos semelhantes em um mesmo sentido. Isso significa que a vinculação não deve advir do verbete sumular isoladamente, pois, do contrário, não haveria, de fato, vinculação de fundamentos determinantes, mas apenas a imposição do enunciado que compõe a súmula. Aqui está mais uma forte razão para que haja uma unidade quanto à fundamentação ou argumentação nas reiteradas decisões, pois, ao revés, a súmula não representará *ratio decidendi* alguma, isto é, ela transmitiria a falsa idéia de uma suposta jurisprudência sólida da corte. (grifo nosso)

12. A atuação do STF no processo de edição de súmula vinculante, conforme a doutrina de André Ramos Tavares (Ob. cit., p. 32, 50 e 720), encontra-se circunscrita na base, exigindo a provocação e o julgamento de diversos casos anteriores. Por isso, não é um processo em que a Corte tenha atuação oficiosa livre. O autor entende que, se a Constituição (alterada pela EC nº 45) exige um amadurecimento prévio do Tribunal como uma das condições para a edição de súmulas vinculantes, não há a possibilidade de que tais súmulas contrariem as reiteradas decisões. Dessa forma, o STF não pode adotar, na sessão de edição de súmula vinculante, um entendimento sem o necessário amadurecimento ou contrária aos anteriores, debatidos em sede jurisprudência;

13. Ainda sobre o requisito da preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, e os limites objetivos do *efeito vinculante*, vale ressaltar o que escreveram Gilmar Mendes e Samantha Meyer Pflug (ob. cit., p. 345):

Outro requisito para edição de súmula vinculante diz respeito à preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Exige-se aqui que a matéria a ser versada na súmula tenha sido objeto de debate e discussão no Supremo Tribunal Federal. Busca-se obter a maturação da questão controvertida com a reiteração de decisões. Veda-se deste modo, a possibilidade da edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada. É necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, é dizer, com mesma interpretação.

[...]

Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do *efeito vinculante*, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vincu-

lante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos chamados *fundamentos determinantes*, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as *coisas ditas de passagem*, isto é, os chamados *obiter dicta*.

[...]

Nesses termos, resta evidente que o efeito vinculante da decisão não está restrito à parte dispositiva mas abrange também os próprios fundamentos determinantes. É certo, por outro lado, que qualquer pessoa afetada ou atingida pelo ato contrário à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal disporá de legitimidade para promover a reclamação.

Com o *efeito vinculante*, pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do Supremo Tribunal Federal, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado. (grifo nosso)

14. Portanto, as súmulas tratam somente de questões estabilizadas porque já foram exaustivamente debatidas, e reiteradamente decididas em sentido único. Exige-se, para sua edição, que haja jurisprudência sedimentada, julgados uniformes sobre o mesmo tema. Considerando que o objetivo é consubstanciar situações a respeito da qual se estabeleceram vários precedentes, seu conteúdo deverá estar adstrito ao conteúdo temático desenvolvido, sem prejuízo de que novas discussões sejam levantadas posteriormente, quanto às quais deverá existir pronunciamento específico da Corte.

II. DA APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 33

II.1 Limitação à aposentadoria prevista no art. 40, § 4º, III da Constituição Federal

15. Em razão da edição da Súmula Vinculante nº 33, os RPPS da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios não estão mais limitados a exami-

nar os pedidos da aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, III da Constituição Federal apenas dos servidores que obtiveram decisão judicial favorável ao seu pleito. Desde 24/04/2014, devem ser examinados os requerimentos de aposentadoria formulados por todos os servidores, visto que as normas do RGPS passaram a ser aplicáveis a todos os segurados dos RPPS, naquilo que lhe forem pertinentes e até que seja editada lei complementar específica. Deve ser observado, no entanto, que a extensão não é ampla, pois no verbete sumular consta a expressão “*no que couber*”, que estabelece a possibilidade de restrição para a adoção das normas do RGPS ao servidor.

16. O primeiro ponto a ser ressaltado é que foi temporariamente suprida a ausência de norma apenas no que concerne à aposentadoria especial de que trata o inciso III do § 4º, do art. 40 da Constituição, ou seja, nos casos de servidores que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física⁷. Dessa forma, não pode ser aplicado administrativamente ao servidor com deficiência, amparado em RPPS, o que dispõe a Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, sobre a concessão de aposentadoria especial a pessoa com deficiência filiada ao RGPS. Somente por meio de ordem concedida pelo STF em Mandado de Injunção, a Administração poderá examinar os pleitos de aposentadoria especial dos servidores, prevista no artigo 40, § 4º, inciso I, da Constituição Federal, à luz das normas do RGPS.

17. No que concerne aos servidores que exercem atividade de risco, está vigente o art. 1º, I da Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985, que prevê critérios especiais para aposentadoria do servidor policial, segundo entendimento do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN nº 3.817 e no Recurso Extraordinário - RE nº 567.110, que analisaram a recepção dessa Lei pela Constituição Federal. Ademais, não há previsão, no § 1º do art. 201 da Constituição Federal, de concessão de aposentadoria especial por atividade de risco, não havendo, pois, norma específica a respeito para os segurados do RGPS, que poderia servir de paradigma aos servidores.

18. Da redação do art. 2º da Lei nº 11.417, de 2006, observa-se que um dos requisitos para a edição de enunciado de súmula com efeito vinculante é que o

⁷ § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 05/07/2005)

I - portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 05/07/2005)

II - que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 05/07/2005)

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

STF tenha proferido reiteradas decisões sobre determinada matéria constitucional. Essa condição parece ter sido cumprida apenas no que concerne ao artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, ou seja, no caso de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

19. Destarte, desde a edição da Súmula Vinculante nº 33, está afastada a vedação de que trata o parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.717, de 1998⁸, no que concerne à aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, que será concedida, no que couber, de acordo com a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o plano de benefícios da previdência social, e as normas que a regulamentam.

II.2 Do reconhecimento do tempo exercido sob condições especiais que prejudicam a saúde ou a integridade física

20. O aspecto principal a ser examinado no cumprimento da Súmula Vinculante nº 33 é a forma de reconhecimento, pelos RPPS, do tempo exercido por seus segurados sob condições especiais, para fins de concessão da aposentadoria, segundo as normas do RGPS. Considerando que o STF afastou, de forma ampla, o óbice da carência normativa quanto à aposentadoria especial prevista no artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, compete à Administração analisar o quadro fático/funcional do servidor para verificar o cumprimento dos requisitos necessários à caracterização do tempo exercido sob condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física.

21. Para esclarecer e sintetizar as regras aplicáveis na concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos amparados por Mandado de Injunção, esta Secretaria editou a Instrução Normativa SPPS/MPS nº 1, de 22 de julho de 2010, cuja elaboração visou o emprego, na hipótese prevista no § 4º, inciso III, do art. 40, da Carta Magna, das normas do RGPS sobre a matéria, com adaptação do texto às peculiaridades do serviço público.

22. A IN SPPS/MPS nº 1, de 2010, foi editada no exercício da competência para estabelecer regras gerais e uniformes, de âmbito nacional, com vistas à organização e funcionamento dos RPPS dos entes federativos, atribuída à União,

⁸ Art. 5º Os 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 não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

Parágrafo único. Fica vedada a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria. (grifamos)

nos termos do art. 9º da Lei 9.717, de 1998, a ser exercida por intermédio deste Ministério da Previdência Social⁹.

23. Nesse sentido, a IN SPPS/MPS nº 01, de 2010, editada por esta Secretaria no exercício de sua atribuição legal de orientar os Regimes Próprios de Previdência Social e estabelecer diretrizes gerais, veio a atender a necessidade de orientação das autoridades administrativas responsáveis pela análise dos pedidos de aposentadoria especial quanto à adequação aos critérios previstos para o RGPS, para fins de cumprimento das decisões emanadas em Mandados de Injunção.

24. Essa Instrução está de acordo com o que dispõe o art. 40, § 12 da Constituição Federal¹⁰ que prevê similaridade entre os Regimes Próprios e o Regime Geral de Previdência Social. Além disso, está adequada ao que dispõe a Lei nº 8.213, de 1991 e normas regulamentares acerca da matéria, vigentes no âmbito do RGPS, possibilitando aos Regimes Próprios de Previdência Social dar cumprimento às determinações do STF.

25. Considerando não ter havido alteração nas normas do RGPS relativas ao reconhecimento do tempo exercido sob condições especiais, traduzidas e organizadas pela IN SPPS/MPS nº 1, de 2010, todos os seus dispositivos permanecem aptos a serem empregados na análise dos pleitos de aposentadoria especial. No entanto, para adequação de seu conteúdo à aplicação da Súmula Vinculante nº 33, foram realizadas alterações para ampliação de seu objeto por meio da Instrução Normativa MPS/SPPS nº 03, de 23/05/2014, que deu nova redação à ementa, aos arts. 1º, 14, 16, e acréscimo do art. 16-A.

26. Alguns dispositivos da IN SPPS/MPS nº 1, de 2010, devem ser comentados. Quanto à caracterização e a comprovação do tempo de natureza especial, cabe esclarecer que, no âmbito do RGPS, é obedecido o que estabeleceu a legis-

⁹ LEI Nº 9.717 - DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998

Dispõe 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.

[...]

Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

I - a orientação, supervisão e acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei;

II - o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos nesta Lei.

[...]

¹⁰ Art. 40 [...]

§ 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

lação em vigor na época do exercício das atribuições do servidor¹¹. É a aplicação do Princípio *Lex Tempus Regit Actum*. Atualmente, esta previsão consta do § 1º do art. 70 do Regulamento da Previdência Social - RPS aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 1999¹².

27. Dessa forma, a comprovação de tempo de atividade especial pelo servidor também deve reger-se pela legislação vigente ao tempo do efetivo exercício das atividades do cargo. Esse é o sentido do disposto no art. 2º da Instrução Normativa MPS/SPPS nº 01, de 2010¹³.

28. Ainda a esse respeito, cabe salientar que houve mudanças significativas nas regras do RGPS, causadas pela evolução da legislação pertinente. Os arts. 3º a 6º da IN SPPS/MPS nº 01, de 2010, discriminam os critérios para o enquadramento da atividade como especial, segundo a legislação vigente no RGPS em cada período de tempo, nos seguintes termos:

Art. 3º Até 28 de abril de 1995, data anterior à vigência da Lei nº 9.032, o enquadramento de atividade especial admitirá os seguintes critérios:

I - por cargo público cujas atribuições sejam análogas às atividades profissionais das categorias presumidamente sujeitas a condições especiais, consoante as ocupações/grupos profissionais agrupados sob o código 2.0.0 do Quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e sob o código 2.0.0 do Anexo II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979; ou

II - por exposição a agentes nocivos no exercício de atribuições do cargo público, em condições análogas às que permitem enquadrar as atividades profissionais como perigosas, insalubres ou penosas, conforme a classificação em função da exposição aos referidos agentes, agrupados sob o código 1.0.0 do Quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 1964 e sob o código 1.0.0 do Anexo I do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 1979.

¹¹ Consoante entendimento pacífico da jurisprudência do STJ, a legislação que rege o tempo de serviço no âmbito do RGPS, é aquela vigente na época do exercício da atividade Cita-se, p. e. STJ - AgRg no REsp 600096 RS 2003/0186875-4.

¹² Art. 70. [...]

§1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

¹³ Art. 2º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerão ao disposto na legislação em vigor na época do exercício das atribuições do servidor público.

Art. 4º De 29 de abril de 1995 até 5 de março de 1997, o enquadramento de atividade especial somente admitirá o critério inscrito no inciso II do art. 3º desta Instrução Normativa.

Art. 5º De 6 de março de 1997 até 6 de maio de 1999, o enquadramento de atividade especial observará a relação dos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física que consta do Anexo IV do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997.

Art. 6º A partir de 7 de maio de 1999, o enquadramento de atividade especial observará a relação dos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física que consta do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.

29. Os documentos necessários para instrução do procedimento de reconhecimento do tempo de atividade especial pelos RPPS estão identificados no art. 7º da IN SPPS/MPS nº 01, de 2010. São os seguintes:

- a) formulário de informações sobre atividades exercidas em condições especiais;
- b) Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho - LTCAT, observado o disposto no art. 9º, ou os documentos aceitos em substituição àquele, consoante o art.10;
- c) parecer da perícia médica, em relação ao enquadramento por exposição a agentes nocivos, na forma do art.11.

30. O formulário de informações sobre atividades exercidas em condições especiais, primeiro dos documentos antes listados, também sofreu alterações de conteúdo e denominação no decorrer do tempo, conforme prevê o art. 8º da mesma Instrução.

Art. 8º O formulário de informações sobre atividades exercidas em condições especiais de que trata o inciso I do art. 7º é o modelo de documento instituído para o regime geral de previdência social, segundo seu período de vigência, sob as siglas SB-40, DISESBE 5235, DSS-8030 ou DIRBEN 8030, que serão aceitos, quando emitidos até 31 de dezembro de 2003, e o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, que é o formulário exigido a partir de 1º de janeiro de 2004.

Parágrafo único. O formulário será emitido pelo órgão ou entidade responsável pelos assentamentos funcionais do ser-

vidor público no correspondente período de exercício das atribuições do cargo. (grifamos)

31. Convém apontar o que estabelece o *caput* do art. 8º. Os formulários adotados pelo RGPS denominados SB-40, DISESBE 5235, DSS-8030 ou DIRBEN 8030 somente podem ser empregados caso sua emissão pelo órgão ou entidade responsável pelos assentamentos funcionais do servidor tenha acontecido até 31 de dezembro de 2003, observados os correspondentes períodos de vigência em cada caso.

32. Se a emissão do documento ocorreu a partir de 1º de janeiro de 2004, somente o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP é admitido, ainda que se refira a períodos em que estiveram vigentes os demais formulários adotados no RGPS. Quando for apresentado o PPP contemplando também os períodos laborados até 31 de dezembro de 2003, serão dispensados os demais documentos.

33. Considerando que a determinação de emprego das normas do RGPS aos servidores ocorreu depois de 31/12/2003, é razoável presumir que não houve a elaboração pela Administração dos formulários vigentes em cada período das atividades. Portanto, salvo exceções, o PPP deverá ser emitido para todo o período em que os servidores vinculados a RPPS estiveram sujeitos a agentes nocivos.

34. A exigência de elaboração do formulário de informações destinado a comprovar a efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos que, atualmente, é o PPP, possui fundamento no § 1º do art. 58 da Lei nº 8.213, de 1991¹⁴. O PPP, conforme o § 8º do art. 68 do RPS, é o documento que contém o histórico-laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo INSS, que, entre outras informações, deve conter registros ambientais, resultados de monitoração biológica e dados administrativos. Deve ser emitido com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

35. Portanto, a partir de 1º de janeiro de 2004, o PPP substituiu os outros formulários para comprovação da efetiva exposição dos segurados aos agentes nocivos, com vistas ao requerimento da aposentadoria especial. Os formulários an-

¹⁴ Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

teriores, referentes a períodos laborados até 31/12/2003, desde que emitidos até essa data, continuarão a ser aceitos mesmo após 1º de janeiro de 2004.

36. É importante reforçar também que o formulário de reconhecimento do tempo especial, de denominação variável no decorrer do tempo, é um elemento fundamental para análise do direito e não pode ser considerado um requisito adicional, ou ser substituído por outro meio de prova, como por exemplo, o pagamento de adicionais de insalubridade. Mesmo se o ente federativo encontrar dificuldades na elaboração extemporânea do formulário para o cumprimento da determinação do STF, tais empecilhos não podem servir de motivação para descumprimento das normas.

37. Segundo esclarece André Studart Leitão¹⁵, a finalidade do perfil profissiográfico previdenciário não é embaraçar o direito à aposentadoria especial, mas facilitar a sua concessão e garantir o cumprimento da lei, *in verbis*:

É verdade que, no âmbito processual, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu a liberdade objetiva dos meios de demonstração (art. 332 do Código de Processo Civil), sendo admitidos todos os meios lícitos de prova.

Todavia, conforme foi salientado pela Ministra ELLEN GRACIE no julgamento da ADIn n. 2555/DF, “*não raro o ordenamento jurídico afasta a regra geral de admissão de todos os meios de prova legítimos em nome de uma maior cautela no reconhecimento de um determinado direito ou de uma certa situação jurídica.*”

Não se pode esquecer de que há situações concretas em que as normas de regência buscam implementar uma segurança jurídica maior. Em razão disso, estabelecem a tarifação da prova, e por via consequencial, contrariam a liberdade objetiva dos meios de demonstração. É o que acontece em relação ao art. 55, § 3º e do art. 58, § 1º, ambos da Lei nº 8.213/91.

Ademais, tenha-se em mente que **a finalidade do perfil profissiográfico previdenciário não é embaraçar o direito à aposentadoria especial, mas facilitar a sua concessão e garantir o cumprimento da lei (no sentido de somente conceder o benefício quando do exercício de atividade prejudicial à saúde ou à integridade física).** (grifamos)

¹⁵ LEITÃO, André Studart. *Aposentadoria Especial - Doutrina e Jurisprudência*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 156.

38. Quanto ao adicional de insalubridade, o autor menciona (ob. cit. p. 160/161) que o pagamento dessa verba é irrelevante como prova de tempo especial, pois os escopos da lei trabalhista e da lei previdenciária são absolutamente distintos:

A prova acerca de pagamento de adicional de insalubridade também se apresenta como início de prova material, porém, como leciona WLADIMIR NOVAES MARTINEZ, “*não é garantia do direito à aposentadoria especial. Da mesma forma, só pela concessão da prestação por uma dessas causas o percipiente do benefício não tem direito a esses adicionais.*” De efeito, a aposentadoria especial tem como destinatários os trabalhadores que, durante o exercício de suas atividades estão sujeitos a certo grau de risco e prejuízo à saúde, sendo esta a razão de sua concessão antecipada (se comparada à aposentadoria por tempo de contribuição). Portanto, **mostra-se irrelevante o percebimento ou não do adicional de insalubridade, afinal os escopos da lei trabalhista e da lei previdenciária são absolutamente distintos. Enquanto aquela visa a proteger e a estabilizar as relações de trabalho, esta encontra fundamento no risco social, amparando os filiados do sistema securitário em face de determinadas contingências.** (grifamos)

III.3 Da conversão de tempo especial em tempo comum

39. Um dos primeiros questionamentos surgidos quando da aprovação da Súmula Vinculante nº 33, foi a possibilidade de se aplicar ao servidor a conversão de tempo especial em comum, prevista no § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991¹⁶.

¹⁶ Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.

§ 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

§ 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.

[...]

40. A dúvida resultou, principalmente, da mudança entre o texto proposto pela PSV nº 45¹⁷, que fazia referência expressa à adoção da disciplina do artigo 57, § 1º da Lei nº 8.213, de 1991, e o da Súmula Vinculante nº 33, que não faz referência expressa ao dispositivo da Lei, mas determina a adoção, no que couber, das regras do RGPS sobre aposentadoria especial.

41. Em razão da abrangência e do detalhamento das normas definidas em cada regime previdenciário, as conclusões sobre quais normas do RGPS são pertinentes aos Regimes Próprios devem ser obtidas caso a caso, observadas as peculiaridades das demais regras aplicáveis aos servidores e as normas aplicáveis à edição de Súmula Vinculante. O exame da possibilidade de se converter tempo especial em comum com fundamento na súmula objeto desta Nota está diretamente relacionado com a amplitude do efeito vinculante das súmulas proferidas com fundamento na Lei nº 11.417, de 2006, objeto de estudo no item I desta Nota Técnica.

42. No âmbito do Regime Geral, a conversão do tempo especial em comum é realizada quando o tempo efetivamente laborado pelo segurado em condições que prejudicam a saúde ou a integridade física não totalizar o tempo mínimo necessário para a concessão da aposentadoria com regras especiais¹⁸. Esse procedimento gera a contagem, para efeito de aposentadoria, de um tempo maior que o efetivamente laborado, para fins da concessão de aposentadoria nas demais regras vigentes. Em consequência, a aposentadoria será concedida com um tempo efetivo inferior ao mínimo exigido na regra não especial¹⁹. Resta verificar se o mesmo

¹⁷ Segundo o Edital de divulgação da proposta, aprovada pela Comissão de Jurisprudência em 31 de agosto de 2009, foi sugerido o seguinte verbete para a Súmula:

“Enquanto inexistente a disciplina específica sobre aposentadoria especial do servidor público, nos termos do artigo 40, § 4º da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional n. 47/2005, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral (artigo 57, § 1º da Lei n. 8.213/91)”

¹⁸ O Regulamento da Previdência Social - RPS em vigor, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 1999, estabelece, em seu art. 70, os fatores de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum.

Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela: (Redação dada pelo Decreto nº 4.827, de 2003)

TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES	
	MULHER (PARA 30)	HOMEM (PARA 35)
DE 15 ANOS	2,00	2,33
DE 20 ANOS	1,50	1,75
DE 25 ANOS	1,20	1,40

¹⁹ Por exemplo, se uma segurada do RGPS comprovou tempo de natureza especial por **10 (dez) anos**, nas hipóteses em que a aposentadoria especial seria concedida com o cumprimento de **25 (vinte e cinco) anos**, o tempo efetivamente exercido será convertido pelo fator **1,20**, o que resultará em tempo especial convertido em comum de **12 (doze) anos**. Nesse caso, a concessão de aposentadoria na regra geral, que exige **30 (trinta) anos** de contribuição, será devida se houver o cumprimento de mais **18 (dezoito) anos** de tempo comum. Caso não fosse realizada a conversão do tempo, a segurada teria que cumprir mais **20 (vinte) anos**. Portanto,

procedimento é extensível aos servidores.

43. Do exame da Súmula Vinculante nº 33, para promover a adequada aplicação de seus termos, verificou-se que o STF adotou, na sua formulação, o entendimento de milhares de decisões proferidas em mandados de injunção, no sentido de que a Corte deveria emitir regra hábil a possibilitar o exercício do direito subjetivo em discussão: a concessão de aposentadoria especial. Em face da omissão da legislação e, cumpridos os requisitos exigidos, o Tribunal editou a norma abstrata, suficiente à concretização do direito constitucional do servidor à aposentadoria. Ocorre que, nem na edição, nem por interpretação da súmula, é possível ampliar seus efeitos para além do que foi decidido reiteradamente pela Corte nos casos concretos examinados.

44. Nesse sentido, Glauco Salomão Leite entende (ob. cit. p. 163) que a aplicação da súmula vinculante “... em razão de sua inexorável conexão com os motivos determinantes da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, a sua adequada aplicação exigirá, não raro, que o intérprete leve em conta o conjunto de precedentes que estão na sua base. Cuida-se de compreender o texto da súmula considerando o *contexto* do qual ela emergiu, o que contribui para sua melhor aplicação”.

45. Portanto, para se concluir sobre a amplitude dos efeitos da Súmula Vinculante nº 33 e se a conversão de tempo especial em comum está incluída no seu âmbito de aplicação, deve ser verificado o que decidiu o STF a respeito nos casos subjetivos que a antecederam. Do exame das decisões proferidas em Mandados de Injunção, em que os servidores buscavam a adoção das normas do RGPS, observa-se que o STF, sempre que foi provocado, não autorizou a conversão, por dois motivos.

46. O primeiro, e mais recorrente dos fundamentos, é que não há, no art. 40 da Constituição, a previsão de que seja editada lei garantindo a conversão de tempo especial em comum na aposentadoria do servidor. Concluiu-se, então, que o dever de legislar contido no art. 40 da Constituição se refere à concessão de aposentadoria e sobre esse tema decidiu repetidamente o Tribunal. Segundo essas decisões, a conversão não se enquadra como um direito hábil a ser exigido via mandado de injunção, instituído para viabilizar o exercício efetivo de um direito

em razão da possibilidade de conversão existente para concessão de aposentadoria pelo RGPS, haverá, nessa hipótese, a contagem de um **tempo de contribuição não efetivamente cumprido (considerado ficto) de 2 (dois) anos**.

ou liberdade constitucional, impedido pela ausência de normas, no caso, o disposto no art. 40, § 4º da Constituição Federal que trata da concessão do benefício.

47. Entendeu-se que os pedidos que não se referem à concessão do benefício extrapolam o campo de aplicação de Mandado de Injunção contido no art. 5º, LXXI da Constituição. E não caberia ao Supremo autorizar a conversão sob pena de exorbitar os limites dessa via processual. Nesses casos, não houve sequer a discussão a respeito, muito menos a emissão de juízo de mérito sobre a possibilidade de conversão de tempo, cujos fundamentos determinantes pudessem servir de base para interpretação da súmula.

48. A título exemplificativo de decisões proferidas nesse sentido, transcreve-se a seguir o entendimento confirmado pelo Plenário do STF no MI nº 1596-Agr, que inclusive foi citado pelo STF como um dos precedentes da Súmula Vinculante nº 33 conforme publicação no Diário da Justiça Eletrônico nº 77 e no Diário Oficial da União de 24/04/2014:

MI 1596 AgR – Julgamento em 16/05/2013 Plenário -Publicação: DJe nº 102, em 31/5/2013 - Relator : Min. Teori Zavascki

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICAÇÃO DAS NORMAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência do STF, a omissão legislativa na regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição, deve ser suprida mediante a aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social previstas na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99. **Não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas.** [...]

2. Agravo regimental improvido.

49. Nos demais precedentes citados na publicação da Súmula, observou-se que todos asseguraram o exame do pleito à aposentadoria especial, não se tratando de conversão de tempo.

50. Embora diversos outros pleitos analisados pelo STF buscassem a conversão do tempo especial em comum para aposentadoria nas regras gerais, ou mesmo para simples averbação nas fichas funcionais, essa possibilidade não foi assegurada pela Corte. Definiu-se, como pressuposto do mandado de injunção, a

existência de um direito ou liberdade constitucional, cujo exercício esteja inviabilizado pela inexistência de norma infraconstitucional e somente o titular desse direito, que cumpriu os requisitos para exercê-lo, teria legitimidade ativa para pleiteá-lo.

51. O entendimento monocrático quanto à impossibilidade da conversão de tempo foi levado à apreciação do Plenário da Corte no julgamento do MI 2140 AgR/DF, de 06/03/2013, que reformou decisão liminar antes concedida, conforme noticiado no Informativo STF nº 697, trecho a seguir:

Contagem diferenciada de tempo de serviço prestado em condições especiais – 2

Não se extrai da norma contida no art. 40, § 4º, III, da CF (“Art. 40. ... § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: ... III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”) **a existência de dever constitucional de legislar acerca do reconhecimento à contagem diferenciada e da averbação de tempo de serviço prestado por servidores públicos em condições prejudiciais à saúde e à integridade física. Ao reafirmar essa orientação, o Plenário, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto, pela União, de decisão do Min. Marco Aurélio, em mandado de injunção do qual relator.** Na ocasião, este assentara o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições insalubres, com observância do sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/91, art. 57), para fins da aposentadoria de que cogitaria o § 4º do art. 40 da CF, cabendo ao órgão a que integrado o exame do atendimento ao requisito “tempo de serviço” — v. Informativo 633. **Destacou-se que a jurisprudência da Corte limitar-se-ia à pronúncia do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos.** Vencido o Min. Marco Aurélio, que negava provimento ao regimental. Asseverava que, enquanto não editada a lei reguladora do direito assegurado constitucionalmente, o critério a ser levado em conta seria, na integralidade, o da Lei 8.213/91. Assim, se os trabalhadores em geral poderiam ter considerado o tempo de serviço em atividade nociva à saúde, mediante conversão (Lei 8.213/91, art. 57, § 5º), não haveria justificativa para obstaculizar o tratamento igualitário aos servidores públicos até o advento da legislação específica. Precedentes cita-

dos: MI 4295/DF (DJe de 6.11.2012); MI 2764/DF (DJe de 2.10.2012); MI 795/DF (DJe de 22.5.2009). MI 2140 AgR/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, 6.3.2013. (MI-2140)
(grifamos)

52. Em razão dessa decisão, o plenário deu provimento, em julgamento conjunto, a diversos agravos regimentais nos quais se discutia a contagem diferenciada de tempo de serviço prestado em decorrência de atividades exercidas em trabalho especial, conforme noticiou o mesmo Informativo:

Contagem diferenciada de tempo de serviço prestado em condições especiais - 3

Com base nas razões acima expendidas, o Plenário, por maioria, deu provimento a agravos regimentais, julgados em conjunto, nos quais se discutia a possibilidade, ou não, de contagem diferenciada de tempo de serviço prestado em decorrência de atividades exercidas em trabalho especial — v. Informativo 640. O Min. Luiz Fux reajustou o voto.

MI 2123 AgR/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 6.3.2013. (MI-2123)

MI 2370 AgR/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 6.3.2013. (MI-2370)

MI 2508 AgR/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 6.3.2013. (MI-2508)

53. O segundo argumento contrário à conversão, observado em diversas decisões proferidas no ano de 2013 e 2014, envolveu o mérito da matéria e foram proferidas no sentido de que não são cabíveis as regras de conversão de tempo especial em comum aos servidores, pela vedação de contagem de tempo fictício estabelecido no § 10 do art. 40 da Constituição Federal.

54. A esse respeito, deve ser lembrado que, de acordo com a súmula em exame, somente serão utilizadas na aposentadoria do servidor as normas do RGPS que se mostrarem cabíveis em relação à disciplina vigente. Semelhante previsão contém o art. 40, § 12 da Constituição que determina a aplicação, na concessão de aposentadoria e pensão aos servidores, das normas do RGPS, no que lhes forem cabíveis, além do que dispõe o próprio artigo.

55. Uma das previsões do art. 40 a ser cumprida pelos RPPS, de forma diferenciada das normas do RGPS, foi estabelecida no § 10, que veda ao legislador o estabelecimento de qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício:

Art. 40. [...]

[...]

§ 10. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. (grifamos)

[...]

56. Por isso, a lei aplicável sobre aposentadoria do servidor deverá respeitar esta vedação que não existe quanto aos segurados do RGPS. Considerando a necessidade de interpretação sistemática das normas constitucionais, os requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria, nas hipóteses definidas pelo § 4º do art. 40, devem ser compatíveis com a vedação de contagem de tempo ficto, constante do § 10 do mesmo artigo. A interpretação sistemática, que impede o reconhecimento de normas isoladas, decorre da necessidade de que haja unicidade e coerência no ordenamento jurídico relativo a determinado instituto.

57. Em suma, a soma de tempo decorrente da conversão, por agregar um percentual ao que foi efetivamente exercido, gera um tempo total maior do que aquele em que houve a atividade. Esse acréscimo configura um tempo fictício cujo cômputo está constitucionalmente vedado para concessão de aposentadoria nas regras previstas para os RPPS. Portanto, muito embora a conversão seja prevista para concessão de aposentadoria aos segurados do RGPS, a sua aplicação no âmbito do serviço público encontra empecilho no art. 40, § 10 da Constituição Federal, levando à conclusão de que o § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991, não está entre as normas do RGPS cabíveis no âmbito dos RPPS.

58. Em diversas decisões, o STF pronunciou-se no sentido de que não são cabíveis as regras de conversão de tempo especial em comum aos servidores, em razão da vedação de contagem de tempo ficto constante no § 10 do art. 40 da Constituição Federal. Para ilustrar esse entendimento sobre a vedação de se aplicar, ao servidor, o § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991, está transcrito a seguir trecho do voto da Ministra Rosa Weber no Agravo Regimental no MI 1.481-Plenário, de 23/05/2013 que cita o MI nº 1.508 AgR-Segundo/DF relatado pelo Ministro Teori Zavascki:

Agrego que **o art. 40, § 10, da Magna Carta veda a edição de lei para a contagem de tempo ficto de contribuição.** Assim, **embora admitida no Regime Geral de Previdência Social, a conversão de tempo especial em comum é prática constitucionalmente vedada no âmbito do serviço público.** A propósito, recorro trecho do voto condutor do eminente Ministro Teori Zavascki, ao julgamento do MI 1.508 AgR-SEGUNDO/DF:

Ainda segundo a jurisprudência firmada no STF, não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Apesar de ser permitida no RGPS, no serviço público é expressamente vedada a contagem de tempo ficto, com fundamento no art. 40, § 10, da Constituição ('A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício').
(grifos nossos)

59. O Ministro Teori Zavascki, negou seguimento à Reclamação nº 10425/DF, relativa ao Mandado de Injunção nº 836, por entender que **“ao estabelecer que a aposentadoria especial só pode ser concedida ao servidor público se este contar com todo o tempo de serviço prestado sob condições nocivas à saúde ou integridade física, a autoridade reclamada não desobedeceu ao comando da decisão proferida no MI 836”**. Esse entendimento foi confirmado pelo Plenário da Corte no julgamento de Embargos de Declaração em 27/02/2014.

60. Além de diversas decisões monocráticas com o mesmo entendimento, os seguintes processos foram julgados pelo Plenário do STF, confirmando decisões proferidas em sentido contrário à conversão de tempo comum em especial para o servidor amparado em RPPS com fundamento também na inconstitucionalidade desse procedimento: **MI-AgR 1481/DF-Plenário** (Relatora Ministra Rosa Weber - Julgado em 23/05/2013), **MI-AgR-segundo 2738/DF-Plenário** (Relator Ministro Teori Zavascki - Julgado em 16/05/2013), **Rcl-ED 10425/DF-Plenário** (Relator Ministro Teori Zavascki - Julgado em 27/02/2014), **MI-AgR 855/DF-Plenário** (Relator Ministro Teori Zavascki - Julgado em 24/04/2013).

61. Portanto, segundo essas decisões, para o servidor que se afasta das condições especiais, seria inconstitucional a conversão do tempo para concessão de aposentadoria nas regras comuns, por resultar ampliação do tempo computado em relação ao efetivamente prestado.

62. Diante de tais precedentes, não é possível extrair, das decisões proferidas, qualquer razão de decidir da Corte no sentido favorável à conversão de tempo especial em comum, de forma a permitir a inclusão desse tema na aplicação da Súmula Vinculante nº 33. E não se pode traduzir o enunciado da súmula de forma a dar uma interpretação mais extensiva ou contrária aos fundamentos determinantes dos seus precedentes.

63. Para Rodolfo de Camargo Mancuso²⁰, a vinculação dos motivos determinantes dos reiterados julgados, origina-se da impossibilidade de que o STF atue como legislador positivo, produzindo normas gerais, abstratas e impessoais. O que projeta força obrigatória aos destinatários da súmula vinculante é o elemento declaratório, decorrente da atividade jurisdicional, que abrange as razões de decidir.

64. Portanto, ou por não ter sido o mérito da matéria devidamente examinado, por impedimento da via processual, ou em razão do entendimento de mérito de alguns Ministros, confirmado em diversos processos julgados pelo plenário, no sentido de que a conversão de tempo representa tempo ficto, o fato é que não há o endosso do STF sobre a possibilidade de conversão do tempo comum em especial. Faltou, neste particular aspecto, o requisito exigido pelo art. 103-A da Constituição e art. 2º da Lei nº 11.417, de 2006 para inclusão de determinada matéria no objeto de súmula vinculante: a existência de reiteradas decisões do STF favoráveis à conversão.

65. Segundo Glauco Salomão Leite (ob. cit. p. 164) “o verbete está preso aos motivos determinantes da jurisprudência constitucional que está em sua base, ou seja, conecta-se a eles. Considerar como vinculante unicamente o enunciado sumular significaria abstrair indevidamente todo o seu substrato jurisprudencial”.

66. É fato que, na sessão em que se debateu a edição da súmula, alguns ministros que haviam votado com os relatores pela negativa da conversão nos processos que julgaram o mérito desse tema mencionaram, teoricamente, a possibilidade de mudança de entendimento. Mas essa alteração de jurisprudência não poderia ser realizada na sessão destinada a decidir sobre a elaboração e o teor da súmula. As divergências demonstradas, por si só, confirmam que o tema da conversão de tempo para concessão de aposentadoria nas regras comuns, não foi suficientemente debatido e que a matéria não é pacífica na Corte, não podendo ser incluída nos efeitos vinculantes da Súmula nº 33.

67. No entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso, (ob. cit., p. 360), a interpretação da súmula é facilitada porque ela “deriva de um longo processo de decantação de muitos julgados uniformes, prolatados sobre o mesmo tema, restando ao juiz do caso concreto, basicamente, duas operações: (i) apreender a exata compreensão e extensão do enunciado, ou seja, sua vera inteligência; (ii) aferir se o caso concreto nele está subsumido, para, conforme o caso, aplicar ou não a súmula (sim, porque aplicar indevidamente a súmula é, também, um modo

²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.405.

de... descumpri-la, ficando a decisão equivocada sujeita a cassação pelo STF)".
(grifo nosso)

68. Diante do exposto, conclui-se que a Administração Pública tem o dever de observar a regra estabelecida pelo STF, juntamente com os motivos determinantes, não podendo adotar interpretação diversa ou ampliar o que foi determinado pela Corte. A ampliação indevida dos efeitos da súmula vinculante pela Administração também representa seu descumprimento.

II.4 O tempo mínimo de atividades em condições especiais

69. Outro ponto a ser examinado quanto à Súmula Vinculante nº 33 é a possibilidade de concessão de aposentadoria ao servidor com tempo de 15 ou 20 anos de atividade em condições especiais. Da discriminação dos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física, observa-se que somente nas três situações a seguir os segurados do RGPS fazem jus à aposentadoria com tempo de atividade especial menor que 25 anos:

- a) **com 15 anos:** trabalho permanente no subsolo de minerações subterrâneas em frente de produção;
- b) **com 20 anos:** mineração subterrânea em atividades afastadas da frente de produção; trabalhos com asbestos (amianto), em extração, processamento e manipulação de rochas amiantíferas;
- c) **com 20 anos:** fabricação de guarnição para freios, embreagens e matérias isolantes contendo asbestos; fabricação de produtos de fibrocimento, e mistura, cardagem, fiação e tecelagem de fibras de asbestos.

70. Tais hipóteses, que justificam as reduções para 15 e 20 anos no RGPS, não se ajustam à natureza dos serviços prestados pelos órgãos da Administração Pública que possuem em seus quadros servidores titulares de cargos efetivos, pois tais atividades não se enquadram nas atribuições desses cargos. Entende-se pois que, na concessão de aposentadoria especial ao servidor, aplica-se, em regra, a exigência do cumprimento do tempo de 25 anos em condições especiais, conforme a legislação vigente no período do exercício da atividade.

71. Por conseguinte, caso não se configure o desempenho de atividades enquadradas nas hipóteses de reduções para 15 ou 20 anos, não será cabível, nos RPPS, a conversão de tempo especial para especial, possível somente quando as

reduções de tempo de atividades especiais realizadas por um mesmo segurado são diferenciadas ao longo de sua vida laboral. Segundo o art. 66 do RPS, *para o segurado que houver exercido duas ou mais atividades sujeitas a condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física, sem completar em qualquer delas o prazo mínimo exigido para a aposentadoria especial, os respectivos períodos de exercício serão somados após conversão, devendo ser considerada a atividade preponderante para efeito de enquadramento.*

II.5 Elaboração do Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP para os servidores

72. É oportuno assinalar ainda que, da determinação de aplicar as normas do RGPS sobre aposentadoria especial aos servidores, decorre outra obrigação para a Administração de todos os entes federativos, além da necessidade de reconhecimento do tempo e concessão de aposentadoria especial requeridas pelos servidores: a partir da edição da Súmula Vinculante nº 33, os entes deverão também elaborar e manter atualizado o PPP de todos os servidores expostos a agentes nocivos, e não apenas dos que cumprirem os requisitos exigidos para a concessão do benefício especial.

73. O PPP deverá ser atualizado sempre que houver alteração que implique mudança das informações contidas nas suas seções. Caso o ambiente de trabalho e as informações permaneçam inalteradas, a atualização do PPP deverá ser feita pelo menos uma vez ao ano. É o que estabelecem os dispositivos a seguir, do RPS e da Instrução Normativa INSS nº 45, de 06 de agosto de 2010:

Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 1999:

Art. 68. [...]

§ 8º A empresa deverá elaborar e manter atualizado o perfil profissiográfico do trabalhador, contemplando as atividades desenvolvidas durante o período laboral, documento que a ele deverá ser fornecido, por cópia autêntica, no prazo de trinta dias da rescisão do seu contrato de trabalho, sob pena de sujeição às sanções previstas na legislação aplicável.

§ 9º Considera-se perfil profissiográfico, para os efeitos do § 8º, o documento com o histórico laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo INSS, que, entre outras informações, deve conter o resultado das avaliações ambientais, o nome dos responsáveis pela monitoração biológica e das

avaliações ambientais, os resultados de monitoração biológica e os dados administrativos correspondentes.

[...]

Instrução Normativa INSS nº 45, de 06 de agosto de 2010:

Art. 272. A partir de 1º de janeiro de 2004, conforme estabelecido pela Instrução Normativa nº 99, de 2003, a empresa ou equiparada à empresa deverá preencher o formulário PPP, conforme Anexo XV, de forma individualizada para seus empregados, trabalhadores avulsos e cooperados, que laborem expostos a agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, ainda que não presentes os requisitos para a concessão desse benefício, seja pela eficácia dos equipamentos de proteção, coletivos ou individuais, seja por não se caracterizar a permanência.

[...]

7º O PPP deverá ser atualizado sempre que houver alteração que implique mudança das informações contidas nas suas seções, com a atualização feita pelo menos uma vez ao ano, quando permanecerem inalteradas suas informações.

[...]

74. É oportuno lembrar que, segundo a legislação do RGPS, o órgão público é equiparado à empresa:

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991:

Art. 15. Considera-se:

I - empresa - a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

[...]

(grifamos)

75. Pela necessidade de atualização do PPP com periodicidade mínima de um ano, aplicável a partir da Súmula Vinculante nº 33, as informações desse formulário, que deverão ser preenchidas pela Administração, serão contemporâneas do período de execução das atividades do servidor, facilitando a análise de futuros pedidos de concessão de benefícios.

III DAS REGRAS DE CÁLCULO E REAJUSTAMENTO DOS PROVENTOS

76. A regra geral vigente para o cálculo dos proventos das aposentadorias concedidas conforme o art. 40 da Constituição Federal, entre as quais estão as aposentadorias especiais previstas no § 4º desse artigo, foi estabelecida no art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004, que disciplinou o cálculo dos proventos das aposentadorias, conforme determinado pelos §§ 3º e 17 do art. 40 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003, a seguir:

Art. 40. [...]

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

[...]

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

[...]

77. O art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004, válido no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estabelece que:

Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, 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.

§ 1º As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.

[...]

§ 5º Os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

[...]

78. Além disso, todos os proventos das aposentadorias concedidas com fundamento no art. 40 da Constituição Federal, na redação da Emenda nº 41, de 2003, devem, em obediência ao que dispõe a redação vigente do § 8º desse artigo, ser reajustados de forma a preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, *in verbis*²¹:

Art. 40. [...]

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

[...]

79. Portanto, às aposentadorias especiais previstas no § 4º do art. 40, aplicam-se os §§ 3º e 17 (disciplinado pelo art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004) e o § 8º do art. 40 da Constituição Federal. A propósito, as regras gerais de cálculo e de reajustamento aplicáveis aos proventos dos servidores são similares àquelas definidas no âmbito do RGPS, conforme estabelecido nos arts. 28, 29 e 41-A da Lei nº 8.213, de 1991. Portanto, não há possibilidade de aplicação de outras regras para o cálculo e revisão das aposentadorias especiais independentemente da data de ingresso do servidor no serviço público, em cargo efetivo.

80. Nas regras de cálculo dos proventos das aposentadorias especiais, incluem-se também o disposto nos §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal, que tratam das condições para aplicação do valor correspondente ao teto de benefícios do RGPS às aposentadorias e pensões. A aplicação desse limite dependerá da criação do regime de previdência complementar em cada ente da federação.

²¹ No âmbito da União, o disposto no art. 40, § 8º da Constituição Federal, está disciplinado pelo art. 15 da Lei nº 10.887, de 2004, *in verbis*:

Art. 15. Os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados, a partir de janeiro de 2008, na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social, ressalvados os beneficiados pela garantia de paridade de revisão de proventos de aposentadoria e pensões de acordo com a legislação vigente. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 22/09/2008)

(Em seção plenária do dia 28/09/2011, o STF concedeu medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.582, para restringir a aplicabilidade do preceito contido no art. 15 da Lei nº 10.887/2004, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 11.784, de 22/09/2008, aos servidores inativos e pensionistas da União.)

IV. DA REVISÃO DE BENEFÍCIO EM FRUIÇÃO

81. A definição, pelo STF, da norma aplicável para a aposentadoria especial dos servidores que exerceram atividades sob condições especiais, levantou questionamentos também acerca da possibilidade de revisão de benefícios em fruição, concedidos pelos RPPS com fundamento em outras regras, especialmente quando calculados com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

82. De acordo com a amplitude dos efeitos vinculantes das súmulas, objeto de estudo no item I desta Nota Técnica, a revisão de benefícios concedidos também é mais um dos procedimentos que não pode ser adotado com fundamento na Súmula Vinculante nº 33, pois não há precedentes do STF tratando dessa possibilidade. Ao contrário, em diversos julgados em que foi requerida a revisão, o STF pronunciou-se no sentido de que não é fundamento válido para impetração de Mandado de Injunção o pedido de revisão de benefícios já concedidos nas regras comuns, para nova concessão como benefícios especiais. Portanto, o tema não foi julgado, não podendo ser entendido como abrangido pela Súmula.

83. Para exemplificar, transcreve-se, abaixo, trecho da decisão proferida no MI 2160/DF, Rel. Dias Toffoli, Julgamento: 28/10/2011, que cita, como precedentes desse entendimento, as decisões no MI nº 2.924/DF-ED, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 16/5/2011 e no MI nº 3.428/DF-AgR, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 16/5/2011:

[...]

É imprescindível ao exame do writ a presença de dois pressupostos sucessivos:

- i) a verificação da omissão legislativa e
- ii) a efetiva inviabilidade do gozo de direito, faculdade ou prerrogativa, consagrados constitucionalmente, em razão do citado vácuo normativo.

Nesse passo, incumbe ao demandante a prova, in concreto, da ocorrência de obstáculo ao exercício do direito.

Assim tem compreendido o STF:

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. SEGUIMENTO NEGADO PELO RELATOR. COMPETÊNCIA DO RELATOR (RI/STF, art. 21, par 1.; Lei n. 8.038, de 1.990, art. 38): CONSTITUCIONALIDADE. PRESSUPPOSTOS DO MANDADO DE INJUNÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA.

[...]

II. A existência de um direito ou liberdade constitucional, ou de uma prerrogativa inerente a nacionalidade, a soberania ou

a cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma infraconstitucional regulamentadora, constitui pressuposto do mandado de injunção.

III. Somente tem legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativa inerente a nacionalidade, a soberania e a cidadania, cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora.

IV. Inocorrência, no caso, do pressuposto de inviabilização de exercício de prerrogativa constitucional. “

V. Agravo regimental improvido.”

(MI nº 375-AgR/PR, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 15/05/92).

O direito subjetivo constitucionalmente previsto corresponde à aposentadoria em regime especial, devendo esta Suprema Corte atuar na supressão da mora legislativa; **o preceito constitucional em foco na presente demanda não assegura a conversão do tempo laborado em situação especiais em tempo comum, bem como a revisão do benefício previdenciário pago a título de aposentadoria.**

A pretensão deduzida nos presentes autos mostra-se incompatível com presente via processual, uma vez que, no mandado de injunção, cabe ao Poder Judiciário viabilizar o exercício do direito subjetivo quando verificada a mora legislativa - no caso, o consagrado no art. 40, § 4º, da Constituição Federal do Brasil, no qual não está incluído o direito vindicado. Nesse sentido tem se manifestado o Plenário desta Corte:

“**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE INJUNÇÃO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. REVISÃO DE ATO DE APOSENTADORIA. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE CABIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PRECEDENTES.** AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (MI nº 2.924/DF-ED, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 16/5/2011). “**AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. CONSTITUCIONAL. REVISÃO DE ATO DE APOSENTADORIA. ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE CABIMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PRECEDENTES.** AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO”

(MI nº 3.428/DF-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 16/5/2011).

V. Dispositivo

Ante o exposto, nego seguimento ao mandado de injunção, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF.

Publique-se. Int..

Brasília, 28 de outubro de 2011.

Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente.

[...]"

(grifos nossos)

84. Sobre o tema, é preciso lembrar ainda que a revisão de aposentadoria legalmente concedida fere o princípio jurídico *tempus regit actum*, visto que a legislação do RGPS, atualmente adotada para o servidor, não era aplicável ao tempo da concessão do benefício. A revisão afrontaria as regras que fundamentam a edição de um ato jurídico administrativo como é a concessão de um benefício com fundamento legal válido. Não é possível revisar benefícios com base em uma norma que não era vigente à época de sua concessão.

85. A retroatividade da norma é exceção no direito brasileiro, visto que as disposições aplicadas anteriormente geraram relações jurídicas que envolvem sujeitos distintos – Estado e beneficiários – devendo ser respeitadas por estarem consolidadas. A vigência retroativa causaria violação a atos jurídicos perfeitos, prática vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Esse dispositivo configura, no direito brasileiro, o que se costuma preconizar como Princípio Fundamental da Retroatividade Mínima.

86. Ademais, é entendimento pacífico na jurisprudência do STF que a aposentadoria se rege pela norma vigente à época do preenchimento dos requisitos para a sua concessão²². Destarte, não cabe realizar, com fundamento na Súmula

²² RE 227755 AgR-RE/ CE - CEARÁ Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Primeira Turma DJe-208 DIVULG 22-10-2012 PUBLIC 23-10-2012

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidor público. Aposentadoria. Lei estadual nº 11.171/86. Gratificação. Incorporação. Estabilidade financeira. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Redução de vencimentos. Impossibilidade. Legislação local. Reexame de fatos e provas. Precedentes. 1. Aplica-se à aposentadoria a norma vigente à época do preenchimento dos requisitos para a sua concessão. 2. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que não viola a Constituição o cálculo de vantagens nos termos da Lei estadual nº 11.171/86 em face de fato que tenha se consolidado antes da alteração, pela Emenda Constitucional nº 19/98, do art. 37, inciso XIV, da Constituição Federal. 3. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora constitucional o instituto da estabilidade financeira, não há direito adquirido a regime jurídico, ficando assegurada, entretanto, a irredutibilidade de vencimentos. 4. Rever o entendimento assentado no Tribunal de origem quanto à ocorrência de redução nos proventos do servidor demandaria a análise das Leis estaduais nºs 11.171/86 e 12.386/94, e dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 280 e 279/STF. 5. Agravo regimental não provido.

RE nº 387.587/CE-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 3/4/09;

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA EX-COMBATENTE. CRITÉRIOS DE REAJUSTE. DIREITO ADQUIRIDO. 1. Decisão agravada que se apoia em entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que para os critérios de reajuste dos proventos de inatividade, incide a lei

Vinculante nº 33, a revisão de aposentadoria voluntária já consumada de acordo com a legislação vigente.

V. CONCLUSÕES

87. Diante do exposto, conclui-se:

- a) Em razão da aprovação e publicação da Súmula Vinculante nº 33, pelo Supremo Tribunal Federal, as normas do RGPS a respeito da aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, desde 24/04/2014, são aplicáveis a todos os segurados dos RPPS, naquilo que lhes forem pertinentes e até que seja editada lei complementar específica.
- b) A Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve analisar todos os pedidos de aposentadoria especial apresentados pelos servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, independentemente da existência de prévia decisão judicial.
- c) A Súmula Vinculante nº 33 não abrange a concessão de aposentadoria aos servidores com deficiência ou que exerçam atividades de risco, previstas no art. 40, § 4º, I e II da Constituição Federal.
- d) A IN SPPS/MPS nº 01, de 2010, com alterações da IN SPPS/MPS nº 03, de 2014, está adequada ao que dispõe a Lei nº 8.213, de 1991 e normas regulamentares acerca da aposentadoria especial no âmbito do RGPS, possibilitando aos RPPS realizar o reconhecimento do tempo exercido sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física para fins de análise dos pleitos de aposentadoria especial, formulados com fulcro na Súmula Vinculante nº 33.
- e) Os formulários de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais utilizados no âmbito do RGPS até dezembro de 2003 foram identificados sob as siglas SB-40, DISES-BE 5235, DSS-8030 ou DIR-BEN 8030 e devem corresponder ao período do exercício da atividade. Esses formulários são válidos para utilização posterior se emitidos até aquela data. Se a emissão ocorreu a partir de 1º de janeiro de 2004, somente o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP é admitido, ainda

vigente à época da implementação dos requisitos da aposentadoria, mesmo que previdenciária. 2. Agravamento regimental improvido”

que se refira a períodos em que foram vigentes os demais formulários adotados no RGPS.

- f) O Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP não pode ser substituído por outro meio de prova, como, por exemplo, o pagamento de adicionais remuneratórios por insalubridade.
- g) A necessária correspondência que deve existir entre o verbete sumular e as decisões que a originaram exige que os efeitos vinculantes das súmulas abranjam também os fundamentos das interpretações pronunciadas nos casos concretos. A existência de reiteradas decisões em um mesmo sentido sobre a tema é requisito legal e constitucional para a extensão dos efeitos vinculantes da norma abstrata construída pelo STF. Se o tema não foi decidido previamente em sentido uniforme, em processos de natureza jurisdicional, não pode ser incluído como consequência da súmula.
- h) Os efeitos da Súmula Vinculante nº 33 não abrangem a conversão de tempo especial em comum pelos servidores, pois, nos julgados que serviram de base para a elaboração do verbete sumular, não houve autorização do STF para a conversão por dois motivos:
 - h.1) Há impedimento processual ao exame do tema em Mandado de Injunção, porque a conversão não se enquadra como um direito hábil a ser exigido por essa via. O instituto do Mandado de Injunção existe para viabilizar o exercício efetivo de um direito ou liberdade constitucional, impedido pela ausência de normas, no caso, o disposto no art. 40, § 4º da Constituição Federal que trata da concessão do benefício, não havendo a garantia de conversão nesse dispositivo.
 - h.2) Nos julgados que abordaram o mérito da conversão de tempo especial em comum, alguns confirmados pelo Plenário, o entendimento foi proferido no sentido de que a conversão de tempo resulta em contagem de tempo ficto, vedada no art. 40 § 10 da Constituição. Portanto, as decisões de mérito do Plenário foram pronunciadas em sentido contrário à sua realização, significando que não é norma cabível quanto ao servidor.
- i) Nos debates havidos na sessão de aprovação da Súmula Vinculante nº 33, confirmou-se que, no mérito, o tema relativo à conversão de tempo

não é uma questão estabilizada na corte, porque não foi exaustivamente debatida por falta de pré-requisito processual. E uma das exigências para a edição de súmulas é que haja jurisprudência sedimentada, julgados uniformes sobre o mesmo tema. Por isso mesmo, não pode ser entendida como autorizada a conversão pelo verbete sumular. Se estiver constatado que a análise de mérito não foi suficiente para firmar o entendimento, confirma-se a impossibilidade de que a súmula abranja tal aspecto pelo impedimento à inovação em relação aos precedentes proferidos em sede jurisdicional.

- j) A partir da edição da Súmula Vinculante nº 33, os entes federativos deverão elaborar e manter atualizado o PPP de todos os servidores expostos a agentes nocivos, e não apenas dos que apresentarem requerimento para a concessão do benefício especial.
- k) Na concessão de aposentadoria especial ao servidor aplicam-se as regras gerais de cálculo e reajustamento dos proventos previstas no art. 40, §§ 2º, 3º, 8º, 14, 15, 16 e 17 da Constituição Federal, na redação da Emenda nº 41, de 2003. O cálculo dos proventos está disciplinado pelo art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004.
- l) Não é cabível a revisão de benefícios em fruição, concedidos segundo as regras comuns, para concessão de aposentadoria especial com fundamento na Súmula Vinculante nº 33.
- m) A ampliação indevida, pela Administração, dos efeitos das súmulas editadas com fundamento na Lei nº 11.417, de 2006, para além do que foi decidido reiteradamente pela Corte nos casos concretos antecipadamente analisados, representa seu descumprimento.

É o que se tem a esclarecer e orientar quanto ao tema. À consideração do Senhor Coordenador-Geral de Normatização e Acompanhamento Legal.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

MARINA ANDRADE PIRES SOUSA

Coordenadora de Normatização

COORDENAÇÃO-GERAL DE NORMATIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO LEGAL, em 15/05/2014.

1. Ciente e de acordo.
2. À consideração do Senhor Diretor do Departamento.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

NARLON GUTIERRE NOGUEIRA

Coordenador-Geral de Normatização
e Acompanhamento Legal

DEPARTAMENTO DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO, em 21/05/2014.

1. Ciente e de acordo.
2. À consideração do Senhor Secretário de Políticas de Previdência Social.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

OTONI GONÇALVES GUIMARÃES

Diretor do Departamento dos Regimes
de Previdência no Serviço Público

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, em 21/05/2014.

1. Aprovo a Nota Técnica nº 02/2014/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS por seus próprios fundamentos.
2. Providencie-se a divulgação depois da manifestação da Consultoria Jurídica.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

BENEDITO ADALBERTO BRUNCA

Secretário de Políticas de Previdência Social

NOTA TÉCNICA

Nº 03/2013/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS

Brasília, 28 de agosto de 2013.

EMENTA

DA MUDANÇA DE REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DO REGIME GERAL PARA O REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Implicações e desdobramentos decorrentes da alteração do regime previdenciário dos servidores públicos municipais, em face da instituição de Regime Próprio de Previdência Social.

INTRODUÇÃO

Esta Nota tem o propósito de orientar especialmente o Município que planeja instituir o regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal de 1988, tendo em vista relevantes implicações e desdobramentos relacionados à mudança de regime previdenciário do Regime Geral para o Regime Próprio de Previdência Social, sem a pretensão de abranger todas as questões jurídicas concernentes a esse tema, mesmo porque a referida mudança tem-se revelado fonte inexaurível de novas situações práticas.

2. É, portanto, principalmente sob um ponto de vista prospectivo, *de lege ferenda*, que esta Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS, no uso da competência atribuída à União pelo art. 9º da Lei nº 9.717, de 1998, por intermédio do Ministério da Previdência Social - MPS, edita a presente Nota Técnica, a par das regras gerais já estabelecidas em matéria de Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, sob supervisão e acompanhamento desta Pasta, considerando que todos os Estados e o Distrito Federal já instituíram RPPS, e que este é o caminho trilhado por quase dois mil municípios brasileiros.

3. Sendo este o fim que se colima, vejamos os temas selecionados nesta Nota.

I. DA INSTITUIÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO ESTATUTÁRIO E DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

4. De acordo com a Constituição Federal de 1988, os Municípios têm competência para criar regime próprio de previdência social (art. 24, XII; art. 30, I e II; art. 40; e art. 149, § 1º), destinado a amparar o servidor civil titular de cargo efetivo¹, mediante lei municipal em sentido estrito², que observará as disposições da Constituição Federal de 1988 para esse regime, sejam elas permanentes ou transitórias, bem como as regras gerais editadas pela União (art. 24, § 1º).

5. Como o âmbito subjetivo de proteção do regime próprio é o servidor titular de cargo efetivo, importa que o Município deverá adotar o regime jurídico estatutário, porque este regime é o aplicável no caso de cargo, como preleciona Lucas Rocha Furtado (grifos no original): “[...] a existência do cargo público está condicionada à adoção de *regime jurídico estatutário*, vale dizer, de *regime jurídico público*”³.

6. Atualmente, após a decisão proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal - STF no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 2.135/DF, realizado em 02.08.2007, o Município que passar a adotar o regime estatutário deverá fazê-lo como único regime funcional, porque a possibilidade de um regime dual (estatutário e celetista), anteriormente assegurada pela reforma administrativa decorrente da Emenda Constitucional - EC

¹ A cobertura previdenciária pelo RPPS municipal determina a exclusão do servidor, *ex vi legis*, do Regime Geral, nos termos do art. 12, *caput*, da Lei nº 8.213/1991: “Art. 12. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social”.

² Consoante o Parecer da Consultoria Jurídica do MPS nº 3.165 (DOU de 31/10/2003), aprovado pelo Ministro da Pasta, com a seguinte ementa: *Regimes Próprios de Previdência Social. Momento de criação, para fins de exclusão do Regime Geral. Necessidade de edição de lei em sentido estrito. 1 - Considera-se instituído o regime próprio de previdência social, para os fins liberatórios da proteção do servidor e das contribuições deste e da entidade pública para a qual trabalhe (arts. 12 da Lei nº 8.213/91 e 13 da Lei nº 8.212/91), a partir da vigência da lei, em sentido estrito, do Estado ou do Município, que estabeleça o regime previdenciário local. 2 - Impossibilidade de consideração, para os fins acima especificados, das normas de aposentadorias e pensão por morte constantes da Constituição Federal, de Constituições Estaduais ou de Leis Orgânicas Municipais. Absorção obrigatória do art. 40 da Constituição Federal pelas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo para iniciativa de leis que disponham sobre aposentadoria de servidores públicos (art. 61, parágrafo 1º, II, “c”, da Constituição Federal). 3 - Invalidação do Parecer MPS/CJ nº 2.955/03.*

³ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.715.

nº 19/1998⁴, foi abolida por este julgado, que restabeleceu a eficácia da redação originária do art. 39 da Carta Magna⁵, *ex nunc*, isto é, a partir da referida decisão, conforme o seguinte Acórdão⁶:

ADI 2.135-MC / DF

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deferir parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira. O tribunal assentou, também, que a decisão – como é próprio das medidas cautelares – terá efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa.

Brasília, 02 de agosto de 2007.

7. É certo que a interpretação sobre qual seria o regime jurídico único, exigido pela redação originária do art. 39 da Constituição Federal, vacilava entre o regime celetista e o estatutário, como assevera José dos Santos Carvalho Filho (grifos no original)⁷:

Em sua redação originária, dispunha o art. 39, *caput*, da CF, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam instituir, no âmbito de sua competência, **regime jurídico único** e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

⁴ Releva destacar ainda, segundo a abalizada doutrina de Lucas Rocha Furtado (Ob. cit., p. 720), que essa mesma reforma administrativa, de 1998, ao acrescentar o art. 247 ao corpo permanente da CF, trouxe uma *vedação constitucional implícita*, pois estaria ínsito a este preceito que, para o exercício de atividades típicas de Estado (ou exclusivas, como consta de sua redação), seria obrigatória a adoção do regime do cargo público, eis que o referido dispositivo determinou o estabelecimento de critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelos servidores que desenvolvessem tais atividades, nas leis a serem editadas para as seguintes hipóteses: não aproveitamento na avaliação periódica de desempenho (art. 41, § 1º, III); e excesso de despesa do ente político com pessoal ativo e inativo (art. 169, § 7º). Ou seja, seria vedada a adoção do regime da CLT no caso de atividade exclusiva de Estado, como a dos servidores cuja área de atuação é o exercício da polícia administrativa (poder de polícia / atividade ordenadora).

⁵ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2135 MC / DF. Relator: Néri da Silveira. Relator p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 547.

Muita polêmica se originou desse mandamento, porquanto, não tendo sido suficientemente claro, permitiu o entendimento, para uns, de que o único regime deveria ser o estatutário, e para outros o de que a pessoa federativa poderia eleger o regime adequado, desde que fosse o único. Na verdade, nunca foi dirimida a dúvida. O certo é que havia entidades políticas em que se adotou o regime estatutário, ao lado de outras (sobretudo Municípios), nas quais adotado foi o regime trabalhista.

8. Mas, o entendimento que parece ter prevalecido na Corte Suprema é que a exigência constitucional de unicidade se refere ao regime jurídico estatutário, e não ao celetista. Neste sentido, vejamos os seguintes trechos do debate entre Ministros do col. STF, no julgamento da Reclamação nº 5.381, ocorrido em 17.03.2008⁸:

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – O Senhor Ministro-Relator me permite?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – Pois não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Vamos voltar. Quando foi promulgada, a Constituição estabelecia, no artigo 39, o que desde 2 de agosto de 2007 este Plenário decidiu, suspendendo os efeitos da norma que tinha sido introduzida pela Emenda n. 19, e voltando, portanto, ao regime jurídico único.

[...]

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – [...] Então, Excelência, pedi este aparte apenas para enfatizar que a doutrina e a jurisprudência sempre fizeram referência ao fato de que a relação jurídico-administrativa não comportava nada de regime celetista, máxime em se tratando de situações posteriores à Constituição de 1988, em cuja norma, inicialmente redigida no artigo 39, não se poderia ter senão o regime estatutário ou o regime jurídico-administrativo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – Esse “ou” a que Vossa Excelência se refere está na ADI também. Esse “ou” é sinônimo ou não? Vossa Excelência está dizendo regime jurídico estatutário.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 5381/AM. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Estou acentuando o que colho desse artigo 37, com o que era a norma do artigo 39, que, nesse caso, só suscitou questões, na doutrina e na própria jurisprudência, quando veio a Emenda Constitucional n. 19. Aí, sim, porque surgiu de novo a figura do empregado e este seria sujeito ao regime celetista; mas não é este o caso. E, mesmo nesses casos, depois da nossa decisão de agosto de 2007, quando foram suspensos os efeitos da Emenda Constitucional n. 19 para retornar ao regime jurídico único, não há como, no sistema jurídico-administrativo brasileiro constitucionalmente posto, comportar essas contratações pelo regime da CLT.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Vossa Excelência me permite?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Claro.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Agora vou esclarecer por que dei aquela resposta a Vossa Excelência. Foi porque, naquela época [em que a liminar exarada pelo Exmo. Ministro Nelson Jobim, na Medida Cautelar na ADI 3.395/DF, foi referendada pelo Tribunal Pleno do STF, isto é, em 05.04.2006], ainda não nos tínhamos pronunciado sobre a alteração do artigo 39, de modo que havia excepcionalmente casos que poderíamos entender regidos pela CLT. Mas hoje isso é absolutamente impossível, porque reconhecemos que a redação originária do artigo 39 prevalece. Em suma, não há possibilidade, na relação jurídica entre servidor e o Poder Público, seja ele permanente ou temporário, de ser regido senão pela legislação administrativa. Chame-se a isso relação estatutária, jurídico-administrativa, ou outro nome qualquer, o certo é que não há relação contratual sujeita à CLT.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – No âmbito da Administração Pública, com aquela última decisão que tomamos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Restabelecendo a necessidade da redação originária do artigo 39.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Ministro Cezar Peluso, eu gostaria de citar que este Supremo Tribunal vem mantendo essa linha.

II. DOS SERVIDORES AMPARADOS PELO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - RPPS

9. Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, a cobertura previdenciária dos regimes próprios de previdência social já instituídos, ou a serem criados, teve o seu alcance restrito aos servidores titulares de cargos efetivos, consoante o novo modelo de previdência no serviço público estabelecido por essa reforma previdenciária. A redação que ela conferiu ao *caput* do art. 40 da Constituição Federal, e o dispositivo do parágrafo 13, que acresceu ao mesmo artigo, combinados, definem bem os sujeitos incluídos e os excluídos da relação de vinculação ou filiação previdenciária a regime próprio, nestes termos:

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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada ao *caput* pela Emenda Constitucional nº 20/98, DOU 16.12.1998)⁹

[...]

§ 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. (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/98)

[...]

10. É possível que tal norma de filiação, advinda da Reforma Previdenciária de 1998, tenha sido motivada por ambas estas características do vínculo do servidor titular de cargo efetivo com a Administração Pública: a sua natureza estatutária e o seu caráter de permanência, que não se reúnem, concomitantemente, nos casos dos demais vínculos dos agentes públicos citados no § 13 do art. 40 da Constituição. Assim é que a relação jurídica do empregado público é contratual (celetista); já quanto ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário, ainda que sujeitos ao regime estatutário ou jurídico-administrativo, a sua forma

⁹ A nova redação dada ao *caput* do art. 40 da Constituição pela EC nº 41, de 2003, não modificou a norma de filiação previdenciária sob análise. Confira-se: *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.*

de provimento é eminentemente precária, além disso, em princípio, a relação de trabalho é temporária.

11. Ressalte-se que a lei nacional sobre regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social, Lei nº 9.717, de 1998, impôs a todos os entes políticos da federação, inclusive a União, o critério geral de cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos, conforme o seu art. 1º, inciso V¹⁰.

12. Contudo, excepcionalmente, desde que expressamente regidos pelo estatuto dos servidores do ente federativo, são considerados validamente filiados ao RPPS: o servidor estável, abrangido pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT¹¹; e o servidor admitido até 5.10.1988, que não tenha cumprido, nesta data, o tempo previsto para aquisição de estabilidade no serviço público. Este posicionamento está de acordo com o Parecer da Advocacia-Geral da União, GM nº 30, de 2002, inclusive, com o art. 12 da Orientação Normativa nº 2/2009 desta Secretaria de Políticas de Previdência Social.

13. Afora tais casos, aos quais se reporta o Parecer AGU/GM nº 30, acrescentamos o do servidor que titulariza cargo público, não provido na forma regulada no art. 37 da Constituição (pela via do concurso público), mas em razão de “lei de efetivação”, cuja vinculação ao RPPS dar-se-á também em conformidade com a tese jurídica exposta naquele Parecer, e, a nosso ver, até que a jurisdição consti-

¹⁰ Art. 1 Os 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 deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

[...]

V - cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedado o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios;

[...]

¹¹ Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no artigo 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º. O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º. O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do caput deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º. O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

tucional se manifeste sobre a validade dessa espécie de vínculo, conforme o item III desta Nota Técnica, onde expomos os fundamentos desta asserção.

14. Mas, nesta última hipótese, acerca de lei de efetivação, se a investidura de servidor ex-celetista em cargo efetivo alcançar aquele cujo ingresso no serviço público ocorreu mediante concurso público, na forma do art. 37 da CF/1988, há o singular precedente da ADI 1.150/RS, em que o col. STF deu interpretação conforme à Constituição para admitir essa transposição decorrente da implantação do regime jurídico único (numa leitura *a contrario sensu* desta decisão), o que implica a validade da filiação, em caráter definitivo, ao regime previdenciário próprio. Esta matéria também é desenvolvida no bojo do referido item III.

III. DA VINCULAÇÃO DE SERVIDORES NÃO EFETIVOS AO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - RPPS DO MUNICÍPIO

15. Ao instituir regime próprio de previdência social, por lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Municipal¹², a municipalidade poderá deparar-se com questões funcionais concernentes à validade da filiação de determinados servidores públicos estatutários.

16. Uma situação recorrente é a cobertura previdenciária conferida pelo RPPS ao servidor ex-celetista, contratado sem concurso público, que, por ocasião da instituição do regime jurídico único estatutário, teve o seu emprego público transformado em cargo do quadro funcional da Administração Direta do Município, de suas Autarquias e Fundações Públicas¹³.

17. Ainda que a referida categoria funcional de servidor público trabalhista (ou celetista) venha a ter a sua relação jurídica de trabalho disciplinada por estatuto, e passe a ocupar cargo efetivo, não se trata de servidor efetivo, porque a efetividade somente é adquirida com a nomeação para cargo público após aprovação

¹² Por simetria em relação ao disposto no art. 61, § 1º, II, c, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a iniciativa privativa do Presidente da República para as leis que disponham sobre os servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria, a iniciativa, no âmbito do Município, é privativa do Prefeito, consoante o princípio da simetria federativa de competências e o Parecer da Consultoria Jurídica do MPS nº 3.165/2003.

¹³ A aludida transformação não se estende ao celetista contratado por empresa pública ou sociedade de economia mista, porque o inciso II do § 1º do art. 173 da CF/1988 determina a sujeição destes integrantes da Administração Indireta ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas.

em concurso público de provas ou de provas e títulos, na forma do art. 37, II, da Constituição Federal de 1988. A esse respeito, confira-se o entendimento da Corte Suprema:

Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 1.695/ Paraná¹⁴

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. TEMPO DE SERVIÇO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE INICIATIVA. LEI 10219/92. REGIME CELETISTA. EQUIPARAÇÃO AOS EFETIVOS.

1. Regime Jurídico. Servidor Público Estadual. Competência Privativa do Chefe do Poder Executivo. Ofende o princípio da reserva de iniciativa a eventual ampliação de incidência de vantagens funcionais sem a participação ativa do Poder competente.

2. Regime celetista. Equiparação. Os servidores oriundos do regime celetista, mesmo considerados estáveis no serviço público, enquanto nesta situação, não se equiparam aos efetivos, no que concerne aos efeitos legais que dependam da efetividade.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte.

[excerto do voto condutor na ADI 1.695/PR]

15. Não há que se confundir estabilidade com efetividade. Esta é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação, enquanto aquela é aderência no serviço público, posteriormente ao preenchimento dos requisitos legais. A efetividade é adquirida com a nomeação para cargo público após aprovação em concurso público, na forma dos artigos 37, II, e 41, da Constituição Federal. A estabilidade configura-se depois de decorrido o prazo a que alude esta última regra ou na hipótese do artigo 19 do ADC-T-CF/88.

16. Os servidores que tiveram seus empregos públicos transformados em cargos não são efetivos, ainda que sejam detentores da estabilidade excepcional prevista nas disposições transitórias. Isso porque, embora tenham passado a ocupar cargos públicos, não exercem aqueles de provimento efetivo reservados apenas aos nomeados após aprovação em concurso público. A efetividade leva à estabilidade, mas o

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1695/PR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa. Acórdão de 3 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

contrário não se verifica. Tanto que o § 1º do mencionado artigo 19 prevê a contagem do tempo de serviço sob referida condição como título, *quando os servidores se submeterem a concurso para fins de efetivação*. Esse entendimento restou consagrado no julgamento do RE 167635, de que fui relator, publicado no DJ de 07.02.97.

Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 2.433/ Rio Grande do Norte¹⁵

EMENTA: INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO EFETIVO. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL E EFETIVIDADE. PRECEDENTES.

1. Ascensão funcional ou acesso a cargos diversos da carreira e possibilidade de transferência ou aproveitamento de serventuários em cargos efetivos do quadro permanente do Tribunal de Justiça. Hipóteses de provimento de cargo público derivado, banidas do ordenamento jurídico pela Carta de 1988 (CF, artigo 37, II), Precedentes: RE 179.530 – SC, Ilmar Galvão (DJ de 7.2.97); ADI 402-DF, Moreira Alves (DJ de 20.4.01), *inter plures*.

2. A estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do ADCT / 88 não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público. Precedentes: RE nº 181.883-CE, Maurício Corrêa (DJ de 27.02.98); ADIs 88-MG, Moreira Alves (DJ de 08.09.00) e 186-PR, Francisco Rezek (DJ de 15.09.95).

[...].

Recurso Extraordinário - Agravo Regimental – RE 167.637 AgR / Pará¹⁶

EMENTA: Recurso extraordinário inadmitido. 2. Servidor público admitido pelo Poder Executivo Estadual sem concurso público. 3. Redistribuição para a Assembleia Legislativa. Efetivação na carreira por ato da Mesa Legislativa. 4. Anulação do ato, por inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal. 5. Precedentes do STF. Agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2433/RN. Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa. Acórdão de 23 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 167637/PA. Segunda Turma. Relator: Min. Néri da Silveira. Acórdão 21 de março 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 2 maio 2013.

18. Assim, até mesmo os servidores públicos celetistas que adquiriram estabilidade extraordinária, nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT da CF/1988, não são efetivos, a menos que se submetam a concurso para fins de efetivação, a que se refere o § 1º deste artigo¹⁷. Os julgados infracitados do Supremo Tribunal Federal confirmam essa asserção:

RE nº 181.883-2 / Ceará¹⁸

EMENTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL: ART.19 DO ADCT-CF/88. EFETIVIDADE: NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO.

1. O preceito do art. 19 do ADCT-CF/88 deferiu a estabilidade aos servidores que não foram admitidos no serviço público na forma do art. 37, II da Carta Federal, mas a efetividade somente se adquire mediante aprovação em concurso público. [...]

ADI 114/Paraná [Excerto do voto condutor]¹⁹

c) a estabilidade de servidores públicos (art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e art. 41 da Constituição da República) não se confunde com a efetivação, qualidade de cargo público provido mediante concurso público.

ADI 289/Ceará²⁰

EMENTA. [...] II. Estabilidade excepcional (Art. 19 ADCT): não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público (v.g. RE 181.883, 2ª T., Corrêa, DJ 27.02.98; ADIns. 88-MG, Moreira, DJ 08.09.00; 186-PR, Rezek, DJ 15.09.95; 2433-MC, Corrêa, DJ 24.8.01). [...].

¹⁷ Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no artigo 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º. O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

[...]

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 181883/CE. Relator: Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma. Acórdão de 25 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 114/PR. Relator: Min. Carmen Lúcia. Plenário. Acórdão de 26 de novembro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 289/CE. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Plenário. Acórdão de 9 de fevereiro de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

19. Sem embargo da falta de efetividade antes referida, parece-nos que a mudança do vínculo de trabalho do servidor, de uma base contratual (celetista) para o regime estatutário, é de per si válida em face da Constituição²¹, porque cumpre a exigência de instituição do regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, fundamentada na redação originária do art. 39 da Carta Magna²², cujo preceito voltou a ter plena eficácia a partir da decisão proferida pelo e. STF no julgamento da Medida Cautelar na ADI 2.135/DF, realizado em 02.08.2007²³.

20. Observe-se que o art. 24 do ADCT da CF/1988 determina a compatibilização dos quadros de pessoal dos entes federativos ao regime jurídico único, com esta redação:

Art. 24. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão leis que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no artigo 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses, contados da sua promulgação.

21. Mas isto não impediu que o Supremo Tribunal Federal considerasse **inconstitucional** a investidura de servidores não concursados nos cargos efetivos recém-criados com a instituição de regime jurídico único, a exemplo deste julgado²⁴:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade, §§ 3º e 4º do artigo 276 da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul.

- Inconstitucionalidade da expressão “operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes” contida no § 2º do artigo 276, porque essa transposição automática equivale ao aproveitamento de servidores não concursados em cargos para cuja investidura a Constituição exige os concursos aludidos no artigo 37, II, de sua parte permanente e no § 1º do artigo 19 de seu ADCT.

[...]

[Excerto do voto condutor]

Reza o artigo 276, § 2º, da Lei nº 10.098/94 do Estado do Rio

²¹ Note-se que o colendo Superior Tribunal de Justiça já assentou a possibilidade de o ente político transformar o regime celetista de emprego público no regime estatutário de cargo público. Vejam-se estes julgados: AgRg no AREsp 145755/SE; REsp 1009437/MG; e RMS 25996/PR.

²² Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

²³ Ver *supra*, item I, no parágrafo nº 6, a transcrição do Acórdão.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1150/RS. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 abr. 2013.

Grande do Sul:

“Art. 276 -

§ 2º – Os cargos ocupados pelos nomeados interinamente e as funções correspondentes aos extranumerários e contratados de que trata este artigo, ficam transformados em cargos de provimento efetivo, em classe inicial, em número certo, operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes, observada a identidade de denominação e equivalência das atribuições com cargos correspondentes dos respectivos quadros de pessoal.”

A expressão impugnada “operando-se automaticamente a transposição dos seus ocupantes”, que se refere aos nomeados interinamente para cargos públicos e aos extranumerários e contratados que ocupam funções que são transformadas em cargos de provimento efetivo, diz respeito, sem dúvida alguma, a servidores que não são concursados (art. 37, II, da Constituição) e que, ou também não foram estabilizados por força do disposto no artigo 19 do ADCT da atual Constituição, ou, se alguns o foram, não se submeteram ao concurso para fins de efetivação a que alude o citado dispositivo do ADCT.

Ora, a transposição automática a que se refere esse dispositivo equivale ao aproveitamento de servidores públicos não concursados em cargos para cuja investidura a atual Constituição exige a submissão aos concursos aludidos no artigo 37, II, de sua parte permanente e no § 1º do artigo 19 de seu ADCT.

Portanto, a expressão em causa (“operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes”) é inconstitucional por ofensa aos dispositivos constitucionais acima referidos.

22. Para determinadas modalidades de provimento derivado, a matéria foi inclusive sumulada pelo STF, nestes termos:

Súmula nº 685 - É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido²⁵.

²⁵ Como nos casos de transferência e a ascensão funcional para carreira diversa daquela para a qual o servidor ingressou por concurso, mas esta Súmula não se aplica, por exemplo, para a hipótese de promoção (que admite a progressão funcional vertical para cargos de carreira, agrupados e escalonados em classes).

23. Devemos notar, porém, que o STF considerou válida a investidura de servidores ex-celetistas em cargos efetivos do regime jurídico único, desde que anteriormente submetidos a concurso público, na forma do art. 37, II, da CF/1988 ou do § 1º do art. 19 do ADCT. Confira-se esse entendimento, *a contrario sensu*, no singular precedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.150/RS, que transcrevemos novamente, na parte que vem a propósito.

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade, §§ 3º e 4º do artigo 276 da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul.

[...]

Ação que se julga procedente em parte, para declarar-se inconstitucional a expressão “operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes” contida no artigo 276, § 2º, da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul, bem como para declarar que os §§ 3º e 4º desse mesmo artigo 276 (sendo que o último deles na redação que lhe foi dada pela Lei 10.248, de 30.08.94) só são constitucionais com a interpretação que exclua da aplicação deles as funções ou os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram ao concurso aludido no artigo 37, II, da parte permanente da Constituição, ou referido no § 1º do artigo 19 do seu ADCT.

[Excerto do voto condutor na ADI 1.150/RS]

Dispõe o § 3º do mesmo artigo 276 da Lei estadual:

“Art. 276 -

§ 3º – Nos órgãos em que já existia sistema de promoção para servidores celetistas, a transformação da respectiva função será para o cargo de provimento efetivo em classe correspondente.”

Esse dispositivo não distingue, para os efeitos da transposição decorrente da implantação do regime único, os concursados dos não concursados, razão por que, tendo em vista a exigência do artigo 37, II, da Carta Magna, e do § 1º do artigo 19 de seu ADCT, é de se dar ao texto em causa exegese conforme à Constituição, para excluir, da aplicação dele, interpretação que considere abrangidas, em seu alcance, as funções de servidores celetistas que não ingressaram nelas mediante o concurso a que aludem os referidos dispositivos constitucionais.

3. Preceitua o § 4º do mesmo artigo 276, na redação que foi dada pela Lei estadual nº 10.248, de 30 de agosto de 1994:

“Art. 276 -

§ 4º – Os cargos de provimento efetivo resultantes das disposições deste artigo, excetuados os providos na forma do artigo 6º, terão carreira de promoção própria, extinguindo-se à medida que vagarem, ressalvados os Quadros próprios, criados por lei, cujos cargos são providos no sistema de carreira, indistintamente, por servidores celetistas e estatutários.”

Esses cargos são aqueles cuja investidura não depende da aprovação prévia em concurso público, pois a exceção prevista nesse parágrafo (“excetuados os providos na forma do artigo 6º”) é a relativa ao provimento por meio de concurso público exigido pelo referido artigo 6º, que reza: “A investidura em cargo público de provimento efetivo dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.”

Portanto, esse dispositivo, por via de consequência, é inconstitucional quanto aos cargos relativos aos servidores celetistas não concursados, em observância do disposto na Constituição Federal no art. 37 de sua parte permanente e no § 1º do artigo 19 de seu ADCT.

Daí, dever-se dar também a esse texto exegese conforme à Constituição para excluir, da aplicação dele, interpretação que considere abarcados em seu alcance os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram a concurso, nos termos dos dois dispositivos constitucionais acima citados.

24. Essa mesma linha interpretativa pode-se encontrar na jurisprudência dos Tribunais de Justiça que colacionamos abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL DE PEDRO CANÁRIO Nº 008/2008. REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. REGULAMENTAÇÃO. TRANSFORMAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO EM CARGO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. [...]

1. [...]

2. Não é inconstitucional, desde que interpretado conforme a Constituição Estadual, o artigo 264, caput, da Lei Complementar nº 008/2008 do Município de Pedro Canário, que prevê a transformação de emprego público em cargo público, se o servidor municipal celetista optar pelo regime estatutário.

3. É constitucional a transformação de emprego público em cargo público, se os ocupantes dos empregos públicos forem: (a) servidores municipais celetistas que, em 5.10.1988,

contavam com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público; e (b) servidores municipais celetistas que ingressaram no serviço público mediante concurso público. Precedentes do STF.

4. Outras interpretações são inconstitucionais e ficam afastadas.

[...].²⁶

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR N. 378/2012, DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA (CONURB) TRANSFORMADA NA AUTARQUIA DENOMINADA INSTITUTO DE TRÂNSITO E TRANSPORTE (ITTRAN) E ABSORÇÃO DA EXTINTA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE VIGILÂNCIA - TRANSFORMAÇÃO DE EMPREGOS SUBMETIDOS AO REGIME CELETISTA EM CARGOS PÚBLICOS DE PROVIMENTO EFETIVO SOB REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO - POSSIBILIDADE APENAS PARA OS QUE SE SUBMETERAM A CONCURSO PÚBLICO [...]. Transformada a empresa pública ou a sociedade de economia mista municipal em autarquia, especialmente para cuidar de serviços públicos indelegáveis, como é o caso do Instituto de Trânsito e Transporte do Município de Joinville, nada impede a transformação de empregos públicos em cargos públicos de provimento efetivo, com aproveitamento e enquadramento, no regime estatutário, apenas dos empregados optantes que na origem se submeteram a concurso público, desde que sejam idênticos os vencimentos e similares as respectivas atribuições, afastando-se, portanto, a “transposição automática”. [...].²⁷

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO TRANSFORMAÇÃO DOS EMPREGOS PÚBLICOS EM CARGOS PÚBLICOS LEI MUNICIPAL N. 8.277/02 POSSIBILIDADE [...].

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Ação de Inconstitucionalidade nº 100100002771. Relator: Des. Samuel Meira Brasil Júnior. Tribunal Pleno. Acórdão de 3 de maio de 2012. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm>. Acesso em: 29 abr. 2013.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2012.053647-8. Relator: Des. Jaime Ramos. Órgão Especial. Acórdão de 6 de março de 2013. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/jur/consulta_tribunal.htm> Acesso em: 29 abr. 2013.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados, ACORDAM, os Exmos. Desembargadores que integram o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por unanimidade, dar interpretação conforme a Constituição para dizer que a transformação dos empregos públicos em cargos públicos determinado [sic] pela Lei Municipal n. 8.277/02 somente é possível em no caso de servidor efetivado por meio de concurso público, sem possibilidade de provimento de forma derivada ao cargo público; e a possibilidade de migração dos empregados públicos efetivos da autarquia especial criada do regime celetistas [sic] para o estatutário municipal é opção que se enquadra na linha de constitucionalidade desde aplicável os princípios do concurso público (artigo 34, § 1º da Constituição do Estado do Pará) e da reserva legal (artigo 44, VIII da Lei Orgânica do Município de Belém); e conhecer da Ação Direta de Inconstitucionalidade e julgá-la improcedente, na conformidade do Relatório e Voto, que passam a integrar o presente Acórdão, e das Notas Taquigráficas arquivadas.²⁸

25. Então, particular atenção merece a forma de investidura nos cargos efetivos da Administração Direta dos Municípios, de suas Autarquias e Fundações Públicas. Isso porque, ao prescindir da realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, para o provimento de cargos efetivos, a norma municipal poderá ter a sua inconstitucionalidade pronunciada em face da Constituição Estadual, pelo Tribunal de Justiça do Estado, em controle concentrado/abstrato ou difuso/concreto; ou ainda, no caso de recurso extraordinário ao STF contra decisão de jurisdição constitucional estadual abstrata²⁹.

26. É de notar, no entanto, que a efetividade, adquirida com a nomeação para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, não pode ser considerada atributo necessário para fins de filiação do servidor a regime próprio de previdência social antes da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, haja vista que o seu fundamento é a nova redação que essa Emenda conferiu ao art. 40, *caput*, da Carta Magna, conforme o seguinte texto³⁰:

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.3.002524-3. Relator: Des. Luzia Nadja Guimaraes Nascimento. Tribunal Pleno. Acórdão de 21 de outubro de 2009. Disponível em: < <http://www.tjpa.jus.br/consultasProcessuais/jurisprudencia/>> Acesso em: 30 abr. 2013.

²⁹ Esta última possibilidade, em que é cabível o recurso extraordinário em sede de ADI estadual, ocorre em relação às normas da Constituição Federal consideradas de reprodução obrigatória na Carta estadual, de acordo com a jurisprudência da Corte Suprema, conforme estes julgados: Rcl 383/SP, Pet 2788 AgR/RJ, RE 599633 AgR-AgR/DF, RE 586050 AgR/AC.

³⁰ Essa interpretação se coaduna com a diretriz do § 1º do art. 11 da Orientação Normativa SPS nº 2, de 2009, redigida nestes termos:

Art. 11. O RPPS abrange, exclusivamente, o servidor público titular de cargo efetivo, o servidor inativo e seus dependentes.

§ 1º Até 15 de dezembro de 1998, data anterior a da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de

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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

27. Não obstante o postulado constitucional do concurso público, que se qualifica, no dizer do Exmo. Ministro Celso de Mello, “como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II)”³¹, há exemplos, nos três níveis federativos, de cargos efetivos providos mediante “leis de efetivação”, isto é, independentemente de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

28. Agrava-se o quadro ao considerarmos que as jurisdições constitucionais estadual e federal retardam indefinidamente o controle de constitucionalidade de tais leis, dando ensejo a inúmeros casos de vinculação duradoura de servidores não efetivos a regime próprio de previdência social.

29. Tomemos para exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2968/DF, de 15.08.2003, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face do *caput* do art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990³², que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. O fundamento jurídico do pedido consistiu em que o referido dispositivo do Regime Jurídico Único - RJU violou a exigência do art. 37, II, da Carta Magna, porquanto houve investidura em cargo público sem a prévia aprovação em concurso.

30. Não obstante a insegurança que essa situação traz aos servidores públicos investidos em cargos públicos do RJU da União, sem a prévia submissão a concurso, isto é, aos não efetivos, a impugnação do *caput* do art. 243 da Lei nº

dezembro de 1998, o servidor público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão, de cargo temporário, de emprego público ou mandato eletivo poderia estar vinculado a RPPS que assegurasse, no mínimo, aposentadoria e pensão por morte, nos termos definidos em lei do ente federativo.

[...]

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1350/RO. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 maio 2013.

³² Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

8.112/1990, na ADI 2968, ainda está pendente de julgamento no STF.

31. Ocorre que, editada há mais de vinte anos, a Lei nº 8.112/1990 tem fundamentado a concessão de benefícios previdenciários aos servidores não efetivos e aos seus dependentes, como aposentadorias e pensões estatutárias, porquanto não há óbice à aplicação daquele dispositivo impugnado na ADI 2968 (note-se que não foi suspensa a aplicação da norma, nem consta pedido de medida cautelar neste sentido³³).

32. Em verdade, o estado de incerteza quanto à vinculação previdenciária de servidores que ingressaram nos quadros da Administração Pública federal, estadual e municipal, sem o devido concurso público, intensificou-se a partir da edição da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, porque essa Emenda restringiu a filiação a regime previdenciário próprio aos titulares de cargo efetivo.

33. No entanto, releva destacar que a condição de ser efetivado no cargo, via concurso público, não pareceu ao então Advogado-Geral da União, Gilmar Mendes, constituir pré-requisito indispensável para que o servidor pudesse estar coberto por regime próprio de previdência social, mesmo em face da nova redação dada ao art. 40 da Lei Maior pela EC nº 20/1998.

34. Assim é que a Advocacia-Geral da União pronunciou-se a favor da integração, no RPPS da União, dos servidores estáveis, na forma do art. 19 do ADCT, ainda que não efetivados pelo concurso previsto no § 1º deste artigo, bem como dos não estáveis, isto é, dos admitidos sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983, sendo eles mantidos sob o regime da Lei nº 8.112/1990. Confira-se a síntese desse entendimento na ementa e respectiva conclusão do Parecer GM-30, de 2002³⁴:

EMENTA: Direito Previdenciário. Regime próprio de previdência social. Servidores Públicos. Vinculação de servidores beneficiados pela estabilidade especial conferida pela Constituição de 1988 ao regime próprio de previdência social. Vinculação que independe da condição de efetividade. Conflito de competência e de interpretação entre o Ministério de Assistência e Previdência Social e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

³³ Conforme o acompanhamento processual e a petição inicial digitalizada, disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 8 maio 2013.

³⁴ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer GM nº 30, de 4 de abril de 2002. Diário Oficial da União - Eletrônico, Brasília, DF, 3 de abril de 2003, p. 15. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8426&ID_SITE=>>. Acesso em: 10 maio 2013.

IV - CONCLUSÃO

Do exposto, visto que a efetividade do servidor tem relação com a forma de admissão, não sendo, portanto, um pressuposto ou pré-requisito para considerar-se alguém servidor pleno ou não, conclui-se que os servidores titulares de cargos efetivos - ainda que não estáveis nem efetivados - possuem direito ao mesmo regime previdenciário dos demais servidores titulares de cargos efetivos, v.g., efetivos os cargos, não os servidores, efetivos ou efetivados por concurso público. Com efeito, a nova redação do art. 40, § 13, da Constituição Federal, estabeleceu que, ao -servidor, ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação, bem como de outro cargo temporário ou emprego público aplica-se o regime geral de previdência social- (além de excepcionar os cargos em comissão e os empregos públicos, fez-se, para o regime que introduz, uma única distinção, apenas em relação a cargos e empregos temporários). Segue-se que aparentemente não há lugar para uma interpretação extensiva ser aplicada a uma tal restrição.

Brasília, 04 de abril de 2002.

GILMAR FERREIRA MENDES
Advogado-Geral da União

35. A sutileza da tese jurídica desse Parecer GM-30 está na dissociação entre titularidade de cargo efetivo e efetividade, sendo esse atributo do cargo somente alcançável mediante concurso, na forma do art. 37, II, da Carta Magna ou do § 1º do art. 19 de seu ADCT.

36. Com apoio nesse Parecer, sustentamos que as relações jurídicas previdenciárias constituídas, concernentes aos servidores que, por lei, foram feitos titulares de cargos sem concurso, e decorrentes de contingências verificadas até a eventual declaração de inconstitucionalidade das comentadas normas de efetivação, poderiam conservar-se validamente sob a regência do regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal, não se operando a solução de continuidade em relação aos benefícios concedidos, assim como àqueles cujos requisitos foram atendidos para a sua concessão.

37. Isso porque a situação a que aludimos não diz respeito ao risco social, mas à realização da própria contingência social (real ou presumida), cuja cobertura era assegurada pelo sistema previdenciário próprio a tais servidores, em contrapartida à sua contribuição. Também há de se considerar, em seu âmbito, a situação em que

restaram satisfeitos os pressupostos legais exigidos pela norma de proteção social previdenciária, embora ainda não requerida pelo segurado a respectiva prestação.

38. Assim, na interpretação de normas do seguro social, como a de filiação a que se refere a redação atual do art. 40 da Lei Maior, que pressupõe a titularidade de cargo efetivo, é preciso sempre levar em conta os fins protecionistas do regime previdenciário, o direito fundamental à previdência social, o respeito à dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica.

39. É muito provável que tais princípios tenham inspirado a manifestação de mérito do ilustre Procurador-Geral da República, nos autos da ADI 2968/DF, pois, apesar de ter requerido a declaração de inconstitucionalidade do *caput* do art. 243 da Lei nº 8.112/1990, entendeu que deveria ser preservada a situação jurídica dos servidores não efetivos já aposentados sob a égide dessa norma impugnada, nestes termos (grifos no original)³⁵:

32. É de se dizer, ainda, que não há como acolher o pedido de declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, sustentado pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União. É que a norma do art. 243 da Lei nº 8.112/90 **se exauriu no momento da publicação daquela lei**, convertendo todos os servidores regidos pela Lei nº 1.711/52 e pela CLT ao regime jurídico que estabelecia.

33. Entretanto, **deve-se resguardar a situação jurídica daqueles servidores já aposentados** que, apesar de não terem se submetido a prévio concurso público, foram abrangidos pela alteração do regime jurídico do art. 243 da Lei nº 8.112/90, e em consequência da conversão foram qualificados como servidores públicos.

34. Na conformidade do disposto no enunciado da súmula nº 359 do STF, ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo que o militar ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

35. Como os requisitos necessários à concessão à concessão da aposentadoria foram reunidos sob a égide de norma que deve ser declarada inconstitucional na presente ação, a declaração de inconstitucionalidade do art. 243 da Lei nº 8.112/90 não deve surtir efeitos sobre as aposentadorias daqueles servidores qualificados como servidores públicos, mesmo sem a prévia aprovação em concurso público, pela tão só conversão do regime jurídico, pois os “*atos praticados*

³⁵ Conforme a manifestação do Procurador-Geral da República digitalizada, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 maio 2013.

com base na lei inconstitucional que não mais se afigurarem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade”.

40. Observemos ainda que a administração previdenciária federal já consentiu, em um importante precedente judicial, que servidores efetivados por lei permanecessem sob amparo de Regime Próprio de Previdência Social.

41. Trata-se do Acordo judicial entre o Estado de Minas Gerais, a União e o INSS, formalizado nos autos do Recurso Especial nº 1.135.162/MG³⁶. Estão abrangidos nessa transação judicial, que foi homologada pelo egrégio STJ com resolução de mérito, por exemplo, os servidores efetivados pelos artigos 105 e 106 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais (acrescentados pelo art. 11 da Emenda à Constituição nº 49, de 2001)³⁷, como se depreende do seguinte artigo da Resolução INSS nº 135, de 28.12.2010, que dispôs sobre critérios para a execução desse Acordo³⁸:

Art. 2º Os servidores do Estado de Minas Gerais - incluindo suas Autarquias, Fundações, Ministério Público, Tribunal de Contas do Estado e todos os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário - efetivados nos termos da legislação mineira, especialmente aqueles enquadrados nas situações a seguir citadas, integram o Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais:

I - servidores a que se referem os arts. 105 e 106 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais;
[...].

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Processual civil e tributário – petição que formaliza acordo entre o Estado de Minas Gerais, a União e o INSS – parecer positivo do Ministério Público – art. 269, inciso III, do Código de Processo Civil – transação homologada – prejudicado o agravo de fls. 513/518*. Resp 1135162/MG. Estado de Minas Gerais versus Fazenda Nacional. Relator: Min. Humberto Martins. DJ Eletrônico, 20 ago. 2010, p. 1806-1807. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com/diarios/14287621/pg-1806-superior-tribunal-de-justica-stj-de-20-08-2010>>. Acesso em: 13 maio 2013.

³⁷ Tais preceitos constitucionais alcançam os detentores de funções públicas da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes do Estado, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, admitidos por prazo indeterminado até 1º de agosto de 1990, data da instituição do regime jurídico único no Estado de Minas Gerais, os quais passaram a integrar o quadro efetivo de pessoal da administração pública estadual e a titularizar cargo público.

³⁸ Inclusive, podemos citar os processos nº 858456 (Rel. Cons. Adriene Andrade, Sessão de 20.11.2012) e nº 858077 (Rel. Auditor Licurgo Mourão, Sessão de 11.12.2012), em que se considerou válida a aplicação do referido Acordo, com a determinação de registro dos respectivos atos de aposentadoria pela Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, consoante as consultas processuais disponíveis em: <http://www.tce.mg.gov.br/index.asp?cod_secao=5P&tipo=2&url=Pesquisa_Processo.asp&cod_secao_menu=5K> e <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota>>. Acesso em: 16 maio 2013.

42. Cumpre observar que, embora celebrado esse acordo, encontra-se pendente de julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3842 (cuja apreciação pelo STF dar-se-á conjuntamente com a ADI 2968/DF), que impugna, entre outros preceitos, o art. 11 da Emenda nº 49, de 2001, à Constituição do Estado de Minas Gerais, justamente na parte em que acrescenta ao ADCT da Carta Estadual os supracitados arts. 105 e 106³⁹.

IV. DA INSTITUIÇÃO DO REGIME PRÓPRIO EM MOMENTO ULTERIOR ÀS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 20, DE 1998, Nº 41, DE 2003, Nº 47, DE 2005 e Nº 70, DE 2012. LIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DAS RESPECTIVAS REGRAS CONSTITUCIONAIS

43. A criação atual de regime previdenciário próprio, de par com a instituição do regime jurídico único, não proporcionará ao servidor ex-celetista que passar a titularizar cargo público efetivo o direito à aplicação das regras constitucionais de transição das reformas previdenciárias das Emendas Constitucionais nºs 41, 47 e 70.

44. É uma restrição de direito que diz respeito basicamente ao sentido e alcance do requisito relacionado à **época de ingresso no serviço público**, que se encontra nas regras de transição dos arts. 2º, 6º e 6º-A da Emenda Constitucional nº 41 (este último artigo foi acrescentado pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 70), e, do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, conforme as respectivas redações transcritas abaixo:

EC nº 41/2003

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quan-

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3842/MG. *Por proposta do Relator, o Tribunal deliberou adiar o julgamento do feito para apreciação em conjunto com a ADI nº 2.968*. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 03.11.2010. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 maio 2013.

do o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea *a* deste inciso.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do *caput* terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, *a*, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* até 31 de dezembro de 2005;

II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* a partir de 1º de janeiro de 2006.

§ 2º Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º Na aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, contado com acréscimo de dezessete por cento, observado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado o disposto no § 1º.

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado

as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no caput, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

§ 6º As aposentadorias concedidas de acordo com este artigo aplica-se o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal. [...]

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, 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 poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Parágrafo único. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 47, de 05.07.2005, DOU 06.07.2005, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, DOU 31.12.2003.)

Art. 6 -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. (Artigo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 70, de 29.03.2012, DOU 30.03.2012)

EC nº 47/2005

Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

45. No contexto das aludidas reformas previdenciárias, esta Secretaria considera correta a interpretação que limita o âmbito de aplicação do requisito relacionado à **época de ingresso no serviço público** tão somente aos servidores estatutários, titulares de cargo efetivo, porquanto os servidores celetistas, ocupantes de emprego público da Administração direta, autárquica ou fundacional do ente político foram excluídos, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, da proteção dos regimes próprios de previdência social, o que também importou

a extinção do vínculo acaso existente com este regime previdenciário^{40 41}.

46. Então, é certo que, a partir da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, os empregados públicos da Administração direta, autárquica ou fundacional não têm razão para nutrir qualquer expectativa de aposentação em regime previdenciário próprio, porque aquela reforma determinou a sua vinculação obrigatória ao Regime Geral. Ora, se nela foi decidida a sua exclusão do regime próprio de previdência do servidor, é equívoco sustentar que também lhes assegurou a aplicação de regras de transição pertinentes a este mesmo regime.

47. Portanto, as regras constitucionais de transição, transcritas acima, não se destinam aos servidores que, nos marcos temporais dos dias 16.12.1998 (que é o limite fixado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 41 e art. 3º da Emenda Constitucional nº 47) e 31.12.2003 (termo final para os arts. 6º e 6º-A da Emenda Constitucional nº 41), estavam vinculados à Administração direta, autárquica ou fundacional do ente político por uma relação jurídica contratual (celetista), e não institucional.

48. Quando se trata, porém, do requisito de tempo cumprido no serviço público, não de ingresso, os preceitos dos artigos: 40, § 1º, III, da Constituição Federal; 6º, III, da Emenda Constitucional nº 41/2003; e 3º, II, da Emenda Constitucional nº 47/2005 estão todos eles se referindo tanto aos períodos prestados na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, quanto na Administração indireta, porque nestes casos o que é principal na matéria regulamentada é para quem foi prestada a atividade, de forma que possa restar caracterizado, ou não, **tempo de serviço público**, mas não importa qual a relação jurídica de trabalho que regeu essa mesma atividade: se celetista ou estatutária.

49. Em suma, as reformas previdenciárias das Emendas Constitucionais nºs 41, 47 e 70 se reportaram à época de ingresso no serviço público, mediante regras de transição, para salvaguardar expectativas de direito do servidor titular de cargo efetivo, esse que já era, ao tempo destas reformas, destinatário das regras cons-

⁴⁰ Pelo teor do dispositivo do § 13 do art. 40 da CF/1988, acrescido pela EC nº 20/1998, a exclusão do RPPS é consequência lógica da vinculação obrigatória ao RGPS, nestes termos:

§ 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.

⁴¹ Assim, afigura-se válida a vinculação de servidor ocupante de emprego público a regime próprio até 15.12.1998. Neste sentido, confira-se o § 1º do art. 11 da Orientação Normativa SPS nº 2, de 2009:

§ 1º Até 15 de dezembro de 1998, data anterior a da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, o servidor público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão, de cargo temporário, de emprego público ou mandato eletivo poderia estar vinculado a RPPS que assegurasse, no mínimo, aposentadoria e pensão por morte, nos termos definidos em lei do ente federativo.

titucionais permanentes do sistema previdenciário próprio, e que permaneceria, neste regime, sujeito a novos requisitos (mais severos) para a aposentação. Ou seja, a noção de regra de transição não se coaduna com a de exclusão da filiação, *ab initio*, como ocorreu com o empregado público da Administração direta, autárquica e fundacional desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998. Mas, quando se fala em tempo de serviço público nestas Emendas, o seu alcance é maior, porque visa a proteger a atividade prestada sob esta especial qualificação, seja em regime contratual, de emprego público, ou estatutário, de cargo público.

50. Acerca desse tema, releva conhecer ainda o posicionamento do colendo Tribunal de Contas da União, que considera distintos os sentidos da expressão “serviço público” quando empregados, essencialmente, nas situações que identificamos como de ingresso no serviço público ou de cumprimento de tempo de serviço público, o que, a nosso ver, indica a correspondência entre o entendimento daquele Tribunal e o desta Secretaria de Políticas de Previdência Social, perfilhado na presente Nota Técnica. Vejam-se o excerto do voto e a íntegra do Acórdão do seguinte precedente⁴²:

17. Diante do exposto, concluo que o tempo de serviço prestado por magistrados a empresas públicas e a sociedades de economia mista se amolda perfeitamente ao conceito de serviço público erigido como requisito para aposentadoria.

18. Tenho a convicção de que a Constituição Federal não pretendeu restringir o referido conceito, quando o elegeu como condição necessária à aposentação. No entanto, por outro lado, vejo que, em duas ocasiões, a Carta Política, ao utilizar o termo “serviço público”, quis se referir apenas à Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

19. Reporto-me, neste último ponto, às regras de transição contidas no art. 6º da EC nº 41, de 2003, e no art. 3º da EC nº 47, de 2005.

20. Na Emenda Constitucional nº 41, de 2003, fez-se registrar:

“Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, 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

⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2636/2008. Plenário. Relator: Min. Subst. André Luís de Carvalho. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=2636&anoAcordao=2008>>. Acesso em: 5 jul. 2013.

Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições: (...)”.

21. Por sua vez, na Emenda Constitucional nº 47, de 2005, restou estabelecido:

“Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições: (...)”.

22. Nestes dois casos, entendo descabida uma interpretação extensiva para o conceito de serviço público, pois há que se ter em vista que tais disposições foram editadas no intuito de estabelecer regras de transição destinadas àqueles que se aposentariam pelo regime próprio de previdência social, ou seja, para aqueles que eram servidores ocupantes de cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

23. O sistema de aposentadoria e pensões implantado a partir da edição da EC nº 41, de 2003, foi bem mais gravoso, para os servidores, do que o precedente, pois, além de pretender acabar com a integralidade dos proventos, instituiu novas condições para a aposentadoria voluntária, não existentes até então.

22. Diante disso, ao criar o novo regramento, a referida emenda cuidou não só de tratar da situação daqueles que já tinham adquirido direito, até a data da publicação da nova regra, mas também de trazer um “alento” àqueles que tinham expectativa de direito de se aposentar pelas regras até ali vigentes.

23. E, por óbvio, tinham expectativa de direito os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, e não os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista.

24. Desse modo, tenho claro que as Emendas Constitucionais 41/2003 e 47/2005, ao utilizarem o termo “serviço público”, no caput dos artigos 6º e 3º, respectivamente, pretenderam

dar-lhe sentido mais restrito.

25. E isso não encerra nenhuma contradição com a conclusão anterior de que, no caso em que a CF/1988 exigiu determinado tempo de serviço público como requisito para a aposentadoria, ela o fez de forma a contemplar também aquele prestado às empresas públicas e sociedades de economia mista.

26. Penso que tal interpretação é a que confere maior efetividade ao dispositivo constitucional e melhor se amolda aos desígnios do Poder Constituinte Derivado, que, ao trazer critérios mais rigorosos para a concessão da aposentadoria voluntária com proventos integrais, tratou de estabelecer regras de transição para aqueles que já detinham a titularidade de cargo efetivo.

[...]

Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos acerca de Consulta formulada pelo ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF, Desembargador José Jeronymo Bezerra de Souza, acerca da possibilidade de o tempo de serviço prestado por magistrados a empresas públicas, sociedades de economia mista e à Ordem dos Advogados do Brasil ser computado para fins de apuração do tempo de serviço público, erigido como requisito para a aposentadoria.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer, em caráter excepcional, da presente consulta para, no mérito, responder ao consulente que:

9.1.1. o conceito de “serviço público” trazido pelo art. 40, inciso III, da Constituição Federal de 1988 deve ser entendido de forma ampla, para abranger também as empresas públicas e sociedades de economia mista, diferentemente do conceito de “serviço público” contido no caput do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, e no caput do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005, que deve ser tomado de forma restrita, para alcançar apenas a Administração Pública direta, autárquica e fundacional;

9.1.2. o tempo de serviço prestado por magistrado a empresas públicas federais e a sociedades de economia mista federais pode ser computado como tempo de serviço público federal, sendo utilizado para satisfazer a exigência temporal presente no art. 40, inciso III, da Constituição Federal de 1988, no que tange à aposentadoria voluntária, haja vista

o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na ADI nº 1400-8-DF, de 18/4/1996, no RE nº 195.767-1-SP, de 25/11/1997; e na Rp nº 1490-8-DF, de 28/9/1988, bem como o entendimento desta Corte de Contas, firmado no Acórdão nº 1.871/2003-TCU-Plenário; 9.1.3. o tempo de servido prestado por magistrado à Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, como membro de diretoria de órgão da OAB ou como conselheiro, constitui tempo de serviço público, conforme a definição contida no art. 48 da Lei nº 8.906, de 1994, mas somente poderá ser computado como tempo de serviço público para fins de aposentadoria, se as respectivas contribuições previdenciárias forem efetuadas, haja vista os termos da Emenda Constitucional nº 20, de 16/12/1998, e da Decisão nº 504/2001-TCU-Plenário; 9.2. arquivar os presentes autos, após o envio de cópia do inteiro teor deste Acórdão, por intermédio da Presidência do TCU, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

51. Por sua vez, e na mesma linha de raciocínio adotada para a análise do requisito relacionado à época de ingresso no serviço público, quando a reforma previdenciária da Emenda Constitucional nº 20/1998 estabeleceu, para a aposentadoria voluntária no regime próprio, a exigência de um tempo mínimo de cinco anos de exercício no cargo efetivo em que ela ocorresse, trouxe um requisito que somente é possível adimplir sob o regime estatutário, porquanto se referiu diretamente a cargo e não a emprego público, conforme a redação que conferiu ao inciso III do § 1º do art. 40 da CF/1988:

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

[...]

52. Destarte, para o Município que instituir regime próprio de previdência social, somente será iniciada essa contagem de cinco anos após a adoção do regime jurídico único estatutário, em relação aos servidores que venham a titularizar cargo efetivo.

V. DO ESTABELECIMENTO DE UM REGIME DE TRANSIÇÃO NA MIGRAÇÃO DE REGIME PREVIDENCIÁRIO DO RGPS PARA O RPPS

53. Tomemos este outro ponto de interesse: a edição de normas jurídicas para o estabelecimento de um regime de transição previdenciário, na hipótese de migração do servidor público do Regime Geral para o Regime Próprio de Previdência Social.

54. A transição jurídica de que se trata é inter-regimes previdenciários, e não intrarregime. Desta última ocuparam-se as Reformas Previdenciárias das Emendas Constitucionais nº 20/1998, nº 41/2003, nº 47/2005 e nº 70/2012.

55. Já existe, é certo, norma geral federal que assegura o direito adquirido à prestação previdenciária, na hipótese de transição inversa: de extinção do Regime Próprio e passagem dos servidores à cobertura do Regime Geral, consoante o seguinte dispositivo da Lei nº 9.717, de 1998⁴³:

Art. 10. No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.

56. O fundamento de validade da norma supracitada é o direito adquirido, reconhecido pelo inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, cujo preceito de sobredireito está inscrito no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942)⁴⁴.

57. Como a regra do art. 10 da Lei nº 9.717, de 1998, é fundada no direito adquirido ao benefício, em caso de extinção de regime próprio de previdência social, deve-se observar, a nosso ver, por analogia, a mesma regulamentação na

⁴³ Esta Lei dispõe sobre regras gerais para a 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.

⁴⁴ Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§ 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.

[...].

situação contrária, em que for instituído regime próprio, pois existe uma semelhança relevante e comum a ambos, isto é, a alteração impositiva de regime previdenciário de cobertura do servidor.

58. Mas, afora a posição jurídica de direito adquirido à prestação previdenciária, sem dúvida que se há de reconhecer a lacuna de norma geral sobre um direito de transição na migração de regime previdenciário do RGPS para o RPPS.

59. Talvez resida na pacífica jurisprudência do colendo STF, no sentido de que não há direito adquirido a **regime jurídico** (o que inclui o previdenciário), a razão para essa lacuna legislativa.

60. E isto porque o servidor que não implementa **integralmente** o suporte fático para a concessão de benefício possui somente a expectativa de direito e não direito adquirido. Então, para ele a incidência da norma do regime jurídico anterior restará frustrada com o advento da nova ordem jurídica. Ou seja, a expectativa é irrealizável por aquela razão de não haver direito adquirido a regime jurídico.

61. Além disso, a referida expectativa é inconfundível com o *direito expectativo*, segundo o sentido dado a esta expressão pelo ilustre jurista Pontes de Miranda, conforme os seguintes excertos de sua obra Tratado de Direito Privado (grifos do autor)⁴⁵:

O TERMO ‘EXPECTATIVA’. – O termo expectativa é, conforme vimos, equívoco. Nem lhe tira a equivocidade o distinguirem-se *expectativa* e *mera expectativa*, como alguns juristas fazem. Nem toda expectativa significa que alguém, - que *expecta*, que *espera*, que tem por si algum fato que justifica aguardar-se a aquisição de certo direito, - *já* tem direito expectativo ou pretensão expectativa. Às vezes, *expecta-se*, e tem-se direito expectativo, ou pretensão expectativa; outras vezes, *expecta-se*, e não se tem esse direito, ou essa pretensão. [...]

GRAUS DE EXPECTAÇÃO. – Falamos de grau de intensidade da espera. A segurança, que advém da *probabilidade*, é menor do que a resultante de *posição jurídica* que constitui degrau para a aquisição. Os degraus podem não ser posições jurídicas. A diferença é evidente entre a expectativa que tem (ou, melhor, em que está) o que, se A morresse agora, seria herdeiro, e a expectativa de quem obteve promessa de venda de prédio (pré-contrato). O direito desse pré-contrato.

⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* – Parte Geral. Tomo V. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 282-298.

te consiste em crédito de contrato, pois que se lhe prometeu contrato de compra e venda, e o direito expectado é a compra e venda. A expectativa enche-se com o fato de já estar no patrimônio do expectante o degrau para a aquisição do direito. Há direito a adquirir direito. [...]

[...] Não é direito expectativo a expectativa de direito, que não se contém em direito já existente. O titular do direito expectativo é pré-titular do direito expectado. A segurança em que o fato se dê apenas torna mais provável a aquisição do direito expectado, razão por que não há de servir a nomear o direito expectativo, que pode existir independentemente de toda segurança: se *a*, então *b*. [...]

DEVER DE SOFRER O NASCIMENTO DO CRÉDITO.

– Do lado passivo da relação jurídica, que irradia o direito expectativo, está o que tem o dever de sofrer o nascimento do crédito: ainda não é devedor da prestação, mas essa dívida já não depende de sua vontade; pode nascer, contra ela. Quem está exposto a que nasça o direito real, ou pessoal, de outrem, está na totalidade dos sujeitos passivos, ou é o sujeito passivo do dever de expectativa. O vínculo já existe; se não existisse, a outra pessoa apenas teria expectativa, e não direito expectativo.

EFICÁCIA DO DIREITO EXPECTATIVO. – A eficácia do direito expectativo é anterior e inconfundível com a do direito expectado. O direito expectado é futuro; ainda não tem efeitos: é efeito, ele mesmo, que ainda não se produziu. [...]

DISTINÇÃO PRECISA ENTRE EXPECTATIVA E DIREITO EXPECTATIVO.

– Tem-se pretendido que a linha entre a expectativa e o direito expectativo é confusa, ou ondulante, ou cambiante, ou vaga, ou obscura. Tem-se de repelir tal atitude céptica. Seria de graves consequências tolerarem-se, na ciência do direito, tais indistinções, tais claros-escuros. Ou o que se observa, *in casu*, é expectativa, ou é direito expectativo. [...]. A demarcação é imprescindível; e de toda a relevância teórica, porque é demarcação entre mundo fático e mundo jurídico. Quando falo de expectativa (pura), estou necessariamente aludindo à posição de alguém *em que* se perfizeram elementos do suporte fático, de que sairá fato jurídico, produtor de direitos e outros efeitos, porém ainda não todos os elementos do suporte fático: a regra jurídica, a cuja incidência corresponderia o fato jurídico, ainda não incidiu, porque suporte fático ainda não há.

62. Deste modo, ainda que o servidor público esteja muito próximo de completar os requisitos para a concessão de aposentadoria no RGPS, isto não lhe assegurará tutela jurídica em face da alteração desse regime para o RPPS, porque faltará requisito para a incidência da norma de aposentação no regime de origem, não havendo efeito jurídico para a hipótese de implementação parcial do respectivo suporte fático. Assim, esta situação é de expectativa de direito e não de direito expectativo, muito menos, direito adquirido.

63. Por outro lado, não nos parece inconcebível a opção política do legislador por juridicizar determinadas expectativas de direito.

64. Não é o caso de estabelecer regime previdenciário híbrido, em que se conjuguem regras do Regime Geral e do Regime Próprio recém-instituído. Esta opção legislativa, se ocorresse, violaria diretamente a Carta Magna, porque as linhas mestras desses sistemas estão predefinidas na Constituição Federal de 1988, que não prescreveu um regime misto.

65. Nem mesmo intrarregime foi admitida a combinação de regras anteriores com novas regras advindas de uma reforma previdenciária, como atesta a ementa do seguinte julgado do colendo STF⁴⁶:

EMENTA: INSS. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 3º DA EC 20/98. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR A 16.12.1998. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO CALCULADO EM CONFORMIDADE COM NORMAS VIGENTES ANTES DO ADVENTO DA REFERIDA EMENDA. INADMISSIBILIDADE. RE IMPROVIDO. I - Embora tenha o recorrente direito adquirido à aposentadoria, nos termos do art. 3º da EC 20/98, não pode computar tempo de serviço posterior a ela, valendo-se das regras vigentes antes de sua edição. II - Inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico, razão pela qual não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior. III - A superposição de vantagens caracteriza sistema híbrido, incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários. IV - Recurso extraordinário improvido.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 575089/RS. Tribunal Pleno, 10.09.2008. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

66. De fato, nosso direito positivo não dá margem a que o legislador infra-constitucional possa atuar livremente para juridicizar expectativas no âmbito do direito previdenciário.

67. Ainda que seja possível aos Estados, Distrito Federal e Municípios exercer a competência legislativa concorrente sobre previdência social, observando a legislação da União sobre normas gerais, com fundamento nos arts. 24, inciso XII, §§ 2º e 3º, e 30, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988, não lhes é dado modificar os modelos previdenciários adotados pela Lei Maior para os regimes próprios de que tratam os arts. 40, 42 e 142, nem afrontar as regras de transição das reformas previdenciárias advindas de emendas constitucionais promulgadas pelo poder constituinte derivado reformador⁴⁷.

68. Parece-nos, contudo, que os direitos ainda não formados, isto é, as expectativas, dos que se encontram em situação de pré-aposentadoria no RGPS, por ocasião da instituição de regime jurídico único e de regime previdenciário próprio, podem ser salvaguardados pelo ente político caso seja mantida a relação jurídica de trabalho, do servidor ocupante de emprego público, sob regime contratual (celetista), cuja categoria funcional passaria a integrar quadro de empregos públicos em extinção na vacância, sob a proteção do Regime Geral.

69. Agora, esta última hipótese está relacionada à opção entre duas relações de trabalho: a celetista e a estatutária, mas não entre regimes previdenciários de proteção. Assim, a continuidade do vínculo celetista do servidor deve resultar do exercício de um direito de opção de permanecer regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Tal norma de transição aplicar-se-ia em casos excepcionais, segundo o juízo de valor do legislador, porque, de regra, a mudança de regime jurídico de celetista para estatutário não tem a proteção do direito adquirido.

70. Nesta situação, o **objeto específico** da disciplina legislativa estaria abrangido na esfera de autonomia político-administrativa dos entes da Federação, que é assegurada pelos arts. 18, 25 e 29 da CF/1988, tratando-se de matéria de auto-organização e autoadministração.

71. A nosso ver, o exercício dessa autonomia política, no sentido acima exposto, não descumpra a exigência constitucional de instituição do regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas⁴⁸.

⁴⁷ Além disso, a organização do Regime Geral de Previdência Social, dado o seu caráter nacional, compete exclusivamente à União.

⁴⁸ A exigência está fundamentada na redação originária do art. 39 da Carta Magna, cujo preceito voltou a ter plena eficácia a partir da decisão proferida pelo e. STF no julgamento da Medida Cautelar na ADI 2.135/DF, realizado em 02.08.2007.

72. A razão é que a natureza da aludida regulamentação seria transitória, e estaria fundamentada no direito fundamental à segurança, como direito individual e social, consoante os arts. 5º, *caput*, e 6º, da Carta Magna; além disso, atenderia aos princípios administrativos da proporcionalidade e da proteção à confiança, que se acomodam tão bem com cláusulas de transição.

73. A respeito de uma disciplina jurídica de transição, cuja ausência poderia configurar até uma omissão inconstitucional, veja-se o posicionamento do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, no seguinte excerto de seu voto na ADI 3105⁴⁹:

Embora de aplicação mais genérica, o princípio da segurança jurídica traduz a proteção da confiança que se deposita na subsistência de um dado modelo legal (*Schutz des Vertrauens*)⁴⁸. A ideia de segurança jurídica tornaria imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. Daí porque se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a ausência de cláusulas de transição configura uma omissão inconstitucional.

[⁴⁸ Cf. Degenhart, Christoph, *Staatsrecht I*, Heidelberg, 14. ed., 1998, p. 128 s.]

74. No mesmo sentido, confira-se a abalizada doutrina de Canotilho (grifos no original)⁵⁰:

d) *Proteção da confiança e disposições transitórias*

A aplicação das leis não se reconduz, de forma radical, a esquemas dicotômicos de estabilidade/novidade. Por outras palavras: entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova norma, existem soluções de compromisso plasmadas em **normas ou disposições transitórias** (cfr., CRP, arts. 290.º e segs.; Código Civil, art. 12.º; Código Penal, art. 2.º). Os instrumentos do direito transitório são vários: confirmação do direito em vigor para os casos cujos pressupostos se gerarem e desenvolverem à sombra da lei antiga; entrada gradual em vigor da lei nova; dilatação da *vacatio legis*; disciplina específica para situações, posições ou relações jurídicas imbricadas com as ‘leis velhas’ e com as “lei novas”.

No plano do direito constitucional, o princípio da proteção da

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3105/DF. Tribunal Pleno, 18.08.2004. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 263.

confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não *necessária e indispensável* uma disciplina transitória, ou se esta regulou de forma *justa, adequada e proporcionada*, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos – posições, relações, situações – anteriores e subsistentes no momento da sua entrada em vigor.

75. Por fim, o juízo de valor do que seria uma razoável expectativa de pré-aposentadoria, para que seja conferida juridicidade a este fato, facultando-se ao servidor celetista manter este vínculo trabalhista com a Administração Pública, mesmo após a instituição do regime jurídico único, ao que nos parece, trata-se de função legislativa típica, para a qual os entes da Federação são dotados de autonomia política, de acordo com as respectivas competências atribuídas pela Constituição Federal.

76. Não obstante, parece razoável ponderar que, em função da instituição do regime jurídico único e do regime próprio, o servidor que estiver a menos de cinco anos de completar os requisitos para a aposentação no RGPS, acabará por cumprir um tempo maior do que esse, por força da mudança de regime previdenciário para o RPPS. E esse tempo adicional é o faltante para o servidor completar o mínimo de cinco anos de exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, como exige o art.40, §1º, inciso III, da Lei Maior. Assim, o ente político poderia preservar, como exemplo, os direitos em formação cuja expectativa de realização não superasse cinco anos por ocasião da transição de regimes.

77. Releva destacar, contudo, que a determinação do campo de atuação legislativa do ente político, segundo o **critério da especificidade** da matéria, não é procedimento isento de dificuldades perante o colendo STF⁵¹. Ademais, a matéria administrativa e a matéria previdenciária estão imbricadas, na hipótese legal de transição que cogitamos *supra*, razão por que a decisão política do ente federativo será judicosa se levar em consideração o risco de sua declaração de inconstitucionalidade.

⁵¹ Neste sentido, veja-se a lição de André Ramos Tavares, que, ao tratar do critério da especificidade ou especialidade, como elemento capaz de nortear a definição da competência privativa ou concorrente, assevera: “[...] a dificuldade de se aplicar o critério especificidade e, principalmente, a dificuldade de se encontrar, no STF, um critério minimamente homogêneo e linear, com clareza para uma ‘repetição em série’ sem maiores dificuldades” (Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1158).

VI. DA SITUAÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS SERVIDORES AFASTADOS DA ATIVIDADE, EM RAZÃO DE FRUIÇÃO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE PELO RGPS, À ÉPOCA DA TRANSIÇÃO PARA O RPPS

78. Por ocasião da implantação do regime jurídico único estatutário e da migração para o regime próprio de previdência social, é possível que alguns servidores municipais encontrem-se afastados da atividade por motivo de incapacidade para o trabalho, estando em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, mantidos pelo Regime Geral.

79. A situação aventada leva-nos a analisar se o regime próprio recém-instituído deveria arcar com a manutenção dos referidos benefícios previdenciários por incapacidade, a partir de sua entrada em vigor.

80. A nosso ver, essa responsabilidade não pode ser simplesmente transferida ao regime próprio do Município, porque isso importaria a cessação do benefício em fruição e a extinção da relação jurídica previdenciária de proteção entre o servidor e o Regime Geral, em clara violação ao art. 15, inciso I, da Lei nº 8.213/1991, o qual, ao revés, visa a preservação da qualidade de segurado, sem limite de prazo e independentemente de contribuição, de quem esteja em gozo de benefício concedido pelo INSS, nestes termos:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
[...].

81. Ora, se o benefício mantido pelo Regime Geral fosse imediatamente cessado pela mudança do sistema previdenciário de cobertura do Município para o regime próprio, estar-se-ia, em verdade, transferindo uma contingência social de um regime a outro.

82. Mas, o que se afigura razoável, como objetivo fundamental de um sistema previdenciário, é a proteção previdenciária contra um risco social, e não a assunção como própria de uma contingência ocorrida em outro regime.

83. Em outras palavras, nas migrações inter-regimes previdenciários, a transferência do risco social protegido é *conditio sine qua non* de tornar o direito fundamental à previdência social efetivo, mas passar o risco social materializado, isto é, a própria contingência social ocorrida, atenta contra o modelo de organização da previdência social previsto na Constituição Federal, segundo o qual os

diversos regimes devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, consoante o *caput* dos seus arts. 40 e 201.

84. Assim é que, na hipótese inversa à cogitada inicialmente, ou seja, se o servidor migrar do regime próprio para o Regime Geral, já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício por incapacidade, ele não fará jus à respectiva prestação se a contingência, isto é, a incapacidade laboral, preexistir à filiação previdenciária, conforme dispõe o parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.213/1991, assim redigido (grifamos):

Art. 59. [...].

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, **salvo quando a incapacidade sobrevier** por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

85. Atente-se ainda na regra geral do art. 10 da Lei nº 9.717/1998, para o caso de extinção de regime próprio de previdência social⁵². Essa norma prescreve a integral responsabilidade dos entes da Federação pelos benefícios já concedidos, bem como daqueles cujos requisitos já foram implementados, anteriormente à sua extinção.

86. Assim, se considerarmos a intenção constitucional manifesta de aproximar os requisitos e critérios de ambos os regimes previdenciários (geral e próprio), consoante o § 12 do art. 40 da Carta Magna⁵³, não poderia ser diferente a norma de direito para o caso dos servidores que estejam em gozo de auxílio-doença concedido pelo Regime Geral, quando da instituição do regime próprio no Município. Portanto, nesta hipótese, a responsabilidade pelo pagamento continuará afeta ao Regime Geral.

87. E a responsabilidade do Regime Geral pela manutenção do benefício do auxílio-doença permanece enquanto não houver recuperação ou reabilitação do segurado, ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez, conforme os seguintes termos do art. 62 da Lei nº 8.213/91:

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá sub-

⁵² Art. 10. No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.

⁵³ Art. 40. [...]

§ 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/1998)

meter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez.

88. Acresce que esse mesmo raciocínio também leva à manutenção da responsabilidade do Regime Geral pelo pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez, cuja concessão esteja em situação ativa na mudança de regime previdenciário.

89. Mesmo na situação em que a aposentadoria por invalidez resulte da transformação de auxílio-doença, em momento posterior à alteração do regime previdenciário, a responsabilidade continuará com o Regime Geral. Isto porque a contingência da incapacidade temporária, coberta pelo RGPS com o benefício do auxílio-doença, apenas convolou para incapacidade permanente, à qual corresponde espécie distinta de benefício: aposentadoria por invalidez, sem que houvesse interrupção da necessidade social decorrente do evento incapacidade laboral, protegido pelo Regime Geral.

90. Por fim, os servidores celetistas, ocupantes de emprego público da Administração direta, autárquica ou fundacional do Município, pelo fato da fruição de benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez pelo RGPS, antes da alteração de regime jurídico de celetista para estatutário, encontram-se com os respectivos contratos de trabalho suspensos, conforme os arts. 475 e 476 da CLT e art. 63 da Lei nº 8.213/1991. Por essa razão, convém ao Município editar norma de direito intertemporal, disciplinando expressamente as regras de transição para fins de aquisição de direitos no regime jurídico estatutário e no regime previdenciário próprio, em decorrência da recuperação da capacidade de trabalho, na qual se estabeleça que a mudança de regime somente ocorrerá quando cessado o benefício por incapacidade concedido pelo RGPS.

VII. DO SERVIDOR PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL APOSENTADO PELO RGPS E DA SUA PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE

91. A Administração Pública Municipal pode reconhecer a necessidade de desligar do seu quadro de pessoal o servidor que se aposentou pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS e, não obstante, permaneceu em atividade.

92. Mas não convém à municipalidade tomar essa decisão sem primeiro distinguir entre o servidor público municipal estatutário e o celetista; além disso, é preciso diferenciar a aposentadoria concedida pelo INSS em razão da mesma atividade no serviço público ou de outra atividade.

93. O primeiro servidor possui um vínculo de natureza institucional, cuja relação estatutária, de ordinário, extingue-se pela aposentadoria, que provoca a situação de vacância do cargo anteriormente titularizado.

94. E isso ocorre independentemente de o servidor estar amparado por regime previdenciário próprio ou pelo Regime Geral, porque não é consentâneo com os princípios jurídicos da Administração Pública brasileira permitir que o servidor estatutário adquira, com a aposentadoria, duplo *status* funcional: ativo e inativo em relação ao mesmo cargo público.

95. Trata-se de ponto assentado na Orientação Normativa nº 2, de 2009, desta Secretaria de Políticas de Previdência Social, conforme o teor de seu art. 79: “A concessão de aposentadoria ao servidor titular de cargo efetivo, ainda que pelo RGPS, determinará a vacância do cargo”.

96. Quanto ao segundo servidor, o seu vínculo é de natureza contratual e rege-se basicamente pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, ainda que essa relação jurídica trabalhista sofra a influência de algumas normas do direito público, porquanto o empregador é um ente estatal⁵⁴. Para esse empregado público da administração direta, autárquica ou fundacional do município a aposentadoria espontânea pelo RGPS não implica ruptura do contrato de trabalho com a Administração Municipal, porque o seu regime é o da legislação trabalhista.

97. Com efeito, atualmente, no regime celetista, está fora de cogitação a extinção do contrato de trabalho por aposentadoria espontânea, eis que o colendo STF declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 453 da CLT, acrescidos pela Lei nº 9.528, de 1997, quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1770 e nº 1721, conforme as seguintes ementas:

ADI 1770⁵⁵

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EM-

⁵⁴ Como exemplos, citamos: a vedação de acumulação remunerada de outro emprego, função ou cargo (CF, art. 37, XVII); o limite da remuneração (CF, art. 37, XI); e a responsabilização por ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992, art. 1º).

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1770/DF. Tribunal Pleno, 11.10.2006. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 22 maio 2013.

PRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO-CONHECIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE.

Lei 9.528/1997, que dá nova redação ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT -, prevendo a possibilidade de readmissão de empregado de empresa pública e sociedade de economia mista aposentado espontaneamente. Art. 11 da mesma lei, que estabelece regra de transição.

Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade na parte que impugna dispositivos cujos efeitos já se exauriram no tempo, no caso, o art. 11 e parágrafos.

É inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos – vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal -, quer porque se funda na ideia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício.

Pedido não conhecido quanto ao art. 11, e parágrafos, da Lei nº 9.528/1997. Ação conhecida quanto ao § 1º do art.453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo art. 3º da mesma Lei 9.528/1997, para declarar sua inconstitucionalidade.

ADI 1721⁵⁶

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

[...]

3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente).

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1721/DF. Tribunal Pleno, 11.10.2006. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 22 maio 2013.

4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmbito de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador.

5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum.

6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.

7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Lei do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97.

98. A propósito, o egrégio Tribunal Superior do Trabalho - TST passou a adotar essa interpretação mediante a edição da Orientação Jurisprudencial - OJ nº 361 da Seção de Dissídios Individuais I - SDI I⁵⁷, assim redigida:

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS SOBRE TODO O PERÍODO (DJ 20, 21 e 23.05.2008)

A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

99. Inclusive, há precedentes do TST quanto à aplicação desse novo entendimento aos empregados públicos da Administração Pública direta. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA - MUNICÍPIO DE FRANCA - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA – EFEITOS – ESTABILIDADE – REINTEGRAÇÃO - ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. O Tribunal Regional, ao concluir no sentido de que

⁵⁷ Anteriormente, o e. TST já havia decidido cancelar a Orientação Jurisprudencial nº 177, em face das decisões proferidas nas referidas ADIs. Assim dispunha a OJ cancelada: APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS (cancelada) - DJ 30.10.2006 A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/ojs>>. Consulta em: 22 maio 2013.

a aposentadoria espontânea não é causa da extinção do contrato de trabalho, e deferir a reintegração de empregado da Administração pública direta com base no art. 41 da Constituição da República, proferiu decisão em harmonia com a Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1 e com a Súmula nº 390, I, do TST, respectivamente. Inviável a admissibilidade do recurso de revista tendo em vista o disposto no art. 896, § 4º e § 5º, da CLT.

Agravo de instrumento desprovido.⁵⁸

RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS DO FGTS. EMPREGADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA - Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1 do TST, -a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação-. Esse entendimento tem aplicação ainda que se trate de vínculo empregatício com a Administração Pública direta, pois não existe no ordenamento jurídico pátrio óbice à continuidade da prestação de serviços pelo empregado público aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.

[...]

CONCLUSÃO: Recurso de Revista conhecido e provido.⁵⁹

RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. ADIN Nº 1721-3. O excelso Supremo Tribunal Federal, julgando a Adin nº 1721-3 e a Adin nº 1770-4, firmou posicionamento no sentido de que o contrato de trabalho permanece íntegro mesmo com a aposentadoria espontânea do trabalhador, entendimento que também é aplicado aos empregados públicos da administração direta. Recurso de revista não conhecido.⁶⁰

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-194-30.2011.5.15.0015. 4ª TURMA, 6.2.2013. Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 23 maio 2013.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-29285-84.2008.5.12.0006. 3ª TURMA, 4.5.2011. Relator: Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 23 maio 2013.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-127700-86.2006.5.15.0007. 6ª TURMA, 25.6.2008. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 23 maio 2013.

100. O argumento que se levanta contra essa continuidade do vínculo contratual do empregado público, aposentado pelo RGPS, com a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, é a vedação de acumulação de proventos de aposentadoria e a remuneração de cargo, emprego ou função pública, como prescreve o § 10 do art. 37 da CF/1988:

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do artigo 40 ou dos artigos 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/1998)

101. Ocorre que a aposentadoria do empregado público é regida pelo art. 201 da Constituição Federal, isto é, pelo Regime Geral de Previdência Social, e o § 10 do art. 37 da CF/1988, acima transcrito, proíbe a acumulação da remuneração de cargo, emprego ou função pública com proventos de aposentadoria decorrentes tão somente dos regimes próprios de previdência social de que tratam os arts. 40 (dos servidores públicos titulares de cargo efetivo), 42 (dos militares dos Estados e do Distrito Federal) ou 142 (dos militares das Forças Armadas).

102. O ilustre Consultor da União, Miguel Pro de Oliveira Furtado, nos idos de 1999, já adotava essa interpretação, e o fez ao apreciar as decisões liminares proferidas pelo STF nas referidas ADIs 1770 e 1721, de acordo com a seguinte passagem de seu Parecer AGU/PRO-5/99⁶¹, aprovado pelo Advogado-Geral da União (conforme Parecer GQ - 213), e pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República:

18. À vista do exposto, e não acarretando a aposentadoria (pelo menos durante a vigência da suspensão de eficácia dos parágrafos 1º e 2º do art. 453 da CLT, operada pela liminar concedida) a extinção do vínculo trabalhista, o art. 11 da Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, também perdeu sua eficácia. E é fácil compreender o porquê: o art. 11 exigia o cumprimento de uma formalidade (requerimento) para a manutenção do vínculo trabalhista dos empregados nele enquadrados; Ora, como a liminar reconheceu que indepen-

⁶¹ BRASIL. Consultoria-Geral da União. Parecer AGU/PRO-05/99 (anexo ao Parecer GQ - 213, de 31 de dezembro de 1999). *Exame da eficácia do art. 11 da Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, após a suspensão dos parágrafos 1º e 2º do art. 453 da CLT, por liminar concedida pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade*. Consultor da União: Miguel Pro de Oliveira Furtado. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarTipoParecer.aspx>>. Acesso em: 23 maio 2013.

dentemente de qualquer requisito o vínculo persiste, não há como tê-lo por eficaz.

De outro lado, à vista dos pronunciamentos citados, que traduzem o entendimento ora do Supremo Tribunal, ora de Ministros seus, integrantes de outras Cortes, como é o caso do último acórdão transcrito, parece evidente que a proibição de acumular prevista na Constituição não alcança esses empregados.

19. Além do mais é de ter-se em conta que, agora, o intento do Constituinte tornou-se manifesto. De acordo com o § 10 do art. 37,

“É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.”

Vedam-se, em outras palavras, as acumulações de remunerações de cargo, emprego ou função pública com proventos de aposentadoria dos servidores da Administração direta e de suas autarquias e fundações (art. 40), ou com proventos de aposentadoria de militares dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 42), ou ainda com proventos de aposentadoria de militares das Forças Armadas (art. 142). Nenhuma palavra a obstar a acumulação de benefícios (não de proventos) da aposentadoria regulados no art. 201 da Constituição.

103. É certo que não se tratou estritamente a respeito da acumulação de proventos de aposentadoria do Regime Geral com a remuneração do emprego público nas ADIs 1770 e 1721. É o que tem afirmado a própria Corte Suprema, ao negar seguimento a Reclamações ajuizadas em razão de suposto descumprimento do que decidido nas referidas Ações Diretas, nos casos em que a decisão reclamada fundamentou-se na aplicação do § 10 do art. 37 da Carta Magna segundo a interpretação que perfilhamos acima, a exemplo dos seguintes julgados: Rcl 15387/SC (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe nº 58, de 1.4.2013); Rcl 9762/SC (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe nº 50, de 15.3.2013); e Rcl 7935/SP (Rel. Min. Ellen Gracie, DJe nº 84, de 8.5.2009). Registramos abaixo o excerto de um desses julgados que elucida o ponto:

A pretensão da reclamante é debater o acerto ou a erronia da decisão reclamada na parte em que afirma que “a vedação contida no parágrafo 10º do art. 37 da Constituição da

República, conforme jurisprudência iterativa e atual do E. TST, somente se aplica aos servidores que recebem sua aposentadoria por regime próprio de Previdência Social”, uma vez que na ação paradigma – ADI nº 1.770/DF -, o STF teria afirmado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 453 da CLT também com fundamento na impossibilidade de acumulação de proventos e vencimentos.

Ocorre que ao afirmar que “[é] inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, [...] porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos - vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (ADI nº 1.770/DF), esta Suprema Corte não afastou toda e qualquer possibilidade de percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, sequer tendo sido provocada a se manifestar sobre o tema sob a perspectiva do benefício previdenciário pago pelo INSS.

A reclamante vale-se da presente reclamação para questionar originariamente esta Suprema Corte acerca do alcance do § 10 do art. 37 da CF/88 e a conformidade da interpretação da norma empreendida pelo JUIZ DO TRABALHO DA VARA DO TRABALHO DE XANXERÊ com o entendimento do STF acerca desse dispositivo, presente as circunstâncias fáticas do caso concreto, matéria que não apresenta relação de pertinência temática com a decisão vinculante apontada como paradigma de confronto na presente reclamação.

[...]

Ante o exposto, nego seguimento à reclamação, nos termos do artigo 21, § 1º, do RISTF, prejudicada a análise do pedido liminar.⁶²

104. Mas o colendo TST julgou precisamente esse tema, conferindo-lhe a interpretação com a qual se conforma nosso parecer⁶³. Vejamos algumas dessas decisões:

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. EMPREGADO PÚBLICO. CONTINUIDADE DO VÍNCULO DE EMPREGO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM REMUNERAÇÃO. ARTIGO 37, § 10, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 15387/SC. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24 maio 2013.

⁶³ Constata-se a manifestação do e. STF, também neste sentido, na Decisão monocrática no Recurso Extraordinário – RE 387269, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.12.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>. Acesso em: 24 maio 2013.

1. Presentemente, prevalece na SbDI1 do TST o entendimento de que a norma inculpada no § 10 do artigo 37 da Constituição Federal, ao vedar a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, não alcança as hipóteses de percepção cumulada de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social com salário decorrente do exercício de emprego público.

[...]

3. Embargos de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento.⁶⁴

RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS NO CONTRATO DE TRABALHO (OJ 361/SBDI-1/TST). RESPEITO À DECISÃO DO STF NA ADI 1770-4 E ADI 1721-3, INCLUSIVE QUANTO À MATÉRIA ACUMULATÓRIA. EMPREGADA PÚBLICA CELETISTA. AUTARQUIA. ESTABILIDADE. MOTIVAÇÃO. SÚMULA 390-I/TST.

[...]

Sob um primeiro enfoque, sendo o STF guardião da Constituição (art. 102, caput, CF), cabe ao Judiciário acolher suas interpretações constitucionais e respectivas repercussões. Desse modo, ao decretar, interpretativamente, que a aposentadoria não extingue o contrato de emprego, mesmo na área estatal, abriu flexibilização na regra constitucional vedatória de acumulações. A decisão do STF, ao manter o servidor no emprego, automaticamente permitiu esse tipo de acumulação - até que nova interpretação surja, se for o caso. Assim, na hipótese, não se há de admitir a aposentadoria espontânea da Reclamante como causa extintiva do contrato de trabalho, conforme sedimentado por esta Corte na OJ 361 da SDI-1.

[...]

Assim, tendo em vista a inexistência de impedimento para cumulação dos proventos pagos pelo Regime Geral da Previdência Social com a remuneração do cargo efetivo, bem como a estabilidade a que faz jus a Reclamante, nos termos do art. 41 da CF, não poderia a empregada ter sido dispensada pela Reclamada senão pelas razões expostas nos incisos I a III do § 1º do art. 41, da CF, o que não ocorreu. A Reclamante faz jus, portanto, à reintegração.⁶⁵

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR 805-09.2011.5.12.0001. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, 25.4.2013. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 24 maio 2013.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 2080700-09.2006.5.09.0012. 6ª Turma, 30.11.2011. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 24 maio 2013.

RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. EFEITOS. ACUMULAÇÃO. PROVENTOS. POSSIBILIDADE. Na linha dos precedentes desta Corte, sendo a aposentadoria do reclamante regida pelo art. 201 da Carta Política, não prospera a tese da impossibilidade de acumulação de proventos da aposentadoria com salários. Intacto § 10 e impertinentes os incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição da República. Arestos inespecíficos (Súmula 296, I/TST). Recurso de revista não conhecido.⁶⁶

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - CUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E REMUNERAÇÃO - EMPREGADO PÚBLICO DE EMPRESA ESTATAL - POSSIBILIDADE

O § 10 do art. 37 da Carta Magna veda apenas a cumulação de remuneração de cargo, emprego ou função pública com proventos de aposentadoria decorrentes dos seus arts. 40, 42 ou 142, ou seja, de regimes previdenciários especiais (servidores estatutários, magistrados, membros das polícias militares e corpos de bombeiros militares e membros das Forças Armadas). A vedação não se aplica, portanto, aos empregados públicos, aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Precedentes.

Embargos conhecidos e desprovidos.⁶⁷

105. Até agora temos falado na distinção entre o servidor público municipal estatutário e o celetista. Em suma, conforme toda a fundamentação *supra*, o servidor estatutário não deve, em regra, permanecer em atividade após a aposentadoria pelo RGPS; o que já não sucede no regime celetista, que possibilita ao servidor continuar em atividade.

106. Neste passo, damos atenção às ressalvas admissíveis no primeiro caso (do servidor estatutário), e isto tem a ver com a observação que fizemos a princípio: sobre a aposentadoria no RGPS tomar em consideração a mesma atividade no serviço público ou outra atividade; além disso, examinamos por fim se a permanência em atividade no segundo caso (do servidor celetista) está sujeita a limite de idade.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 31285-88.2003.5.12.0020. 3ª TURMA, 29.9.2010. Relatora: Min. Rosa Maria Weber. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 24 maio 2013.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR 438700-41.2008.5.12.0001. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, 19.8.2010. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 24 maio 2013.

107. Quando há transformação do regime jurídico do pessoal da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional do regime celetista para o estatutário, pela instituição do regime jurídico único, parece-nos válido admitir o aproveitamento daquela atividade, sob a égide da CLT, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, sem que desse fato decorra a vacância do cargo.

108. Ora, ainda que seja a mesma atividade no serviço público, a natureza do vínculo é diversa, não sendo razoável que o contrato de trabalho celetista esteja submetido a regras do regime estatutário do ente federativo. Acresce que a instituição de regime jurídico único extingue o contrato de trabalho⁶⁸, cuja legislação de regência, por ser Direito do Trabalho, é da competência privativa da União (conforme art. 22, I, da CF/1988).

109. Em outras palavras, na hipótese de jubilação com o aproveitamento daquele tempo contratual, em emprego público na Administração, para fins de aposentadoria no RGPS, não se opera a vacância do cargo, se o beneficiário não se valeu de qualquer tempo sob regime estatutário no exercício deste cargo.

110. E não há óbice na Portaria MPS nº 154, de 2008, para o aproveitamento no Regime Geral do tempo de emprego público, porque este período não se refere a tempo de contribuição ao RPPS, sendo inexigível a emissão de Certidão de Tempo de Contribuição – CTC, muito menos a condição de ex-servidor (pela exoneração ou demissão), considerando que a regulação contida nos arts. 10 e 12 da referida Portaria implica a dedução de tais permissões.

111. Ademais, ainda que o tempo de emprego público do servidor tenha sido averbado perante o regime jurídico único, não é vedada a sua utilização no RGPS, desde que seja computado para efeito de aposentadoria uma única vez, como prescreve o inciso III do art. 96 da Lei nº 8.213/1991: “*não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro*”. Isso ocorrerá mediante a revisão da CTC emitida, para desaverbar o tempo certificado que comprovadamente não tenha sido utilizado no RPPS. Mas, no caso de averbação automática, em razão de mudança de regime previdenciário do ente político, a Administração Pública deverá possibilitar a referida desaverbação, e o respectivo controle do tempo efetivamente utilizado, mediante emissão de certidão específica, a pedido do servidor ou do INSS.

⁶⁸ Neste sentido, vejam-se os julgados do colendo STF: AI 609855 AgR-ED/RN (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe nº 92, de 31.8.2007) e MS 24381 ED/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 1.9.2006). Confira-se ainda a Súmula 382 do TST: MUDANÇA DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. EXTINÇÃO DO CONTRATO. PRESCRIÇÃO BIENAL. *A transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 128 da SBDI-1 - inserida em 20.04.1998) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.*

112. Assim, a primeira ressalva diz respeito ao exercício da mesma atividade no serviço público, mas em regimes jurídicos diversos: celetista e estatutário. Se não foi por força do vínculo estatutário que o interessado pôde se aposentar no RGPS, não nos parece que desta aposentadoria decorra a vacância do cargo.

113. Outra ressalva provém da mesma assertiva. Ora, se é válido separar o tempo de serviço público celetista do tempo sob regime estatutário, para aproveitamento do primeiro no Regime Geral, sem que por isso haja a vacância do cargo, com maior razão dever-se-á admitir que o direito adquirido à aposentadoria pelo RGPS, ainda que exercido após a transformação do regime celetista para o estatutário, mas sem agregação de qualquer tempo sob este último regime funcional, não levará necessariamente à extinção do vínculo com a Administração Pública.

114. Também esta é a situação de quem ingressou regularmente no serviço público depois de haver adquirido o direito à jubilação pelo RGPS em outra atividade. Como é assegurada a concessão da aposentadoria, a qualquer tempo, na hipótese de direito adquirido no Regime Geral, mesmo que o servidor apresente o requerimento posteriormente, quando estiver no serviço público ativo, isso não deve implicar a vacância do cargo.

115. O que se disse sobre o direito adquirido à aposentadoria no RGPS, nos itens precedentes (n^{os} 113 e 114), não é contraditado pelo dispositivo do art. 99 da Lei n^o 8.213/1991:

Art. 99. O benefício resultante de contagem de tempo de serviço na forma desta Seção será concedido e pago pelo sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerê-lo, e calculado na forma da respectiva legislação.

116. E isto pela razão de que o referido preceito se aplica à situação de contagem recíproca de tempo de contribuição inter-regimes previdenciários, porque esta é a matéria de que trata a Seção VII (arts. 94 a 99). Então, se o direito adquirido à aposentadoria no RGPS não é “**resultante de contagem de tempo de serviço na forma desta Seção**”, mas tão somente se utiliza do tempo de vinculação do servidor público ao Regime Geral, a norma em questão não constitui óbice à concessão do benefício pelo INSS, a despeito de o beneficiário estar presentemente vinculado ao RPPS ao requerê-lo.

117. Não parece, muito menos, que tenhamos contraditado a pacífica jurisprudência do colendo STF, no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico (o que inclui o previdenciário). É que não se trata disto, mas de direito adquirido à própria prestação previdenciária, para cuja obtenção o servidor cum-

priu os requisitos exigidos, com base nos critérios da legislação então vigente. O princípio de que estivemos nos ocupando é o da segurança jurídica, que abrange, em sentido amplo, a garantia do direito adquirido. Se assim não fosse, ficaria sem explicação a especial atenção dada a esse princípio em ambas as reformas previdenciárias das Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003⁶⁹, sem dizer que ele está ínsito à compreensão da Súmula nº 359 do STF^{70 71}.

118. Vejamos agora o exercício concomitante de outra atividade. Essa situação não se assemelha às anteriores, merecendo um exame à parte.

119. Assim é que o servidor pode estar exercendo outra atividade concomitante, pública ou privada, nos casos expressamente excepcionados pela Constituição Federal, conforme os incisos XVI e XVII de seu art. 37, isto é, nas seguintes hipóteses: dois cargos de professor; um cargo de professor com outro, técnico ou científico; e dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, sendo que as referidas exceções são extensivas a empregos e funções, e abrangem autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

120. Note-se que as atividades excluídas da proibição de acumular dão ensejo à concessão de aposentadorias e pensões delas decorrentes cuja acumulação não

⁶⁹ **EC 20/1998:** Art. 3º. É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. [...].

EC 41/2003: Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. [...].

⁷⁰ Súmula STF nº 359: *Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.*

⁷¹ A conclusão a que se chegou sobre o tema abordado entre os parágrafos 106 e 117 desta Nota Técnica, quanto ao direito de o servidor obter uma aposentadoria no RGPS, considerando o tempo exercido na mesma atividade no serviço público, sob o regime da CLT, ou em outra atividade, anterior ao ingresso no serviço público, tomou por base o quadro normativo atualmente em vigor, no que disciplina a contagem de tempo e o acesso ao benefício de aposentadoria nos diferentes regimes previdenciários.

Esta situação, todavia, recomenda um novo exame da sustentabilidade dessa dupla proteção previdenciária do trabalhador, isto é, se é viável, atuarial e financeiramente, que a seguridade social, mormente em razão do piso constitucional das aposentadorias não inferior ao salário mínimo, arque com a concessão de benefício com tempo de contribuição exíguo; sem dizer do risco do cômputo indevido em ambos os regimes (RGPS e RPPS) do mesmo tempo de contribuição, haja vista a dificuldade de integração eficaz, entre os entes da Federação, no que concerne à informação da utilização de tempo contributivo nos diferentes sistemas previdenciários, a exemplo da hipótese de averbação automática.

Além disso, no âmbito de cada regime próprio, a desaverbação de tempo contributivo ao RGPS é matéria naturalmente dada a litígios entre o servidor e a Administração, caso a legislação do ente político prescreva alguma repercussão nos direitos remuneratórios, por conta das vantagens já auferidas em função da utilização do referido tempo no regime estatutário.

será igualmente vedada, desde que relacionadas aos cargos, empregos e funções acumuláveis na forma da Constituição. A própria Carta Magna, no § 6º do art. 40⁷², excetua os cargos acumuláveis da vedação de percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime próprio⁷³.

121. Então, não é possível admitir que a aposentadoria em um dos cargos, empregos ou funções acumuláveis, independentemente do regime previdenciário instituidor (seja RGPS ou RPPS), possa ocasionar a vacância do cargo acumulado licitamente, ou seja, uma restrição de ordem funcional em relação à outra atividade. Além do mais, a proibição de percepção simultânea de proventos (dos arts. 40, 42 e 142 da CF/1988) com a remuneração de cargo, emprego ou função pública não alcança as situações de acumulação permitidas pela Constituição, conforme o seu art. 37, § 10, aplicando-se-lhes, contudo, o limite de que trata o inciso XI deste mesmo artigo.

122. Pode-se cogitar ainda do exercício de atividade privada, fora do âmbito estatal, concomitante com o serviço público ativo, quando permitida pelo regime estatutário (ante a compatibilidade com o exercício do cargo e com o horário de trabalho). Neste caso, a dupla proteção previdenciária, nos sistemas geral e próprio, é perfeitamente válida, como prescreve o § 1º do art. 12 da Lei nº 8.213/1991, assim redigido (grifos nossos):

Art. 12. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social. (NR)

§ 1º Caso o servidor ou o militar venham a exercer, **concomitantemente**, uma ou mais atividades abrangidas pelo Regime Geral de Previdência Social, **tornar-se-ão segurados obrigatórios em relação a essas atividades**. (NR)

[...]

123. Por conseguinte, na referida hipótese, há perfeita independência entre a proteção previdenciária do Regime Geral e a do Regime Próprio, daí a falta de

⁷² Art. 40. § 6º. Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo. (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 20/1998).

⁷³ Observe-se, no entanto, que as atividades exercidas concomitantemente e vinculadas ao mesmo Regime Geral, a exemplo de dois empregos públicos acumuláveis, não proporcionam mais de uma aposentadoria, ante a expressa vedação do inciso II do art. 124 da Lei nº 8.213/1991. Neste caso, as contribuições em ambas as atividades serão consideradas para fins de cálculo do salário de benefício de uma única aposentadoria, segundo os critérios definidos no art. 32 desta Lei.

razoabilidade em se ter a aposentadoria na atividade amparada pelo RGPS como causa de vacância do cargo ocupado na outra atividade, amparada pelo RPPS. Isto, a nosso parecer, não ocorre.

124. Essa situação de independência de vínculos não se confunde com outra, em que as atividades laborais são prestadas de forma concomitante, na administração pública e na atividade privada, porém, as contribuições previdenciárias são vertidas para o mesmo Regime Geral, sendo consideradas, por essa razão, como um único tempo de contribuição. Deste modo, esse tempo somente poderá ser computado para a concessão de uma única aposentadoria, sob pena de afronta ao inciso III do art. 96 da Lei nº 8.213/1991, e poderá implicar a vacância do cargo ocupado pelo servidor, se for utilizado o período de vínculo estatutário não amparado por regime próprio. Este é o posicionamento consolidado no Parecer da Consultoria Jurídica do MPS nº 224, de 2007, consoante estas conclusões⁷⁴:

55. Ante o exposto, esta Consultoria Jurídica, no exercício das atribuições que lhe conferem os incisos I e III do art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, fixa a seguinte orientação sobre a questão objeto do presente estudo:

(a) o tempo de atividade autônoma com filiação à antiga Previdência Social Urbana, do atual Regime Geral de Previdência Social - RGPS, exercido de forma concomitante ao período de emprego público celetista, com filiação à mesma Previdência Social Urbana, objeto de averbação perante o Regime Jurídico Único - RJU conforme determinação do art. 247 da Lei nº 8.112/1990, somente poderá ser computado para efeito de aposentadoria uma única vez, independentemente do regime instituidor do benefício;

(b) excepcionalmente em relação às hipóteses constitucionais e legais de acumulação de atividades no serviço público e na iniciativa privada, quando uma das ocupações estiver enquadrada nos termos do art. 247 da Lei nº 8.112/1990, todavia, for verificada a subsistência dos diversos vínculos previdenciários até a época do requerimento do benefício, admite-se em tese a possibilidade do trabalhador exercer a opção pelo regime previdenciário em que esse tempo será, uma única vez, utilizado para fins de aposentadoria, desde que estejam preenchidos todos os requisitos para a concessão do benefício de acordo com as regras do regime instituidor;

(c) admite-se a utilização, no âmbito de um sistema de previ-

⁷⁴ BRASIL. Consultoria Jurídica do MPS. Parecer Conjur/MPS nº 224, de 27 de agosto de 2007. *Tempo de atividade com filiação à Previdência Social e período objeto de averbação automática perante o Regime Jurídico Único - RJU da Lei nº 8.112/1990*. Consultoria Jurídica: Maria Abadia Alves. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/>>. Acesso em: 27 maio 2013.

dência social, do tempo de contribuição que ainda não tenha sido efetivamente aproveitado para obtenção de aposentadoria em outro, na conformidade do art. 96, inciso III, da Lei nº 8.213/1991.

125. Em resumo, havemos de interpretar o alcance do art. 79 da Orientação Normativa nº 2, de 2009, desta Secretaria de Políticas de Previdência Social, cujo teor é: “*A concessão de aposentadoria ao servidor titular de cargo efetivo, ainda que pelo RGPS, determinará a vacância do cargo*”. De acordo com as razões expostas nesta Nota, esse dispositivo rege apenas a relação da Administração Pública com o servidor estatutário, e relativamente ao tempo de atividade exercido sob a égide dessa ordem estatutária, ainda que sob o amparo do Regime Geral de Previdência Social.

126. Finalmente, examinamos a situação de a Administração Pública municipal estabelecer um limite de idade para a permanência em atividade do servidor público submetido a regime jurídico de trabalho celetista.

127. É de notar que a hipótese está relacionada ao empregado público da Administração direta, autárquica ou fundacional vinculado ao RGPS.

128. Nesse sistema previdenciário, é facultado ao empregador requerer a aposentadoria por idade do empregado quando este contar 70 anos de idade, se homem, ou 65 anos de idade, se mulher, desde que o empregado tenha cumprido a carência exigida, sendo garantida a indenização prevista na legislação trabalhista, a teor do art. 51 da Lei nº 8.213/1991.

129. De fato, o efeito desse requerimento para o empregado será a aposentadoria forçada, mas não é vedado ao ente público manter o vínculo de trabalho com o servidor após o implemento da idade, simplesmente abstendo-se de requerer a inativação.

130. Mas a continuidade no serviço público do servidor celetista que contar 70 anos de idade não parece proporcional em relação ao servidor titular de cargo efetivo, amparado por regime próprio, cuja permanência após essa idade é considerada ilegal.

131. Ambos são servidores públicos em sentido estrito, sendo difícil conceber que o Poder Constituinte pretendia conferir uma situação menos vantajosa sob o vínculo institucional em comparação com o contratual. Seria essa razão suficiente para que fossem equiparados na presunção de incapacidade decorrente do inciso

II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, porquanto, segundo a abalizada doutrina de José dos Santos Carvalho Filho⁷⁵:

[...] ao fixar aquela idade, o mandamento constitucional instituiu, como suporte fático do benefício, uma presunção absoluta (**ius et de iure**) de incapacidade do servidor, presunção essa que não cede à prova em contrário. Significa que, mesmo atingindo os 70 anos de idade em plenas condições de exercer sua função, o servidor não tem escolha: deverá ser aposentado compulsoriamente e, em consequência, afastado do serviço público.

132. Contudo, à falta de uma jurisdição constitucional que estenda o alcance do inciso II do § 1º do art. 40 da Carta Magna, entendemos que a Administração Pública está vinculada à imposição constitucional do limite etário de 70 anos tão somente em relação aos servidores amparados por Regime Próprio de Previdência Social. Nesse sentido, colacionamos o seguinte precedente da Segunda Câmara do egrégio Tribunal de Contas da União - TCU⁷⁶:

SUMÁRIO: PESSOAL. APOSENTADORIA. LEGALIDADE E REGISTRO DE ALGUNS ATOS. PERDA DE OBJETO DE OUTRO. SERVIDOR EX-CELETISTA CUJO EMPREGO PÚBLICO FOI TRANSFORMADO EM CARGO EM RAZÃO DA LEI N.º 8.112/1990 QUANDO O INTERESSADO POSSUÍA MAIS DE 70 ANOS. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. LEGALIDADE DA APOSENTADORIA. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA QUE SOMENTE ALCANÇA O SERVIDOR VINCULADO AO RPPS. APENAS NO MOMENTO DA TRANSFORMAÇÃO DO CARGO, A QUAL BENEFICIOU O INTERESSADO, TORNOU-SE IRREGULAR SUA PERMANÊNCIA NA ATIVIDADE, RAZÃO PELA QUAL FOI-LHE CONCEDIDA A APOSENTADORIA COMPULSÓRIA POR IDADE.

133. Isso não quer dizer que seja ilegítimo fixar, como prática administrativa proporcional e isonômica, em face da presunção de incapacidade fixada pela Constituição, o requerimento compulsório de aposentadoria do servidor celetista que contar 70 anos, desde que de forma impessoal e sem distinção de gênero

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 621.

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 7550/2010. Segunda Câmara. Relator: Min. Benjamin Zymler. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 29 maio 2013.

(masculino/feminino); ou seja, seria o caso de ato vinculado para a Administração Pública que ela mesma se impôs em condição menos favorável do que a prevista no art. 51 da Lei nº 8.213/1991 para o empregador.

VIII. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DOS ENTES PÚBLICOS E DE SEUS SERVIDORES PARA O RPPS: DA *VACATIO LEGIS*

134. O ente da Federação que vier a instituir regime próprio de previdência social para seus servidores conferir-lhe-á caráter contributivo e o organizará com base em normas de contabilidade e atuária que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial, consoante o art. 40 da Constituição Federal, na redação determinada pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o art. 69 da Lei Complementar nº 101, de 2000, e o art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998.

135. O financiamento dos regimes próprios de previdência social dos Municípios apoia-se nos recursos provenientes dos orçamentos desses entes políticos, bem como das contribuições sociais dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas^{77 78}.

136. A contribuição a cargo dos entes públicos para os respectivos regimes próprios tem natureza eminentemente financeira, e não tributária, independentemente de a gestão previdenciária estar sob a responsabilidade de fundo ou autarquia, de acordo com a conformação constitucional atual da matéria, que prevê o aporte de contribuição por esses entes no art. 40 da Carta Magna, portanto, fora de seu Capítulo I do Título VI (arts. 145 a 162), reservado ao Sistema Tributário Nacional⁷⁹.

⁷⁷ A contribuição de inativos e pensionistas está fundamentada no art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41/2003, e no § 18 do art. 40 da Constituição, aplicados segundo a decisão proferida pelo STF nas ADIs 3.105-8 e 3.128-7 (Tribunal Pleno em 18.08.2004, Relator p/ Acórdão Min. Cezar Peluso), que declarou inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003, mas determinou o caráter geral da regra do § 18 do art. 40 da Constituição, com a redação dada por essa mesma Emenda.

⁷⁸ Além disso, os entes da federação poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos, com o objetivo de 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, consoante o art. 249 da CF de 1988.

⁷⁹ A simples denominação de “contribuição” não é suficiente para conferir natureza específica de tributo a esta obrigação financeira, a teor do art. 4º do Código Tributário Nacional. Veja-se a manifestação desta Secretaria a propósito deste tema na Nota Técnica CGNAL/DRPSP/SPS Nº 01/2010 (Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=439>>).

137. Além disso, a competência tributária para instituir contribuições sociais foi atribuída pelo art. 149 da Constituição exclusivamente à União, tendo sido excepcionadas, unicamente, as contribuições referidas no § 1º do art. 149 e no art. 149-A, que dizem respeito, respectivamente, à competência dos demais entes políticos da Federação para instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, além da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, cuja competência está afeta aos Municípios e ao Distrito Federal.

138. Ainda que haja uma distinção entre a natureza jurídica da contribuição do ente público e a dos seus servidores para o regime previdenciário próprio, consideramos de boa técnica definir o legislador uma *vacatio legis* **comum**, isto é, um mesmo intervalo entre a data de publicação da lei que instituir o RPPS e a de sua entrada em vigor, para ambas estas obrigações.^{80 81}

139. Isso porque a Constituição exige a correspondente fonte de custeio total, para a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da Seguridade Social, conforme o art. 195, § 5º, e também a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, de acordo com o art. 40, *caput*. Deste modo, a entrada em vigor do regime próprio de previdência social sob fonte parcial de financiamento, ou seja, apenas sustentado pela contribuição do ente público, ainda que por um curto período de noventa dias (eis que a contribuição dos servidores, dada a sua natureza tributária, está sujeita ao princípio da anterioridade nonagesimal previsto no § 6º do art. 195 da CF), não parece cumprir estritamente a determinação constitucional.

140. Igualmente, não conviria ao ente público que a sua contribuição fosse exigida desde a edição da lei instituidora do RPPS, porém, antes da entrada em vigor deste regime previdenciário, porquanto, nesta última hipótese, não estaria excluída a vinculação do servidor ao Regime Geral, nos termos do art. 13 da Lei nº 8.212, de 1991, havendo, por conseguinte, aumento de despesa pública com pessoal pelas contribuições a cargo do ente para ambos os regimes de previdência.

⁸⁰ Pensamos que, neste sentido, deva ser compreendido o disposto no § 2º do art. 3º da Orientação Normativa SPS nº 2, de 2009, assim redigido: § 2º A lei instituidora do RPPS poderá prever que a sua entrada em vigor dar-se-á depois de decorridos noventa dias da data da sua publicação, intervalo de tempo necessário para a cobrança das contribuições dos segurados, mantendo-se, nesse período, a filiação dos servidores e o recolhimento das contribuições ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

⁸¹ Observadas as peculiaridades locais, sugere-se a seguinte redação para esse dispositivo de *vacatio legis*: “Art. Esta lei entrará em vigor a partir do 1º (primeiro) dia útil do mês subsequente aos 90 (noventa) dias de sua publicação, mantendo-se nesse período o recolhimento das contribuições devidas e a vinculação dos servidores ao RGPS.”

141. Ademais, este acréscimo de despesa poderia ser capaz de afetar o equilíbrio das contas públicas e metas fiscais do Município, sem dizer do risco de vir a ser considerada uma geração de despesa inadequada em face das normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, previstas na Lei Complementar nº 101, de 2000.

IX. CONCLUSÕES

142. De acordo com a Constituição Federal de 1988, os Municípios têm competência para criar regime próprio de previdência social (art. 24, XII; art. 30, I e II; art. 40; e art. 149, § 1º), destinado a amparar o servidor civil titular de cargo efetivo, mediante lei municipal em sentido estrito, que observará as disposições da Constituição Federal de 1988 para esse regime, sejam elas permanentes ou transitórias, bem como as regras gerais editadas pela União (art. 24, § 1º).

143. Como o âmbito subjetivo de proteção do regime próprio é o servidor titular de cargo efetivo, importa que o Município deverá adotar o regime jurídico estatutário, como único regime funcional, de acordo com a redação originária do art. 39 da Carta Magna, cuja eficácia foi restabelecida, com efeito *ex nunc*, a partir da decisão proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal - STF no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 2.135/DF, realizado em 02.08.2007.

144. Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, a cobertura previdenciária dos regimes próprios de previdência social já instituídos, ou a serem criados, teve o seu alcance restrito aos servidores titulares de cargos efetivos, consoante o novo modelo de previdência no serviço público estabelecido por essa reforma previdenciária.

145. Ressalte-se que o critério de cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos está previsto no art. 1º, inciso V, da Lei nº 9.717, de 1998, lei nacional sobre regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social.

146. Excepcionalmente, desde que expressamente regidos pelo estatuto dos servidores do ente federativo, são considerados validamente filiados ao RPPS: o servidor estável, abrangido pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT; e o servidor admitido até 5.10.1988, que não tenha cumprido, nesta data, o tempo previsto para aquisição de estabilidade no serviço público,

em consonância com o Parecer da Advocacia-Geral da União, GM nº 30, de 2002, inclusive, com o art. 12 da Orientação Normativa nº 2/2009 desta Secretaria de Políticas de Previdência Social.

147. Afora tais casos, aos quais se reporta o Parecer AGU/GM nº 30, acrescentamos o do servidor que titulariza cargo público, não provido na forma regulada no art. 37 da Constituição (pela via do concurso público), mas em razão de “lei de efetivação”, cuja vinculação ao RPPS dar-se-á também em conformidade com a tese jurídica exposta naquele Parecer, e, a nosso ver, até que a jurisdição constitucional se manifeste sobre a validade dessa espécie de vínculo.

148. Ainda, nesta última hipótese, acerca de lei de efetivação, se a investidura de servidor ex-celetista em cargo efetivo alcançar aquele cujo ingresso no serviço público ocorreu mediante concurso público, na forma do art.37 da CF/1988, há o singular precedente da ADI 1.150/RS, em que o col. STF deu interpretação conforme à Constituição para admitir essa transposição decorrente da implantação do regime jurídico único, o que implica a validade dessa filiação, em caráter definitivo, ao regime previdenciário próprio.

149. A condição de ser efetivado no cargo, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, não constitui pré-requisito indispensável para que o servidor possa estar coberto por regime próprio de previdência social, em consonância com a tese jurídica adotada pela Advocacia-Geral da União no Parecer GM-30, de 2002, que dissociou a titularidade de cargo efetivo da efetividade, em face da nova redação dada ao art. 40 da CF/1988 pela EC nº 20/1998.

150. Deste modo, e considerando os fins protecionistas do sistema previdenciário, o direito fundamental à previdência social, o respeito à dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, entendemos que a norma de filiação a que se refere o art. 40 da Lei Maior, que pressupõe a titularidade de cargo efetivo, abarca, no regime próprio de previdência social, os servidores que passaram a ocupar esses cargos em razão de “leis de efetivação”.

151. A norma de efetivação permite que tais servidores sejam integrados a regime próprio de previdência social, como titulares de cargos efetivos, enquanto a sua aplicação não for afastada pela jurisdição constitucional estadual ou federal.

152. A nosso ver, após a decisão definitiva em controle de constitucionalidade da referida norma, retirando-lhe a validade, somente as relações jurídicas previdenciárias que decorram de contingências sociais (de fato, ou presumidas), realizadas até essa declaração, poderão conservar-se validamente sob a regência

do regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal, não se operando a solução de continuidade em relação aos benefícios concedidos, assim como àqueles cujos requisitos foram atendidos para a sua concessão.

153. A criação atual de regime previdenciário próprio, de par com a instituição do regime jurídico único, não proporcionará ao servidor ex-celetista que passar a titularizar cargo público efetivo o direito à aplicação das regras constitucionais de transição das reformas previdenciárias das Emendas Constitucionais nºs 41, 47 e 70.

154. Isso porque, no contexto das aludidas reformas previdenciárias, o requisito relacionado à **época de ingresso no serviço público** aplica-se tão somente ao servidor estatutário, para salvaguardar expectativas de direito do servidor titular de cargo efetivo, esse que já era, ao tempo destas reformas, destinatário das regras constitucionais permanentes do sistema previdenciário próprio, e que permaneceria, neste regime, sujeito a novos requisitos (mais severos) para a aposentação. Ademais, o fato da exclusão da filiação ao regime próprio, como ocorreu com o empregado público da Administração direta, autárquica e fundacional, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998, não é condizente com o direito a regras de transição neste mesmo regime previdenciário.

155. Quando se trata, porém, do requisito de **tempo de serviço público**, não de ingresso, os preceitos dos artigos: 40, § 1º, III, da Constituição Federal; 6º, III, da Emenda Constitucional nº 41/2003; e 3º, II, da Emenda Constitucional nº 47/2005 têm alcance maior, porque visam a proteger a atividade prestada sob aquela especial qualificação, seja em regime contratual, de emprego público, ou estatutário, de cargo público, o que abarca o tempo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, quanto na Administração indireta.

156. Por sua vez, quando a reforma previdenciária da Emenda Constitucional nº 20/1998 estabeleceu, para a aposentadoria voluntária no regime próprio, a exigência de um tempo mínimo de cinco anos de exercício no **cargo efetivo** em que ela ocorresse, trouxe um requisito que somente é possível adimplir sob o regime estatutário, porquanto se referiu diretamente a cargo e não a emprego público, conforme a redação que conferiu ao inciso III do § 1º do art. 40 da CF/1988. Assim, a contagem somente pode ser iniciada após a adoção desse regime jurídico, para os servidores que venham a titularizar cargo efetivo.

157. Na transição jurídica previdenciária do RGPS para o RPPS, afora a posição jurídica de direito adquirido à prestação previdenciária, há de se reconhecer a lacuna existente em relação a normas gerais da União.

158. Talvez resida na pacífica jurisprudência do col. STF, quanto a não haver direito adquirido a regime jurídico, a razão para a referida lacuna acerca de um direito de transição; eis que o servidor possui somente expectativa de direito, não direito expectativo, muito menos direito adquirido, quando não implementa integralmente o suporte fático para a concessão de benefício.

159. Contudo, não nos parece inconcebível a opção política do legislador por juridicizar determinadas expectativas de direito.

160. Ocorre que, em matéria de direito previdenciário, ainda que seja possível a legislação concorrente de Estados, Distrito Federal e Municípios, com base no art. 24, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, as opções são limitadas em razão da obrigatória observância dos modelos previdenciários inscritos na Carta Magna de 1988, nas regras de seu corpo permanente, bem como nas regras transitórias das reformas previdenciárias constitucionais.

161. Mas, o ente da Federação poderia, por exemplo, legislar em sua esfera de autonomia político-administrativa sobre o direito de opção, quando da instituição do regime jurídico único, para o servidor permanecer vinculado ao regime celetista, até que os empregos públicos assim ocupados fossem extintos na vacância, o que teria em vista assegurar a realização de razoável expectativa de direito no âmbito do RGPS, em determinadas situações excepcionais, valoradas pelo legislador infraconstitucional.

162. A hipótese anterior não representa violação à exigência constitucional de instituição de regime jurídico único, se considerarmos o seu caráter transitório, o amparo no direito fundamental à segurança, além de tratar-se de medida proporcional e que visa proteger a confiança depositada nos sistemas previdenciários pelos beneficiários.

163. Esta legislação a respeito de um direito de transição, na migração do RGPS para o RPPS, depende de um juízo de valor, próprio da função legislativa típica, do que seria uma expectativa de direito pré-aposentadoria razoável.

164. Como a opção legislativa, neste caso de situações excepcionais de proximidade do cumprimento dos requisitos para a aposentação no RGPS, imbrica o direito administrativo com o previdenciário, não pode ser afastada a hipótese de declaração de sua inconstitucionalidade, segundo a interpretação que a jurisdição constitucional venha a conferir à especificidade da matéria prevalecente em cada situação transitória objeto de legislação.

165. Por ocasião da implantação do regime jurídico único estatutário e da migração para o regime próprio de previdência social, os servidores municipais que estejam afastados da atividade por motivo de incapacidade para o trabalho, em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, mantidos pelo INSS, devem permanecer vinculados ao Regime Geral, com os respectivos contratos de trabalho suspensos, conforme os arts. 475 e 476 da CLT e art. 63 da Lei nº 8.213/1991.

166. Essa responsabilidade não pode ser simplesmente transferida ao regime próprio do Município, porque isso importaria a cessação do benefício em fruição e a extinção da relação jurídica previdenciária de proteção entre o servidor e o Regime Geral, em clara violação ao art. 15, inciso I, da Lei nº 8.213/1991.

167. Note-se que a regra geral do art. 10 da Lei nº 9.717/1998, para o caso de extinção de regime próprio de previdência social, prescreve a integral responsabilidade dos entes da Federação pelos benefícios já concedidos, bem como daqueles cujos requisitos já foram implementados, anteriormente à sua extinção.

168. Assim, se considerarmos a intenção constitucional manifesta de aproximar os requisitos e critérios de ambos os regimes previdenciários (geral e próprio), consoante o § 12 do art. 40 da Carta Magna, não poderia ser diferente a norma de direito para o caso dos servidores que estejam em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez concedidos pelo Regime Geral, quando da instituição do regime próprio no Município. Portanto, nestas hipóteses, a responsabilidade pelo pagamento continuará afeta ao Regime Geral.

169. A transferência do risco social protegido é *conditio sine qua non* de tornar o direito fundamental à previdência social efetivo, mas a transferência inter-regimes previdenciários da contingência social ocorrida não é válida, porque atenta contra o modelo constitucional de organização da previdência social, segundo o qual os diversos regimes devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, consoante o *caput* do arts. 40 e 201 da Carta Magna.

170. Convém ao Município editar norma de direito intertemporal, disciplinando expressamente as regras de transição para fins de aquisição de direitos no regime jurídico estatutário e no regime previdenciário próprio, para a situação de o servidor afastado da atividade, sob a proteção previdenciária do RGPS, recuperar a sua capacidade de trabalho.

171. A aposentadoria voluntária do servidor público, vinculado à Administração Pública Municipal direta, autárquica e fundacional por uma relação jurídica de trabalho estatutária, é capaz de gerar, de ordinário, a situação de vacância do

cargo público por ele ocupado, independentemente de estar amparado por RPPS ou RGPS.

172. Mas, se o referido vínculo for celetista (portanto, contratual e não institucional), não se poderá atribuir à aposentadoria espontânea do empregado público, sob a proteção previdenciária do RGPS, o efeito de extinguir o contrato de trabalho, consoante a iterativa jurisprudência do STF e do TST.

173. Nesta última hipótese, a acumulação de proventos e remuneração do emprego público não é vedada pelo preceito do § 10 do art. 37 da CF/1988, porque a aposentadoria é paga pelo RGPS, isto é, os proventos não decorrem dos regimes previdenciários dos arts. 40 (dos servidores públicos titulares de cargo efetivo), 42 (dos militares dos Estados e do Distrito Federal) ou 142 (dos militares das Forças Armadas).

174. O art. 79 da Orientação Normativa nº 2, de 2009, desta Secretaria de Políticas de Previdência Social, cujo teor é: “*A concessão de aposentadoria ao servidor titular de cargo efetivo, ainda que pelo RGPS, determinará a vacância do cargo*”, rege apenas a relação da Administração Pública com o servidor estatutário, e relativamente ao tempo de atividade exercido sob a égide dessa ordem estatutária, ainda que sob o amparo do Regime Geral de Previdência Social.

175. Por conseguinte, se não for utilizado qualquer tempo de vinculação ao regime estatutário, para fins de aposentadoria no RGPS, a concessão desse benefício não determinará a vacância do cargo.

176. Essa assertiva é válida ainda que se trate da mesma atividade no serviço público, quando há transformação do regime jurídico de trabalho de celetista para estatutário. Ademais, o aproveitamento do período de atividade sob a égide da CLT, no âmbito do RGPS, não viola a Portaria MPS nº 154, de 2008, sendo inexistente a emissão de Certidão de Tempo de Contribuição - CTC, muito menos a condição de ex-servidor (pela exoneração ou demissão).

177. Se o beneficiário não se valeu de qualquer tempo sob o regime estatutário em cargo público, é assegurado o direito adquirido à prestação previdenciária pelo RGPS, não obstante os seus requisitos tenham sido cumpridos na mesma atividade, sem que do aproveitamento daquele tempo sob o regime celetista decorra a vacância do cargo.

178. Esse entendimento não se opõe à pacífica jurisprudência do colendo STF, no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico (o que inclui o previdenciário), nem ao art. 99 da Lei nº 8.213/1991. No primeiro caso, porque não aduzimos que a situação fora de direito adquirido a regime jurídico, e sim presta-

ção previdenciária, o que é distinto; estando tal garantia abarcada pela segurança jurídica. Quanto ao dispositivo legal citado, a sua incidência está restrita à contagem recíproca inter-regimes previdenciários, eis que o benefício resultante dessa contagem “será concedido e pago pelo sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerê-lo”. Por conseguinte, essa regra não obsta a utilização exclusiva do tempo em que o servidor esteve vinculado ao RGPS, sob regime celetista, para fins de concessão de benefício neste regime previdenciário, mesmo que esteja vinculado ao RPPS ao exercer o seu direito adquirido.

179. A aposentadoria em um dos cargos, empregos ou funções constitucionalmente acumuláveis (nos termos dos incisos XVI e XVII do art. 37 da CF/1988), independentemente do regime previdenciário instituidor (seja RGPS ou RPPS), não ocasiona a vacância do cargo acumulado licitamente.

180. A dupla proteção previdenciária, nos sistemas geral e próprio, em razão do exercício de atividade privada, fora do âmbito estatal, concomitante com o serviço público ativo, quando permitida pelo regime estatutário (ante a compatibilidade com o exercício do cargo e com o horário de trabalho), é válida, como prescreve o § 1º do art. 12 da Lei nº 8.213/1991. Assim, não se pode ter a aposentadoria na atividade amparada pelo RGPS como causa de vacância na outra atividade, amparada pelo RPPS.

181. Para as atividades laborais prestadas de forma concomitante, na administração pública e na atividade privada, com contribuições previdenciárias vertidas para o mesmo Regime Geral, corresponde um único tempo de contribuição, de acordo com o Parecer da Consultoria Jurídica do MPS nº 224, de 2007. Deste modo, esse tempo somente poderá ser computado uma única vez, sob pena de afronta ao inciso III do art. 96 da Lei nº 8.213/1991, e poderá implicar a vacância do cargo ocupado pelo servidor, se for utilizado o período de vínculo estatutário não amparado por regime próprio.

182. A Administração Pública está vinculada à imposição constitucional do limite etário de 70 anos para o serviço ativo tão somente em relação aos servidores amparados por Regime Próprio de Previdência Social.

183. Afigura-se-nos legítima a fixação, como prática administrativa proporcional e isonômica, em face da presunção de incapacidade estabelecida no inciso II do § 1º do art. 40 da Carta Magna, o requerimento compulsório de aposentadoria do servidor celetista que contar 70 anos, desde que de forma impessoal e sem distinção de gênero (masculino/feminino); ou seja, em condição menos favorável do que a prevista no art. 51 da Lei nº 8.213/1991 para o empregador.

184. O financiamento dos regimes próprios de previdência social dos Municípios apoia-se nos recursos provenientes dos orçamentos desses entes políticos, bem como das contribuições sociais dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas.

185. A contribuição a cargo dos entes públicos para os respectivos regimes próprios tem natureza eminentemente financeira, e a de seus servidores, natureza tributária, de acordo com a conformação constitucional atual da matéria.

186. Ainda que haja uma distinção entre a natureza jurídica da contribuição do ente público e a dos seus servidores para o regime previdenciário próprio, consideramos de boa técnica definir o legislador uma *vacatio legis* **comum**, isto é, um mesmo intervalo entre a data de publicação da lei que instituir o RPPS e a de sua entrada em vigor, para ambas estas obrigações.

187. Isso porque a Constituição exige a correspondente fonte de custeio total, para a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da Seguridade Social, conforme o art. 195, § 5º, e também a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, de acordo com o art. 40, *caput*.

188. Ademais, a definição da *vacatio legis* deve considerar o equilíbrio das contas públicas e metas fiscais do Município.

À consideração da Senhora Coordenadora de Normatização.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

MÁRIO CABUS MOREIRA

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil
Em exercício na SPPS/MPS

1. Ciente e de Acordo.

À consideração do Senhor Coordenador-Geral.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

MARINA ANDRADE PIRES SOUSA

Coordenadora de Normatização

COORDENAÇÃO-GERAL DE NORMATIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO LEGAL, em 28/08/2013.

1. Ciente e de Acordo.

Ao Senhor Diretor do Departamento.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

NARLON GUTIERRE NOGUEIRA

Coordenador-Geral de Normatização
e Acompanhamento Legal

DEPARTAMENTO DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO, em 28/08/2013.

1. Ciente e de Acordo.

Ao Senhor Secretário de Políticas de Previdência Social.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

OTONI GONÇALVES GUIMARÃES

Diretor do Departamento dos Regimes
de Previdência no Serviço Público

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, em /08/2013.

Aprovo a NOTA TÉCNICA CGNAL/DRPSP/SPPS N° 03/2013, por seus próprios fundamentos.

Providencie-se a divulgação.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

LEONARDO JOSÉ ROLIM GUIMARÃES

Secretário de Políticas de Previdência Social

NOTA TÉCNICA

Nº 04/2012/CGNAL-CGACI/DRPSP/SPPS/MPS

Brasília, 18 de dezembro de 2012.

CONSIDERAÇÕES SOBRE RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS INCIDENTES SOBRE PARCELAS DE CARÁTER TEMPORÁRIO OU INDENIZATÓRIO, RECOLHIDAS AOS RPPS.

Diversos questionamentos têm sido apresentados pelos entes federativos a esta Secretaria de Políticas de Previdência Social acerca da possibilidade de restituição de contribuições previdenciárias incidentes sobre parcelas de caráter temporário ou indenizatório, repassadas aos seus Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS.

2. Para elucidar tais dúvidas, torna-se necessário analisar diversos conceitos relacionados às contribuições devidas aos RPPS, tais como: competência para definição da base de cálculo; distinção entre remuneração do cargo efetivo e remuneração de contribuição; detalhamento das parcelas de incidência da contribuição previdenciária; possibilidade de incorporação de parcelas temporárias na remuneração; natureza jurídica das contribuições devidas pelos segurados e pelo ente federativo; consequências da restituição das contribuições para o equilíbrio financeiro e atuarial.

3. Considerando a competência atribuída à União, por intermédio do Ministério da Previdência Social, para exercer a orientação, supervisão e acompanhamento dos RPPS, nos termos do art. 9º, inciso I da Lei nº 9.717/1998, cada um desses tópicos será analisado a seguir, para ao final serem apresentadas as conclusões sobre o tema de que trata esta Nota Técnica.

I. DA COMPETÊNCIA PARA DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO

4. A base de cálculo é a grandeza econômica sobre a qual se aplica a alíquota para apuração de determinada quantia a pagar, cuja definição depende da edição de lei, em respeito ao princípio da legalidade.

5. No que se refere à contribuição devida aos RPPS, cujo fundamento é o princípio do caráter contributivo e solidário, encontrado no caput do art. 40 da Constituição Federal, a Portaria MPS nº 402/2008 estabelece em seu art. 4º, caput que: “*A lei do ente federativo definirá as parcelas que comporão a base de cálculo da contribuição*”.

6. Portanto, compete ao ente federativo definir em lei própria a base de cálculo da contribuição previdenciária destinada ao seu RPPS, sobre a qual deverão incidir as alíquotas de contribuição. Nesse ponto, torna-se necessário distinguir os conceitos de “remuneração do cargo efetivo” e “remuneração de contribuição” (base de cálculo).

II. DA “REMUNERAÇÃO DO CARGO EFETIVO” E “DA REMUNERAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO”

7. A Constituição Federal, em seu art. 40, § 2º estabelece que:

Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

8. Observa-se desse dispositivo que a “remuneração do cargo efetivo” é o limite ao qual se encontram submetidos os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão. A Portaria MPS nº 402/2008 traz em seu art. 23, § 5º a definição de “remuneração no cargo efetivo”, nos seguintes termos:

Considera-se remuneração do cargo efetivo, o valor constituído pelos vencimentos e pelas vantagens pecuniárias permanentes desse cargo estabelecidas em lei de cada ente federativo, acrescido dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes.

9. Tal definição, coerente com a vedação encontrada na primeira parte do inciso X do art. 1º da Lei nº 9.717/1998 (“*vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão*”), deixa claro que as parcelas de caráter temporário ou transitório não se incorporam à “remuneração do cargo efetivo”, para fins de concessão dos benefícios de aposentadoria ou pensão por morte, pois são pagas pelo desempenho de determinada atividade

ou sob determinada condição, e não pelo exercício do cargo efetivo propriamente dito, deixando de ser devidas quando cessado o fato que as gerou.

10. Já a “remuneração de contribuição”, por sua vez, compreende todas as parcelas da remuneração que compõem a base de cálculo da contribuição previdenciária devida ao RPPS pelos segurados e pelo ente federativo, na forma estabelecida em lei do ente federativo, nos termos do art. 4º, caput da Portaria MPS nº 402/2008, acima referido. Cabe ainda citar o art. 29, caput da Orientação Normativa SPS/MPS nº 02/2009:

Art. 29. A lei do ente federativo definirá as parcelas da remuneração que comporão a base de cálculo da contribuição, podendo prever que a inclusão das parcelas pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança, de cargo em comissão, ou de outras parcelas temporárias de remuneração, será feita mediante opção expressa do servidor, inclusive quando pagas por ente cessionário.

11. Assim, do exposto, pode-se perceber que são diferentes os conceitos e finalidades das expressões “remuneração do cargo efetivo” e “remuneração de contribuição”: enquanto aquela serve como limite para o valor do benefício a ser concedido, esta define a base de cálculo sobre a qual deverá incidir a contribuição para se ter direito ao benefício.

12. Portanto, a “remuneração de contribuição” não equivale, necessariamente, à “remuneração do cargo efetivo”, pois sua finalidade é viabilizar o custeio dos benefícios previdenciários, bem como a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

III. DAS PARCELAS DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

13. Em geral, as leis que instituem os adicionais, as gratificações e outras vantagens especificam as suas características, de maneira a esclarecer se são de caráter temporário ou permanente, e também costumam prever sobre a possibilidade ou não de sua incorporação à remuneração do cargo efetivo.

14. É recomendável que a lei estabeleça uma aproximação entre a “remuneração de contribuição” e a “remuneração do cargo efetivo”, definindo que a contribuição somente incidirá sobre os adicionais, gratificações e vantagens de caráter

permanente, ou seja, aquelas parcelas que possuem relação direta com o cargo público ocupado ou que a lei preveja tal característica.

15. Sobre esse tema, existem julgados, sem efeitos *erga omnes*, nos quais o Supremo Tribunal Federal (RE 389.903-AgR/DF, RE 545.317-AgR/DF, AI 710.361-AgR, AI 712.880-AgR) tem se pronunciado no sentido de que somente devem sofrer a incidência da contribuição previdenciária as parcelas que podem ser incorporadas à remuneração do servidor para fins de aposentadoria. Em decisão proferida na Seção Plenária do dia 07.05.2009 foi reconhecida a existência de repercussão geral dessa questão, suscitada no RE 593.068-8/SC, cujo Relator é o Ministro Joaquim Barbosa, cuja ementa foi assim redigida:

CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REGIME PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. BASE DE CÁLCULO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. GRATIFICAÇÃO NATALINA (DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO). HORAS EXTRAS. OUTROS PAGAMENTOS DE CARÁTER TRANSITÓRIO. LEIS 9.783/1999 E 10.887/2004. CARACTERIZAÇÃO DOS VALORES COMO REMUNERAÇÃO (BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO). ACÓRDÃO QUE CONCLUI PELA PRESENÇA DE PROPÓSITO ATUARIAL NA INCLUSÃO DOS VALORES NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO (SOLIDARIEDADE DO SISTEMA DE CUSTEIO). 1. Recurso extraordinário em que se discute a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre adicionais e gratificações temporárias, tais como ‘terço de férias’, ‘serviços extraordinários’, ‘adicional noturno’, e ‘adicional de insalubridade’. Discussão sobre a caracterização dos valores como remuneração, e, portanto, insertos ou não na base de cálculo do tributo. Alegada impossibilidade de criação de fonte de custeio sem contrapartida de benefício direto ao contribuinte. Alcance do sistema previdenciário solidário e submetido ao equilíbrio atuarial e financeiro (arts. 40, 150, IV e 195, § 5º da Constituição). 2. Encaminhamento da questão pela existência de repercussão geral da matéria constitucional controvertida.

16. Entretanto, conforme abordado anteriormente, a competência para definição da base de cálculo (“remuneração de contribuição”) é do ente federativo. Desse modo, existindo lei que contenha a previsão de incidência de contribuições sobre parcelas que não integram a “remuneração do cargo efetivo”, esta deverá

ser observada e cumprida, enquanto não revogada, salvo em caso de decisão judicial que retire em definitivo a sua validade.

17. A respeito da inclusão das parcelas temporárias na “remuneração do cargo efetivo” e na “remuneração de contribuição”, o art. 43 da Orientação Normativa SPS/MPS nº 02/2009, com fundamento na previsão contida no art. 1º, inciso X da Lei nº 9.717/1998 e em consonância com os §§ 2º ao 4º do art. 23 da Portaria MPS nº 402/2008, estabelece que:

Art. 43. É vedada a inclusão nos benefícios de aposentadoria e pensão, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança, de cargo em comissão, de outras parcelas temporárias de remuneração, ou do abono de permanência de que trata o art. 86.

§ 1º Compreende-se na vedação do caput a previsão de incorporação das parcelas temporárias diretamente nos benefícios ou na remuneração, apenas para efeito de concessão de benefícios, ainda que mediante regras específicas, independentemente de ter havido incidência de contribuição sobre tais parcelas.

§ 2º Não se incluem na vedação prevista no caput, as parcelas que tiverem integrado a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com proventos calculados pela média aritmética, conforme art. 61, respeitando-se, em qualquer hipótese, o limite de remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, ainda que a contribuição seja feita mediante a opção prevista no caput do art. 29.

§ 3º As parcelas remuneratórias decorrentes de local de trabalho que não se caracterizarem como temporárias, sendo inerentes ao cargo, deverão ser explicitadas, em lei, como integrantes da remuneração do servidor no cargo efetivo e da base de cálculo de contribuição.

18. A Portaria MPS nº 402/2008 disciplina a possibilidade de se contribuir sobre parcelas temporárias em seu art. 4º, § 1º, a seguir descrito:

Art. 4º A lei do ente federativo definirá as parcelas que comporão a base de cálculo da contribuição.

§ 1º O ente poderá, por lei, prever que a inclusão das parcelas pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão, será feita mediante opção expressa do servidor, para efeito do cálculo de que

trata o art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004, respeitado, na definição do valor dos proventos, o limite máximo de que trata o § 5º daquele artigo.

19. Desse modo, a incidência de contribuição sobre parcelas de natureza temporária apenas ocorrerá mediante previsão em lei do ente federativo que as inclua, em caráter compulsório ou mediante opção do servidor, na remuneração de contribuição, e somente terá efeito, em relação à concessão de benefícios, no cálculo da média das remunerações, na forma do art. 40, § 3º da Constituição Federal e do art. 1º da Lei nº 10.887/2004, em qualquer caso limitado o valor inicial dos proventos à remuneração do cargo efetivo, que não compreende as parcelas temporárias, nos termos do § 2º do art. 40. Já em relação às aposentadorias não calculadas pela média, mas pela última remuneração do servidor no cargo efetivo, conforme as regras de transição previstas no art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/2003 e no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005, a incidência das contribuições não surtirá nenhum efeito.

IV. DA INCORPORAÇÃO DE PARCELA TEMPORÁRIA NA REMUNERAÇÃO

20. Conforme acima abordado, é expressamente vedada a inclusão diretamente nos benefícios de parcelas pagas em decorrência de local de trabalho, função de confiança, cargo em comissão ou outras de caráter temporário.

21. Porém, não existe impedimento a que tais parcelas sejam incorporadas ao longo da vida laboral do servidor, ainda em atividade, desde que observados os seguintes requisitos: a) exista previsão expressa em lei do ente federativo para tal procedimento; b) o servidor tenha preenchido todos os requisitos legais definidos para a incorporação.

22. Preenchidos esses requisitos, a rubrica incorporada em atividade passa a ser considerada vantagem pessoal de natureza permanente e a integrar o conceito de remuneração do cargo efetivo. Nesse caso, estará necessariamente sujeita à incidência de contribuição previdenciária e será considerada no cálculo para fins de concessão dos benefícios.

23. Com relação à possibilidade de se contribuir voluntariamente sobre parcelas temporárias, na forma do art. 4º, § 1º da Portaria MPS nº 402/2008, com o intuito de se aumentar o valor inicial dos proventos calculados pela média arit-

métrica, é importante novamente salientar que o benefício continuará limitado à última remuneração no cargo efetivo. Caberá, portanto, ao servidor, nessa situação, avaliar se a opção pela contribuição sobre parcelas temporárias lhe será vantajosa, o que ocorrerá quando houver o aumento da média aritmética, sem que essa atinja o valor da última remuneração.

V. DA NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELOS SEGURADOS E PELO ENTE FEDERATIVO

24. O art. 149, § 1º da Constituição Federal, inserido no capítulo que trata do Sistema Tributário Nacional, contém o fundamento para a cobrança da contribuição devida pelos servidores para o custeio dos RPPS, ao atribuir aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência tributária para instituir modalidade de contribuição social, nos seguintes termos:

§ 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.

25. Observa-se que a contribuição devida pelos segurados para o custeio dos RPPS encontra-se inserida entre as contribuições sociais, hoje reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência como espécie do gênero tributos. Sendo assim, está sujeita às normas gerais em matéria de legislação tributária, nos termos do art. 146, inciso III c/c o art. 149, caput e § 1º da Constituição Federal, destacando-se para o tema de que trata esta Nota Técnica os art. 165 a 169 do Código Tributário Nacional - CTN, que tratam da restituição de tributos e estabelecem como condicionantes, dentre outras, que tenha ocorrido pagamento indevido ou maior do que o devido, em face da legislação tributária aplicável, e que se observe o prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

26. Raciocínio diverso se aplica à contribuição devida pelo ente federativo (contribuição “patronal”), que não possui natureza tributária, mas sim financeira, conforme foi abordado na Nota Técnica CGNAL/DRPSP/SPS nº 01/2010, de 03 de setembro de 2010, cujas conclusões são adiante integralmente reproduzidas:

21. Com base em tais considerações, conclui-se que:

a) A contribuição dos entes públicos para os respectivos

- regimes próprios tem natureza jurídica eminentemente financeira, e não tributária, de acordo com a conformação constitucional atual da matéria.
- b) A negativa dessa assertiva estaria amparada unicamente na utilização do vocábulo “contribuição” no texto do art. 40 da Constituição, que prevê esse aporte de recursos por parte dos entes políticos, com vistas a assegurar regime de previdência próprio de caráter contributivo e solidário aos servidores titulares de cargos efetivos.
 - c) Contudo, o Código Tributário Nacional considera irrelevante a denominação para qualificar a natureza específica do tributo (art.4º); além do mais, a tese que invoca o art.40 confere uma interpretação assistemática à matéria em apreço, pois atribui competência tributária fora do Capítulo I do Título VI da Carta Magna (arts.145-162), reservado ao Sistema Tributário Nacional.
 - d) E a Constituição Federal reservou à União competência exclusiva para a instituição de contribuições sociais, ressaltando aos demais entes políticos, unicamente, a instituição de contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art.40, além da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, conforme o §1º do art.149 e o art.149-A, respectivamente.
 - e) Na hipótese em que a gestão do RPPS é atribuída a órgão da administração direta, portanto, sem personalidade jurídica, o Estado seria credor e devedor tributário de si mesmo, o que é desarrazoado, porque uma relação jurídica exige polos, ativo e passivo, ocupados por pessoas jurídicas distintas, a fim de tornar-se possível a bilateralidade.
 - f) Em tese, uma autarquia (pessoa jurídica de direito público) poderia ser titular de crédito tributário, como sujeito ativo de uma obrigação em face do ente político ao qual se vincula. Mas, como ninguém pode transferir a outrem direito de que não seja titular, a ausência de competência tributária dos Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir contribuição social, a ser paga dos próprios cofres, consoante a disciplina constitucional, impede que esses entes exerçam a delegação da função de arrecadar a outra pessoa jurídica, porque nessa hipótese sequer lhes foi conferido o Poder de tributar.
 - g) Ante todo o exposto, em relação à contribuição dos entes para o RPPS, independentemente de a gestão previdenciária estar sob a responsabilidade de fundo ou autarquia,

a natureza jurídica dessa obrigação é, atualmente, de índole financeira, não tributária. Por conseguinte, não é caso de aplicação da súmula vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, pois não se trata de crédito tributário.

27. Portanto, a contribuição devida pelo ente federativo decorre diretamente do princípio do caráter contributivo e solidário, definido no art. 40 da Constituição Federal, e do art. 2º da Lei nº 9.717/1998, não possuindo natureza jurídica de tributo, mas sim de aporte financeiro destinado à manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS. Desse modo, a contribuição do ente encontra-se sujeita a procedimentos contábeis e orçamentários diferenciados em relação à contribuição dos servidores, e a ela não se aplicam as normas gerais definidas na legislação tributária e a anterioridade nonagesimal obrigatória, prevista na art. 195, § 6º da Constituição. Sendo assim, é necessário analisar o cabimento de sua restituição em conjunto com a finalidade a que se destina, ou seja, a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.

VI. DA NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL

28. O art. 1º da Lei nº 9.717/1998 determina que, de modo a garantir o equilíbrio financeiro e atuarial, os RPPS devem estar assentados em normas de contabilidade e atuária, nos seguintes termos:

Art. 1º Os 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 deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

- I - realização de avaliação atuarial inicial e em cada balanço utilizando-se parâmetros gerais, para a organização e revisão do plano de custeio e benefícios;
- II - financiamento mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo e dos pensionistas, para os seus respectivos regimes; [...]

29. No mesmo sentido, o art. 69 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF) prevê que o ente da Federação que mantiver ou vier a instituir RPPS para seus servidores conferir-lhe-á caráter contributivo e o organizará com base em normas de contabilidade e atuária que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial.

30. Ademais, a avaliação atuarial feita pelos RPPS assume força legal depois de publicada a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO de cada ente, pois, de acordo com o disposto no art. 4º, § 2º, inciso IV da LRF, o Anexo de Metas Fiscais, que orienta a elaboração da Lei Orçamentária Anual, conterà a avaliação financeira e atuarial do RPPS.

31. O art. 53, § 1º, inciso II da LRF exige também a inclusão da projeção atuarial dos RPPS no Relatório Resumido de Execução Orçamentária, relativo ao último bimestre do exercício. No art. 50, incisos I e IV dessa Lei, incluído no capítulo que trata da transparência, controle e fiscalização, foi determinado que os entes federativos registrem os recursos previdenciários em contas separadas e em demonstrativos financeiros e orçamentários específicos.

32. Tais dispositivos encontrados na Lei nº 9.717/1998 e na Lei de Responsabilidade Fiscal são decorrência direta da inserção, no caput do art. 40 da Constituição Federal, efetivada pela Emenda Constitucional nº 20/1998, do “Equilíbrio Financeiro e Atuarial” como princípio fundamental e estruturante dos RPPS:

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.

33. Também visando à sustentabilidade dos RPPS dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e ao reforço de sua hígidez, prevê-se a constituição de fundos compostos por ativos de qualquer natureza em adição aos recursos arrecadados sob a forma de contribuição dos tesouros e dos segurados para fazer face aos compromissos previdenciários. A previsão da constituição de fundo com recursos garantidores adicionais, que constou inicialmente no art. 6º da Lei nº 9.717/1998, foi elevada a status constitucional com a edição da Emenda nº 20/1998, que fez acrescentar o art. 249 à Constituição Federal:

Art. 249. Com o objetivo de 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, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos.

34. Os fundos especiais, constituídos na forma do art. 71 da Lei nº 4.320/1964, representam reserva de recursos públicos destinados a um fim específico, como meio de assegurar a consecução de uma finalidade de interesse especial do Estado. O fundo especial permite que tais recursos sejam geridos como parcela autônoma dos demais recursos orçamentários e que uma função estatal seja desenvolvida de forma contínua e segregada. A permissão legal e constitucional de criação de fundos para determinada finalidade é necessária visto que, em regra, os recursos públicos não podem ser afetados para uma determinada finalidade que ultrapasse o exercício financeiro em razão do princípio da anualidade que rege o orçamento público.

35. Embora tenha sentido de autorização, a expressão “poderão constituir fundos”, constante do art. 249, não pode ser interpretada como mera faculdade conferida aos entes. Conforme a situação de desequilíbrio atuarial em que se encontre o RPPS, a criação de fundos representa instrumento necessário ao cumprimento do mandamento de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial estabelecido no caput do art. 40. Em razão do princípio da unidade da Constituição, não se pode interpretar o art. 249 como “faculdade”, sem levar em conta o princípio fundamental e estruturante encontrado no caput do art. 40.

36. O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial encontra-se também conectado a outros princípios que regem a administração pública e as finanças públicas, encontrados nos art. 37 e 70 da Constituição Federal, diante da necessidade de otimização da aplicação dos recursos a serem alocados ao RPPS, vertidos do orçamento do ente federativo e das contribuições arrecadadas dos segurados:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária,

operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

37. Registre-se que os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade devem informar a constituição dos fundos de previdência à luz de sua sustentabilidade. Essa ligação foi reconhecida pelo próprio legislador, ao estabelecer no art. 9º da Lei nº 12.618/2012, que criou a entidade fechada de previdência complementar Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal - FUNPRESP, a seguinte determinação para seus administradores:

Art. 9º A administração das entidades fechadas de previdência complementar referidas no art. 4º desta Lei observará os princípios que regem a administração pública, especialmente os da eficiência e da economicidade, devendo adotar mecanismos de gestão operacional que maximizem a utilização de recursos, de forma a otimizar o atendimento aos participantes e assistidos e diminuir as despesas administrativas.

38. O Ministério da Previdência Social, com fundamento no art. 9º da Lei nº 9.717/1998, editou a Portaria MPS nº 403/2008, na qual são estabelecidos os parâmetros e critérios prudenciais para uniformização dos procedimentos aplicáveis às avaliações e reavaliações atuariais, de modo a operacionalizar a observância do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS de todos os entes federativos.

39. O art. 2º da Portaria MPS nº 403/2008 define de forma desdobrada os elementos que compõem a expressão “equilíbrio financeiro e atuarial”, ressaltando os aspectos de curto e de longo prazo que devem ser simultaneamente observados:

Art. 2º Para os efeitos desta Portaria considera-se:
I - Equilíbrio Financeiro: garantia de equivalência entre as receitas auferidas e as obrigações do RPPS em cada exercício financeiro;
II - Equilíbrio Atuarial: garantia de equivalência, a valor presente, entre o fluxo das receitas estimadas e das obrigações projetadas, apuradas atuarialmente, a longo prazo;

40. Pode-se extrair das definições retrocitadas que, de forma simplificada, o que for arrecadado deve ser suficiente para o pagamento dos benefícios ofere-

cidos pelo RPPS, quer no curto ou no longo prazo. Busca-se estabelecer o valor justo, de forma que se arrecade o suficiente para o pagamento dos compromissos do plano de benefícios e as despesas administrativas de responsabilidade da unidade gestora.

41. Em outras palavras, o controle sobre o critério do equilíbrio financeiro e atuarial visa aferir dois aspectos que dizem respeito à autossustentabilidade do regime previdenciário: a viabilidade financeira, relativamente às disponibilidades do fundo para fazer frente às despesas atuais e aplicação das reservas, e a adequação atuarial, mediante a projeção de receitas e despesas para a verificação da necessidade de cobertura dos compromissos futuros, salientando a possibilidade, acima mencionada, de constituição de fundos com recursos, bens e outros ativos, na forma do art. 249 da Constituição.

42. O equilíbrio financeiro e atuarial é alcançado quando as contribuições do ente federativo e dos segurados, definidas no plano de custeio, somadas a outros ativos com finalidade previdenciária que sejam vinculados ao sistema, proporcionam recursos suficientes para custear os benefícios futuros, que levam em consideração uma série de hipóteses atuariais, incidentes sobre a população de segurados e seus correspondentes direitos previdenciários. Caso contrário, o sistema apresentar-se-á desequilibrado, sendo necessária a adoção de medidas para revisão do plano de custeio ou para equacionamento do déficit atuarial apontado.

VII. DO CABIMENTO E DOS PROCEDIMENTOS A SEREM OBSERVADOS PARA A RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS RECOLHIDAS AOS RPPS

43. O art. 1º, inciso III da Lei nº 9.717/1998 estabelece a destinação admitida para a utilização dos recursos vinculados aos fundos previdenciários dos RPPS:

III - as contribuições e os recursos vinculados ao Fundo Previdenciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e as contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo, e dos pensionistas, somente poderão ser utilizadas para pagamento de benefícios previdenciários dos respectivos regimes, ressalvadas as despesas administrativas estabelecidas no art.6º, inciso VIII, desta Lei, observado os limites de gastos estabelecidos em parâmetros gerais;

44. Por outro lado, há que se admitir a possibilidade de restituição de contribuições que tenham sido indevidamente repassadas aos fundos previdenciários, desde que atendidos os pressupostos que resultem em hipóteses de restituição permitidas, tomando por base os conceitos desenvolvidos ao longo desta Nota Técnica.

45. O primeiro aspecto a ser considerado na análise de pedido de restituição das contribuições repassadas ao RPPS, a ser formalizado em procedimento administrativo, cuja decisão é de responsabilidade da unidade gestora, pois a esta compete arrecadar e gerir os recursos e fundos previdenciários, diz respeito à base de cálculo definida na lei do ente federativo. Para todas as parcelas legalmente incluídas na “remuneração de contribuição”, ainda que não integrantes da “remuneração do cargo efetivo”, é devida a contribuição, não sendo cabível a restituição, seja aos segurados ou ao ente.

46. Não cabe igualmente a restituição quando a contribuição sobre parcelas temporárias se der por opção do servidor, autorizada pela lei do ente federativo, mesmo que essa contribuição não venha a posteriormente manifestar-se vantajosa no cálculo de seus benefícios. Também não cabe a restituição sobre as contribuições que incidam sobre parcelas para as quais exista lei que autorize a sua incorporação ao longo da vida laboral do servidor, em atividade, pois estas serão consideradas no cálculo para fins de concessão dos benefícios, com reflexos no resultado atuarial.

47. Porém, quando a contribuição sobre parcelas temporárias ou indenizatórias se der em desacordo com a lei do ente, ou seja, quando a lei não incluir tais parcelas na remuneração de contribuição, será cabível a restituição das contribuições indevidamente descontadas dos segurados. Nesse caso, deverão ser observadas as normas gerais relativas à restituição de tributos, definidas nos art. 165 a 169 do Código Tributário Nacional, e a devolução dos valores deverá ser efetuada aos interessados.

48. Finalmente, necessário verificar se é cabível a restituição das contribuições pagas pelo ente federativo, quando estas se derem em desacordo com a remuneração de contribuição definida em lei. Neste caso, a situação é mais complexa, pois não se resolve pela simples aplicação das normas tributárias, uma vez que a contribuição do ente não se sujeita a elas, por expressar aportes financeiros que têm por objetivo a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS. Sendo o equilíbrio financeiro e atuarial princípio fundamental e estruturante de organização dos RPPS, constitucionalmente explicitado, ao lado do caráter contributivo e solidário, desde a Emenda nº 20/1998, a cuja concretização se destinam as con-

tribuições repassadas pelo ente, afigura-se incompatível a aprovação de procedimento de restituição que venha a resultar em desequilíbrio para o RPPS.

49. Tal é a situação que ocorreria em relação aos RPPS que, possuindo déficit atuarial ainda não equacionado ou cujo equacionamento ocorrerá de forma gradual ao longo de vários anos, decidissem pela imediata retirada de um determinado montante dos recursos já acumulados no fundo previdenciário, a pretexto de restituir contribuições repassadas pelo ente em períodos passados. Considerando que a origem desse déficit atuarial no passado, em regra, é imputada ao ente federativo, em decorrência do não repasse de contribuições ou de seu repasse em valores insuficientes, não é razoável admitir a retirada de recursos do RPPS, deixando um compromisso ainda maior a ser saldado pelas administrações futuras. Portanto, não se pode aceitar a utilização de recursos previdenciários para a restituição de contribuições do ente, quando esta seja contrária à construção e preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, seja ela efetuada por meio de devolução imediata, parcelada ou por compensação com o pagamento das contribuições futuras.

50. A restituição de contribuições repassadas pelo ente federativo ao RPPS somente será admissível se forem simultaneamente observadas duas condições: a) terem elas incidido sobre parcelas não incluídas por lei na remuneração de contribuição; b) apresentar o RPPS situação de superávit atuarial, suficiente a autorizar a revisão do plano de custeio, na forma do art. 25 da Portaria MPS nº 403/2008. Atendidas tais condições, a unidade gestora poderá restituir os valores ao ente.

VIII. CONCLUSÕES

51. Diante de todo o exposto, pode-se concluir que:

- a) As parcelas que compõem a base de cálculo das contribuições devidas ao RPPS são definidas em lei do ente federativo.
- b) Os conceitos e finalidades das expressões “remuneração do cargo efetivo” e “remuneração de contribuição” são diversos.
- c) A remuneração do cargo efetivo é o valor constituído pelos vencimentos e pelas vantagens pecuniárias permanentes do cargo, estabelecidos em lei de cada ente, acrescidos dos adicionais de caráter individual e das vantagens pessoais permanentes.

- d) A remuneração de contribuição compreende todas as parcelas da remuneração do servidor que componham a base de cálculo da contribuição previdenciária, na forma estabelecida em lei do ente federativo.
- e) A remuneração de contribuição não guarda relação direta com a remuneração do cargo efetivo, pois sua finalidade é viabilizar o custeio dos benefícios previdenciários, bem como a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.
- f) É recomendável que se estabeleça em lei uma aproximação entre a remuneração de contribuição e a remuneração do cargo efetivo, porém, existindo lei que contenha a previsão de incidência de contribuições sobre parcelas que não integram a remuneração do cargo efetivo, esta deverá ser observada e cumprida, enquanto não revogada, salvo em caso de decisão judicial que retire em definitivo a sua validade.
- g) A incidência de contribuição do servidor sobre parcelas de natureza temporária apenas ocorrerá mediante previsão em lei do ente federativo que as inclua, em caráter compulsório ou mediante opção por ele formalizada, na remuneração de contribuição, e somente terá efeito, em relação à concessão dos benefícios, no cálculo da média das remunerações, em qualquer caso limitado o valor inicial dos proventos à remuneração do cargo efetivo.
- h) As parcelas pagas em decorrência de local de trabalho, função de confiança, cargo em comissão ou outras de caráter temporário, incorporadas em atividade mediante previsão expressa na lei do ente federativo, passam a integrar a remuneração do cargo efetivo, para fins de cálculo dos benefícios, e a remuneração de contribuição, sujeitando-se à incidência de contribuição previdenciária.
- i) A contribuição devida pelos segurados para o custeio dos RPPS sujeita-se às normas gerais em matéria de legislação tributária, inclusive aquelas que tratam da restituição por pagamento indevido.
- j) A contribuição devida pelo ente federativo para o custeio dos RPPS decorre diretamente do princípio do caráter contributivo e solidário, definido no art. 40 da Constituição Federal, e do art. 2º da Lei nº 9.717/1998, não possuindo natureza jurídica de tributo, mas sim de aporte financeiro destinado à manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS.

- k) O equilíbrio financeiro e atuarial é princípio fundamental e estruturante consagrado no art. 40 da Constituição Federal, na Lei nº 9.717/1998 e na Lei de Responsabilidade Fiscal e deve ser considerado na elaboração, interpretação e aplicação de toda a legislação relacionada aos RPPS.
- l) A constituição dos fundos previdenciários previstos no art. 249 da Constituição Federal não pode ser interpretada como mera faculdade atribuída aos entes federativos, mas como instrumento necessário à sustentabilidade dos RPPS, devendo tais fundos ser orientados pelos princípios constitucionais do equilíbrio financeiro e atuarial, da eficiência e da economicidade.
- m) Os recursos vinculados aos fundos previdenciários dos RPPS somente poderão ser utilizados para o pagamento de seus benefícios previdenciários e de suas despesas administrativas cobertas pelos limites de gastos estabelecidos, admitida a restituição de contribuições que tenham sido indevidamente repassadas ao RPPS, desde que observados os princípios estabelecidos em suas normas gerais de organização e funcionamento, conforme pressupostos e hipóteses abordados nesta Nota Técnica.
- n) Os pedidos de restituição de contribuições previdenciárias repassadas ao RPPS devem ser analisados por meio de procedimento administrativo devidamente formalizado, cuja decisão compete à sua unidade gestora.
- o) Não é cabível a restituição de contribuições, seja aos segurados ou ao ente federativo, que tenham incidido sobre parcelas legalmente incluídas na remuneração de contribuição, ainda que não integrantes da remuneração do cargo efetivo.
- p) Não é cabível a restituição de contribuições cuja incidência sobre parcelas temporárias se deu por opção do servidor, autorizada pela lei do ente federativo.
- q) Não é cabível a restituição de contribuições que incidam sobre parcelas para as quais exista lei que autorize a sua incorporação ao longo da vida laboral do servidor, em atividade.
- r) É cabível a restituição de contribuições descontadas dos segurados em desacordo com a remuneração de contribuição definida na lei do

ente federativo, devendo ser observadas as normas gerais definidas no Código Tributário Nacional e a devolução dos valores aos interessados.

- s) Não é admitida a utilização de recursos previdenciários para a restituição de contribuições repassadas pelo ente federativo, quando esta seja contrária à preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, seja ela efetuada por meio de devolução imediata, parcelada ou por compensação com o pagamento das contribuições futuras.
- t) A restituição de contribuições repassadas pelo ente federativo somente será admitida quando, além de terem elas incidido sobre parcelas não incluídas por lei na remuneração de contribuição, apresentar o RPPS situação de superávit atuarial, suficiente a autorizar a revisão do plano de custeio, na forma do art. 25 da Portaria MPS nº 403/2008.

52. É o resultado da análise da matéria.

COORDENAÇÃO-GERAL DE NORMATIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO LEGAL e COORDENAÇÃO-GERAL DE AUDITORIA, ATUÁRIA, CONTABILIDADE E INVESTIMENTOS, em 18/12/2012.

À consideração do Senhor Diretor do Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

NARLON GUTIERRE NOGUEIRA

Coordenador-Geral de Normatização
e Acompanhamento Legal

ALEX ALBERT RODRIGUES

Coordenador-Geral de Auditoria,
Atuária, Contabilidade e Investimentos

DEPARTAMENTO DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO, em 19/12/2012.

1. Ciente e de acordo.
2. Ao Senhor Secretário de Políticas de Previdência Social.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

OTONI GONÇALVES GUIMARÃES

Diretor do Departamento dos Regimes
de Previdência no Serviço Público

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, em 19/12/2012.

1. Ciente e de acordo.
2. Providencie-se a divulgação.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

LEONARDO JOSÉ ROLIM GUIMARÃES

Secretário de Políticas de Previdência Social

NOTA TÉCNICA

Nº 02/2012/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS

Brasília, 07 de maio de 2012.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 70, DE 29 DE MARÇO DE 2012.

Diversos questionamentos têm sido apresentados pelos entes federados a esta Secretaria acerca da aplicação da Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012, que estabelece critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até 31/12/2003, data da publicação da Emenda Constitucional nº 41.

2. As dúvidas referem-se a quais benefícios foram abrangidos pelos preceitos estabelecidos pelo constituinte derivado, em que amplitude ocorreram as modificações, as regras aplicáveis para recálculo e as providências a serem adotadas com vistas a lhes dar cumprimento, inclusive nos casos em que houver redução dos valores dos benefícios.

3. A Emenda nº 70, cuja proposta tramitou no Senado Federal com o nº 5, de 2012, originou-se da Proposta de Emenda Constitucional nº 270, de 2008, da Câmara dos Deputados. Seu texto foi promulgado em 29/03/2012 e publicado no Diário Oficial da União em 30/03/2012 com os seguintes termos:

Art. 1º A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003 passa a vigorar acrescida do seguinte art. 6º-A:

“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.”

Art. 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, assim como as respectivas autarquias e fundações, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da entrada em vigor desta Emenda Constitucional, procederão, 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.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

4. A princípio, observa-se que foi inserido o art. 6º-A na Emenda nº 41, de 2003, estabelecendo regra de transição para a aposentadoria por invalidez do servidor, amparado por regime próprio de previdência social, que tenha ingressado no serviço público até a data da publicação da mesma Emenda, ou seja, 31/12/2003. Textualmente, assegurou-se, ao servidor 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, que seus proventos sejam calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria.**

5. No artigo 6º-A, foi expressamente afastada a aplicação, aos benefícios a que se refere, do disposto nos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal. Esses dispositivos tratam do cálculo dos proventos pela média das contribuições e do seu reajustamento para garantir-lhes o valor real. Determinou-se, no parágrafo único do art. 6º-A, a aplicação, ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no caput, a paridade com a remuneração dos servidores ativos nos termos do art. 7º da mesma Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores.

6. Um dos questionamentos mais frequentes dos entes federados a esta Secretaria, realizados com amparo na competência prevista no art. 9º, I da Lei nº 9.717/98, se refere à alteração na forma de cálculo dos benefícios determinada pela Emenda nº 70. As principais dúvidas giram em torno do conceito de integridade e se foi mantida a diferenciação entre os proventos por invalidez integrais e proporcionais, conforme previsto no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal.

7. Para análise dessa questão, será necessário examinar as últimas mudanças das regras constitucionais aplicáveis na concessão dos benefícios previdenciários concedidos aos servidores titulares de cargo efetivo.

I. DA FORMA DE CÁLCULO E REAJUSTAMENTO DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS AOS SERVIDORES

8. No art. 40, I, da Constituição Federal, na redação original, estava prevista a concessão de aposentadoria por invalidez com “*proventos integrais, quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos*”¹. Com a edição da Emenda nº 20/98, os requisitos e regras para concessão, a forma de cálculo e de revisão da aposentadoria por invalidez, constantes do art. 40, foram estipulados da seguinte forma:

Art. 40. [...]

§1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998)

[...]

§ 2º Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998)

§ 3º Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998)

[...]

¹ Art. 40. O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

§ 8º Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998)

9. Na redação da EC nº 20/98, de acordo com o § 3º do art. 40, os proventos de aposentadoria deveriam ser calculados **com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que ocorresse a aposentadoria**. Significa que, antes da alteração promovida pela EC nº 41/2003 no art. 40, nas espécies de aposentadoria para a qual o texto constitucional previsse a concessão de proventos integrais (voluntária por tempo e contribuição e invalidez conforme o caso), o valor dos proventos corresponderia à última remuneração do servidor no cargo efetivo. Para as situações de aposentadoria com proventos proporcionais (por idade, compulsória e invalidez em geral), a proporcionalidade seria calculada sobre essa remuneração.

10. Ademais, a revisão dos proventos se daria na mesma proporção e na mesma data em que se modificasse a remuneração dos servidores ativos, ou seja, se aplicava a paridade de valor entre benefícios e remuneração.

11. A Emenda nº 41 alterou a redação do § 1º do art. 40, determinando que, no cálculo dos benefícios, inclusive os decorrentes da invalidez, se aplicasse o disposto nos §§ 3º e 17 do mesmo artigo². Em consequência, no cálculo de todas as

² Art. 40. [...]

§ 1º *Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

[...]

§ 2º *Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998)

§ 3º *Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

[...]

§ 8º *É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

aposentadorias das regras gerais previstas no art. 40 da Constituição, passou a se considerar as remunerações que serviram de base para a contribuição do servidor aos regimes de previdência a que o servidor esteve vinculado.

12. A revisão pela paridade foi substituída pela garantia de reajustamento dos benefícios para preservar-lhes o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei. A disciplina dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição foi feita pelos arts. 1º e 15 da Lei nº 10.887, de 18/06/04, oriunda da conversão da Medida Provisória nº 167, de 19/02/04³.

13. Quanto à distinção entre as hipóteses de benefícios por invalidez que geram proventos integrais e proporcionais, não houve diferença fundamental no teor do art. 40, I (redação original), e 40, § 1º, I da Constituição (na redação das Emendas nº 20/1998 e 41/2003). Segundo essas regras, as aposentadorias por invalidez decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou por doença grave, contagiosa ou incurável são integrais, independentemente do tempo de contribuição. Nas demais situações de incapacidade, os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição.

14. Cabe ressaltar que os proventos integrais, quando garantidos pela regra geral vigente, serão calculados pela média das contribuições, ficando limitados à remuneração do servidor no cargo efetivo. Em consequência, mesmo quando integrais, os proventos não necessariamente corresponderão à última remuneração do servidor. A proporcionalidade, para os benefícios que a prevêm, será calculada sobre o valor que seria o provento integral.

15. Portanto, nos casos de invalidez decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou por doença grave, contagiosa ou incurável, os proventos, conforme §§ 2º e 3º do art. 40 da Constituição, são, atualmente, calculados pela média das contribuições, limitados à remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria. Nesses casos, os proventos da aposentadoria por invalidez são ditos integrais por corresponderem a 100% do valor da média, com limite na última remuneração do servidor no cargo.

[...]

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

³ Na ADIN 4582, o STF concedeu liminar para restringir a aplicabilidade do preceito contido no artigo 15 da Lei nº 10.887/2004, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008, aos servidores ativos e inativos bem como aos pensionistas da União. Portanto, cada ente federado deverá disciplinar, em lei local, o reajustamento previsto no § 8º do art. 40 da Constituição (na redação da EC 41/2003), para seus servidores.

16. Pode-se dizer que a reforma previdenciária promovida pela edição da Emenda Constitucional nº 41/2003 **afastou a integralidade da remuneração no cargo efetivo como base de cálculo dos proventos de aposentadoria das regras permanentes do art. 40 da Constituição Federal**. Além disso, a paridade, ou seja, o repasse automático dos aumentos concedidos aos servidores ativos deixou de ser o parâmetro de reajustamento das aposentadorias e pensões previstas no mesmo artigo.

17. Todavia, a EC nº 41 assegurou a aplicação da legislação que vigia antes de sua publicação, em 31/12/2003, aos que tenham cumprido todos os requisitos para a aposentação até essa data. Além disso, a integralidade da remuneração e a paridade também foram garantidas aos abrangidos pelas **regras de transição dos arts 6º da EC nº 41⁴ e 3º da EC nº 47/2005**, se preenchidos os requisitos estabelecidos nestes artigos. O caput do art. 6º prevê, taxativamente, que **os proventos integrais corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria**. Ou seja, nessa regra de transição voluntária, os proventos corresponderão ao valor integral da remuneração do servidor no cargo efetivo, não se aplicando qualquer proporcionalidade e não se observando a variação de suas contribuições aos regimes de previdência no decorrer do tempo.

II. AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 70/2012

18. A EC nº 70, de 2012, cuja abrangência é o objeto desta análise, instituiu mais uma regra de transição no art. 6º-A da EC 41/2003. Segundo seus termos, os servidores que ingressaram no cargo até 31/12/2003, e que possuíam ou possuem a expectativa de se aposentar voluntariamente com proventos **correspondentes à remuneração do cargo efetivo** (conforme previsto no art. 6º da mesma Emenda ou mesmo no art. 3º da EC nº 47/2005), se acometido de enfermidade ou evento

⁴ Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, 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 poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Parágrafo único. REVOGADO pela Emenda Constitucional nº 47, de 05/07/2005.

que os incapacite para o exercício do cargo, terá seus proventos de aposentadoria por invalidez, **calculados com base nessa remuneração.**

19. Afastou-se, expressamente, a aplicação da média no cálculo do benefício, regra hoje vigente do § 3º do art. 40 da Constituição, na redação da EC nº 41/2003, para os benefícios de aposentadoria por invalidez do servidor amparado por regime próprio, que ingressou no cargo até 31/12/2003. **Na ocorrência de invalidez de servidor integrante desse grupo, será aplicada a redação do § 3º do art. 40 da Constituição vigente na redação da Emenda nº 20/98, transcrito no item 8 desta Nota, que determina o cálculo do benefício com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria.**

20. Ressalte-se que, embora o caput do art. 6º-A da EC nº 70/2012 tenha se referido à disciplina por meio de lei, entende-se que a lei a que se refere é aquela que trata da remuneração do cargo efetivo. **Não se observa a necessidade de lei para disciplinar uma regra que foi amplamente aplicada de dezembro de 1998 a dezembro de 2003 e que ainda vige no cálculo dos proventos conforme arts. 6º da EC nº 41/2003 e 3º da EC nº 47/2003.**

21. Não obstante ter-se promovido a mudança na base de cálculo do benefício, **não foi alterado o comando constante do inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal (vigente tanto na redação da EC nº 20/98, quanto na da EC nº 41/2003), que prevê a concessão de proventos de invalidez proporcionais ao tempo de contribuição, exceto quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável.** Ao contrário, o art. 6º-A inserido na EC nº 41/2003, se destina diretamente ao servidor que **tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento nesse inciso.** Nenhuma alteração foi feita nesse dispositivo pela Emenda nº 70/2012.

22. Demais disso, como será abordado mais adiante, o art. 2º da EC nº 70/2012 determina expressamente o recálculo dos benefícios com base na redação dada ao § 1º do art. 40 da Constituição pela EC nº 20/1998. Essa previsão reforça o entendimento de que a proporcionalidade continua a ser aplicada nas hipóteses em que não couber a concessão de proventos integrais por invalidez, mesmo que na regra de transição estabelecida pela EC nº 70/2012.

23. Para esclarecer melhor esse ponto, deve ser abordada **a diferença conceitual e prática entre concessão de proventos integrais e a integralidade dos proventos em relação à remuneração.** A regra dos **proventos integrais** significa que estes corresponderão a 100% da base de cálculo da aposentadoria.

Conforme esclarecido no tópico anterior, a base de cálculo dos proventos antes da Emenda 41/2003, correspondia à remuneração do servidor no cargo efetivo. Depois dessa Emenda, a base de cálculo passou a ser calculada pela média das contribuições com limite máximo na remuneração do servidor no cargo efetivo. Por outro lado, os proventos proporcionais, são concedidos com percentual inferior a 100%, em razão de o segurado não ter cumprido todo o tempo previsto para a inativação. São exemplos de proventos proporcionais ao tempo de contribuição a aposentadoria por idade, a compulsória e a aposentadoria por invalidez que não seja decorrente das situações especificadas no art. 40, § 1º, I da Constituição Federal.

24. Deduz-se que **as reformas previdenciárias advindas com as Emendas nº 20, nº 41 e nº 47 não excluíram o direito aos proventos integrais dos servidores nas hipóteses de aposentadoria voluntária por tempo de contribuição e por invalidez conforme nas hipóteses definidas no art. 40**, porque não prescreveram a proporcionalidade ou a redução dos proventos da aposentadoria como regra geral permanente. No entanto, apesar de não ter alterado o direito aos proventos integrais, a EC nº 41/2003 afastou a integralidade dos proventos em relação à remuneração, quando **modificou a apuração da base de cálculo dos proventos, substituindo a remuneração do cargo efetivo pela média das maiores remunerações de contribuição** (nos termos da MP nº 167, de 19/02/2004, convertida na Lei nº 10.887, de 18/06/2004).

25. Em suma, a integralidade dos proventos em relação à remuneração não se confunde com proventos integrais, como bem esclarecem os Procuradores Federais Eduardo R. Dias e José L. M. de Macêdo, na obra *Nova Previdência Social do Servidor Público* (2ª Edição. São Paulo: Método, 2007. p. 119. nota 11):

Não confundir proventos integrais com integralidade da base de cálculo dos proventos. O valor da aposentadoria é encontrado aplicando-se um percentual sobre uma base de cálculo. Essa base de cálculo, com a Emenda Constitucional 41/2003, deixou de ser a remuneração integral do cargo efetivo. Quando o percentual incidente sobre a base de cálculo (seja a remuneração integral ou não) for igual a 100%, afirma-se que os proventos da aposentadoria serão integrais. Quando o percentual for inferior a 100%, tem-se a aposentadoria com proventos proporcionais. A Emenda Constitucional 41/2003, desse modo, extinguiu a integralidade (remuneração integral do cargo efetivo) da base de cálculo da aposentadoria, mas não os proventos integrais (permanece a existência de aposentadoria com proventos integrais, ou seja, com a aplicação

do percentual de 100% sobre a base de cálculo da aposentadoria).

26. Conclui-se que a diferença fundamental entre a regra geral vigente no art. 40 e a de transição estatuída no art. 6º-A da EC nº 41/2003 reside na base de cálculo dos proventos integrais e dos proporcionais, conforme a data de ingresso do servidor. Isso porque o constituinte entendeu que o servidor que tivesse a expectativa de se aposentar voluntariamente com proventos calculados com base na remuneração do cargo (art. 6º da EC nº 41/2003) e de que esses proventos fossem reajustados pela paridade, teria essa expectativa frustrada caso se invalidasse antes de completados os requisitos exigidos. Não se discutiu e não se alterou a diferenciação entre as doenças que motivam a concessão de proventos integrais e proporcionais.

27. Além disso, o parágrafo único do art. 6º-A da Emenda nº 70/2012 determinou a aplicação da regra de revisão prevista no art. 7º da Emenda nº 41/2003 aos benefícios de aposentadoria por invalidez concedidos aos servidores que tiverem ingressado até 31/12/2003⁵. Segundo o disposto nesse artigo é garantida a paridade, com a remuneração dos servidores ativos, aos benefícios já concedidos ou para os quais já se havia adquirido o direito até sua publicação: 31/12/2003. Também são reajustados pela paridade os benefícios de aposentadoria concedidos nos moldes das regras de transição previstas no art. 6º da Emenda nº 41/2003 e 3º da Emenda nº 47/2005, mesmos benefícios aos quais foi garantida a integralidade da remuneração do servidor no cargo efetivo.

28. Logo, em razão da EC nº 70/2012, às aposentadorias por invalidez, que voltaram a ser calculadas com base na remuneração do cargo efetivo, também se aplica a paridade com a remuneração do servidor ativo, conforme art. 7º da EC nº 41/2003.

29. A diferença na previsão do parágrafo único do art. 6º-A da Emenda nº 70/2012 está na determinação de que seja aplicada **a revisão pela paridade também às pensões derivadas dos proventos desses servidores**. Essa hipóte-

⁵ Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como **os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda**, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

se, assim como a revisão das pensões decorrentes de aposentadorias calculadas conforme o art. 3º da Emenda nº 47/2005, representa mais uma exceção à regra de reajustamento de pensões.

30. Conseqüentemente, se o benefício da aposentadoria por invalidez foi concedido de acordo com a regra do art. 6º-A da Emenda Constitucional nº 70/2012 (assim como pelo art. 3º da EC nº 47/2005), a pensão decorrente desse benefício, em razão de óbito do inativo, também terá assegurada a paridade com a remuneração dos ativos, sendo afastada a aplicação do disposto no § 8º do art. 40 da Constituição.

31. Cabe lembrar que o direito à pensão somente se caracteriza, para o dependente, com o falecimento do segurado ativo ou aposentado e desde que reunidas as condições de dependência na data do óbito. Portanto, caso não houvesse a ressalva literal, inserida ao final do parágrafo único do art. 6º-A da Emenda nº 70/2012, as pensões seriam revistas conforme a regra geral vigente no § 8º do art. 40 da Constituição, ou seja, o reajustamento anual para preservar-lhes o valor real.

III. DO RECÁLCULO DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS A PARTIR DE 01/01/2004

32. Ainda faltam ser examinadas outras questões que se tem apresentado acerca do recálculo das aposentadorias por invalidez, conforme determina o art. 2º da EC nº 70/2012. Nesse artigo, foi estipulado o prazo de 180 dias para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios procedam 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.**

III.1 O recálculo dos proventos de aposentadoria

33. A revisão dos proventos deverá obedecer à regra estabelecida no art. 6º-A da Emenda nº 70/2012, que concede o direito ao servidor, que tenha ingressado no serviço público **até a data de 31/12/2003** 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, a ter seus proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

34. Portanto, a regra se aplica a todos os proventos de invalidez concedidos a partir de 01/01/2004 ou a conceder a esse grupo de servidores, devendo ser afastado de seu cálculo o disposto nos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal, que representa aplicar exatamente o disposto na EC nº 20/98. A previsão de aplicação da regra contida no § 1º do art. 40 da Constituição na redação da Emenda Constitucional nº 20 foi inserida expressamente ao final do art. 2º da EC nº 70/2012.

35. Conforme demonstrado anteriormente, tais proventos devem ser recalculados **com base na remuneração do servidor no cargo efetivo**. Quando integrais, passarão a representar 100% dessa remuneração. Se proporcionais, corresponderão a um percentual menor desse valor, conforme o tempo de contribuição do servidor.

36. Por conseguinte, os entes federados deverão refazer o cálculo dos proventos alcançados pela Emenda, ignorando o cômputo da média das remunerações, empregando, como base do cálculo, a remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, na data de sua concessão. Deverá ser aplicada, se for o caso, a proporcionalidade do tempo de contribuição sobre essa remuneração para encontrar o valor inicial do provento.

37. Em seguida, deverão revisar os proventos pela paridade com os reajustes, vantagens e eventuais reclassificações concedidas à remuneração dos ativos no cargo correspondente, ocorridas entre a data da concessão do benefício e a do recálculo, para encontrar o valor do benefício a ser pago a partir de então. **Segundo consta no art. 2º da EC nº 70/2012, os efeitos financeiros somente deverão ser aplicados a partir da data de sua promulgação que se deu em 29/03/2012.**

III.2 O recálculo das pensões decorrentes das aposentadorias por invalidez

38. Outra indagação se refere ao recálculo do valor inicial do provento no caso de ter havido o falecimento do aposentado por invalidez antes da edição da EC nº 70/2012, gerando a concessão de pensão aos dependentes.

39. Embora o caput do art. 6º-A da EC nº 41/2003 não se refira expressamente às pensões, cabe ser lembrado que seu texto contém previsão que determina taxativamente a aplicação de nova regra de cálculo aos proventos de aposentadoria por invalidez de um grupo específico de beneficiários. Fazem parte desse grupo também os servidores que ingressaram até 31/12/2003, incapacitados permanentemente depois dessa data, e que faleceram antes da promulgação da EC nº 70/2012.

40. Ademais, o novo comando constitui uma hipótese de regra de transição, inserida na Emenda nº 41/2003, aplicável compulsoriamente aos beneficiários que indica, e que deve ser cumprido como se vigente fosse desde a edição dessa Emenda. Consequentemente, os proventos correspondentes, embora transformados em pensão, também devem ser recalculados com base na remuneração do servidor e revisados pela paridade até a data do óbito, a partir de quando se recalculará o valor da pensão.

41. O valor inicial da pensão deve ser obtido com base no benefício de aposentadoria, recalculado e revisto até a data do falecimento, em obediência aos ditames do art. 40, § 7º, I da Constituição (na redação da Emenda nº 41/2003) disciplinado pelo art. 2º, I da Medida Provisória nº 167, de 19/02/2003, convertida na Lei nº 10.887/2004. Confira-se o texto:

Art. 2º Aos dependentes dos servidores titulares de cargo efetivo e dos aposentados de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, falecidos a partir da data de publicação desta Lei, será concedido o benefício de pensão por morte, que será igual:

I - à totalidade dos proventos percebidos pelo aposentado na data anterior à do óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescida de 70% (setenta por cento) da parcela excedente a este limite;

II - à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo na data anterior à do óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescida de 70% (setenta por cento) da parcela excedente a este limite, se o falecimento ocorrer quando o servidor ainda estiver em atividade. (grifamos)

42. Independentemente de qual dispositivo fundamentou a concessão de aposentadoria, ou em qual regra teria ao servidor direito ou expectativa de direito a se aposentar será aplicado o disposto no art. 2º da Lei nº 10.887/2004, que define a fórmula de cálculo da pensão decorrente de todos os falecimentos de servidores ocorridos a partir de 20/02/2004, data de publicação da MP nº 167.

43. Nessa regra, foi prevista a aplicação de redutor no valor das pensões, no percentual de 30% (trinta por cento) sobre o valor dos proventos percebidos pelo aposentado, aplicado sobre a parcela recebida em montante superior ao teto dos benefícios do RGPS.

44. Portanto, para se rever o valor da pensão, deve ser recalculado o provento do aposentado, observando-se que, na aplicação das alterações determinadas pela Emenda Constitucional nº 70/2012 não se afasta a regra de cálculo da pensão, estatuída no art. 2º da Lei nº 10.887/2004, que disciplina o § 7º do art. 40 da Constituição. Nenhuma alteração, mesmo que transitória, foi determinada no teor deste dispositivo constitucional que se aplica a todos os cálculos de pensões decorridas dos falecimentos havidos depois de seu disciplinamento em 20/02/2004.

45. A pensão, decorrente de aposentadoria por invalidez revista na forma da EC nº 70, depois de recalculada, também será reajustada desde a sua concessão, com a aplicação da paridade, por expressa determinação contida no parágrafo único do art. 6º-A da EC nº 41/2003⁶.

III.3 A possibilidade de redução dos benefícios

46. Cabe ser lembrado que é possível ocorrer casos de revisão (possibilidade já noticiada a esta Secretaria por alguns entes federados) que resulte na redução no valor nominal dos benefícios em razão da diferença das regras de reajustamento da remuneração dos ativos (que define a revisão pela paridade) em comparação com o reajustamento anual dos benefícios para manter o valor real, previsto na redação atual do art. 40, § 8º da Constituição.

47. Portanto, se no período correspondente à revisão, a remuneração do cargo efetivo que gerou a aposentadoria sofreu reajustes inferiores aos concedidos anualmente aos benefícios aos quais se aplica a regra geral prevista no art. 40, § 8º da Constituição, o novo valor dos proventos ou da pensão será inferior ao atual.

48. Observa-se que a nova Emenda não previu opção ao segurado entre a forma de cálculo e revisão, conforme foi permitido nos arts. 2º e 6º da EC nº 41/2003 e no 3º da EC nº 47/2005. A revisão foi taxativamente ordenada pelo art. 2º da EC nº 70/2012. Portanto, ainda que haja redução, o novo valor do benefício deverá prevalecer como parâmetro para as futuras revisões.

49. Entretanto, em razão do princípio constitucional da irredutibilidade dos benefícios a parcela correspondente à diferença entre a soma que estava sendo paga e o novo valor devido deverá ser mantida e paga como verba apartada, na forma de vantagem pessoal. A verba correspondente à parcela excedente deverá

⁶ Como regra geral, o reajustamento das pensões ocorre pela norma vigente no momento do falecimento, ou seja, aplicar-se o disposto no art. 40, § 8º da redação atual da Constituição, pois, salvo exceção contida na norma, os atos jurídicos se regem pela lei da época em que ocorreram. A matéria está em discussão no STF no RE nº 603.580, processo em que se reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada.

ser devidamente identificada e seu montante reduzido até a extinção, na medida em que for majorado o valor do benefício nas próximas revisões pela paridade.

IV. CONCLUSÕES

50. Em suma, a EC nº 70/2012, segundo seus próprios termos, retomou a forma de cálculo e reajustamento dos benefícios decorrentes da incapacidade dos servidores que ingressaram até 31/12/2003, nas mesmas bases em que eram feitos na vigência da Emenda nº 20/98, ou seja, integrais ou proporcionais ao tempo de serviço/contribuição, tendo como base de cálculo a última remuneração do cargo e não corresponderão, necessariamente, ao valor total dessa remuneração.

51. Diante de todo o exposto, pode-se concluir que:

- a) a Emenda Constitucional nº 70/2012 modificou a base de cálculo e de reajustamento dos proventos das aposentadorias por invalidez concedidos ou a conceder aos servidores que ingressaram no cargo até 31/12/2003, e que se incapacitaram depois dessa data;
- b) os proventos de invalidez desse grupo de servidores, quando integrais, corresponderão a 100% do valor da remuneração do cargo na data da concessão da aposentadoria e, se proporcionais, terão o percentual correspondente ao tempo de contribuição aplicado sobre essa remuneração;
- c) foi alterada também a forma de reajuste desses benefícios e das pensões delas decorrentes, significando que, na revisão dos proventos, será aplicada a paridade dos benefícios com a remuneração do servidor no cargo correspondente, regra que substituirá o reajustamento anual até então empregado;
- d) não houve alteração no texto do art. 40, § 1º, I, da Constituição pela Emenda nº 70/2012, portanto, não foi garantida a integralidade dos proventos em relação à remuneração nas hipóteses de invalidez permanente não decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, devendo, nesses casos, ser aplicada a mesma proporcionalidade à última remuneração no cargo efetivo, com fração cujo numerador corresponda ao total de tempo de contribuição do servidor e o denominador ao tempo total necessário para a obtenção de aposentadoria voluntária com proventos integrais prevista no art. 40, § 1º, III a da Constituição Federal;

- e) em cumprimento ao art. 2º da Emenda nº 70/2012, o valor dos proventos por invalidez, concedidos a partir de 01/01/2004 aos servidores que ingressaram antes dessa data, deverão ser revistos em 180 dias contados de 29/03/2012, com recálculo do valor inicial e das revisões posteriores na forma determinada;
- f) Os proventos das aposentadorias já concedidas, que foram calculados pela média dos salários de contribuição, deverão ser recalculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, observando-se que o recálculo atinge inclusive os benefícios de aposentadoria que tenham gerado pensões pelo falecimento do aposentado por invalidez;
- g) a regra da paridade do benefício com a remuneração também deverá ser aplicada às pensões decorrentes dos falecimentos dos segurados aposentados por invalidez, desde que o aposentado tenha ingressado até 31/12/2003. Os valores dessas pensões, calculados conforme art. 40, § 7º, I da Constituição e art. 2º, I da Lei nº 10.887/2004, deverão ser revistos pela paridade desde a data da concessão da pensão, não mais se lhes aplicando o reajustamento anual para garantir o valor real, previsto no art. 40, § 8º da Constituição Federal;
- h) os efeitos financeiros das revisões somente deverão ser aplicados aos benefícios depois da promulgação da Emenda nº 70/2012, não sendo devidos pagamentos de valores retroativos antes dessa data;
- i) se houver redução no valor dos proventos atuais em razão das novas regras, a parcela correspondente à diferença entre o valor que estava sendo pago e o novo valor devido ao beneficiário deverá ser mantida em verba apartada do valor do benefício, como vantagem pessoal, que deverá ser paulatinamente reduzida até a extinção com os futuros reajustes do benefício, conforme a majoração da remuneração do cargo correspondente;
- j) o disposto nos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal, na redação vigente, que disciplinam o cálculo dos benefícios pela média das contribuições e o seu reajustamento para garantir o valor real, continua a ser aplicado nos proventos de aposentadoria por invalidez dos servidores que ingressaram no cargo efetivo a partir de 01/01/2004, pois não houve alteração na regra constitucional permanente para a concessão desses benefícios;

- k) não devem ser revistas as aposentadorias por invalidez concedidas antes de 01/01/2004 e as pensões delas decorrentes, visto que já foram calculadas, integral ou proporcionalmente, com base na remuneração do servidor no cargo e são reajustadas de acordo com as variações ocorridas nessa remuneração;
- l) embora o caput do art. 6º-A da Emenda nº 70/2012 tenha mencionado disciplina por meio de lei, entende-se que a lei a que se refere é aquela que define a remuneração do cargo efetivo, não havendo necessidade de outra espécie legislativa para tornar aplicável a regra transitória ora instituída.

52. É o resultado da análise da matéria considerando as questões apresentadas a esta Coordenação até o momento. O entendimento exposto nesta Nota Técnica foi previamente submetido à avaliação da Consultoria Jurídica deste Ministério.

À consideração da Senhora Coordenadora-Geral.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

MARINA ANDRADE PIRES SOUSA

Coordenadora de Normatização

COORDENAÇÃO-GERAL DE NORMATIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO LEGAL, em 07/05/2012.

- 1. Ciente e de acordo
- 2. À consideração do Senhor Diretor do Departamento.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

ZANITA DE MARCO

Coordenadora-Geral de Normatização
e Acompanhamento Legal

DEPARTAMENTO DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO, em 07/05/2012.

1. Ciente e de acordo.
2. Ao Senhor Secretário de Políticas de Previdência Social.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

OTONI GONÇALVES GUIMARÃES

Diretor do Departamento dos Regimes de
Previdência no Serviço Público

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, em 07/05/2012.

1. Ciente e de acordo.
2. Providencie-se a divulgação.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

LEONARDO JOSÉ ROLIM GUIMARÃES

Secretário de Políticas de Previdência Social

NOTA TÉCNICA

Nº 01/2010/CGNAL/DRPSP/SPS/MPS

Brasília, 3 de setembro de 2010.

INTERESSADOS Coordenação-Geral de Auditoria, Atuária, Contabilidade e Investimentos - CGAAI e Coordenação-Geral de Normatização e Acompanhamento Legal - CGNAL

ASSUNTO **Natureza Jurídica da Contribuição dos Entes para o Custeio dos Regimes Próprios de Previdência Social.**

SÍNTESE

A contribuição dos entes públicos para os respectivos regimes próprios tem natureza jurídica eminentemente financeira, e não tributária, de acordo com a conformação constitucional atual da matéria. Por conseguinte, não é caso de aplicação da súmula vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, pois não se trata de crédito tributário.

Senhora Coordenadora-Geral de Normatização e Acompanhamento Legal,

I. INTRODUÇÃO E APRESENTAÇÃO DA QUESTÃO EXAMINADA NA PRESENTE NOTA TÉCNICA.

A recente edição da súmula vinculante nº 8 pelo Supremo Tribunal Federal suscitou um questionamento jurídico cuja solução seria capaz de redefinir, no tempo, o alcance dos procedimentos de auditoria (direta e indireta) deste Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público - DRPSP.

2. Isso porque esta súmula versa sobre prescrição e decadência tributários em face de créditos da Seguridade Social, consoante a seguinte redação: “*São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977*”

e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário” (conforme ata da sessão plenária extraordinária, publicada no DJe nº 172/2008).

3. E a dúvida diz respeito à definição da natureza jurídica da **contribuição dos entes federativos** para o custeio dos regimes próprios de previdência social (prevista no art.2º da Lei nº 9.717/98): se configura tributo, ou não.

4. Afirmando-se que esses entes estão obrigados ao pagamento de tributo aos respectivos regimes próprios, há de se aplicar a redução do prazo extintivo do crédito tributário de dez para cinco anos, necessariamente, por força do efeito vinculante atribuído à mencionada súmula do STF, aprovada com espeque no art.103-A da Constituição.

5. É que a Suprema Corte assentou a **inconstitucionalidade** das disposições dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 sobre prescrição e decadência decenais dos créditos da Seguridade Social, ficando a regência dessa matéria sob a reserva de lei complementar, o que implica a subsistência dos prazos prescricional e decadal quinquenais regulados nos arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional.

6. Assim, se entendermos que a contribuição dos entes é uma espécie tributária, a redução dos aludidos prazos extintivos do crédito tributário importaria em modificar o alcance dos procedimentos de auditoria direta e indireta deste Departamento nestes termos:

- a) a auditoria direta, exercida por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, **quanto ao critério da observância do caráter contributivo do RPPS** (inciso I do art.5º da Portaria MPS nº 204/2008), não poderia ter por objeto o exame de livros, bases de dados, documentos e registros contábeis relativos a períodos alcançados pela prescrição/decadência tributários quinquenais;
- b) a auditoria indireta, realizada internamente neste Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público - DRPSP, não poderia efetuar registro de irregularidade no CADPREV do critério previsto na alínea e do inciso XVI do art.5º da Portaria MPS nº 204/2008, concernente ao **comprovante de repasse e recolhimento ao RPPS dos valores decorrentes das contribuições dos entes**, se estes já estiverem alcançados pela prescrição/decadência tributários quinquenais.

II. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO DOS ENTES PARA O CUSTEIO DOS REGIMES PRÓPRIOS.

7. De acordo com a conformação constitucional da matéria, é possível afirmar que a Carta Magna de 1988, no capítulo referente ao sistema tributário nacional, não conferiu competência tributária aos Estados, Distrito Federal e Municípios para a instituição de contribuição, a cargo dos próprios entes, destinada ao custeio dos regimes próprios de previdência social.

8. As únicas exceções estabelecidas pela Constituição Federal, em face da competência exclusiva que o art.149 reservou à União para a instituição de contribuições sociais, dizem respeito, unicamente, à competência dos demais entes políticos para a instituição de contribuição para o custeio do RPPS, cobrada de seus servidores, e para o custeio do serviço de iluminação pública, previstas no §1º do art.149 e no art.149-A, respectivamente.

9. É certo que o art.40 da Constituição, ao dispor do regime próprio de previdência social dos entes da federação, para os servidores titulares de cargos efetivos, assegurou-lhe o caráter contributivo e solidário, “*mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas*”.

10. Ocorre que o simples uso desse vocábulo – *contribuição* - não é razão jurídica bastante para se concluir quanto à sua natureza tributária.

11. Aferrar-se unicamente à denominação para qualificar a natureza jurídica específica do tributo é juridicamente insustentável, principalmente em face de o Código Tributário Nacional considerá-la irrelevante para esse fim, a teor do que prescreve o seu art.4º.

12. Além disso, como o financiamento da Seguridade Social, nos termos do art.195 da Constituição, não está adstrito às contribuições sociais, mas, também, apoia-se nos recursos provenientes dos orçamentos dos entes políticos da federação (o mesmo ocorrendo em relação à Previdência Social, pois os regimes próprios devem contar, além da contribuição do servidor, ativo, inativo e dos pensionistas, com os recursos provenientes dos referidos entes, conforme o inciso II do art.1º da Lei nº 9.717/98), é razoável entender que a palavra contribuição, inscrita no referido art.40, no que tange à despesa a cargo dos entes políticos, tem significado eminentemente financeiro, e não tributário.

13. Uma assertiva em sentido contrário, importaria no trato assistemático da matéria constitucional, atribuindo-se competência tributária fora do Capítulo I do Título VI, reservado ao Sistema Tributário Nacional.

14. Outra consideração importante é que a instituição de tributo tem por finalidade a entrada ou ingresso nos cofres públicos de receita pública **derivada**, desta forma qualificada pelo art.9º da Lei nº 4.320/64, que estatui normas gerais de direito financeiro, o que pressupõe poder extroverso sobre o patrimônio de terceiro, razão pela qual se a receita advém do próprio patrimônio do ente a quem foi atribuído, pela Constituição, o poder de tributar, não se cuida de tributo, mas, em termos estritamente classificatórios, de receita originária, consoante as seguintes definições que se extraem da obra *Curso de Direito Financeiro*, do ilustre autor, Doutor pela PUC-SP, Regis Fernandes de Oliveira (3.ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 122-128):

Em relação à origem da receita, pode ela ser classificada em originária, derivada e transferida.

A receita originária decorre da exploração, pelo Estado, de seus próprios bens ou quando pode exercer atividade sob o que se denomina de direito público disponível. [...]

A receita derivada provém do constrangimento sobre o patrimônio do particular. É o tributo. Divide-se ele em imposto, taxa e contribuição de melhoria, podendo, ainda, o Estado cobrar as denominadas contribuições parafiscais, hoje denominadas sociais ou de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas (ver o art. 149 da CF).

[...]

Sendo assim, quando as entradas advém do patrimônio do Estado (independentemente de ser disponível, pois assim não podem ser qualificadas as ruas e praças públicas, onde se permite o uso de bem comum do povo), são elas originárias, constituindo-se em preços. Estes, pois, podem advir de relações obrigacionais de direito privado ou de direito público.

15. Na situação em que a gestão do RPPS é atribuída a órgão da administração direta, portanto, sem personalidade jurídica própria, é relativamente fácil compreender por que a contribuição do ente político não configura tributo. É que o Estado seria credor e devedor tributário de si mesmo.

16. É um pressuposto realmente necessário para que haja uma relação jurídica tributária, não se confundirem, na mesma pessoa, o sujeito ativo e o passivo de uma obrigação dessa natureza, conforme o magistério abalizado de Alfredo Augusto Becker, em sua obra *Teoria Geral do Direito Tributário* (3.ed. São Paulo: Lejus, 2002. p.281), nestes termos:

Segunda Ressalva – Quando o legislador escolher para sujeito passivo, um Órgão estatal, a validade (juridicidade) da regra jurídica tributária, que prescrever tal efeito jurídico, estará sempre condicionada à coexistência dos seguintes quatro pressupostos:

- a) A personalidade jurídica do Órgão estatal.
- b) **Sujeito ativo diferente do sujeito passivo.** O mesmo Órgão estatal que figurar como sujeito ativo da relação jurídica tributária não poderá ser o sujeito passivo desta relação. Esta impossibilidade não é apenas jurídica (decorrente da regra jurídica que determinar a extinção do débito pela confusão numa única pessoa do credor e devedor) mas, em primeiro lugar, é uma impossibilidade lógica pois é impossível que a mesma pessoa figure em ambos os pólos de uma única e mesma relação jurídica. É absolutamente impossível existir relação jurídica (ou relação de qualquer outra natureza) sem que coexistam dois seres distintos a fim de tornar-se possível a bilateralidade. A existência de um pólo diante de outro pólo em cujo intervalo (entre os quais) nasce a relação.
- c) Competência (quantitativa e qualitativa) do Órgão estatal para criar aquela determinada regra jurídico-tributária que colocou um Órgão estatal na posição de sujeito passivo.
- d) Não-antinomia desta regra jurídica com a totalidade do sistema jurídico.

17. Agora, se a gestão do RPPS é atribuída à administração indireta do ente político, mediante a criação de autarquia previdenciária, essa pessoa jurídica de direito público recém-criada poderia, em tese, ser a titular do crédito tributário na condição de sujeito ativo da obrigação, inclusive, podendo exigi-lo do próprio ente da federação ao qual esteja vinculada, sem que isso configure delegação de competência tributária, mas, tão somente, atribuição da função de arrecadar ou fiscalizar tributo, admissível a teor do art.7º do CTN.

18. Contudo, como ninguém pode transferir a outrem direito de que não seja titular (*nemo plus iuris transfere ad alium potest quam ipse habet*), e falece competência constitucional aos Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir tributo, a cargo dos próprios entes, destinado ao custeio dos regimes próprios de previdência social, não seria juridicamente possível que os referidos entes exercessem o poder consequente ao de tributar, qual seja, o de atribuir as funções de arrecadar ou fiscalizar uma contribuição social dessa espécie às suas autarquias.

19. Assim, em relação à contribuição dos entes para o RPPS, independentemente de a gestão previdenciária estar sob a responsabilidade de fundo ou autarquia, a natureza jurídica dessa obrigação é, atualmente, de índole financeira, não tributária. Por conseguinte, não é caso de aplicação da súmula vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, pois não se trata de crédito tributário.

20. Sem embargo das ponderações antes expendidas, considera-se mais bem alinhado ao princípio constitucional da eficiência (art.37 da CF) que a contribuição do respectivo ente público ao regime próprio de previdência social decorra de uma norma de direito financeiro, cuja execução demanda menos recursos e tempo da Fazenda Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios, além de estar igualmente submetida a instrumentos legais de fiscalização e controle, a exemplo das normas de finanças públicas voltadas para a gestão fiscal responsável, inscritas na Lei Complementar 101/2000.

III. CONCLUSÕES

21. Com base em tais considerações, conclui-se que:

- a) A contribuição dos entes públicos para os respectivos regimes próprios tem natureza jurídica eminentemente financeira, e não tributária, de acordo com a conformação constitucional atual da matéria.
- b) A negativa dessa assertiva estaria amparada unicamente na utilização do vocábulo “contribuição” no texto do art.40 da Constituição, que prevê esse aporte de recursos por parte dos entes políticos, com vistas a assegurar regime de previdência próprio de caráter contributivo e solidário aos servidores titulares de cargos efetivos.
- c) Contudo, o Código Tributário Nacional considera irrelevante a denominação para qualificar a natureza específica do tributo (art.4º); além do mais, a tese que invoca o art.40 confere uma interpretação assistemática à matéria em apreço, pois atribui competência tributária fora do Capítulo I do Título VI da Carta Magna (arts.145-162), reservado ao Sistema Tributário Nacional.
- d) E a Constituição Federal reservou à União competência exclusiva para a instituição de contribuições sociais, ressalvando aos demais entes po-

líticos, unicamente, a instituição de contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art.40, além da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, conforme o §1º do art.149 e o art.149-A, respectivamente.

- e) Na hipótese em que a gestão do RPPS é atribuída a órgão da administração direta, portanto, sem personalidade jurídica, o Estado seria credor e devedor tributário de si mesmo, o que é desarrazoado, porque uma relação jurídica exige polos, ativo e passivo, ocupados por pessoas jurídicas distintas, a fim de tornar-se possível a bilateralidade.
- f) Em tese, uma autarquia (pessoa jurídica de direito público) poderia ser titular de crédito tributário, como sujeito ativo de uma obrigação em face do ente político ao qual se vincula. Mas, como ninguém pode transferir a outrem direito de que não seja titular, a ausência de competência tributária dos Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir contribuição social, a ser paga dos próprios cofres, consoante a disciplina constitucional, impede que esses entes exerçam a delegação da função de arrecadar a outra pessoa jurídica, porque nessa hipótese sequer lhes foi conferido o Poder de tributar.
- g) Ante todo o exposto, em relação à contribuição dos entes para o RPPS, independentemente de a gestão previdenciária estar sob a responsabilidade de fundo ou autarquia, a natureza jurídica dessa obrigação é, atualmente, de índole financeira, não tributária. Por conseguinte, não é caso de aplicação da súmula vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, pois não se trata de crédito tributário.

22. Ante tais considerações, submete-se a presente Nota Técnica à apreciação de Vossa Senhoria, com vistas ao exercício da competência desta Coordenação quanto à uniformização da interpretação da legislação previdenciária, provendo assistência a outras áreas da Previdência Social nos questionamentos internos e externos relacionados aos regimes de previdência do serviço público, com fulcro no inciso IV do art.28 e inciso II do art.29 do Anexo IV (Regimento Interno da Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPS) da Portaria MPS Nº 173, de 02 de junho de 2008, sugerindo, em caso de aprovação, seu encaminhamento e adoção por este Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público - DRPSP.

À superior consideração.

Brasília, 3 de setembro de 2010.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

MARIO HUMBERTO CABUS MOREIRA

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

COORDENAÇÃO-GERAL DE NORMATIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO LEGAL, em 16/09/2010.

1. Aprovo.

Ao Senhor Diretor do Departamento.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

ZANITA DE MARCO

Coordenadora-Geral de Normatização
e Acompanhamento Legal

DEPARTAMENTO DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO, em /09/2010.

1. Aprovo a NOTA TÉCNICA CGNAL/DRPSP/SPS N° 01/2010, por seus próprios fundamentos.
2. Encaminhe-se cópia desta Nota Técnica às Coordenações: CGAAI e CGNAL, para conhecimento e adoção das conclusões nela contidas.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

DELÚBIO GOMES PEREIRA DA SILVA

Diretor do Departamento dos Regimes
de Previdência no Serviço Público

ADENDO À NOTA TÉCNICA CGNAL/DRPSP/SPS N° 01/2010

Brasília, 15 de setembro de 2017.

Por meio da Nota Técnica CGNAL/DRPSP/SPS n° 01/2010, de 03 de setembro de 2010, o então Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público emitiu seu posicionamento acerca da natureza jurídica da *contribuição* de responsabilidade dos entes federativos para o custeio do Regime Próprio de Previdência Social - RPPS de seus servidores, no sentido de que apesar da denominação adotada ela não se constitui como *contribuição social*, por não possuir os requisitos dessa espécie tributária, conforme conclusões que são a seguir reproduzidas:

21. Com base em tais considerações, conclui-se que:
- a) A contribuição dos entes públicos para os respectivos regimes próprios tem natureza jurídica eminentemente financeira, e não tributária, de acordo com a conformação constitucional atual da matéria.
 - b) A negativa dessa assertiva estaria amparada unicamente na utilização do vocábulo “contribuição” no texto do art.40 da Constituição, que prevê esse aporte de recursos por parte dos entes políticos, com vistas a assegurar regime de previdência próprio de caráter contributivo e solidário aos servidores titulares de cargos efetivos.
 - c) Contudo, o Código Tributário Nacional considera irrelevante a denominação para qualificar a natureza específica do tributo (art.4º); além do mais, a tese que invoca o art.40 confere uma interpretação assistemática à matéria em apreço, pois atribui competência tributária fora do Capítulo I do Título VI da Carta Magna (arts.145-162), reservado ao Sistema Tributário Nacional.
 - d) E a Constituição Federal reservou à União competência exclusiva para a instituição de contribuições sociais, ressaltando aos demais entes políticos, unicamente, a instituição de contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art.40, além da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, conforme o §1º do art.149 e o art.149-A, respectivamente.

- e) Na hipótese em que a gestão do RPPS é atribuída a órgão da administração direta, portanto, sem personalidade jurídica, o Estado seria credor e devedor tributário de si mesmo, o que é desarrazoado, porque uma relação jurídica exige polos, ativo e passivo, ocupados por pessoas jurídicas distintas, a fim de tornar-se possível a bilateralidade.
- f) Em tese, uma autarquia (pessoa jurídica de direito público) poderia ser titular de crédito tributário, como sujeito ativo de uma obrigação em face do ente político ao qual se vincula. Mas, como ninguém pode transferir a outrem direito de que não seja titular, a ausência de competência tributária dos Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir contribuição social, a ser paga dos próprios cofres, consoante a disciplina constitucional, impede que esses entes exerçam a delegação da função de arrecadar a outra pessoa jurídica, porque nessa hipótese sequer lhes foi conferido o Poder de tributar.
- g) Ante todo o exposto, em relação à contribuição dos entes para o RPPS, independentemente de a gestão previdenciária estar sob a responsabilidade de fundo ou autarquia, a natureza jurídica dessa obrigação é, atualmente, de índole financeira, não tributária. Por conseguinte, não é caso de aplicação da súmula vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, pois não se trata de crédito tributário.

2. Posteriormente, no ano de 2014, o então Departamento, e atual Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social, retornou ao estudo do tema, agregando novos fundamentos na defesa da tese da ausência de natureza jurídica tributária da contribuição devida pelos entes federativos aos seus RPPS, que são descritos neste “Adendo à Nota Técnica CGNAL/DPRPS/SPS nº 01/2010”.

3. Embora o art. 2º da Lei nº 9.717/1998 utilize a expressão *contribuição* ao se referir à parcela de responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, percebe-se que há um tratamento diverso em relação à contribuição social devida pelos segurados – espécie tributária – pois o art. 1º, II da Lei nº 9.717/1998 estabelece que os RPPS serão financiados “*mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das contribuições do pessoal civil e militar*”.

4. De igual modo, e diversamente do art. 3º, que se refere a “*alíquotas de contribuição dos servidores ativos*”, que serão aplicadas sobre suas remunerações, o art. 2º não trata de alíquotas nem da base sobre a qual incidirão, prevendo

apenas que a ‘contribuição’ dos entes “*não poderá ser inferior ao valor da contribuição do servidor ativo, nem superior ao dobro desta contribuição*”¹.

5. No mesmo sentido, a Lei nº 10.887/2004, ao disciplinar a contribuição devida pelos servidores ativos federais ao RPPS da União, em seu art. 4º, define expressamente a alíquota e a base de contribuição. Porém ao tratar da *contribuição* da União no art. 8º menciona apenas que esta será equivalente ao “*dobro da contribuição do servidor ativo, devendo o produto de sua arrecadação ser contabilizado em conta específica*”, sem referência a alíquota e base de contribuição (fato gerador), que são elementos necessários à identificação de uma obrigação tributária.

6. De igual modo, a Instrução Normativa RFB nº 1.332/2013, que disciplina a Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor - CPSS, de que trata a Lei nº 10.887/2004, define em seus art. 3º e 4º a base de incidência e a alíquota de contribuição do servidor ativo federal². No art. 6º, porém, limita-se a estabele-

¹ Art. 2º A contribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, aos regimes próprios de previdência social a que estejam vinculados seus servidores não poderá ser inferior ao valor da contribuição do servidor ativo, nem superior ao dobro desta contribuição. (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004)

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do respectivo regime próprio, decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários. (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004)

Art. 3º As alíquotas de contribuição dos servidores ativos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para os respectivos regimes próprios de previdência social não serão inferiores às dos servidores titulares de cargos efetivos da União, devendo ainda ser observadas, no caso das contribuições sobre os proventos dos inativos e sobre as pensões, as mesmas alíquotas aplicadas às remunerações dos servidores em atividade do respectivo ente estatal. (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004)

² Art. 3º A CPSS incide sobre o subsídio ou vencimento de cargo vitalício ou efetivo, acréscido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei e dos adicionais de caráter individual e sobre os proventos de aposentadorias e pensões, inclusive sobre a gratificação natalina.

§ 1º Excluem-se da base de cálculo da contribuição os seguintes valores pagos ao servidor público ativo:

.....

Art. 4º A contribuição do servidor ativo é calculada mediante aplicação da alíquota de 11% (onze por cento) sobre:

I - a totalidade da base de cálculo a que se refere o art. 3º, em se tratando de servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo vitalício ou efetivo, e não optado por aderir a esse regime; ou II - a parcela da base de cálculo a que se refere o art. 3º que não exceder ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), em se tratando de servidor:

a) que tiver ingressado no serviço público até a data a que se refere o inciso I, e optado por aderir ao regime de previdência complementar referido no citado inciso; ou

b) que tiver ingressado no serviço público a partir da data a que se refere o inciso I, independentemente de adesão ao regime de previdência complementar referido no citado inciso.

Art. 5º A contribuição do aposentado ou pensionista é calculada mediante aplicação da alíquota de 11% (onze por cento) sobre o valor dos proventos de aposentadorias e pensões que ultrapassar o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS.

Parágrafo único. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, quando o beneficiário for portador de doença incapacitante, conforme definido em lei.

cer que “*A contribuição da União, de suas autarquias e fundações corresponde ao dobro da contribuição do servidor ativo*”³.

7. Ademais, a impossibilidade de se caracterizar uma relação tributária no que concerne à parcela devida pelo ente federativo ao RPPS, pela ausência de dois sujeitos distintos – o sujeito ativo (pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o cumprimento da obrigação) e o sujeito passivo (pessoa obrigada ao pagamento do tributo, na condição de contribuinte ou responsável) – reflete na forma pela qual ela deve ser contabilizada, conforme a seguir:

- a) O art. 9º da Lei nº 4.320/1964 define o tributo como “receita derivada”, a qual somente se caracteriza quando ocorre o ingresso nos cofres públicos de recursos decorrentes de uma atuação estatal sobre o patrimônio de um particular. Não existindo essa entrada de recursos, caracteriza-se uma receita originária, e não derivada.
- b) A contabilização das despesas e receitas relativas à *contribuição* do ente ao seu RPPS deve se dar no grupo de operações “intraorçamentárias” e não “orçamentárias”, conforme determina o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público - MCASP.^{4/5}

³ Art. 6º A contribuição da União, de suas autarquias e fundações corresponde ao dobro da contribuição do servidor ativo.

⁴ Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público. Parte I - Procedimentos Contábeis Orçamentários. 5ª edição. 2012. (Aprovado pela Portaria Conjunta STN/SOF nº 02/2012). p. 13:

Receitas de Operações Intraorçamentárias:

Operações intraorçamentárias são aquelas realizadas entre órgãos e demais entidades da Administração Pública integrantes do orçamento fiscal e do orçamento da seguridade social do mesmo ente federativo; por isso, não representam novas entradas de recursos nos cofres públicos do ente, mas apenas movimentação de receitas entre seus órgãos. As receitas intraorçamentárias são a contrapartida das despesas classificadas na Modalidade de Aplicação “91 – Aplicação Direta Decorrente de Operação entre Órgãos, Fundos e Entidades Integrantes do Orçamento Fiscal e do Orçamento da Seguridade Social” que, devidamente identificadas, possibilitam anulação do efeito da dupla contagem na consolidação das contas governamentais.

Dessa forma, a fim de se evitar a dupla contagem dos valores financeiros objeto de operações Intraorçamentárias na consolidação das contas públicas, a Portaria Interministerial STN/SOF nº 338, de 26 de abril de 2006, incluiu as “Receitas Correntes Intraorçamentárias” e “Receitas de Capital Intraorçamentárias”, representadas, respectivamente, pelos códigos 7 e 8 em suas categorias econômicas. Essas classificações, segundo disposto pela Portaria que as criou, não constituem novas categorias econômicas de receita, mas apenas especificações das Categorias Econômicas “Receita Corrente” e “Receita de Capital”.

⁵ Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público. Parte VI - Perguntas e Respostas. 5ª edição. 2012. (Aprovado pela Portaria STN nº 437/2012). p. 23:

20 – Como classificar a despesa com a contribuição patronal relativa aos próprios servidores de um Instituto de Previdência integrante do Orçamento Fiscal e Seguridade Social?

Quando um instituto de previdência integrante do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social apropria a despesa com a contribuição patronal relativa aos próprios servidores, está realizando uma despesa intraorçamentária (3.1.91.13). Por outro lado, a receita oriunda desses pagamentos, arrecadada pelo próprio Instituto, será classificada como intraorçamentária.

8. Ainda quanto à indistinção entre sujeitos ativos e passivos, quando se trata da *contribuição* do ente para custeio de seu RPPS – uma vez que aquele se colocaria tanto na condição de credor como de devedor – cabe lembrar que essa “confusão” é ainda mais evidente quando a unidade gestora do RPPS é apenas um órgão da Administração Direta (fundo sem personalidade jurídica própria). Mas, ainda quando se trata de autarquia, estaria ausente a possibilidade de delegação da competência tributária a essa entidade da Administração Indireta, à vista do que dispõe o art. 149, caput e § 1º da Constituição acerca das competências dos entes federativos⁶.

9. Percebe-se que a Instrução Normativa RFB nº 1.332/2013 capta esse requisito da necessária distinção entre os sujeitos da relação jurídica tributária, uma vez que, em seu art. 8º, § 2º, ao tratar das providências a serem adotadas quando constatado o injustificado descumprimento da obrigação de recolhimento das contribuições ao PSS, determina a constituição do crédito tributário apenas em relação àquelas devidas pelo servidor ativo, pelo aposentado ou pensionista e pelas autarquias e fundações⁷. Não há referência à constituição de crédito tributário relativo à *contribuição* não recolhida por órgãos da União, uma vez que seria impossível constituir um crédito no qual a União figurasse tanto no polo ativo como no passivo.

10. O entendimento da natureza jurídica não tributária da contribuição devida pelos entes federativos aos RPPS foi ratificado pela Consultoria Jurídica junto ao

⁶ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

⁷ Art. 8º Constatado o descumprimento das obrigações previstas no art. 7º, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) notificará o dirigente do órgão ou da entidade onde se verificou a irregularidade, para, no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência:

I - providenciar a retenção ou o recolhimento da contribuição; ou

II - apresentar justificativa administrativa ao AFRFB responsável pela notificação. (...)

§ 2º Não havendo a regularização no prazo estabelecido no caput e no § 1º, o AFRFB:

I - representará o fato:

a) ao Tribunal de Contas da União (TCU);

b) ao Ministério Público Federal (MPF);

c) à Controladoria-Geral da União (CGU); e

d) ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), quando for o caso; e

II - constituirá o crédito tributário, observado o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, relativo:

a) à parcela devida pelo servidor ativo ou aposentado ou pelo pensionista, em seus respectivos nomes; e

b) às contribuições devidas pelas autarquias e fundações. (grifamos)

Ministério da Previdência Social, conforme itens 13 e 14 do Parecer nº 03/2014/CONJUR-MPS/CGU/AGU.⁸

11. Deve-se registrar, no entanto, que em recente decisão, proferida em 30 de junho de 2017 nos autos da Ação Cível Originária - ACO 1196, o Supremo Tribunal Federal negou agravo regimental interposto pela União, e declarou que a majoração de alíquota de contribuição patronal, promovida pelo Estado de Santa Catarina no ano de 2007, estaria sujeita ao princípio da anterioridade nonagesimal, rejeitando os argumentos de que tal contribuição não caracterizaria tributo.

12. Embora não se possa negar que essa decisão do STF estabelece um importante precedente sobre a matéria, seus efeitos se limitam ao caso concreto, não possuindo efeitos vinculantes, e nela não foram apreciados todos os fundamentos desenvolvidos na Nota Técnica CGNAL/DPRPS/SPS nº 01/2010 e neste Adendo. Além disso, em outras oportunidades nas quais entes federativos levaram essa discussão ao Poder Judiciário, as decisões proferidas foram ao encontro da tese defendida por esta Subsecretaria, da natureza financeira – e não tributária – da contribuição devida pelos entes federativos aos seus RPPS.⁹

⁸ Diante de controvérsia jurídica sobre a matéria entre a CONJUR/MPS e a Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - CAT/PGFN, a questão foi submetida à Consultoria-Geral da União da Advocacia-Geral da União - CGU/AGU, para dirimir a divergência, na forma do inciso XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73/1993, mas até a presente data não houve decisão.

⁹ Citam-se: a) sentença de março de 2012, da Juíza Federal da 6ª Vara Federal de Curitiba, nos autos de ação ordinária movida pelo Município de Campo Largo - PR (Processo nº 5042555-61.2011.404.7000/PR); b) sentença de abril de 2013, do Juiz Federal Substituto da Vara Federal de Umarama, nos autos de ação ordinária proposta pelo Município de Iporã - PR (Processo nº 5000397-42.2012.404.7004/PR); c) decisão na qual o Juiz Federal da 1ª Vara Federal de Jacarezinho negou pedido de antecipação dos efeitos da tutela em ação ordinária proposta dezembro de 2013 pelo Município de Andará - PR (Processo nº 5023258-94.2013.404.7001/PR).

CAPÍTULO SEGUNDO
NOTAS EXPLICATIVAS

NOTA EXPLICATIVA

Nº 09/2017/CONOR/CGNAL/SRPPS/SPREV/MF

Brasília, 08 de novembro de 2017.

O CUMPRIMENTO, PELOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS DOS NOVOS LIMITES PARA ALÍQUOTAS DE CONTRIBUIÇÃO AOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DECORRENTES DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 805/2017

A edição, pela União, da Medida Provisória nº 805, de 30/10/2017, que, entre outras medidas, alterou alíquotas e bases de cálculo da contribuição do servidor federal ao Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, motivou o surgimento de dúvidas e inseguranças por parte dos demais entes federativos a respeito das alíquotas a serem aplicadas a seus servidores.

2. Por causa disso, esta Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social - SRPPS tem recebido questionamentos a respeito da possibilidade de que as disposições da Medida Provisória obriguem também os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a alterar as alíquotas de contribuição para seu RPPS.

3. As dúvidas decorrem da existência de limites nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.717, de 27/11/1998, para as contribuições definidas pelos entes federativos. Essa lei instituiu regras gerais para a organização e o funcionamento dos RPPS dos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com fundamento na competência estabelecida pelo art. 24, XII e parágrafos da Constituição Federal.

4. No exercício das atribuições estabelecidas pelo art. 9º da Lei nº 9.717/1998, que são atualmente desempenhadas pela Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda, serão prestadas as orientações pertinentes em caráter geral nesta Nota.¹

5. O art. 2º da Lei nº 9.717/1998 estabelece, como limites para as contribuições dos entes federativos ao RPPS, a contribuição dos seus próprios servidores, conforme texto a seguir:

¹ Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

I - a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei;

II - o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos nesta Lei. (.....)

Art. 2º A contribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, aos regimes próprios de previdência social a que estejam vinculados seus servidores não poderá ser inferior ao valor da contribuição do servidor ativo, nem superior ao dobro desta contribuição.

6. Então, ao efetuar a modificação das alíquotas dos servidores o ente deverá atentar para a continuidade do enquadramento das suas alíquotas nos limites mínimo e máximo do art. 2º da Lei nº 9.717/1998.

7. Quanto à alíquota dos servidores para os RPPS, o art. 3º da Lei nº 9.717/1998 estabeleceu um piso para as contribuições definidas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo como paradigma a legislação federal. Foi estabelecido que as alíquotas dos servidores desses entes não podem ser inferiores às dos servidores titulares de cargos efetivos da União. Por sua vez, as alíquotas de contribuição dos inativos e pensionistas não poderão ser diferentes das alíquotas dos servidores ativos do próprio ente. Confira-se o texto:

Art. 3º As alíquotas de contribuição dos servidores ativos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para os respectivos regimes próprios de previdência social não serão inferiores às dos servidores titulares de cargos efetivos da União, devendo ainda ser observadas, no caso das contribuições sobre os proventos dos inativos e sobre as pensões, as mesmas alíquotas aplicadas às remunerações dos servidores em atividade do respectivo ente estatal.

8. Quanto às alíquotas dos segurados, ainda é importante registrar que, além de a previsão dos limites de contribuição dos servidores aos RPPS constar na Lei Geral dos RPPS, a Emenda Constitucional nº 41/2003, ao dar nova redação ao § 1º do art. 149 da Constituição Federal, estipulou também a previsão da observância, pelos entes federativos, de limite mínimo de contribuição de seus servidores titulares de cargos efetivos, comparativamente aos servidores da União:

Art. 149.

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

9. A constitucionalidade desse dispositivo foi inclusive levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.138 sob o argumento de contrariedade ao pacto federativo, quebra de autonomia e desrespeito ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial do regime. Entretanto, essas alegações foram consideradas improcedentes pela Corte em julgamento de 14/09/2011, conforme ementa a seguir:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 149, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ALTERADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003).

1. A norma que fixa alíquota mínima (contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos na União) para a contribuição a ser cobrada pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40 da Constituição da República não contraria o pacto federativo ou configura quebra de equilíbrio atuarial.

2. A observância da alíquota mínima fixada na Emenda Constitucional n. 41/2003 não configura quebra da autonomia dos Estados Federados. O art. 201, § 9º, da Constituição da República, ao estabelecer um sistema geral de compensação, há ser interpretado à luz dos princípios da solidariedade e da contributividade, que regem o atual sistema previdenciário brasileiro.

3. Ação julgada improcedente.

Decisão:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação direta, contra os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela requerente, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso. Plenário, 14.09.2011.

[ADI 3.138, rel. min. **Cármem Lúcia**, j. 14-9-2011, P, *DJE* de 13-2-2012.]

10. Significa que, ao estipular novas alíquotas para a contribuição de seus servidores ao RPPS por meio da MP nº 805/2017, a União gerou – com amparo na legislação geral e na Constituição Federal – novos parâmetros para as alíquotas de contribuição definidas pelos demais entes aos seus RPPS.

11. Mas a alteração das alíquotas dos servidores de cada ente federativo não ocorre de forma automática ou extensiva. É necessária a edição de lei em cada um desses entes, no exercício individual da competência tributária estabelecida no mencionado § 1º do art. 149 da Constituição Federal, de instituir contribuição de seus servidores. Até que a adequação legislativa seja providenciada, com a publicação de lei pelo ente federado, haverá um desenquadramento da legislação local em relação à legislação editada pela União e à Constituição Federal.

12. Passa-se então a examinar a legislação da União, que é paradigma para a contribuição dos Estados, Distrito Federal e Municípios ao respectivo RPPS. Depois da Emenda nº 41/2003, a alíquota dos servidores ativos da União para seu RPPS foi definida no percentual único de 11% conforme art. 4º da Lei nº 10.887/2004, texto a seguir:

Redação original:

Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidente sobre a totalidade da base de contribuição.

Redação dada pela Lei nº 12.618, de 2012

Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidentes sobre:

.....

13. Esse artigo foi alterado pelo art. 37 da Medida Provisória nº 805, de 30/10/2017, publicado na edição extra do Diário Oficial da União - DOU de mesma data¹. Segundo a nova redação, foram fixadas duas alíquotas progressivas de contribuição do segurado ativo: 11% sobre a parcela da base de cálculo da contribuição igual ou inferior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social - RGPS e 14% sobre a parcela que superar esse limite. A redação vigente, que terá efeitos financeiros a partir de 1º de fevereiro de 2018², é a seguinte:

Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de quaisquer dos Poderes da União, incluídas as suas autarquias

¹ Art. 37. A Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, passa a vigorar com as seguintes alterações:

² Art. 38. O aumento de contribuição social previsto neste Capítulo somente produzirá efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2018.

e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será calculada mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

I - onze por cento sobre a parcela da base de contribuição cujo valor seja igual ou inferior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social - RGPS; e

II - quatorze por cento sobre a parcela da base de contribuição que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS.

14. Convém deixar claro que as alíquotas de 11% e 14% deverão ser aplicadas de forma cumulativa, isto é, quando o salário de contribuição do servidor ativo for superior ao teto de benefícios do RGPS, serão aplicadas as duas alíquotas sobre ele. Exemplificando, na tributação de uma remuneração de contribuição de R\$ 10.000,00, deverá haver a incidência de 11% sobre a parcela dessa remuneração de até R\$ 5.531,31 (valor vigente em 2017 do teto de benefícios do RGPS) e de 14% sobre a parcela que superar esse teto, no caso, R\$ 4.468,69 (R\$ 10.000,00–5.531,31=4.468,69).

15. Conforme demonstrativo a seguir, na primeira faixa de incidência, a contribuição será de R\$ 608,44 e na segunda faixa de incidência, R\$ 625,62, totalizando o desconto de R\$ 1.234,06:

	Salário de contribuição	Alíquotas (Percentuais mínimos)	Contribuição do segurado
1ª. faixa	R\$ 5.531,31	11%	R\$ 608,44
2ª. faixa	R\$ 4.468,69	14%	R\$ 625,62
Total:	R\$ 10.000,00	-	R\$ 1.234,06

16. Para os aposentados e pensionistas da União, a alíquota está definida no art. 5º da Lei nº 10.887/2004. Em razão de esses segurados contribuírem somente sobre a parcela que exceder o teto de benefícios do RGPS³, a Medida Provisória nº 805/2017 fixou alíquota única de 14%, conforme a nova redação do art. 5º da Lei nº 10.887/2004:

³ Conforme o seguinte dispositivo da Constituição Federal:

Art. 40.

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Art. 5º Os aposentados e os pensionistas de quaisquer dos Poderes da União, incluídas as suas autarquias e fundações, contribuirão com alíquota de quatorze por cento, incidente sobre o valor da parcela dos proventos de aposentadoria e de pensão que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS.

.....

17. No que concerne à parcela de contribuição de responsabilidade da União, não houve necessidade de alteração do dispositivo que a define, pois o art. 8º da Lei nº 10.887/2004 prevê que a União contribui no valor correspondente ao dobro da contribuição do servidor ativo, conforme os seguintes termos:

Art. 8º A contribuição da União, de suas autarquias e fundações para o custeio do regime de previdência, de que trata o art. 40 da Constituição Federal, será o dobro da contribuição do servidor ativo, devendo o produto de sua arrecadação ser contabilizado em conta específica.

.....

18. Se a legislação municipal definir percentuais também para a contribuição de responsabilidade do ente federativo, essas alíquotas deverão ser adequadas àquelas definidas para os servidores ativos, passando a ser, no mínimo, iguais às alíquotas dos servidores ativos.

19. Diante do exposto, em razão da modificação das alíquotas dos servidores federais, os Estados o Distrito Federal e os Municípios que possuem RPPS, e cuja legislação atualmente obedece ao mínimo de 11%, deverão providenciar adequação para novamente enquadrar as alíquotas de contribuição do seu regime nos limites definidos na legislação geral. Cabe lembrar que as alíquotas relativas aos servidores ativos, inativos e pensionistas que forem majoradas somente poderão gerar efeitos depois de decorridos noventa dias, a contar da data de publicação da norma que as estabelecer, em obediência ao que determina o § 6º do art. 195 da Constituição Federal, a seguir:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

.....

§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não

se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, “b”⁴.

.....

20. É conveniente que a lei preveja a manutenção da cobrança das alíquotas anteriores nesse período para evitar questionamentos quanto à sua aplicação⁵. O cumprimento das regras estabelecidas na Lei nº 9.717/1998 é aferida pela Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda e atestada por meio da emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP, criado pelo Decreto nº 3.788, de 11/04/2001, e exigido pela União para realização das operações estabelecidas no art. 7º da Lei nº 9.717/1998⁶.

⁴ Embora o § 6º do art. 195 preveja aplicação da “noventena” no caso de instituição ou modificação das contribuições sociais, o entendimento do STF já se pacificou no sentido de que esse prazo, que privilegia o atendimento ao princípio da “não-surpresa” somente faz sentido nos casos de instituição ou majoração da contribuição: Exemplifica-se com os seguintes julgados:

- Conforme apontado na decisão agravada, esta Suprema Corte já considerou que a cobrança da CPMF sob o regime da EC 42/2003 não violou a regra da anterioridade de noventa dias. (...) Embora engenhosa, a tese fundada na dissociação entre a regra da anterioridade e a ruptura de regime jurídico para fins de aplicação da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) não se sustenta. Tanto a regra da anterioridade como o prazo de vacatio legis previsto na LICC têm por pressuposto uma modificação relevante nas expectativas dos jurisdicionados. **A regra da anterioridade é específica para a tributação e leva em consideração a criação ou o aumento do tributo.** Em termos mais gerais, a vacatio legis também busca prevenir a passagem abrupta entre períodos com regramentos diferentes. Como no precedente indicado esta Corte entendeu que a tributação foi prorrogada, e não reinstituída, não há que se falar em troca de situação ou de regime jurídico aptos a sofrer a incidência de qualquer regra protetiva contra a frustração de expectativas jurídicas legítimas. [RE 633.441 AgR, voto do rel. min. Joaquim Barbosa, j. 18-10-2011, 2ª T, DJE de 14-11-2011.]Vide RE 566.032, rel. min. Gilmar Mendes, j. 25-6-2009, P, DJE de 23-10-2009, Tema 51

- Contribuição social. Atualização pela UFIR. Lei 8.383/1991. Inexistência de afronta aos princípios da irretroatividade e da anterioridade. Não há inconstitucionalidade na utilização da UFIR, prevista na Lei 8.383/1991, para atualização monetária da contribuição social sobre o lucro, por não representar **majoração de tributo ou modificação da base de cálculo e do fato gerador.** A alteração operada foi somente quanto ao índice de conversão, pois persistia a indexação dos tributos conforme prevista em norma legal. [RE 201.618, rel. min. Ilmar Galvão, j. 20-5-1997, 1ª T, DJ de 1º-8-1997.]

Plenário da Corte reiteradamente tem declarado a inconstitucionalidade de leis, por ofensa ao princípio da irretroatividade, em virtude da inexistência da CSLL dentro do prazo de noventa dias da publicação da norma (art. 195, § 6º, CF) que a institui ou majora sua alíquota. Indevida a majoração imposta pelo art. 11 da Lei 8.114/1990, no exercício de 1991, sobre o lucro apurado no ano-base 1990.

[RE 218.947 AgR-segundo, rel. min. Dias Toffoli, j. 4-2-2014, 1ª T, DJE de 26-2-2014.]

⁵ A respeito, cita-se o seguinte dispositivo da Portaria MPS nº 402/2008:

Art. 3º Os RPPS terão caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do ente federativo, dos servidores ativos, inativos e pensionistas, observando-se que:

.....

§ 3º A lei do ente federativo que majorar a alíquota de contribuição dos segurados deverá estender a vigência da alíquota anteriormente estabelecida, até que a nova alíquota possa ser exigida. (Incluído pela Portaria MPS no 21, de 14/01/2014)

§ 4º Quando houver alteração das alíquotas de contribuição do ente federativo, será mantida a exigência das anteriores durante o prazo fixado para início de vigência das que foram estabelecidas pela nova legislação. (Incluído pela Portaria MPS no 21, de 14/01/2014)

⁶ Art. 7º O descumprimento do disposto nesta Lei pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e pelos respectivos fundos, implicará, a partir de 1º de julho de 1999:

I - suspensão das transferências voluntárias de recursos pela União;

II - impedimento para celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União;

21. A observância dos limites de contribuição dos segurados ativos, inativos e pensionistas e do ente federativo está estabelecida como um dos critérios para emissão do CRP, no inciso XIV do art. 5º da Portaria MPS nº 204/2008, a seguir:

Art. 5º A SPS, quando da emissão do CRP, examinará o cumprimento, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, dos critérios e das exigências abaixo relativas aos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS:

.....
XIV - observância dos seguintes limites de contribuição previdenciária ao RPPS:

a) contribuição dos servidores ativos, inativos e dos pensionistas em alíquota não inferior à prevista para os servidores titulares de cargos efetivos da União;

b) contribuição sobre os proventos dos inativos e sobre as pensões, incidente sobre a parcela que ultrapassar o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, ou que ultrapassar o dobro desse limite, quando o beneficiário for portador de doença incapacitante, nas mesmas alíquotas aplicadas às remunerações dos servidores ativos do respectivo ente federativo; e

c) contribuição do ente não inferior ao valor da contribuição do servidor ativo nem superior ao dobro desta, além da cobertura de eventuais insuficiências financeiras do respectivo RPPS decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários.

22. Como consequência do art. 37 da MP nº 805/2017, todos os entes federativos que possuem RPPS e cujas alíquotas mínimas de contribuição estejam em desacordo com os novos limites estabelecidos pela União, estão em situação de irregularidade em relação ao critério exigido para emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP. Por isso, o representante do Poder Executivo deverá iniciar, junto ao Poder Legislativo local, o processo de modificação da respectiva legislação, com vistas ao cumprimento dos ditames da Lei Geral⁷.

III - suspensão de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais.

IV - suspensão do pagamento dos valores devidos pelo Regime Geral de Previdência Social em razão da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.043-20, de 28/07/2000)

⁷ A respeito da possibilidade de que os entes federativos majorem as suas alíquotas por meio da edição de medida provisória, a exemplo da União, cabe registrar que o STF se manifestou na ADI 2391 e ADI 425 em sentido positivo quanto a adoção de medida provisória por Estado, desde que haja previsão na Constituição Estadual. Cita-se trecho de ementa a seguir:

Adoção de medida provisória por Estado-membro. Possibilidade. Art. 62 e 84, XXVI, da CF. EC 32, de 11-9-2001, que alterou substancialmente a redação do art. 62. (...) Inexistência de vedação expressa quanto às medidas provisórias. Necessidade de previsão no texto da carta estadual e da estrita observância dos princípios e limitações impostas pelo modelo federal.

[ADI 2.391, rel. min. Ellen Gracie, j. 16-8-2006, P, DJ de 16-3-2007.]

= ADI 425, rel. min. Maurício Corrêa, j. 4-9-2002, P, DJ de 19-12-2003

23. No entanto, a inovação introduzida pela Medida Provisória nº 805/2017 torna necessário que, para fins de emissão do CRP, seja definido um prazo razoável para que cada ente comprove a alteração legislativa, obedecendo aos parâmetros nela definidos. Nesse sentido, encontra-se em tramitação proposta de Portaria deste Ministério autorizando que Estados, Distrito Federal e Municípios comprovem a adequação das alíquotas de contribuição devidas aos seus RPPS até 30 de junho de 2018.

24. Em suma, deverão ser adotadas as seguintes adequações na legislação dos entes federativos detentores de RPPS:

- a) Quanto às alíquotas dos segurados ativos, o percentual deverá ser igual ou superior a:
 - a.1) 11% sobre a parcela da remuneração de contribuição que for igual ou inferior ao limite máximo estabelecidos para os benefícios do RGPS, que atualmente corresponde a R\$ 5.531,31;
 - a.2) 14% sobre a parcela da remuneração de contribuição que for superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS;
- b) Quanto às alíquotas dos segurados aposentados e pensionistas, considerando que não incidirá contribuição sobre a parcela dos benefícios inferior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, deverá ser fixada alíquota de, no mínimo, 14% da parcela do benefício que superar esse limite;
- c) A contribuição do ente federativo não poderá ser inferior à contribuição do servidor ativo.

25. Finalmente, é importante ressaltar mais um aspecto da questão. Ainda que atualmente todos os servidores e beneficiários do ente federativo recebam importância inferior ao teto de benefícios do RGPS, será necessária a alteração da legislação para constar a incidência também do percentual de 14%, caso sejam pagas remunerações superiores. A legislação previdenciária, ao regular situações em tese, deve prever a possibilidade de ocorrência futura de majoração de valores de remuneração e de benefícios.

Coordenação de Estudos e Diretrizes de Normatização

Coordenação-Geral de Normatização e Acompanhamento Legal - CGNAL

Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social - SRPPS

Secretaria de Previdência - SPREV

Ministério da Fazenda - MF

e-mail: atendimento.rpps@previdencia.gov.br -Telefone: (61) 2021-5555

NOTA EXPLICATIVA

Nº 06/2016/CGNAL/DRPSP/SPPS/MTPS

Brasília, 11 de maio de 2016.

COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS PARA LEGISLAR SOBRE APOSENTADORIA ESPECIAL DE SEUS SERVIDORES: APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DA LEI Nº 9.717/1998

Este Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público - DRPSP tem recebido diversos questionamentos dos entes federativos a respeito da possibilidade de legislarem sobre a concessão de aposentadoria especial aos seus servidores titulares de cargos efetivos, filiados a Regime Próprio de Previdência Social - RPPS.

2. As dúvidas existem porque ainda não foram editadas, pela União, as leis aptas a disciplinar integralmente o disposto no § 4º do art. 40 da Constituição Federal, que prevê as hipóteses de concessão de aposentadoria com requisitos e critérios diferenciados aos servidores que exercem atividades nas condições que especifica esse dispositivo¹.

3. Por isso, no exercício das competências atribuídas a este Ministério pelo art. 9º da Lei nº 9.717, de 27/11/1998, que são desempenhadas pelo DRPSP por designação regimental, serão prestadas orientações pertinentes em caráter geral nesta Nota.²

¹ Art. 40. [...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I- portadores de deficiência;

II- que exerçam atividades de risco;

III- cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

² Art. 9º Compete à União, por intermédio do Ministério da Previdência e Assistência Social:

I - a orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e dos militares da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos fundos a que se refere o art. 6º, para o fiel cumprimento dos dispositivos desta Lei;

II - o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos nesta Lei. [...]

I. DA ANÁLISE

4. A resposta aos questionamentos recebidos exige o exame da competência para legislar sobre previdência social. Segundo o art. 24, XII da Constituição Federal, essa matéria está incluída entre aquelas em que a competência é concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. Nessa esfera, a União é competente para estabelecer normas gerais, restando aos entes federativos a competência suplementar (§§ 1º e 2º do art. 24 da Constituição Federal³). Nas matérias quanto às quais os entes detêm competência concorrente, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados assumem a competência legislativa plena para atender às suas peculiaridades (§ 3º do art. 24 da Constituição). Resta examinar se quanto à aposentadoria especial essa competência pode ser exercida sem restrições.

5. O fundamento para a concessão de aposentadoria especial consta no § 4º do art. 40 da Constituição Federal. Esse dispositivo veda, como regra, a concessão de aposentadoria a servidores amparados em RPPS com requisitos e critérios diferenciados daqueles definidos pelo próprio art. 40, mas prevê três hipóteses de exceção, cujos termos deverão ser definidos em leis complementares. São os casos de servidores com deficiência, que exerçam atividades de risco ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

6. A princípio, pode parecer que a ausência de lei nacional estabelecendo normas gerais a esse respeito permite que os demais entes exerçam a competência legislativa plena. Entretanto, o parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.717/1998, que estabelece as normas gerais para organização e funcionamento dos RPPS dos servidores de todos os entes da federação, impediu expressamente a concessão desse benefício até que lei federal discipline a matéria. Confira-se o texto:

Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal

³ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. (grifamos)

e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

Parágrafo único. Fica vedada a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001) (grifamos)

7. Desde a inserção do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.717/1998 pela Medida Provisória nº 2.187-13/2001, ocorreram muitas discussões e controvérsias jurídicas em âmbito administrativo e judicial sobre sua constitucionalidade. O que se discutia era se esse dispositivo estaria indevidamente limitando a competência legislativa plena assegurada aos entes pelo § 3º do art. 24 da CF/1988, por inexistir lei federal sobre normas gerais nos casos dos incisos I e III do § 4º do art. 40 da Constituição e, no caso do inciso II, haver limitação na aplicação da LC 51/1985 aos policiais civis.

8. Os entendimentos foram proferidos ora pela possibilidade de que os entes federativos legislassem supletivamente sobre aposentadoria especial, ora pela impossibilidade. Nesse período de indefinição, alguns Estados e Municípios chegaram a legislar a respeito em relação a seus servidores. Houve, inclusive, pronunciamento da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social no sentido de que o parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.717/1998 não impediria que os demais entes federativos legislassem sobre a aposentadoria especial (com base no art. 24, § 3º, c/c art. 30, incisos I e II, da CF/88) enquanto inexistente norma nacional. Esse entendimento foi consignado no Parecer nº 16/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU, de 21/01/2013, aprovado pelo Despacho/CONJUR/MPS nº 18/2013⁴.

9. Ocorre que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF evoluiu em sentido diverso. Em muitos Mandados de Injunção, julgados para viabilizar o exercício do direito dos servidores amparados em RPPS à aposentadoria com critérios diferenciados, a Corte reconheceu que a autoridade coatora para figurar no polo passivo é o Presidente da República. Nesses processos, foi afastada a legitimidade passiva dos Governadores, Prefeitos, das Assembleias Estaduais e das Câmaras Municipais e Distrital. Foram diversas as decisões proferidas no

⁴ O Parecer nº 16/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU foi aprovado pela Portaria MPS nº 264/2013, publicada no Diário Oficial da União - DOU de 29/05/2013.

sentido da necessidade de norma nacional uniforme para disciplina da aposentadoria especial dos servidores, cuja competência é da União. Citam-se os seguintes: (MI-AgR 1.328, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 02/12/2013); (RE-AgR 745.628, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 04/11/2013); (MI-AgR 1.832, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 18/5/2011); (MI-AgR 1.898, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 01/06/2012); (ARE-AgR 678.410, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 13/02/2014); (RE-AgR 745.628, Rel. pela Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe de 04/11/2013).

10. Por exemplo, no julgamento pelo plenário do **Segundo Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 1.675/DF**, relatado pela Ministra Rosa Weber, (DJe de 01/08/2013), a Corte entendeu que o direito à aposentadoria especial do servidor público é condicionado à regulamentação, por lei nacional, do art. 40, § 4º, da CF. No **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 628.318/DF**, julgado pela Segunda Turma, relatado pelo Ministro Celso de Mello (DJe de 01/02/2013), foi reafirmado ser *exclusiva* a competência da União Federal para colmatar a omissão legislativa atinente às aposentadorias especiais dos servidores públicos. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o **MI 1.832-AgR/DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia, firmou entendimento, posteriormente confirmado no julgamento do **MI 1.898-AgR/DF**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, no sentido de que *a colmatação da omissão normativa em causa, considerada a natureza da matéria a ser regulamentada (regime de aposentadoria especial), compete, exclusivamente, às instituições estruturadas no âmbito da União Federal*.

11. Ademais, o parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.717/1998 foi mencionado em diversos julgados do STF como um dos empecilhos a que os demais entes federativos legislassem supletivamente sobre aposentadoria especial de seus servidores e, conseqüentemente à admissão dos governadores e prefeitos no polo passivo nos mandados de injunção. Os trechos dos três processos destacados a seguir são exemplos desse entendimento:

[...]

9. Ressalte-se que a **Lei nº 9.717/1998**, que dispõe sobre regras gerais para a 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, estabelece, **no seu art. 5º, parágrafo único, que “fica vedada a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria”**. Isso impede o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul

e a Assembleia Legislativa desse Estado legislar sobre essa matéria, pois, vinculados ao princípio da legalidade (art. 37, caput, da Constituição), devem observar as normas previdenciárias aplicáveis ao servidor público. [...]

(Recurso Extraordinário com Agravo nº 693.136/MS (DJe de 4.9.2012), Min. Cármen Lúcia, confirmada pela Segunda Turma do STF, Agr, acórdão publicado no DJe de 23.10.2012) (grifamos)

[...]

De outra parte, condicionada a eficácia do direito inscrito no art. 40, § 4º, da Lei Maior à sua regulamentação mediante lei complementar de iniciativa privativa do Presidente da República, cabe ao Supremo Tribunal Federal, nos moldes do art. 102, I, q, da Carta Política, o julgamento do mandado de injunção impetrado, ainda que por servidor público estadual, com o objetivo de viabilizar o seu exercício, **momento diante da vedação contida no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.717/1998** (*incluído pela Medida Provisória nº 2.187-13/2001*), *que dispõe sobre as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.* [...] (grifamos)

(MI 5304-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, DJe 19.5.2014)

[...]

2. A eficácia do direito à aposentadoria especial objeto do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, exige regulamentação mediante lei complementar de iniciativa privativa do Pres. da República, de modo que cabe ao Supremo Tribunal Federal, ex vi do art. 102, I, “q”, da Lei Maior, o julgamento do mandado de injunção impetrado, ainda que por servidor público estadual, com o objetivo de viabilizar o seu exercício, **momento diante da vedação contida no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.717/98** (*incluído pela Medida Provisória 2.187-13/2001*), *que dispõe sobre as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.* [...] (grifamos)

(MI 4457-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe de 19.2.2014)

12. A jurisprudência construída nos processos de mandados de injunção fundamentou a decisão proferida no julgamento pelo Plenário do **Recurso Extraordinário nº 797.905/SE**, em 15/05/2014, admitido no sistema de repercussão geral,

no qual o STF definiu expressamente que é competência exclusiva da União a edição das leis complementares de que trata o § 4º do art. 40 da Constituição, ainda que os interessados sejam servidores estaduais, distritais ou municipais. Foi também determinado que a competência concorrente para legislar sobre previdência social, conforme prevê o art. 24, XII, da Constituição Federal, não afastaria a necessidade de edição de **norma regulamentar uniforme de caráter nacional, pela União**, no caso da aposentadoria especial do servidor público.

13. Diante dos julgados citados, que confirmam que os entes federados não têm competência legislativa para regulamentar a aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º, da Constituição Federal, não resta mais dúvida sobre a validade, para todos os entes federativos, do disposto no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.717/1998.

14. Então, para a concessão das aposentadorias especiais previstas no § 4º do art. 40 da Constituição, é necessária a edição de lei complementar federal estabelecendo a norma geral (de caráter nacional), que garanta a aplicação do direito constitucional de forma igualitária para todos os servidores que se encontrarem na mesma condição de deficiência, de risco ou em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

15. Cabe mencionar que, no último caso – dos servidores que exercem as atividades submetidas a condições especiais, expostos a agentes nocivos – até que seja editada a lei geral, é aplicável a legislação do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, que valem como lei nacional aos RPPS, conforme determinação do STF na Súmula Vinculante 33, verbete a seguir:

Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

16. Quanto à atividade de risco, está em vigor a Lei Complementar nº 51/1985, que regula a aposentadoria dos servidores policiais⁵. Segundo entendimento do STF na ADI 3.817-6/DF, essa Lei foi recepcionada pela Constituição de 1988 e pelas Emendas que a reformaram. Inclusive, em decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO nº 28, o STF julgou improcedente

⁵ Observe-se que a Lei Complementar nº 144, de 15/05/2014, alterou a ementa e o art. 1º da Lei Complementar nº 51/1985 fazendo constar expressamente na ementa que a Lei Complementar nº 51/1985 dispõe sobre a aposentadoria especial do servidor público policial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal. No art. 1º estabeleceu que o “*servidor público policial será aposentado*”.

a alegação de omissão do Estado de São Paulo na disciplina da aposentadoria das servidoras policiais civis, pois a Lei Complementar nº 144/2014, que alterou a LC 51/1985, foi editada pela União Federal com fundamento no art. 24, § 4º, da Constituição da República e, como lei nacional, contém normas e diretrizes gerais aplicáveis imediatamente também aos Estados, mas somente aos policiais.

17. Até o momento, nem mesmo por decisão em mandado de injunção, o STF determinou a aplicação dessa lei a outras categorias. Ao julgar os MI nº 833 e 844, o STF entendeu que a eventual exposição a situações de risco – a que podem estar sujeitos os oficiais de justiça e outras categorias de servidores públicos – não garante direito subjetivo constitucional à aposentadoria especial.

18. Nesses mandados, restou esclarecido também que a percepção de gratificações ou adicionais de periculosidade, assim como o porte de arma de fogo, não são suficientes para reconhecer o direito à aposentadoria especial, em razão da autonomia entre o vínculo funcional e o previdenciário. É oportuno transcrever trecho do voto do relator ao julgar embargos de declaração interpostos no MI 833 que deixa claro as situações em que o risco é inerente à atividade, justificando a aposentadoria com critérios especiais:

6. Em segundo lugar, o acórdão embargado deixa claro que são inerentemente perigosas as atividades que “por sua própria natureza, ocasionam riscos aos servidores que as desempenham, independentemente das circunstâncias eventuais em que sejam exercidas”. O perigo, portanto, deve ser indissociável da atividade, o que não é o caso dos oficiais de justiça.

7. Conforme assinalai no voto condutor do julgado, esses servidores – assim como vários outros – podem estar sujeitos a situações de risco. No entanto, este risco é contingente, e não inerente ao serviço. Não se trata, aqui, de se considerar a concretização do risco, como alega o embargante, mas a própria natureza da atividade. Há uma diferença substancial, quanto à qualificação da atividade como de risco, quando se compara, e.g., a função policial de “prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes” (CRFB/1988, art. 144, § 1º, II) com a função do oficial de justiça de “efetuar avaliações” (CPC, art. 143, V). Isso não significa que não possam existir avaliações realizadas em situações de risco, mas apenas que esse risco não caracteriza a natureza da atividade avaliativa.

19. O entendimento do STF proferido nos MI nº 833 e 844, aliado à decisão no mencionado RE nº 797.905 – no sentido de que as leis que disciplinam a apo-

sentadoria especial devem ser editadas pela União como leis nacionais – leva à conclusão de que apenas o Congresso Nacional pode legislar a respeito da aposentadoria especial de outras categorias de servidores sujeitas a risco, como o guarda municipal e os agentes carcerários.

20. Ressalta-se que, no RGPS, não existe aposentadoria especial por risco, de forma que, enquanto não editada a lei complementar federal disciplinando a matéria, não é possível aplicar subsidiariamente a legislação desse regime para a análise do requerimento da aposentadoria prevista no inciso II do § 4º do art. 40 da Constituição Federal⁶. O art. 57 da Lei nº 8.213/1991 – Lei que dispõe sobre os Planos de Benefícios do RGPS – trata da aposentadoria especial relativa ao segurado que tiver trabalhado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, hipótese de aposentadoria correspondente àquela prevista para o servidor no inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição Federal.

21. Quanto aos servidores com deficiência (inciso I do § 4º do art. 40 da CF), no momento, a concessão somente é possível por meio de ordem do STF proferida em mandado de injunção que determina a aplicação da legislação do Regime Geral, em especial a Lei Complementar nº 142/2013, que regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do RGPS. Ainda não há decisão de caráter abrangente (efeito *erga omnes*) que determine a concessão de aposentadoria aos servidores com deficiência sem a necessidade de decisão judicial em cada caso⁷.

22. É oportuno informar, que recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP alterou seu entendimento em relação à possibilidade de que os municípios do Estado legislem sobre aposentadorias dos guardas civis. **O entendimento atual do TJSP é de que compete apenas ao STF julgar os Mandados de Injunção em matéria de aposentadoria especial dos servidores públicos vinculados a RPPS e que são inconstitucionais as leis municipais que disponham sobre essa matéria, considerando que a competência é da União.**

⁶ Art. 201. [...]

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) (grifamos)

⁷ Está em tramitação no STF a ADO 32 por meio da qual a Procuradoria Geral da República requer a aplicação imediata da LC 142/2013 aos servidores, enquanto perdurar a omissão legislativa. Ademais, o STF iniciou julgamento da Proposta de Súmula Vinculante - PSV 118, sobre a possibilidade de incluir no verbete da SV 33 também a aposentadoria especial do servidor com deficiência.

23. Nesse sentido, o TJSP considerou inconstitucionais leis dos Municípios de Taboão da Serra/SP e de Americana/SP que dispuseram sobre a concessão de aposentadoria especial aos guardas civis municipais, conforme ementas das decisões a seguir transcritas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar 309, de 18 de setembro de 2013, do Município de Taboão da Serra, a inserir o artigo 97-A na Lei Complementar 141, de 22 de junho de 2007. Disposições sobre critérios diferenciados para concessão de aposentadoria aos Guardas Civis Municipais. Descabimento. Competência normativa pelo Município extravasada. Inconstitucionalidade. Desrespeito aos artigos 126 e 144 da Constituição do Estado. Ação procedente.

(ADI 2131973-25.2015.8.26.0000. Acórdão 2015.0000850630. Relator(a): Borelli Thomaz; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 11/11/2015; Data de registro: 13/11/2015) (grifamos)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.679, de 1º de agosto de 2014, DO Município de AMERICANA, DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE “AUTORIZA O PODER EXECUTIVO MUNICIPAL A REDUZIR O TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA APOSENTADORIA DA GUARDA MUNICIPAL DE AMERICANA – GAMA, NO MUNICÍPIO DE AMERICANA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”.

Comando legal DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - Violação à regra de separação de poderes contida nos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e art. 144, todos da Constituição Estadual.

LEI MUNICIPAL DISPONDO SOBRE PREVIDÊNCIA - MATÉRIA DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE DA UNIÃO, ESTADOS E DISTRITO FEDERAL – ART. 24, XII, DA Constituição Federal – COMPETE À UNIÃO LEGISLAR SOBRE A ADOÇÃO DE REQUISITOS E CRITÉRIOS DIFERENCIADOS PARA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA AOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE EXERÇAM ATIVIDADES DE RISCO - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO - ART. 1º E 144 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

AÇÃO DIRETA PROCEDENTE.

(ADI 2088613-40.2015.8.26.0000. Acórdão 2015.0000755889. Relator(a): João Negrini Filho; Co-

marca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 07/10/2015; Data de registro: 08/10/2015 (grifamos)

24. A clareza e uniformidade do entendimento do STF a respeito do não cabimento do exercício da competência legislativa plena pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, no que concerne à aposentadoria especial dos servidores, motivou também a **revisão do Parecer nº 16/2013/CONJUR-MPS/CGU/AGU/CGPRE, por meio do Parecer nº 211/2016/CONJUR-MPS/CGU/AGU, aprovado pelo Despacho nº 728/2016/CONJUR-MPS/CGU/AGU, de 26/04/2016⁸**. As conclusões do Parecer estão transcritas a seguir:

1. à luz da atual jurisprudência do STF, **a ausência de lei complementar federal (nacional) regulando a aposentadoria especial do servidor público (art. 40, §4º, da CF) não autoriza o exercício da competência legislativa plena pelos entes subnacionais nessa matéria;**
2. especificamente no caso de servidores policiais, a aposentadoria especial é regulada pela Lei Complementar nº 51/1985, a qual, por cumprir o papel de lei complementar geral nacional em relação a tais servidores, autoriza os Estados e o Distrito Federal a editar legislação suplementar, com base no §2º do art. 24 da CF. **Todavia, restringindo-se essa lei geral a uma determinada categoria funcional (policial), resta inviabilizada qualquer tentativa legislativa de estender o benefício especial a outras categorias de servidores, ainda que supostamente submetidas a riscos;**
3. **diante da Súmula Vinculante nº 33 do STF, enquanto não editada a lei complementar específica, que há de ser nacional, aplicam-se as regras do RGPS para os fins da aposentadoria especial prevista no art. 40, §4º, inciso III, da CF. (grifamos)**

25. Ainda quanto ao Parecer nº 211/2016/CONJUR-MPS/CGU/AGU, que se encontra disponível no site deste Ministério na *internet*⁹, e cuja leitura integral é recomendada, convém citar também o seguinte trecho:

⁸ Na página 144 do DOU de 11/05/2016, foi publicado o seguinte despacho do Senhor Ministro do Trabalho e Previdência Social: *Aprovo o PARECER Nº 211/2016/CONJUR-MPS/CGU/AGU, com os efeitos do art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 e, por conseguinte, revogo o parecer nº 16/2013/CONJURMPS/CGU/AGU aprovado pela portaria MPS nº 264, de 28 de maio de 2013, publicada no DOU de 29 de maio de 2013.*

⁹ <http://www.mtps.gov.br/legislacao-dos-rpps/pareceres-do-mps>.

28. A Constituição Federal, ao dispor sobre os regimes previdenciários próprios (RPPS), não conferiu aos entes federativos grande margem de conformação em relação aos principais benefícios previdenciários, quais sejam, a aposentadoria e a pensão por morte. **Não haveria sentido em se uniformizar, minudentemente, os requisitos para a aposentadoria comum e possibilitar ampla diferenciação quanto aos requisitos da aposentadoria especial. Tratando-se de exceção às regras gerais de aposentadoria, a disciplina do benefício especial deve seguir o mesmo grau de uniformização destas normas, referentes ao benefício comum.**

[...]

32. Em suma, na linha dos vários precedentes do STF, a uniformização, no caso, não é apenas desejável, mas imprescindível ao sistema previdenciário, razão pela qual **não estão os entes subnacionais autorizados a expedir, com base no disposto no § 3º do art. 24 da CF, legislação autônoma sobre a matéria.**

II. DAS CONCLUSÕES

26. Segundo entendimento uniforme do STF, a competência concorrente para legislar sobre previdência social, conforme prevê o art. 24, XII, da Constituição Federal, não afastaria a necessidade de edição de **norma regulamentar uniforme de caráter nacional, pela União**, no caso da aposentadoria especial do servidor público. Assim, resta aos Estados e DF exercer a competência legislativa concorrente suplementar complementar e não a supletiva.

27. Portanto, o STF confirmou a aplicação a todos os entes federativos do disposto no parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.717/1998, que veda a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria. Significa dizer que, para a concessão das aposentadorias especiais previstas no § 4º do art. 40 da Constituição, é necessária a edição de lei complementar federal estabelecendo a norma geral (de caráter nacional), que garanta a aplicação do direito constitucional de forma igualitária para todos os servidores que se encontrarem na mesma condição de deficiência, de risco ou em condições especiais.

28. Quanto à aposentadoria especial de que trata o inciso II do § 4º do art. 40 da Constituição, ainda não foi editada lei complementar federal que defina o con-

ceito de *atividade de risco*, de modo a possibilitar a identificação das categorias funcionais que possam ter suas atividades enquadradas como tais, ou que relacione tais categorias. O conceito indeterminado de atividades de risco necessita de uma norma nacional capaz de conferir uniformidade ao objeto da competência legislativa concorrente suplementar dos Estados e do Distrito Federal, prevista no § 2º do art. 24 da Constituição ou a competência dos Municípios estabelecida no art. 30, I e II da Constituição. Então, a competência dos entes somente pode ser exercida quando já houver lei federal sobre a matéria e de forma complementar a esta. Enquanto isso, conforme o entendimento do STF, somente é possível aos Estados conceder aposentadoria especial por atividade de risco aos policiais civis, ainda que haja outras categorias de servidores que entendam estarem sujeitas a atividades de risco.

29. À aposentadoria especial dos servidores que exercem atividades que prejudicam a saúde ou a integridade física, aplica-se a legislação do RGPS conforme determinação do STF na Súmula Vinculante 33. Considerando que a Súmula somente se aplica a essa hipótese, para a concessão de aposentadoria especial aos servidores com deficiência, ainda é necessária existir ordem do STF em mandado de injunção que ampare o servidor. Para o correto cumprimento das determinações do STF em mandados de injunção e da Súmula Vinculante nº 33, esta Secretaria editou a Instrução Normativa SPPS nº 01/2010, atualizada pela Instrução Normativa SPPS nº 03/2014, a Instrução Normativa SPPS nº 02/2014 e a Nota Técnica nº 02/2014/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, de 15/05/2014¹⁰.

Coordenação-Geral de Normatização e Acompanhamento Legal - CGNAL

Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público - DRPSP

Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS

Ministério do Trabalho e Previdência Social- MTPS

e-mail: sps.cgnal@previdencia.gov.br - Telefone: (61) 2021-5555

¹⁰ As normas desta Secretaria e demais documentos de caráter geral sobre os RPPS estão disponíveis na internet na página a seguir: <http://www.mtps.gov.br/mais-informacoes-de-regimes-proprios-da-previdencia/previdencia-no-servico-publico/legislacao>

NOTA EXPLICATIVA **Nº 05/2016/CGNAL/DRPSP/SPPS/MTPS**

Brasília, 02 de fevereiro de 2016.

APLICAÇÃO, PELOS RPPS, DA IDADE PARA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DISCIPLINADA PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 152/2015

A Lei Complementar nº 152, de 03/12/2015, publicada no Diário Oficial da União de 04/12/2015, alterou a idade para a aposentadoria compulsória dos segurados dos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Foi elevada, de 70 para 75 anos, a idade limite de permanência no cargo pelos agentes públicos aos quais se aplica o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, conforme dispositivo a seguir:

Art. 2º Serão aposentados compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade:

I - os servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações;

II - os membros do Poder Judiciário;

III - os membros do Ministério Público;

IV - os membros das Defensorias Públicas;

V - os membros dos Tribunais e dos Conselhos de Contas.

2. A idade foi majorada conforme previsão da Emenda Constitucional nº 88, de 07/05/2015, que promoveu a seguinte alteração no texto constitucional:

Art. 40. [...]

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

[...]

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75

(setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; [...]

3. Desde então, este Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público - DRPSP recebeu diversos questionamentos acerca da possibilidade de aplicação direta e imediata do novo limite aos segurados dos RPPS dos demais entes federativos, cuja legislação ainda prevê a idade de 70 anos como máxima. A dúvida mais recorrente é sobre a necessidade de se adaptar previamente a norma local. Por isso, no exercício das competências atribuídas a este Ministério no art. 9º da Lei nº 9.717, de 27/11/1998, atribuições que são desempenhadas pelo DRPSP por designação regimental, serão prestadas orientações a seguir, que objetivam trazer os esclarecimentos gerais e responder às dúvidas específicas recebidas.

I. DA ANÁLISE

4. O art. 40 da Constituição Federal contém normas que são de observância obrigatória por todos os entes federados que instituíram RPPS para seus servidores. Esse é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal - STF reiterado em diversas decisões. Cita-se, a título de exemplo, as decisões proferidas na ADI 4.698-MC (1º/12/2011-Plenário) e ADI 4.696-MC (1º/12/2011-Plenário). Nessas decisões, o Tribunal confirmou entendimento proferido na ADI 369, (9-12-1998-Plenário) no seguinte teor:

Já se firmou na jurisprudência desta Corte que, entre os princípios de observância obrigatória pela Constituição e pelas leis dos Estados-membros, se encontram os contidos no art. 40 da Carta Magna Federal (assim, nas ADI 101, ADI 178 e ADI 755).

5. Em consequência, as Constituições e leis dos entes federados (orgânicas, complementares e ordinárias) que tratam de aposentadoria e pensão por morte dos servidores amparados em RPPS, devem espelhar o art. 40 da Constituição Federal e não podem estabelecer disposições contrárias do que nele está previsto. Também devem ser uniformemente respeitadas por todos os entes federados as leis nacionais editadas para disciplinar os dispositivos do art. 40. Nesse sentido decidiu o pleno do STF, no Recurso Extraordinário nº 797.905/SE, julgado com repercussão geral em 15/05/2015, ao firmar ser de competência da União a edição das leis complementares relativas a aposentadorias especiais, de que tratam o § 4º

do art. 40 da Constituição, ainda que os interessados sejam servidores estaduais, distritais ou municipais. Há necessidade de que a norma disciplinadora do art. 40 seja uniforme, de caráter nacional, editada pela União.

6. São exemplos de normas já editadas, de aplicação nacional e imediata, os arts. 1º e 2º da Lei nº 10.887, de 18/06/2004, resultante da conversão da Medida Provisória nº 167, de 19/02/2004, que disciplinaram regras de cálculo de aposentadoria e de pensão por morte, conforme exigido pelos §§ 3º, 7º e 17 do art. 40 da Constituição, com redação da Emenda Constitucional nº 41/2003. Esses dispositivos são aplicados diretamente aos RPPS por todos os entes da federação, desde sua vigência, ainda que a legislação local ainda não tenha sido atualizada.

7. Da mesma forma, a idade limite de permanência no cargo de todos os segurados de RPPS passou a ser de 75 anos desde 04/12/2015, data de início de vigência da Lei Complementar nº 152/2015. Isso ocorre por que todas as normas que exigiam a aposentadoria compulsória do servidor aos 70 anos de idade perderam seu suporte de validade na Constituição Federal desde a data em que o inciso II do § 1º do art. 40, com a redação da Emenda nº 88/2015, foi nacionalmente disciplinado pela LC nº 152/2015.

8. Ainda que desnecessária a previsão de aplicação a todos os entes federativos, pois a lei complementar deve ser aplicada em conjunto com os dispositivos constitucionais que exigiram sua edição, o art. 1º da LC nº 152/2015 previu expressamente sua aplicação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios¹. Por isso, caso o servidor não se enquadrar em nenhuma das regras de aposentadoria voluntária previstas no art. 40 e nas Emendas nº 41/2003 ou 47/2005, a Administração deverá aposentá-lo compulsoriamente na data em que completar os 75 anos.

I.1 Da reversão de aposentadoria e possibilidade de opção

9. Se a idade de 70 anos foi completada antes da vigência da LC nº 152/2015, ou seja, até 03/12/2015, inclusive, deve ser mantida a inativação compulsória com a idade anterior, ainda que o ato de aposentadoria tenha sido publicado posteriormente. É que a aposentadoria compulsória ocorre automaticamente quando do implemento da idade e Administração apenas a decçara e define os proventos conforme as regras vigentes. A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de

¹ Art. 1º Esta Lei Complementar dispõe sobre a aposentadoria compulsória por idade, com proventos proporcionais, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos agentes públicos aos quais se aplica o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal.

que, em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade (princípio *tempus regit actum*). Demais disso, a LC nº 152/2015 não previu sua aplicação retroativa nem estabeleceu regras transitórias.

10. Quanto à possibilidade de reversão da aposentadoria compulsória concedida antes de ser editada a LC nº 152/2015, na hipótese de o servidor ainda não ter completado 75 anos, cabe esclarecer que não parece ser factível essa prática. A aposentadoria compulsória ocorrida antes da edição da lei configura ato jurídico perfeito. Havia uma presunção constitucional de incapacidade para o exercício do cargo aos 70 anos, presunção que somente foi alterada com a vigência da LC 152/2015. Ademais, em regra, os estatutos preveem reversão somente da aposentadoria por invalidez e da voluntária, segundo as regras definidas. Como exemplo, cita-se o art. 25 da Lei nº 8.112/1990, Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União².

11. Mesmo que a lei do ente federativo contenha previsão ampla a respeito da reversão, cuja interpretação permita enquadramento da hipótese da aposentadoria compulsória, a Administração deverá avaliar o risco de que haja entendimento judicial ou dos órgãos de controle em sentido contrário. Verificou-se precedente do STF na ADI 250, em que se discutiu da previsão da Constituição do Estado de São Paulo da reversão das aposentadorias compulsórias de policiais aos 65 anos, com fundamento na LC nº 51/1985, ocorridas antes da Constituição Federal de 1988, que definiu a idade limite de 70 anos. A ação foi julgada procedente por vício de iniciativa, mas o Relator Ministro Ilmar Galvão registrou seu entendimento de que a previsão de reversão representava também inconstitucionalidade material pois foi criada uma hipótese de retroatividade da norma não prevista em seu texto.

12. Ainda a respeito do tema, cabe recordar previsão contida no art. 77 da Orientação Normativa SPPS nº 02/2009 de que, *na ocorrência das hipóteses previstas para concessão de aposentadoria compulsória ou por invalidez a seguido que tenha cumprido os requisitos legais para concessão de aposentadoria voluntária em qualquer regra, o RPPS deverá facultar que, antes da concessão da aposentadoria de ofício, o servidor, ou seu representante legal, opte pela apo-*

² Art. 25. Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado:

I - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou

II - no interesse da administração, desde que:

a) tenha solicitado a reversão;

b) a aposentadoria tenha sido voluntária;

[...]

sentadoria de acordo a regra mais vantajosa. Nesse sentido, antes que ocorra a data limite para aposentadoria compulsória, compete à Administração orientar o servidor sobre eventual direito de opção por regra de aposentadoria voluntária, caso cumpridos os requisitos exigidos.

13. Por isso, se o servidor tiver requerido a aposentadoria voluntária antes de completar 70 anos e se essa idade foi atingida a partir de 04/12/2015, não ocorreu a obrigatoriedade de que a Administração o aposentasse, pois passou a vigor o novo limite de 75 anos. Caso ainda não tenha havido a publicação do ato de aposentadoria voluntária, é possível a desistência do pedido pelo servidor, observado o que dispuser o ente a respeito. Se o ato foi publicado, poderá haver a reversão, desde que haja previsão na norma local, requerimento do servidor e permissão pela Administração, uma vez que, nesse caso, a aposentadoria foi voluntária e não compulsória.

I.2 Das regras de cálculo, reajustamento e aplicação da proporcionalidade

14. Deve ser ressaltado que, aos proventos da aposentadoria compulsória, aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º e 17 do art. 40 da Constituição e no art. 1º da Lei nº 10.887/2004, que disciplina o cálculo pela média das remunerações de contribuição do segurado a todos os regimes de previdência. Deve também ser obedecido o que dispõe o § 8º do art. 40, que prevê reajustamento dos benefícios para preservar-lhes o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

15. Ademais, os proventos são proporcionais ao tempo de contribuição. Os itens 7.6, 7.6.1 e 7.6.2 do Anexo da Portaria MPS nº 402, de 10/12/2008, disciplinam a regra a ser aplicada no cálculo da proporcionalidade, conforme a seguir

7.6. Para o cálculo do valor inicial dos proventos proporcionais ao tempo de contribuição, será utilizada fração cujo numerador será o total desse tempo e o denominador, o tempo necessário à respectiva aposentadoria voluntária com proventos integrais, conforme item 1.3.1. [Sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher]

7.6.1. A fração de que trata o subitem 7.6 será aplicada sobre o valor inicial do provento calculado pela média das contribuições conforme item 7, observando-se previamente a aplicação do limite de remuneração do cargo efetivo de que trata o subitem 7.5 [remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria].

7.6.2. Os períodos de tempo utilizados no cálculo previsto neste item serão considerados em número de dias.

16. Ressalte-se que, além de esclarecer como se calcula a fração dos proventos proporcionais (item 7.6) e de definir que os períodos de tempo de contribuição – cumprido e exigido – devem ser considerados em dias (item 7.6.2), o Anexo da Portaria MPS nº 402/2008 (item 7.6.1) estabelece sobre qual valor será aplicada a fração e em que momento se aplica o limite da remuneração do servidor no cargo, previsto no § 5º do art. 1º da Lei nº 10.887/2004 e no § 2º do art. 40 da Constituição Federal.

17. Em resumo, no cálculo de todas as aposentadorias concedidas com proventos proporcionais, antes de se aplicar a proporção correspondente ao tempo de contribuição do segurado e o máximo exigido, o valor encontrado pela aplicação da média das remunerações de contribuição (art. 1º da Lei nº 10.887/2004) deverá ser comparado com o limite da remuneração do servidor no cargo efetivo, efetuando-se o corte se o limite for inferior. Esse seria o valor dos proventos integrais e sobre ele deve ser aplicada a proporção, a fração calculada caso a caso para se obter os proventos proporcionais.

18. Por oportuno, registra-se que esse entendimento foi recentemente confirmado pelo Tribunal de Contas da União - TCU no Acórdão nº 1.176/2015-Plenário, por meio do qual foi revisado o posicionamento anterior do Tribunal para concordar com a interpretação deste Ministério acerca do cálculo da aposentadoria proporcional expressa na ON SPPS nº 02/2009 que reproduz o conteúdo do item 7.6.1 do Anexo da Portaria MPS nº 402/2008. É o que consta no item 9.2.4 do Acórdão nº 1.176/2015:

9.2.4. no cálculo do valor inicial dos proventos relativos à aposentadoria proporcional, o valor resultante do cálculo pela média deve ser previamente confrontado com o limite de remuneração do cargo efetivo previsto no § 5º, do art. 1º, da Lei nº 10.887, de 2004, promovendo-se, posteriormente, a aplicação da fração correspondente, segundo o disposto no art. 62, § 1º, da Orientação Normativa MPS/SPS nº 2, de 31 de março de 2009; [...]

II. CONCLUSÕES

19. Diante do exposto, conclui-se que:

- a) O art. 40 da Constituição Federal e as leis que o disciplinam devem ser aplicados obrigatória e imediatamente por todos os entes federativos que instituíram, por lei, Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS para seus servidores.
- b) Desde 04/12/2015, data de publicação da Lei Complementar nº 152/2015, é de 75 anos a idade limite para a permanência no cargo pelos segurados amparados pelos RPPS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mesmo que ainda não tenha havido atualização da norma local.
- c) Aos segurados que completaram a idade de 70 anos até 03/12/2015, inclusive, deve ser mantido ou concluído o ato de concessão da aposentadoria compulsória, na data em que atingida a data limite, pois a Lei Complementar nº 152/2015 não previu efeitos retroativos ou situações transitórias.
- d) Entende-se que a reversão da aposentadoria compulsória não deve ser feita em razão de o afastamento ser determinado pela Constituição. Consequentemente, os estatutos dos servidores não preveem essa hipótese de reversão, a exemplo do art. 25 da Lei nº 8.112/1990. Mesmo que a lei do ente contemple previsão ampla a respeito da possibilidade de reversão, é possível que o retorno à atividade do servidor afastado compulsoriamente, conforme previsão vigente à época do implemento da idade, seja considerado, pelos órgãos judiciais ou de controle, um procedimento irregular, pois a Lei Complementar nº 152/2015 não previu retroatividade ou regra transitória e a aposentadoria compulsória é ato jurídico perfeito, ocorrido automaticamente com o atingimento da idade limite.
- e) Antes que o segurado complete a idade que causará a aposentadoria compulsória, a Administração deve orientá-lo sobre eventual direito a requerer aposentadoria voluntária. Caso o segurado não possa ou não formule requerimento, deve ser declarada a aposentadoria compulsória, com proventos proporcionais, a partir da data em que o segurado completar a idade limite vigente.
- f) Os servidores que requereram aposentadoria voluntária antes de 04/12/2015, por estarem próximos a completar a idade de 70 anos, mas não a completaram até a data de publicação da Lei Complementar nº 152/2015 e tiverem interesse em retornar à atividade em face do au-

mento do limite para 75 anos, poderão requerer a reversão do ato, pois a aposentadoria foi voluntária. Cabe à Administração a adequação do pedido à legislação local e a conveniência do retorno. Caso ainda não tenha sido publicado o ato, os servidores manifestar a sua desistência do pedido sem necessidade de reversão, observado o que dispuser o ente a respeito.

- g) O cálculo dos proventos da aposentadoria compulsória deve observar o disposto nos §§ 2º, 3º e 17 do art. 40 da Constituição e o art. 1º da Lei nº 10.887/2004. Deve também ser obedecido o que dispõe o § 8º do art. 40, que prevê reajustamento dos benefícios para preservar-lhes o valor real.
- h) A proporcionalidade dos proventos deve ser calculada conforme os itens 7.6, 7.6.1 e 7.6.2 do Anexo da Portaria MPS nº 402, de 10/12/2008. O tempo é contado em dias e, antes de se aplicar a proporção correspondente ao tempo de contribuição do segurado e o máximo exigido (30/35 anos, equivalentes a 10.950/12.775 dias), o valor encontrado pela aplicação da média das remunerações de contribuição deverá ser comparado com o limite da remuneração do servidor no cargo, efetuando-se o corte se esse limite for inferior. Ou seja, aplica-se a proporção sobre o valor a que corresponderiam os proventos se fossem integrais e não diretamente sobre o valor da média.
- i) É vedada a fixação de limites mínimos de proventos de aposentadoria compulsória em valor superior ao salário mínimo nacional, conforme inciso II do parágrafo único do art. 57 da Orientação Normativa SPS nº 02/2009.

Coordenação-Geral de Normatização e Acompanhamento Legal - CGNAL

Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público - DRPSP

Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS

Ministério do Trabalho e da Previdência Social - MTPS

e-mail: sps.cgnal@previdencia.gov.br - Telefone: (61) 2021-5555

NOTA EXPLICATIVA

Nº 04/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS

Brasília, 03 de fevereiro de 2015.

DA ABRANGÊNCIA DA APLICAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 664, DE 2014.

Em 30/12/2014, foi editada pela União a Medida Provisória nº 664, que altera regras de concessão de benefícios previdenciários previstos nas Leis nº 8.213, de 24/07/1991, e nº 8.112, de 11/12/1990, além de tratar de outros temas. Desde então, este Departamento tem recebido questionamentos de diversos entes federativos sobre a aplicação dessa Medida Provisória aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios amparados em Regime Próprio de Previdência Social - RPPS. Passa-se, pois, à análise do tema com vistas a prestar as orientações cabíveis com fundamento na competência deste Ministério prevista no art. 9º, I da Lei nº 9.717, de 27/11/1998.

2. As regras gerais para a organização e o funcionamento dos RPPS estão estabelecidas na Lei nº 9.717, de 1998, que foi editada pela União com fundamento no art. 24, XII da Constituição Federal. A Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, também contém regras de natureza geral, pois disciplina, nos art. 1º e 2º, o cálculo de aposentadorias e pensões previstos no art. 40 da Constituição. Os benefícios dos segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, são regidos pela Lei nº 8.213, de 1991, que sofreu modificações pela Medida Provisória nº 664, de 2014. Também alterada pela Medida Provisória, a Lei nº 8.112, de 1990, disciplina o regime jurídico dos servidores públicos federais, estabelecendo tanto regras estatutárias funcionais quanto previdenciárias.

3. Nenhuma das regras da Lei nº 8.112, de 1990, se estende automaticamente aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O chefe do Poder Executivo de cada ente federativo detém a competência para iniciar as leis que tratem de regras aplicáveis aos servidores, obedecidos os parâmetros da Constituição e das normas gerais. O art. 61, § 1º, II, c, da Constituição Federal prevê essa competência quanto ao Presidente da República, mas esse dispositivo

é de reprodução obrigatória aos demais entes federativos, em razão do Princípio da Simetria. As novas disposições da Lei nº 8.112, de 1990, podem apenas ser utilizadas como paradigma para elaboração das leis de cada ente a respeito dos temas de que trata.

4. Quanto às normas do RGPS, estabelecidas na Lei nº 8.213, de 1991, há previsão no art. 40, § 12 da Constituição Federal de sua aplicação aos RPPS, mas somente no que lhes for cabível. Mesmo as regras do RGPS que são consideradas passíveis de extensão aos servidores não têm a força de revogar as previsões das leis locais que estiverem de acordo com as normas gerais da Lei nº 9.717, de 1998, e com a Constituição Federal e suas Emendas. Portanto, ainda que cabíveis, as normas do RGPS somente são válidas aos RPPS se reproduzidas na lei local ou se houver omissão dessa lei em relação a algum aspecto.

5. Por outro lado, deve-se observar que determinadas alterações promovidas para o RGPS sequer podem ser estendidas aos RPPS, sejam o federal ou os dos demais entes. Um exemplo de regra definida para o RGPS que não pode ser adotada para os servidores é a forma de cálculo das pensões por morte prevista no art. 75 da Lei nº 8.213, de 1991, que prevê, inclusive, redução posterior do valor do benefício por cessação de cotas. É que, no RGPS, esse benefício não tem o valor estabelecido na Constituição, mas na lei ordinária, podendo ser alterado por outra lei ou ato com a mesma força normativa: a Medida Provisória. No entanto, no âmbito dos RPPS, o valor do benefício foi taxativamente estabelecido nos incisos do § 7º do art. 40 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 40. [...]

§ 7º Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, **que será igual:**

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou

II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito. (grifamos)

6. A Constituição não permite, pois, que o valor das pensões pagas pelos RPPS seja reduzido, enquanto o benefício for devido. Por isso, o art. 2º da Lei nº

10.887, de 2004, que se aplica aos RPPS de todos os entes da federação, reproduziu a regra constitucional de cálculo.

7. Porém, não há impedimento a que sejam modificados os critérios de concessão e que haja previsão de cessação do pagamento do valor integral da pensão segundo condições legais, com o objetivo de aperfeiçoar as regras de concessão do benefício. Por essa razão, os arts. 215, 217, 218, 222, 223 e 225 da Lei nº 8.112, de 1990, sofreram alterações, que podem ser assim sintetizadas:

- a) exigência de tempo mínimo de dois anos de contribuição para acesso ao benefício de pensão por morte, exceto no caso de falecimento por acidente de trabalho e doença profissional ou do trabalho;
- b) previsão de tempo mínimo de dois anos de casamento ou união estável, exceto nos casos de acidente posterior ao casamento ou para cônjuge ou companheiro incapaz para o trabalho;
- c) fim do benefício vitalício para os cônjuges jovens, passando o tempo de duração a ser variável conforme a expectativa de vida do beneficiário (segundo a previsão atual, o benefício continua vitalício para os cônjuges que tiverem a partir de 44 anos ou forem incapazes para o trabalho).

8. Todas as regras previstas na Lei nº 8.112, de 1990, para o benefício de pensão por morte podem ser instituídas para os servidores dos demais entes federativos, mediante revisão da legislação vigente. É recomendável que os entes federativos promovam alterações nesse sentido, com o objetivo de uniformizar o tratamento dado aos segurados dos diversos regimes previdenciários e buscando contribuir para o equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS.

9. Além disso, caso o RPPS seja responsável pelo custeio do auxílio-doença aos servidores, é permitido também ao ente federativo adequar sua legislação às regras desse benefício, na forma prevista na Lei nº 8.213, de 1991. Não há regra geral definindo o valor do auxílio-doença para os servidores, cabendo a cada ente a sua disciplina, conforme art. 52 da Orientação Normativa SPPS nº 02, de 2009. Caso o ente federativo não classifique esse benefício como previdenciário em sua legislação, mantendo o pagamento da remuneração ao servidor em licença-saúde estatutária, as regras do RGPS não são aplicáveis.

10. Diante disso, conclui-se que:

- a) as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 664, de 2014, na Lei nº 8.112, de 1990, e na Lei nº 8.213, de 1991, que serão apreciadas

pelo Congresso Nacional, não se aplicam automaticamente aos servidores amparados em RPPS;

- b) somente por lei local as previsões da Medida Provisória nº 664, de 2014, podem ser estendidas aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, respeitadas as normas constitucionais e gerais específicas dos servidores;
- c) a regra de cálculo do valor da pensão por morte concedida aos dependentes dos segurados do RGPS, conforme Lei nº 8.213, de 1991, não pode ser aplicada aos servidores, visto que representaria descumprimento do que dispõe o § 7º do art. 40 da Constituição Federal e o art. 2º da Lei nº 10.887, de 2004;
- d) podem ser utilizadas como parâmetro para alterações das regras da legislação de cada ente federativo as novas regras relativas à concessão e tempo de duração do benefício de pensão por morte, previstas nos arts. 215, 217, 218, 222, 223 e 225 da Lei nº 8.112, de 1990, e as regras do benefício previdenciário de auxílio-doença, previstas na Lei nº 8.213, de 1991, se esta (benefício previdenciário) for a sua caracterização na legislação local.

Coordenação-Geral de Normatização e Acompanhamento Legal - CGNAL

Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público - DRPSP

Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS

Ministério da Previdência Social - MPS

e-mail: sps.cgnal@previdencia.gov.br - Telefone: (61) 2021-5725

NOTA EXPLICATIVA

Nº 03/2014/CGNAL/DRPSP/SPS/MPS

Brasília, 07 de abril de 2014.

DAS REGRAS DE REAJUSTAMENTO DOS BENEFÍCIOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO POR MORTE CONCEDIDOS PELOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

O item 8 do Anexo da Portaria MPS nº 402, de 2008, com alterações da Portaria MPS nº 21, de 2014, transcrito a seguir, estabelece a forma de reajustamento do valor dos benefícios de aposentadoria e de pensão por morte concedidos conforme previsto nos arts. 1º e 2º da Lei nº 10.887, de 2004, resultante da conversão da Medida Provisória nº 167, de 2004:

8. A partir de outubro de 2011, é assegurado o reajustamento dos benefícios de aposentadoria e pensão concedidos de acordo com os itens 1, 2, 3 e 4, para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme a variação do índice oficial de atualização adotado em lei de cada ente federativo, aplicando-se, aos períodos anteriores, o disposto nos subitens 8.1 e 8.2.

8.1. No período de janeiro de 2008 a setembro de 2011, é garantido aos segurados dos RPPS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o reajustamento dos benefícios de que trata este item, para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, nas mesmas datas e índices utilizados para fins de reajustes dos benefícios do RGPS.

8.2. No período de junho de 2004 a dezembro de 2007, aplica-se, aos benefícios de que trata este item, o reajustamento de acordo com a variação do índice oficial de atualização, adotado em lei de ente federativo, nas mesmas datas em que se deram os reajustes do RGPS.

8.2.1. Na ausência de adoção expressa, pelo ente, no período de junho de 2004 a dezembro de 2007, do índice oficial de reajustamento para preservar, em caráter permanente, o valor real, aplicam-se os mesmos índices aplicados aos benefícios do RGPS.

8.3. O reajustamento de que trata este item será aplicado de forma proporcional entre a data da concessão e a do primeiro reajustamento. (grifamos)

2. O art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004, disciplina o cálculo dos proventos das aposentadorias concedidas por Regime Próprio de Previdência Social - RPPS conforme determinado pelos §§ 3º e 17 do art. 40 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003. O art. 2º trata do cálculo do benefício de pensão por morte, de acordo com a nova redação do § 7º do art. 40 da Constituição Federal. Por disposição expressa contida nesses dispositivos, os arts. 1º e 2º da Lei nº 10.887, de 2004, são aplicáveis aos servidores amparados por RPPS de todos os entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

3. Os benefícios de aposentadoria e de pensão, calculados conforme arts. 1º e 2º da Lei nº 10.887, de 2004, e da Medida Provisória nº 167, de 2004, devem, em obediência ao que dispõe a redação vigente do § 8º do art. 40 da Constituição, ser reajustados de forma a preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real. Essa forma de reajustamento passou a ser a regra geral de revisão dos benefícios de aposentadoria e pensão concedidos pelos RPPS, substituindo a paridade com a remuneração dos servidores ativos.

4. Quando da edição da Lei nº 10.887, de 2004, foi previsto, no seu art. 15 que *os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados na mesma data em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social*. Em razão dessa previsão, este Ministério entendeu que o reajustamento deveria ocorrer de acordo com a variação do índice oficial de atualização, adotado em lei de cada ente federativo, nas mesmas datas em que se deram os reajustes do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. E que, na ausência de adoção expressa, pelo ente, do índice oficial de reajustamento, aplicar-se-iam os mesmos índices aplicados aos benefícios do RGPS. É o que consta dos itens 8.2 e 8.2.1 do Anexo da Portaria MPS nº 402, de 2008.

5. Esse entendimento prevaleceu de junho de 2004 a dezembro de 2007, visto que a Medida Provisória nº 431, de 14 de maio de 2008, alterou a redação do art. 15 da Lei nº 10.887, de 2004, passando a prever que *os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os §§ 3º e 4º do art. 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, nos termos dos arts. 1º e 2º desta Lei, serão atualizados, a partir de janeiro de 2008, nas mesmas datas e índices utilizados para fins dos reajustes dos benefícios do regime geral de previdência social*.

6. Portanto, desde janeiro de 2008, passou a ser garantido aos segurados dos RPPS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o reajustamento dos benefícios calculados conforme arts. 1º e 2º da Lei nº 10.887, de 2004, de forma a preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, nas mesmas datas e índices utilizados para fins de reajustes dos benefícios do RGPS. Essa é a previsão contida no item 8.1 do Anexo da Portaria MPS nº 402, de 2008.

7. É oportuno realçar a diferença de disciplina nos períodos. A redação original do art. 15 da Lei nº 10.887, de 2004, previu que o reajustamento deveria ser realizado na mesma data em que se desse o reajuste dos benefícios do RGPS. A Medida Provisória nº 431, de 2008, ao alterar esse dispositivo, determinou que, além de ser efetuado o reajustamento na mesma data, deveria ser utilizado também o mesmo índice aplicável no âmbito do Regime Geral.

8. No RGPS, os benefícios são reajustados no mesmo mês em que se dá o reajuste do salário mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início de pagamento ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, conforme dispõe o art. 41-A da Lei nº 8.213, de 1991. Portanto, a partir do exercício de 2008, os benefícios de aposentadoria e pensão por morte dos servidores amparados pelos RPPS da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, concedidos de acordo com o disposto nos arts. 1º e 2º da Lei nº 10.887, de 2004, e da Medida Provisória nº 167, de 2004, deveriam ser reajustados por este mesmo índice.

9. A Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008, resultante da conversão da Medida Provisória nº 431, de 2008, modificou novamente a redação do art. 15 da Lei nº 10.887, de 2004, mas essa alteração não afetou a regra geral, ou seja, os índices e as datas em que seriam reajustados os benefícios. Confira-se a redação vigente:

Art. 15. Os proventos de aposentadoria e as pensões de que tratam os arts. 1º e 2º desta Lei serão reajustados, a partir de janeiro de 2008, na mesma data e índice em que se der o reajuste dos benefícios do regime geral de previdência social, ressalvados os beneficiados pela garantia de paridade de revisão de proventos de aposentadoria e pensões de acordo com a legislação vigente.

10. Deve ser ressaltado que os benefícios com direito ao reajustamento anual de acordo com o art. 15 da Lei nº 10.887, de 2004, não podem ser revistos pela paridade com a remuneração do servidor ativo. Portanto, em regra, não devem ser

estendidos aos benefícios concedidos de acordo com o disposto nos arts. 1º e 2º da Lei nº 10.887, de 2004, quaisquer variações remuneratórias ou vantagens concedidas aos servidores em atividade após a inativação ou falecimento do servidor.

11. Por isso, a ressalva feita ao final do art. 15, quanto à garantia de revisão de benefícios pela paridade, de acordo com a legislação vigente, deve ser interpretada de acordo com as hipóteses constitucionais que preveem essa exceção, ou seja, os benefícios que, embora calculados na forma determinada pela Lei nº 10.887, de 2004, não devem ser revistos conforme o disposto no art. 15 dessa Lei.

12. O parágrafo único do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005, concedeu a revisão pela paridade às pensões derivadas dos proventos dos servidores falecidos que tiverem se aposentado de acordo com o artigo 3º. A mesma exceção foi estendida pela Emenda nº 70, de 2012, às pensões derivadas dos proventos dos servidores que ingressaram no serviço público até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, e que tenham se aposentado por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal. É o que dispõe o parágrafo único do art. 6º-A da Emenda nº 41, de 2003, inserido pela Emenda nº 70, de 2012. O Anexo da Portaria MPS nº 402 de 2008 também trata do tema nos itens 11.1, 11-A e 11-A.2, transcritos a seguir:

11. Os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pelos RPPS, em fruição em 31 de dezembro de 2003, bem como os abrangidos pelo item 10, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidas aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

11.1. Aplica-se o disposto neste item aos proventos das aposentadorias concedidas conforme item 5 e 6, **observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com o item 6.** (grifamos)

11-A. O segurado de RPPS, que tenha ingressado no serviço público até 31 de dezembro de 2003, e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no item 1.1, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efeti-

vo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não lhes sendo aplicáveis as disposições constantes dos itens 7 e 8.

11-A.1. As pensões derivadas dos proventos dos segurados de que trata este item, quando falecidos depois de 31 de dezembro de 2003, serão calculadas conforme item 3.

11-A.2. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste item o disposto no item 11, **observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses segurados, ainda que a aposentadoria tenha ocorrido antes de 31 de dezembro de 2003 e o falecimento depois dessa data** (grifamos)

13. Ou seja, às pensões derivadas de falecimento de servidor aposentado de acordo com o art. 3º da Emenda nº 47, de 2005, ou pelo art. 6º-A da Emenda nº 41, de 2003, embora calculadas de acordo com a regra do art. 2º da Lei nº 10.887, de 2004, não se aplica a revisão anual para manutenção do valor real, mas a paridade com a remuneração dos ativos, prevista no art. 7º da Emenda nº 41, de 2003.

14. Ocorre que a constitucionalidade do art. 15 da Lei nº 10.887, com a redação da Lei nº 11.784, de 2008, foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal - STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.582. Na seção do dia 28/09/2011, o STF restringiu, cautelarmente, a aplicabilidade do preceito aos aposentados e pensionistas da União.

15. Significa que a regra de reajustamento contida no art. 15 da Lei nº 10.887, de 2004, não possui mais o caráter de norma geral e seu cumprimento não pode ser exigido dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Considerando que a medida cautelar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade teve efeitos a partir da referida decisão, pois não houve manifestação contrária da Corte a respeito, o dispositivo não se aplica aos demais entes desde a divulgação da parte dispositiva da decisão que ocorreu no DJe 07/10/2011.

16. Essa decisão fundamentou a redação do Item 8 do Anexo da Portaria MPS nº 402, de 2008, no sentido de que, a partir de outubro de 2011, é necessária a definição, por meio de lei de cada ente federativo, de índice oficial de atualização dos benefícios para o reajustamento dos benefícios de aposentadoria e pensão concedidos conforme o art. 1º e 2º da Lei nº 10.887, de 2004. Desde outubro de 2011, a eficácia do § 8º do art. 40 da Constituição Federal dependerá dessa providência para produzir efeitos em relação aos servidores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, visto que o art. 15 da Lei nº 10.887, de 2004, aplica-se somente aos servidores federais.

17. Cabe ressaltar que a lei de cada ente pode seguir os mesmos critérios de periodicidade anual e do índice de preços aplicados pelo RGPS, visto que a decisão liminar na ADI nº 4582 não apontou vício material na norma editada pela União. Significa que o conteúdo do art. 15 da Lei nº 10.887, de 2004, é válido para disciplinar o disposto no § 8º do art. 40 da Constituição, desde que seja reproduzido pelos entes federativos em sua legislação.

18. Em resumo, de acordo com as normas vigentes, o reajustamento dos benefícios de aposentadoria e pensão mantidos pelos RPPS deve ser realizado da seguinte forma:

I) São revistos pela paridade com a remuneração dos servidores ativos (art. 7º da Emenda nº 41, de 2003):

- a) aposentadorias e pensões concedidas até 31/12/2003 (art. 7º da Emenda nº 41/2003);
- b) aposentadorias para cuja concessão o servidor tiver cumprido todos os requisitos exigidos até 31/12/2003 (arts. 3º e 7º da Emenda nº 41, de 2003);
- c) pensões decorrentes de falecimento de servidor (ativo ou inativo) ocorrido até 31/12/2003 (arts. 3º e 7º da Emenda nº 41, de 2003);
- d) aposentadorias concedidas de acordo com a regra do art. 6º da Emenda nº 41, de 2003 (art. 2º da Emenda nº 47, de 2005 e art. 7º da Emenda nº 41, de 2003);
- e) aposentadorias concedidas de acordo com a regra do art. 6º-A da Emenda nº 41, de 2003 (Art. 6º-A, parágrafo único e art. 7º da Emenda nº 41, de 2003);
- f) aposentadorias concedidas de acordo com a regra do art. 3º da Emenda nº 47, de 2005 (art. 3º, parágrafo único da Emenda nº 47, de 2005 e art. 7º da Emenda nº 41, de 2003);
- g) pensões decorrentes de falecimento de servidor aposentado de acordo com o art. 3º da Emenda nº 47, de 2005 (art. 3º, parágrafo único da Emenda nº 47, de 2005, e art. 7º da Emenda nº 41, de 2003);
- h) pensões derivadas dos proventos dos servidores aposentados por invalidez permanente, que ingressaram no serviço público até 31/12/2003 (art. 6º-A, parágrafo único da Emenda nº 41, de 2003, e art. 7º da Emenda nº 41, de 2003).

II) São reajustados por índice oficial válido a preservar-lhes o valor real (art. 40, § 8º do art. 40 da Constituição Federal, na redação da Emenda nº 41, de 2003):

- a) aposentadorias concedidas depois de 31/12/2003, com fundamento no art. 40 da Constituição Federal, na redação da Emenda nº 41, de 2003, e no art. 2º dessa Emenda, calculadas conforme art. 40, §§ 3º e 17 da Constituição, dispositivos disciplinados pelo art. 1º da Lei nº 10.887, de 2004, e da Medida Provisória nº 167, de 2004;
- b) pensões decorrentes de falecimento de servidor ocorrido depois de 31/12/2003, calculadas conforme art. 40, § 7º da Constituição, na redação da Emenda nº 41, de 2003, disciplinado pelo art. 2º da Lei nº 10.887, de 2004 e da Medida Provisória nº 167, de 2004 (exceto as pensões de que tratam os itens 18.I, *g* e *h* desta Nota).

19. Ressalta-se, por fim, que o reajustamento dos benefícios de aposentadoria e pensão por morte em valor superior ao que seria devido de acordo com o previsto no art. 40, § 8º da Constituição Federal ou no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, conforme esclarecido nesta Nota, significa utilização indevida dos recursos previdenciários, segundo a definição do art. 13, § 2º, II da Portaria MPS nº 402, de 2008. Ademais, o § 3º desse artigo estabelece que *a utilização indevida dos recursos previdenciários exigirá o ressarcimento ao RPPS dos valores correspondentes, com aplicação de índice oficial de atualização e de taxa de juros, respeitando-se como limite mínimo a meta atuarial.*

20. Portanto, a cada benefício concedido com fundamento em uma determinada regra, corresponde uma forma de revisão definida constitucionalmente. Ou se aplica a paridade ou o reajustamento geral, independentemente de qual hipótese seja mais favorável ao segurado ou ao RPPS, não podendo haver escolha ou acumulação dos dois critérios.

**Coordenação-Geral de Normatização e Acompanhamento Legal -
CGNAL**

Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público - DRPSP
Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS
Ministério da Previdência Social - MPS

e-mail: sps.cgnal@previdencia.gov.br - Telefone: (61) 2021-5725

NOTA EXPLICATIVA

Nº 01/2008/CGNAL/DRPSP/SPS/MPS

Brasília/DF, 10 de setembro de 2008.

PRORROGAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE

A Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, que foi publicada no Diário Oficial da União de 10/09/2008 – Seção 1, estabeleceu um programa social mediante concessão de incentivo fiscal às grandes empresas privadas, destinado à prorrogação por 60 dias da Licença-Maternidade prevista no inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal.

A Lei nº 11.770/2008 não alterou o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal, que garante o direito de licença à gestante por 120 dias, e também não alterou o art. 71 da Lei nº 8.213/91 que dispõe sobre a concessão do benefício de Salário-Maternidade pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS por 120 dias.

O benefício previdenciário concedido à gestante pelos Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS deve ter duração de apenas 120 dias, considerando o disposto no art. 5º da Lei nº 9.717/98. A prorrogação de 60 dias da Licença-Maternidade não será concedida pelo RGPS e, portanto, também não é considerada benefício previdenciário para os RPPS.

É indevida a utilização de recursos previdenciários dos RPPS para custeio do período de prorrogação da Licença-Maternidade, considerando o disposto no art. 1º, III, e no art. 5º da Lei nº 9.717/98.

A constatação por esta Secretaria de Políticas de Previdência Social, em ação de auditoria direta ou indireta, de utilização indevida dos recursos previdenciários dos RPPS será motivo de impedimento para renovação do Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP, em conformidade com o disposto no art. 5º, VI, e art. 10, §§ 3º, 4º e 5º, da Portaria MPS nº 204, de 10/07/2008.

Conforme disposto no art. 2º da Lei nº 11.770/2008, a administração pública, direta, indireta e fundacional, está autorizada a instituir programa que garanta a prorrogação da licença à gestante.

Não há obrigatoriedade por parte dos Entes Federativos em conceder a prorrogação da Licença-Maternidade por 60 dias, porém, se o Ente Federativo quiser instituir esse programa, deverá custear com recursos do Tesouro o pagamento da remuneração integral durante a prorrogação da licença à gestante.

Ressalta-se que deverá incidir contribuição previdenciária ao regime próprio de previdência social sobre o valor pago à servidora pública gestante, titular de cargo efetivo, durante todo o período da Licença-Maternidade, inclusive no caso de prorrogação.

Coordenação-Geral de Normatização e Acompanhamento Legal

Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público

Secretaria de Políticas de Previdência Social

e-mail: sps.cgnal@previdencia.gov.br - Telefone: (61) 3317-5725

COLEÇÃO PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Coleção Previdência Social foi lançada em dezembro de 2000 e atualmente conta com os seguintes volumes (também disponíveis no endereço www.previdencia.gov.br):

VOLUME 01 - Legislação

Previdência no Serviço Público: Consolidação da Legislação Federal - 3ª edição

VOLUME 02 - Estudos

A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Previdência dos Servidores Públicos Municipais

VOLUME 03 - Debates

Previdência, Assistência Social e Combate à Pobreza

VOLUME 04 - Traduções

Mais Velha e Mais Sábia: a Economia dos Sistemas Previdenciários

VOLUME 05 - Debates

Sistemas de Seguro contra Acidentes do Trabalho nas Américas

VOLUME 06 - Debates

I Fórum de Dirigentes de Fundos Estaduais e Previdência

VOLUME 07 - Estudos

Previdência e Estabilidade Social: Curso Formadores em Previdência Social - 4ª edição

VOLUME 08 - Legislação

Previdência no Serviço Público: Consolidação das Leis Estaduais - 1ª Parte

VOLUME 09 - Traduções

A Economia Política da Reforma da Previdência

VOLUME 10 - Debates

Reunião Especializada - Técnicas Atuariais e Gestão Financeira

VOLUME 11 - Estudos

Regimes Próprios de Previdência: Modelo Organizacional, Legal e de Gestão de Investimentos

VOLUME 12 - Debates

Reforma dos Sistemas de Pensão na América Latina

VOLUME 13 - Estudos

Máquinas e Acidentes de Trabalho

VOLUME 14 - Legislação

Acordos Internacionais de Previdência Social

VOLUME 15 - Legislação

Regime Geral de Previdência Social: Consolidação da Legislação

VOLUME 16 - Traduções

Matemática Actuarial de Sistemas de Previdência

VOLUME 17 - Estudos

Regime Próprio de Previdência dos Servidores: Como Implementar? Uma Visão Prática e Teórica

VOLUME 18 - Estudos

Cobertura Previdenciária: Diagnóstico e Propostas

VOLUME 19 - Estudos

Base de Financiamento da Previdência Social: Alternativas e Perspectivas

VOLUME 20 - Debates

Diálogo Social e Gestão Participativa

VOLUME 21 - Estudos

Análise Actuarial da Reforma da Previdência do Funcionalismo Público da União

VOLUME 22 - Debates

Reforma da Previdência: o Brasil e a Experiência Internacional

VOLUME 23 - Traduções

As Reformas de Previdência na América Latina e seus Impactos nos Princípios da Seguridade Social

VOLUME 24 - Estudos

A Demografia dos Fundos de Pensão

VOLUME 25 - Debates

Migrações Internacionais e a Previdência Social

VOLUME 26 - Estudos

Políticas para a Expansão da Cobertura dos Trabalhadores e Trabalhadoras Domésticas: A Experiência do Brasil

VOLUME 27 - Estudos

Mudança Populacional: Aspectos Relevantes para a Previdência

VOLUME 28 - Estudos

Envelhecimento e Dependência: Desafios para a Organização da Proteção Social

VOLUME 29 - Estudos

Contabilidade Aplicada aos Regimes Próprios de Previdência Social

VOLUME 30 - Debates

Previdência Social: Reflexões e Desafios

VOLUME 31 - Estudos

Estudos e Pesquisas da Secretaria de Políticas de Previdência Social 2003-2009

VOLUME 32 - Estudos

Atuação Governamental e Políticas Internacionais de Previdência Social

VOLUME 33 - Traduções

Prática Atuarial na Previdência Social

Previdência no Serviço Público: Consolidação de Notas Técnicas

VOLUME 34 - Estudos

Equilíbrio Financeiro e Atuarial dos RPPS: De Princípio Constitucional a Política Pública do Estado

VOLUME 35 - Legislação

Previdência no Serviço Público: Consolidação de Notas Técnicas



MINISTÉRIO DA
FAZENDA

