



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

RENATO BRUNO MAGALHÃES DANTAS DA COSTA

REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA APÓS O ADVENTO DA EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 41/03

FORTALEZA
2010

RENATO BRUNO MAGALHAES DANTAS DA COSTA

**REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA APÓS O ADVENTO DA EMENDA
CONSTITUCIONAL N° 41/03**

Monografia submetida à Coordenação de Monografia e Atividades Complementares da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. André Studart Leitão

FORTALEZA

2010

RENATO BRUNO MAGALHAES DANTAS DA COSTA

**REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA APÓS O ADVENTO DA EMENDA
CONSTITUCIONAL N° 41/03**

Monografia submetida à Coordenação de Monografia e Atividades Complementares da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ___/___/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. André Studart Leitão – Orientador
Universidade federal do Ceará

Prof. Francisco de Araújo Macêdo Filho
Universidade Federal do Ceará

Prof. Daniel Gomes de Miranda
Universidade Federal do Ceará

A minha família.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e demais familiares, pelo apoio que me deram.

Ao Prof. André Studart Leitão, por ter me orientado na elaboração do presente trabalho.

Aos Professores Francisco de Araújo Macêdo Filho e Daniel Gomes de Miranda, pela participação na minha Banca Examinadora.

“O homem não vive só para si e para a hora fugaz, que é o momento de sua passagem pelo mundo. Ele projeta sua personalidade para o futuro, sobrevive a si próprio em seus filhos. Seus esforços, trabalho e aspirações devem visar, no fim da áspera caminhada, o repouso, a tranquilidade. Os espinhos, as angústias, só são suportadas com a esperança do prêmio final, seja este embora incerto e quase inatingido.”

(Elói Chaves)

RESUMO

Analisa as disposições constitucionais e legais sobre os regimes próprios de previdência social. Mostra as principais inovações trazidas pelas recentes reformas da Constituição da República no que concerne à previdência dos servidores públicos estatutários. Relata o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da polêmica cobrança de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas. Demonstra a tendência de que haja convergência entre as normas que regulam a previdência do servidor público e as normas atinentes ao regime geral de previdência social.

Palavras-Chave: Regime Próprio de Previdência. Reformas da Constituição.

ABSTRACT

Analyses the constitutional and legal rules about special social security scheme. Shows the main innovations brought by the recent reforms of the Constitution with regard to the civil servant's social security. Reports the position of the Supreme Court about the controversy charge of contributions by retirees and pensioners. Shows the trend of the convergence between the rules of the social security of civil servants and rules pertaining to the general social security scheme.

Keywords: Special Social Security Scheme. Reform of the Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

INSS: Instituto Nacional do Seguro Social

RGPS: Regime Geral de Previdência Social

RPPS: Regime Próprio de Previdência Social

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO	13
2.1 Conceito de Previdência Social	13
2.2 Considerações iniciais sobre Regime de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis	16
2.3 A evolução da regulamentação dos RPPS na Constituição Federal	17
2.4 A competência legislativa dos entes federativos	19
2.5 A organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social	20
2.6 Os militares e seu regime previdenciário	22
3 A CONTRIBUIÇÃO DO INATIVO.....	26
3.1 A redação original do <i>caput</i> do art. 40 da Constituição Federal e suas posteriores alterações	26
3.2 O entendimento do STF quanto à cobrança de contribuição previdenciária dos inativos.....	27
3.3 A legitimidade da cobrança de contribuição dos inativos	30
4 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS	33
4.1 Considerações iniciais	33
4.2 A aposentadoria do servidor público e a instituição da pensão por morte	36
4.3 O abono de permanência	44
4.4 Outros benefícios previdenciários dos servidores públicos	46
5 A SISTEMÁTICA DE CÁLCULO E REAJUSTAMENTO DOS BENEFÍCIOS....	49
5.1 A contagem recíproca de tempo de contribuição	49
5.2 A Integralidade do valor dos benefícios	50
5.3 A Paridade entre ativos e inativos	52
5.4 Regime de previdência pública complementar	53
6 CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

Os servidores públicos estatutários da União, dos Estados, do Distrito Federal e de muitos Municípios brasileiros estão vinculados a regimes previdenciários próprios, o que os diferencia substancialmente dos trabalhadores da iniciativa privada, submetidos ao Regime Geral de Previdência Social.

A base da regulamentação dos regimes previdenciários dos servidores públicos estatutários se encontra prevista no art. 40 da Constituição Federal de 1988¹, cabendo à União estabelecer as normas gerais sobre o assunto e à legislação infraconstitucional de cada ente da Federação instituir seu regime previdenciário próprio.

A regulamentação constitucional originária do assunto era bastante sucinta, tendo sofrido diversas alterações, principalmente com as Emendas Constitucionais 20/98, 41/03 e 47/05.

Entretanto, a primeira alteração constitucional a respeito da previdência dos servidores se deu com o advento da Emenda Constitucional n° 03/93, quando o texto da Lei Maior passou a prever que os servidores da União deveriam contribuir para o regime, nos termos da lei.

Essa inovação foi de extrema importância, pois até então a aposentadoria no setor público não tinha caráter previdenciário, na acepção técnica do termo, sendo uma mera benesse concedida pelo Estado a seus servidores.

Entretanto, essa pequena mudança foi apenas o começo.

A Emenda Constitucional n° 20/98 alterou os requisitos para a concessão da aposentadoria voluntária, passando a exigir além do tempo de contribuição, uma idade mínima e um tempo mínimo de permanência no serviço público e no cargo em que se daria a aposentadoria.

Essas modificações têm diminuído bastante os chamados privilégios dos RPPS existentes em relação ao RGPS.

¹ O caput do art. 40 da CF, após a Emenda Constitucional n° 41/03, passou a ter a seguinte redação: “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”.

Um fato interessante quanto à Emenda Constitucional nº 20/98 é que durante o seu trâmite, houve uma tentativa mal sucedida de se estabelecer uma idade mínima para aposentadoria dos segurados do RGPS, o que ocasionou a estranha aprovação de regras de transição contidas na citada Emenda, sem que o texto permanente da Constituição tenha sido alterado quanto a isso.

Em seguida, a Emenda Constitucional nº 41/03 trouxe, além do fim da integralidade dos proventos e da paridade entre ativos e inativos, a inovação mais polêmica: a incidência de contribuição previdenciária sobre as aposentadorias e pensões desses regimes previdenciários diferenciados.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter se pronunciado pela constitucionalidade da mencionada modificação no custeio dos regimes próprios de previdência, o referido julgamento não foi unânime, restando vencidos quatro dos onze integrantes da Corte, inclusive a relatora Ellen Gracie.

A polêmica cobrança de contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas, trazida pela Emenda Constitucional nº 41/03, declarada constitucional pelo STF, fez prevalecer o princípio da solidariedade sobre o alegado direito adquirido dos servidores que já haviam se aposentado ou já preenchiam todos os requisitos para isso.

Destarte, faz-se necessária uma análise crítica a respeito da atual regulamentação constitucional e legal dos regimes previdenciário dos servidores estatutários, principalmente diante dessas substanciais modificações sofridas pelo texto constitucional e do entendimento jurisprudencial do STF no que concerne a esse assunto.

Finalizando a reforma da previdência, a Emenda Constitucional nº 47/05 atenuou um pouco os efeitos das Emendas anteriores. Pode-se notar isso quanto à possibilidade de se instituir aposentadoria especial aos servidores portadores de deficiência e aos que exercem atividades de risco.

Apesar das recentes alterações da Constituição, os regimes próprios de previdência continuam com características e regulação diversa do Regime Geral de Previdência Social.

Basta observarmos que o RGPS é regido pelas leis 8.212./91 e 8.213/91², enquanto os regimes próprios encontram sua regulamentação na Lei nº 9.717/98, que estabelece as regras básicas para os regimes previdenciários dos servidores civis ocupantes de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como dos militares dos Estados e do Distrito Federal; ou seja, os integrantes das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares.

Diante da atual conjuntura política e social, a tendência é que tenha continuidade o processo de convergência entre a regulação dos regimes próprios e do Regime Geral da Previdência Social.

Se considerarmos apenas os requisitos para se ter direito a aposentadoria, os RPPS já possuem regras mais gravosas do que o RGPS, pois aqueles, ao contrário deste, já impõem uma idade mínima para a aposentação.

Assim, pretende-se analisar os princípios e regras que regulam o assunto após a implementação de tais mudanças e a consolidação do entendimento jurisprudencial sobre o tema, destacando as semelhanças e diferenças entre os Regimes Próprios de Previdência Social e o Regime Geral da Previdência Social.

² A Lei 8.212/91 trata do custeio do regime geral da previdência social, enquanto a lei 8.213/91 regula os benefícios do RGPS.

2 A PREVIDÊNCIA SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO

2.1 Conceito de Previdência Social

O homem sempre se preocupou com o futuro. Com o início das primeiras civilizações, o ser humano deixou de simplesmente extrair os alimentos e demais matérias utilizadas em seu cotidiano, passando a cultivar a terra e a domesticar animais.

A partir daí, o homem passou a se preocupar não só com suas necessidades atuais, mas também com o futuro, próprio e de seus descendentes.

Essas ações humanas acima expostas estão incluídas no conceito genérico de previdência.

Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo asseveram que as medidas de previdência, genericamente, têm como elementos caracterizadores “a proteção (precaução contra infortúnios), diante de contingências (eventos futuros que podem atingir o ser humano), a fim de debelar necessidades (carência ou escassez do que se precisa para viver)”³

Após essa sucinta explanação, passaremos a analisar o conceito de previdência social.

Existem atualmente no Brasil três espécies de regimes previdenciários: o Regime Geral de Previdência Social, de filiação compulsória para todos que exerçam atividades remuneradas na iniciativa privada e se enquadrem em uma das situações previstas no art. 12 da Lei 8.212/91; os Regimes Próprios de Previdência Social, também compulsórios, referentes aos servidores estatutários ocupantes de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando o ente da Federação respectivo possuir um instituto previdenciário próprio; e os regimes de previdência complementar, que podem ser de natureza pública ou privada.

Fábio Zambitte Ibrahim traz o seguinte conceito de previdência social:

A previdência social é tradicionalmente definida como seguro *sui generis*, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de

³ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **A Nova Previdência Social do Servidor Público de acordo com a Emenda Constitucional nº 41/2003**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 20.

coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamadas *riscos sociais*. Já o regime complementar tem como características a autonomia frente aos regimes básicos e a facultatividade de ingresso, sendo igualmente contributivo, coletivo ou individual. O ingresso também poderá ser voluntário no RGPS para aqueles que não exercem atividade remunerada.⁴

Tracemos algumas considerações a partir do conceito trazido pelo mencionado autor.

A filiação ao regime geral ou a algum dos regimes próprios de previdência social é, em regra, compulsória.

Diante dessa característica é que se pode dizer que a previdência social se trata de um “seguro *sui generis*”, já que, diferentemente do seguro convencional, não cabe ao trabalhador escolher se filiar ou não ao sistema.

A exceção a essa regra se encontra no art. 14 da Lei 8.212/91. O texto da lei estabelece ser segurado facultativo o maior de quatorze anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição na forma do art. 21 da referida lei, cuja alíquota é de 11%.

Analisando-se a referida lei à luz da Emenda Constitucional nº 20/98, que elevou para 16 anos a idade mínima para o exercício de qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14; percebe-se que a idade mínima para ser segurado facultativo foi também elevada para 16 anos. Inclusive, é o que consta expressamente do art. 11 do Decreto 3.048/99, que regulamenta o RGPS.

A figura do contribuinte facultativo só prevalece se o segurado não se enquadrar em alguma das disposições do art. 12 da Lei 8.212/91, que elenca as hipóteses de filiação obrigatória; nem se encontrar vinculado a regime próprio.

Quanto aos regimes previdenciários próprios, a filiação é sempre compulsória, não havendo espaço para quem não seja titular de cargo público efetivo do ente que instituiu o regime.

É importante que se destaque o caráter público e coletivo da previdência social.

Cabe ao Estado garantir uma vida digna a todos os cidadãos que vivam sob sua égide. Diante da ocorrência de infortúnios que acarretem a invalidez ou morte de trabalhadores, deve o Estado custear seu sustento ou de seus dependentes.

⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 25.

Por isso, faz-se necessário que toda a sociedade contribua para o financiamento do sistema, já que todos poderão um dia ser seus beneficiários. Daí se verifica a importância da aplicação do princípio da solidariedade ao custeio dos regimes previdenciários públicos.

A previdência pública, seja o regime geral, seja um regime próprio, não configura um seguro similar ao existente no direito privado, onde o pagamento do prêmio está diretamente relacionado ao possível recebimento de uma indenização, caso se concretize o risco objeto do seguro.

Destarte, alguns contribuintes nunca usufruirão dos benefícios previdenciários, embora também participem do financiamento do sistema.

O art. 195 da Constituição estabelece que 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.

Desse modo, o vínculo previdenciário de natureza pública se embasa no já mencionado princípio da solidariedade, expresso também no art. 3º, III e no art. 40, *caput*, da Constituição Federal em vigor, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/03.

Dessa forma, alguns envolvidos com o sistema contribuem mesmo que não exista, sequer, a possibilidade de ulterior concessão de benefício. É o caso, por exemplo, dos aposentados do RGPS que voltam a trabalhar e a contribuir para o sistema, sem que tenham direito a concessão de nova aposentadoria; e dos aposentados e pensionistas dos RPPS, que são obrigados a pagar contribuição, sem qualquer futuro retorno pecuniário.

Ivan Kertzman assim se manifesta a respeito do princípio da solidariedade:

Pode-se defini-lo como o espírito que deve orientar a seguridade social de forma que não haja, necessariamente, paridade entre contribuições e contraprestações securitárias. Através dele, tem-se em vista, não a proteção de indivíduos isolados, mas de toda a coletividade. [...] A solidariedade do sistema previdenciário obriga contribuintes a verterem parte do seu patrimônio para o sustento do regime protetivo, mesmo que nunca tenham a oportunidade de usufruir dos benefícios e serviços oferecidos. É o que ocorre com o aposentado do RGPS que retorna ao trabalho, contribuindo da mesma forma que qualquer segurado, sem ter, entretanto, direito aos mesmos benefícios.⁵

⁵ KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 6. ed. Salvador: Jus Podivn, 2009, p. 46.

A doutrina chama esse sistema de *pacto intergeracional*, onde uma geração trabalha e contribui para custear os benefícios das gerações passadas.

O raciocínio exposto pelo autor também se aplica aos regimes próprios, principalmente após a aprovação da Emenda Constitucional nº 41/03, que tornou expressa a aplicação do princípio da solidariedade e instituiu a contribuição previdenciária dos servidores inativos e pensionistas.

2.2 Considerações Iniciais sobre Regime de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis

O legislador constituinte originário de 1988 optou por tratar diferentemente os trabalhadores da iniciativa privada e os que prestam seus serviços ao Estado.

Quanto ao regime de trabalho, os servidores são, em regra, regidos por leis especiais, conhecidas como *estatutos*, motivo pelo qual esses trabalhadores são denominados *servidores estatutários*; os trabalhadores da iniciativa privada, quando empregados, vinculam-se a seus empregadores por meio de um *contrato de trabalho*, observadas as normas trazidas pela CLT, que rege a maioria das relações de emprego, ou por leis especiais, como é o caso dos empregados domésticos e dos trabalhadores rurais.

No tocante ao regime previdenciário, a Constituição também estabeleceu distinções entre os trabalhadores da iniciativa privada e a maioria dos servidores públicos estatutários. Os primeiros se vinculam ao chamado Regime Geral de Previdência Social, disciplinado nos artigos 201 e 202 da Constituição; ao passo que os servidores públicos estatutários titulares de cargo efetivo estão, em regra, vinculados a um regime próprio de previdência social, nos termos do art. 40⁶.

É importante citarmos comentário de José dos Santos Carvalho Filho a respeito da inadequação da expressão *regime próprio de previdência social*. Segundo o autor, seria

⁶ É possível que um determinado ente da Federação adote um regime estatutário para seus servidores efetivos, mas não disponha de um regime próprio de previdência social. Nesse caso, esses servidores estarão necessariamente vinculados ao RGPS, conforme previsto no art. 13 da Lei 8.212/91: “Art. 13. 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”.

mais apropriado utilizarmos a expressão *regime especial de previdência social*, para distingui-lo do regime geral⁷.

2.3 A Evolução da Regulamentação dos RPPS na Constituição Federal

O regime previdenciário dos servidores públicos nem sempre existiu de forma expressa.

Foi a partir da Emenda Constitucional nº 03/93 que surgiu a obrigatoriedade dos servidores federais participarem do custeio prévio de seus benefícios. Essa contribuição, contudo, dependia de lei que a regulamentasse.

A Emenda Constitucional nº 20/98, modificando o *caput* do art. 40 da Constituição, passou a garantir aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 33/01, mudou a redação e reenumerou o parágrafo único do art. 149 da Constituição, o qual passou a ser § 1º. Esse dispositivo passou a estabelecer que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *poderiam* instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 41/03, o que era uma faculdade passou a ser obrigatório.

A partir de 2003, a nova redação do § 1º do art. 149 passou a dispor que 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 seria inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 607.

Não podemos deixar de expressar nossa crítica em relação à imposição trazida pela referida Emenda aos entes da Federação, obrigando-os a manter uma alíquota igual ou superior à cobrada pela União de seus servidores.

Isso possibilita que a União intervenha, indiretamente, na política tributária dos Estados e Municípios, já que um aumento na alíquota cobrada dos servidores federais obrigaria a todos os demais entes da Federação a majorar suas alíquotas, o que parece representar uma ofensa ao Pacto Federativo, insusceptível de reforma constitucional, nos termos do art. 60, § 4º, I da Carta Política de 1988.

No tocante a esse assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro tem a seguinte opinião:

De dois modos pelo menos a Emenda Constitucional n.º 41/03 infringe a autonomia estadual e municipal, quando torna obrigatória a instituição do regime previdenciário e quando impõe, a título de contribuição previdenciária, alíquota não inferior à estabelecida para os servidores federais. As duas exigências constam do artigo 149, § 1º, na redação dada por aquela Emenda. [...] Por essa razão, a primeira observação, no que diz respeito à inconstitucionalidade da norma, decorre da nova redação dada ao art. 149, § 1º, tirando o caráter facultativo do regime contributivo e até estabelecendo que a alíquota não será inferior à contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. O dispositivo – revelando a forte tendência centralizadora da reforma previdenciária – atinge cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, I, da Constituição, à medida que, afetando a autonomia de Estados e Municípios, tende a afetar o próprio regime federativo⁸

Dando continuidade às mudanças, com a reforma previdenciária de 2003, foi expressamente incluído o *caráter solidário* na disciplina constitucional do regime previdenciário dos servidores públicos, o que passou a justificar a cobrança de contribuição daqueles que, por já serem beneficiários do sistema, não receberiam contraprestações pelas novas contribuições.

Devido ao caráter solidário da previdência, as contribuições não visam a garantir apenas o futuro pagamento de benefícios aos filiados, mas sim garantir a sustentação do sistema, permitindo sua viabilidade financeira e atuarial.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 559-560.

2.4 A competência legislativa dos entes federativos

Faz-se necessário analisarmos a competência dos entes federativos para legislar sobre previdência social.

O inciso XII do art. 24 da Constituição prevê a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre previdência social. Assim, cabe à União estabelecer as normas gerais enquanto os Estados e o Distrito Federal tratarão em sua legislação das normas específicas.

É claro que a legislação estadual só pode tratar de regime próprio, pois o regime geral tem caráter nacional, cabendo, portanto, somente à União legislar sobre o assunto.

Fazendo uso de sua competência, a União promulgou a norma geral, que foi a lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, a qual 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, bem como dos militares dos Estados e do Distrito Federal.

Esse diploma legal deve ser observado pelos demais entes da Federação, que instituirão suas entidades previdenciárias através de leis específicas.

Outra norma de observância obrigatória por todos os Estados e Municípios é a Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999, que trata da compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria.

Embora não conste expressamente no art. 24 da Constituição, os Municípios detêm competência para legislar sobre previdência social, seja porque o art. 40 da Constituição garante aos servidores efetivos municipais a possibilidade de instituição de regime previdenciário próprio, o que só pode ser feito por lei; seja com base no art. 30 da Lei Maior, que outorga aos Municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local e instituir e cobrar tributos, o que também só pode ser feito por meio de lei.

Ademais, o § 1º do art. 149, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/03 prevê expressamente que os servidores públicos municipais contribuirão para o custeio de seus regimes previdenciários próprios.

Assim, considerando a natureza tributária das contribuições previdenciárias, os Municípios estarão apenas exercendo sua competência de instituir e cobrar tributos, nos termos do inciso III do art. 30 da Constituição.

2.5 A organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social

Primeiramente, é importante mencionarmos que a atual Constituição da República adotou a regra do regime próprio de previdência único para cada ente da Federação.

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

A regra acima citada tem o escopo de concretizar a isonomia entre os servidores das diversas carreiras do serviço público, evitando-se, assim, que determinada categoria utilize-se de seu prestígio junto ao governo para alcançar benefícios de natureza previdenciária que não sejam estendidos aos demais.

Destarte, cada ente da Federação só poderá, em regra, instituir um único regime próprio de previdência para seus servidores. A exceção é o caso dos militares das Forças Armadas, que serão objeto de análise em tópico mais à frente.

No plano infraconstitucional, a lei 9.717/98 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 e dos militares dos Estados e do Distrito Federal.

Essa lei federal, que é de observância obrigatória por todos os entes da Federação, corrobora inúmeros dispositivos constitucionais, tais como a obrigatoriedade da manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

Entretanto a referida lei traz disposições inovadoras que serão a seguir analisadas.

Prevê o art. 2º dessa lei que 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. Essa regra impõe limite à autonomia de cada ente em estabelecer o valor de suas contribuições para o respectivo sistema previdenciário, o que parece ser razoável, pois uniformiza a sistemática de contribuição estatal aos regimes próprios de previdência.

Ademais, o § 1º do mesmo artigo estabelece que 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. Essa regra está em perfeita consonância com os princípios da segurança jurídica e do equilíbrio financeiro e atuarial. Impede-se, assim, que o servidor beneficiário seja prejudicado por eventual má gestão do regime previdenciário. Desse modo, em caso de déficit, a entidade instituidora arcará com as despesas extraordinárias.

Em homenagem ao princípio da publicidade, os entes instituidores de regime previdenciário próprio deverão publicar até 30 (trinta) dias após o encerramento de cada bimestre, demonstrativo financeiro e orçamentário da receita e despesa previdenciárias acumuladas no exercício financeiro em curso. Isso possibilita que os contribuintes e beneficiários do regime fiquem cientes da situação financeira do sistema.

Interessante disposição traz o art. 5º da lei 9.717/98, o qual estabelece que 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.

Parece que o legislador infraconstitucional nem sempre observa essa disposição, pois algumas leis trazem benefícios previdenciários diversos daqueles previstos no plano de benefícios do RGPS. Analisaremos melhor esse assunto quando tratarmos dos benefícios previdenciários dos servidores públicos.

2.6 Os militares e seu regime previdenciário

Denominam-se militares os integrantes das Forças Armadas e das polícias e corpos de bombeiros militares dos Estados e do Distrito Federal.

As disposições constitucionais atinentes aos militares dos Estados e do Distrito Federal estão no art. 42, incluso na seção III do Capítulo VII do Título III da Constituição.

A referida seção era originalmente intitulada “DOS SERVIDORES PÚBLICOS MILITARES.”

Com o advento da Emenda Constitucional nº 18/98, a citada seção passou a tratar “DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS.”

Essa alteração terminológica deu ensejo a uma polêmica doutrinária. Com essa modificação, os militares ainda podem ser considerados servidores públicos? Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que não:

Os militares abrangem as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas - Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142, *caput* e § 3º, da Constituição) – e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios (art. 42), com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Até a Emenda Constitucional nº 18/98, eram considerados servidores públicos, conforme artigo 42 da Constituição, inserido em seção denominada “servidores públicos militares”. A partir dessa Emenda, ficaram excluídos da categoria, só lhes sendo aplicáveis as normas referentes aos servidores públicos quando houver previsão expressa nesse sentido [...].⁹

José dos Santos Carvalho Filho tem opinião diversa sobre o assunto:

A despeito da alteração introduzida pela EC 18/98, que substituiu a expressão “servidores públicos civis” por “servidores públicos” (Título II, capítulo VII, Seção II, arts. 39 a 41) e da eliminação da expressão “servidores públicos militares” substituída por “Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios” (Seção III, mesmos Capítulo e Título, art. 42), com a inclusão dos militares federais no Capítulo das Forças Armadas (Título V, Capítulo II, arts. 142 e 143), o certo é que, em última análise, todos são servidores públicos **lato sensu**, embora diversos os estatutos jurídicos reguladores, e isso porque, vinculados por

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 505.

relação de trabalho subordinado às pessoas federativas, percebem remuneração como contraprestação pela atividade que desempenham.¹⁰

Concordamos com o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho.

A alteração no texto constitucional trazida pela Emenda Constitucional nº 18/98 suprimiu a expressão “servidor” da seção que trata dos militares, o que mostra a expressa intenção do legislador constituinte derivado de excluí-los dessa categoria.

Destarte, não há dúvida de que a literalidade da atual redação da Constituição não mais nos permite considerar os militares servidores públicos.

Entretanto, os argumentos expostos pelo autor são bastante convincentes quanto à inadequação da referida mudança, pois não nos parece lógico excluirmos os militares da categoria dos servidores públicos *lato sensu*, já que são profissionais que mantêm vínculo estatutário com a União ou com os Estados, além de exercerem função tipicamente estatal, não encontrando, sequer, categoria profissional semelhante no âmbito privado.

Feitas essas considerações iniciais, analisemos, primeiramente, as disposições referentes à previdência dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

A redação original da Constituição previa a aplicação aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como a seus pensionistas, do disposto no art. 40, §§ 4º e 5º, que tratavam, respectivamente, da vedação à adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física a serem definidos em lei complementar; e da aposentadoria especial para professor.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 3/93 estendeu-lhes a aplicação do § 6º do art. 40, o qual estabelecia que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais seriam custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 18/98, passaram a ser aplicadas aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios as disposições do §§ 3º, 4º e 5º do art. 40, e aos militares do Distrito Federal e Territórios o disposto no § 6º do mesmo artigo.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 537.

Em seguida, com a redação trazida pela Emenda Constitucional nº 20/98, passaram a ser submetidos apenas ao disposto nos §§ 7º, 8º e 9º do art. 40.

O § 7º do art. 40 da Constituição trata da concessão de pensão por morte, que seria igual ao valor dos proventos percebidos pelo militar falecido, ou ao que ele teria direito, ou seja, estendia a esses profissionais o direito à integralidade das pensões.

O § 8º estabelecia a chamada paridade entre ativos e inativos, também aplicada aos militares.

O § 9º, cuja redação se mantém intacta desde sua inclusão pela Emenda Constitucional nº 18/98, garante a contagem do tempo de contribuição federal, estadual ou municipal para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

Entretanto, a Emenda Constitucional nº 41/03 modificou novamente o art. 42 da Constituição. Com isso, passou-se a aplicar aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios apenas o disposto no § 9º do art. 40. Quanto às pensões, ficou estabelecido que se aplicaria o que fosse fixado em lei específica do respectivo ente estatal. Essa é a regra atualmente válida.

Por fim, é importante salientar que a lei nº 9.717/98, 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, também se aplica aos militares dos Estados e do Distrito Federal, excluindo de sua incidência apenas os integrantes das Forças Armadas.

Deve-se ressaltar, todavia, que a aplicação das disposições gerais desse diploma legal aos militares está condicionada à compatibilidade com os dispositivos constitucionais, tendo em vista que a Lei Maior deu tratamento diferenciado a essa categoria de agentes públicos.

Passemos agora a analisar as disposições sobre os militares do Exército, da Marinha e da Aeronáutica.

O art. 142 da Constituição Federal de 1988 dispõe que as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a

autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Os membros das Forças Armadas são denominados militares, conforme o § 3º do mesmo artigo.

O inciso IX do § 3º do art. 142, incluído pela Emenda Constitucional nº 18/98, determinava a aplicação aos militares das Forças Armadas e a seus pensionistas do disposto no art. 40, §§ 4º, 5º e 6º.

A partir da Emenda Constitucional nº 20/98, passaram a ser aplicados a esses profissionais os §§ 7º e 8º do art. 40.

Ademais, a mesma Emenda incluiu o inciso X ao dispositivo constitucional em comento, o qual, ainda em vigor, prevê que a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

A Emenda Constitucional nº 41/03 revogou o inciso IX do § 3º do art. 142. Desse modo, atualmente não se aplica aos militares das Forças Armadas nenhum dispositivo do art. 40 da Constituição.

Percebe-se que a redação atual da Constituição trata de forma bastante superficial do regime previdenciário desses profissionais. No plano infraconstitucional, trazem disposições sobre a previdência dos militares das Forças Armadas a lei nº 6.880/80, que dispõe sobre o estatuto dos militares; e a lei nº 3.765/60, alterada pela Medida Provisória nº 2.215-10/01, que trata das pensões militares.

A regulamentação previdenciária diferenciada dos militares se justifica pela inegável peculiaridade desses profissionais, cujas condições normais de trabalho os colocam em situação permanente de submissão ao poder hierárquico de seus superiores, sendo a hierarquia e a disciplina as bases do militarismo. Além disso, exercem com frequência atividades de risco, inclusive operações bélicas, em nome da segurança nacional.

3 A CONTRIBUIÇÃO DO INATIVO

3.1 A redação original do *caput* do art. 40 da Constituição Federal e suas posteriores alterações

O art. 40 da Constituição Federal traz as normas gerais que devem ser observadas pelas entidades federativas quanto aos regimes previdenciários a serem adotados para seus servidores.

A redação original do art. 40 era bastante sucinta, limitando-se a prever regras de aposentadoria e instituição de pensão dos servidores públicos.¹¹

A Emenda Constitucional nº 20/98 alterou o *caput* do mencionado artigo, que passou a assegurar aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas entidades da administração indireta, regime previdenciário de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Com a Emenda Constitucional nº 41/03, o princípio da solidariedade passou a figurar expressamente no *caput* do art. 40 da Constituição. O objetivo foi possibilitar, de

¹¹ 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;

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

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º - Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2º - A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos 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, na forma da lei.

§ 5º - O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

forma textualmente clara, a desvinculação entre as contribuições pagas pelos servidores e os futuros benefícios a serem por eles percebidos.

A Emenda Constitucional nº 47/05 mitigou um pouco os efeitos da reforma previdenciária implantada. A referida Emenda incluiu no art. 40 o § 21, o qual determina que a contribuição cobrada dos servidores inativos incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.

Destarte, caso o aposentado ou pensionista que receba seu benefício de um regime próprio se enquadre nessa situação, a base de cálculo para a contribuição previdenciária será menor, não incidindo a alíquota, atualmente de 11%, sobre a parcela que corresponda a até o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS.

3.2 O entendimento do STF quanto à cobrança de contribuição previdenciária dos inativos

A principal e mais polêmica inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 41/03 foi a incidência de contribuição previdenciária sobre os benefícios dos servidores inativos e de seus pensionistas.

O § 18 do art. 40 da Constituição, incluído pela referida Emenda, estabelece que incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime previdenciário especial dos servidores públicos 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.

Percebe-se que a contribuição não incide sobre qualquer benefício, mas somente quando o valor da aposentadoria ou pensão for superior ao teto do RGPS.

Entretanto, a nova sistemática de custeio do regime previdenciário especial causou muita insatisfação entre os novos contribuintes, principalmente por incluir, em regras transitórias, os servidores já aposentados e que já possuíam condições para a aposentadoria na época da publicação da Emenda.

A razão para tal inconformismo foi a suposta inconstitucionalidade da mencionada Emenda, que teria violado o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição, o qual prevê que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Esse dispositivo ostenta o *status* de cláusula pétrea, por se tratar de um direito individual, sendo, portanto, insusceptível de supressão ou restrição por meio de Emenda Constitucional.

A polêmica não para por aí. A regra de transição prevista no art. 4º da Emenda Constitucional 41/03 estabelece que os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, já em gozo de benefícios, bem como os que preencheram todos os requisitos para passar para a inatividade, contribuirão para o custeio do regime previdenciário do qual são beneficiários, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Consoante o parágrafo único do referido artigo, a base de cálculo para essa contribuição incluiria a parcela dos proventos e das pensões que superasse cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e sessenta por cento do mesmo valor para os inativos e os pensionistas da União.

Como se percebe, a regra de transição é mais prejudicial ao contribuinte do que a norma prevista no texto permanente da Constituição.

Ademais, o art. 4º da Emenda ainda trata diferentemente os aposentados e pensionistas dos diferentes entes da Federação.

Diante dessa polêmica, a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONAMP e a ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA – ANPR ingressaram com duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/03, argumentando que os servidores públicos aposentados e os que preenchiam os requisitos para a aposentação antes do advento da nova norma constitucional já haviam incorporado ao seu patrimônio jurídico o direito a não mais pagar contribuição previdenciária.

Destarte, a incidência dessa contribuição sobre os benefícios dos aposentados ofenderia o direito adquirido, cláusula pétrea prevista o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição.

Ademais, as entidades autoras das ações diretas de inconstitucionalidade também asseveraram que a norma transitória do parágrafo único do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/03 ofendia o princípio da isonomia tributária previsto no inciso II do art. 150 da Lei Maior, bem assim o princípio da irredutibilidade de vencimentos e proventos.

O Advogado-Geral da União rebateu todas as alegações das autoras. O argumento da AGU que mais chamou atenção foi em relação à suposta ofensa ao princípio da isonomia tributária, alegando que a diferença de tratamento dispensado entre os já aposentados e pensionistas ao tempo da promulgação da Emenda e os demais servidores se justificaria pelo fato de aqueles terem se aposentado mediante regras previdenciárias menos gravosas. Assim, a regra de transição estaria apenas tratando desigualmente os desiguais.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela procedência dos pedidos de ambas as ações, por entender que a cobrança de contribuição previdenciária de servidores já inativos feriria o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

A relatora, Ministra Ellen Gracie Northfleet, votou pela procedência, *in totum*, de ambas as ações, para declarar a inconstitucionalidade do art. 4º, *caput* e parágrafo único, I e II, da Emenda Constitucional nº 41/03.

Acompanharam a relatora os Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Os demais integrantes da Corte julgaram inconstitucional apenas o parágrafo único do art. 4º da Emenda, por considerarem que o referido dispositivo feria o princípio da isonomia, por dispensar tratamento diferenciado entre servidores ativos e os já aposentados e entre os inativos dos diversos entes da Federação.

Interessante destacar o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa, que ao proferir seu voto, afirmou que via a teoria das cláusulas pétreas como uma “construção intelectual conservadora, antidemocrática, não razoável, com uma propensão oportunista e

utilitarista a fazer abstração de vários outros valores igualmente protegidos pelo nosso sistema constitucional”.¹²

Desse modo, a Corte Suprema julgou inconstitucional, por unanimidade, as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do” contidas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da Emenda Constitucional 41/03, concluindo que se deveria aplicar aos servidores inativos e pensionistas a regra geral prevista no § 18 do art. 40 da Constituição.

3.3 A legitimidade da cobrança de contribuição dos inativos

Não há a menor dúvida quanto à robustez dos argumentos aduzidos pelos ministros, tanto os que votaram pela procedência quanto pela improcedência das ações diretas de inconstitucionalidade em comento.

Vê-se um caso em que existe, acima de conflito de interesses, conflito de princípios constitucionais.

De um lado, encontra-se o princípio da solidariedade, o qual justificaria a cobrança da contribuição dos inativos pelo fato de todos os envolvidos com o sistema serem solidários quanto ao seu custeio.

Como se sabe, os regimes previdenciários dos servidores públicos são, em sua grande maioria, deficitários. Assim, a única maneira de garantir a viabilidade do sistema, e o equilíbrio financeiro e atuarial, seria incrementando a receita. Daí a necessidade de criação da nova contribuição.

Aliado a esse argumento, se analisarmos a instituição dessa contribuição sob o ponto de vista do Direito Tributário, inevitavelmente chegaremos à mesma conclusão dos ministros que votaram pela improcedência da ação, ou seja, que não há direito adquirido à não tributação. Isso ocorre porque o direito de tributar é inerente à soberania do Estado. Desde que sejam respeitados os limites constitucionais e legais a essa prerrogativa estatal, não pode o contribuinte escapar da exação.

A doutrina defende que as contribuições sociais, gênero do qual as contribuições previdenciárias são espécies, têm natureza tributária.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal: ADI's 3105 e 3128, relatora Min. Ellen Gracie.

Paulo de Barros Carvalho assim se posiciona sobre o assunto:

Não é de agora que advogamos a tese de que as chamadas *contribuições sociais* têm natureza tributária. Vimo-las sempre como figuras de impostos ou de taxas, em estrita consonância com o critério constitucional consubstanciado naquilo que nominamos de *tipologia tributária no Brasil*. Todo o suporte argumentativo calcava-se na orientação do sistema, visto e examinado na sua integralidade estrutural. Assim, outra coisa não fez o legislador constituinte senão prescrever manifestamente que as *contribuições sociais* são entidades tributárias, subordinando-se em tudo e por tudo às linhas definitórias do regime constitucional peculiar aos tributos.¹³

Hugo de Brito Machado tem opinião semelhante:

Com características ora de imposto, ora de taxa, as contribuições ditas paraestatais, ou sociais, ou de previdência, constituem para a doutrina jurídica, nacional e estrangeira, um ponto de intermináveis controvérsias. [...] Diante da vigente Constituição, portanto, pode-se conceituar a contribuição social como espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social. É indubitosa, hoje, a natureza tributária dessas contribuições. Aliás, a identificação da natureza jurídica de qualquer imposição do Direito só tem sentido prático porque define o seu regime jurídico, vale dizer, define quais são as normas jurídicas aplicáveis. No caso de que se cuida, a Constituição afastou as divergências doutrinárias afirmando serem aplicáveis às contribuições em tela as normas gerais do Direito Tributário e os princípios da legalidade e da anterioridade tributária, com ressalva, quanto a este, das contribuições de seguridade, às quais se aplica regra própria[...].¹⁴

Por outro lado, tem-se o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, valores constitucionalmente consagrados e que ostentam o *status* de cláusulas pétreas.

Os servidores que já se achavam aposentados na data da publicação da Emenda Constitucional nº 41/03 já haviam cumprido sua parte na relação com a previdência, restando-lhes apenas usufruir do benefício a que faziam jus.

O ministro Joaquim Barbosa mostrou-se claramente contrário ao absolutismo da imodificabilidade de determinadas disposições constitucionais. Diz o magistrado que se deve fazer a ponderação entre os vários valores protegidos pela constituição para decidir qual deve prevalecer. No caso sob análise, achou por bem o ministro dar prevalência ao princípio da solidariedade, em detrimento do direito adquirido.

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 42-43.

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 429-430.

Entendemos ser bastante razoável o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa e dos demais integrantes da Excelsa Corte que votaram pela manutenção da cobrança de contribuição dos inativos, seja pelo fato de não existir direito adquirido à não-tributação, seja pela prevalência do princípio da solidariedade sobre o princípio do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, os quais não podem ser considerados de maneira radicalmente absoluta quando se está diante de um assunto de tamanha relevância, como é o caso da manutenção da viabilidade financeira e atuarial do sistema previdenciário dos servidores públicos.

4 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS

4.1 Considerações iniciais

O art. 40 da Constituição Federal traz as normas gerais sobre a concessão de benefícios previdenciários aos servidores públicos estatutários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Inicialmente, faz-se mister destacar que as disposições do art. 40 da Constituição são aplicáveis apenas a servidores ocupantes de cargos efetivos e vitalícios, ou seja, aos servidores que lograram aprovação em concurso público, aos ministros do TCU¹⁵, aos conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios¹⁶; aos magistrados¹⁷ e aos membros do Ministério Público.¹⁸

O § 13 do art. 40, prevê que 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.

Destarte, embora esses servidores ocupantes de cargo em comissão mantenham um vínculo estatutário com a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, não recolherão contribuição para o regime próprio respectivo.

Essa norma gerou certa polêmica quanto aos ocupantes de cargo em comissão que já eram beneficiários de aposentadoria paga por regime próprio. Vejamos a opinião de José dos Santos Carvalho Filho sobre o assunto:

¹⁵ O § 3º do art. 73 da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, estabelece: “§ 3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40”

¹⁶ As disposições do art. 40 também se aplicam aos conselheiros dos demais Tribunais de Conta, de acordo com o art. 75 da CF: “ Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.”

¹⁷ O inciso VI do art. 93 da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, estabelece que “a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40.”

¹⁸ Dispõe o § 6º do art. 129 da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04 que “aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.” O referido dispositivo, por sua vez, remete ao art. 40 da CF.

Em que pese a clareza da norma, há entendimento no sentido de que o servidor ocupante de cargo em comissão, se já é aposentado pelo regime estatutário, deveria contribuir para o regime previdenciário especial, e não para o regime geral, invocando-se como fundamento o fato de que aposentado daquela natureza ainda continua vinculado ao Poder Público. O argumento é totalmente equivocado: a uma, porque não há mais qualquer vínculo funcional entre o aposentado e o Estado, já que a aposentadoria faz cessar o vínculo estatutário; a duas, porque a investidura nessa hipótese é nova, vale dizer, instaura-se outra relação funcional sem qualquer relação com a anterior. E a três, porque a Constituição nada ressaltou nesse sentido. Assim, se um servidor aposentado vem a ocupar exclusivamente cargo em comissão, deve contribuir para o regime geral da previdência social, independentemente do regime jurídico sob o qual se aposentou anteriormente.¹⁹

Concordamos plenamente com a opinião do autor. Realmente, é preciso que se faça a diferenciação entre o vínculo funcional, que liga o servidor à respectiva entidade a que serve; e o vínculo previdenciário, concernente aos benefícios a que faz ou fará jus o servidor em caso de afastamento temporário ou quando passar para a inatividade.

A lei 8.112/90 traz em seu Título VI disposições sobre a seguridade social do servidor público federal. O § 1º do art. 183 do referido diploma legal, em conformidade com o mandamento constitucional, estabelece que o servidor ocupante de cargo em comissão que não seja, simultaneamente, ocupante de cargo ou emprego efetivo na administração pública direta, autárquica ou fundacional não terá direito aos benefícios do Plano de Seguridade Social em questão, com exceção da assistência à saúde.

Também precisamos analisar a situação dos servidores estabilizados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Esses servidores devem ser abrangidos pelos RPPS.

Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo, comentando a Emenda Constitucional nº 20/98, esclarecem:

Observa-se que, apesar de a Emenda Constitucional aludir a servidores titulares de cargo efetivo, que são por definição os que ingressaram mediante concurso, também estarão abrangidos pelos sistemas próprios de previdência os servidores que ingressaram sem concurso público antes da Constituição de 1988 e foram estabilizados em virtude da regra contida no art. 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (por terem ingressado no serviço público até 5 de outubro de 1983), desde que sejam ocupantes de cargos públicos. Mesmo sem

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 608.

terem sido estabilizados, também poderão ser incluídos em sistema próprio de previdência [...]”.²⁰

Questão polêmica que merece nossa análise é em relação aos notários e oficiais de registros públicos, que de acordo com o art. 236 da Constituição, exercem suas atividades em caráter privado, por delegação do Poder Público.

Embora esses agentes se submetam a concurso público, é pacífico o entendimento jurisprudencial do STF no sentido de que não são aplicáveis a eles as disposições do art. 40 da Constituição, pois não são servidores públicos titulares de cargos efetivos.

Vejamos alguns exemplos de julgados nesse sentido:

EMENTA: Serviços notariais e de registro: regime jurídico: exercício em caráter privado, por delegação do poder público: lei estadual que estende aos delegatários (tabeliães e registradores) o regime do quadro único de servidores do Poder Judiciário local: plausibilidade da arguição de sua inconstitucionalidade, por contrariedade ao art. 236 e §§ e, no que diz com a aposentadoria, ao art. 40 e §§, da Constituição da República: medida cautelar deferida.” (ADI 2.891-MC, Rel. Sepúlveda Pertence, Pleno, unânime, DJ 27.6.2003)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios --- incluídas as autarquias e fundações. 2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público --- serviço público não-privativo. 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 --- aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI 2.602, Rel. Joaquim Barbosa, Redator para o acórdão Min. Eros Grau, Pleno, maioria, DJ 31.3.2006).

²⁰ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **A Nova Previdência Social do Servidor Público de acordo com a Emenda Constitucional nº 41/2003**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 75.

A maioria dos integrantes do STF entende que é totalmente inaplicável o art. 40 da Constituição aos notários e oficiais de registro público, inclusive quanto à aposentadoria compulsória, por não serem servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, mas apenas delegatários do Poder Público.

É importante que se destaque que o art. 40 da Lei n. 8.935 de 18 de novembro de 1994 estabelece que os notários, oficiais de registro, escreventes e auxiliares, são vinculados à previdência social, no âmbito federal, e têm assegurada a contagem recíproca de tempo de serviço em sistemas diversos.

Assim, está claro que esses agentes públicos devem, obrigatoriamente, se vincular ao RGPS, sendo vedado que algum ente da Federação lhes estenda a aplicação do regime próprio.

4.2 A aposentadoria do servidor público e a instituição da pensão por morte

As regras para o servidor público obter a aposentadoria sofreram consideráveis modificações no plano constitucional.

O tempo de serviço deu lugar ao tempo de contribuição para fins de concessão de aposentadoria e cálculo dos proventos dos servidores, bem como se estabeleceu o tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, conforme se vê na redação do § 1º do artigo 40 após a Emenda Constitucional nº 20/98.

A nova redação do mencionado parágrafo manteve as seguintes espécies de aposentadoria: 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 lei²¹; compulsória, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; voluntária, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo

²¹ O § 1º do art. 186 da lei 8.112 estabelece: “Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada”.

efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas, ainda, o mínimo de 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; ou, no caso da aposentadoria por idade, sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Nesse aspecto, o regime previdenciário do servidor público tornou-se mais rígido do que o Regime Geral, pois neste último, para que seja concedida a aposentadoria por tempo de contribuição só se exige que o segurado tenha contribuído por trinta e cinco anos, se homem, ou por trinta anos, se mulher; não havendo ainda uma idade mínima para a concessão desse benefício no âmbito do RGPS.

Entretanto, a Emenda Constitucional nº 41/03 trouxe uma complexa regra de transição no seu art. 2º:

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, quando 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 Às aposentadorias concedidas de acordo com este artigo aplica-se o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal.

Percebe-se que o legislador garantiu o direito à aposentadoria antecipada àqueles que já eram servidores na época da primeira reforma da previdência. Entretanto, impôs a redução dos benefícios caso o servidor optasse pela regra de transição.

É interessante destacarmos que em caso de aposentadoria por invalidez permanente, os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição, salvo se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável. Nesses casos, os proventos deverão ser integrais, com fulcro no § 1º, I, do art. 40 da Constituição:

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:

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;

O STJ já se manifestou sobre o assunto. Vejamos a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. MAL DE PARKINSON. DOENÇA PREVISTA NO ROL TAXATIVO DO ART. 186 DA LEI 8.112/90. PREVISÃO DE PROVENTOS INTEGRAIS. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. NÃO APLICAÇÃO EM VIRTUDE DA EXCEPCIONALIDADE PREVISTA NO ART. 40, § 1o., I DA CF/88. DIREITO DO IMPETRANTE À PERCEPÇÃO DA APOSENTADORIA NA FORMA INTEGRAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A aposentadoria por invalidez decorrente de enfermidade grave e incurável gera direito à percepção do pagamento integral dos proventos, nos termos do art. 40, § 1o., I da CF/88 e do art. 186, I da Lei 8.112/90.

2. A 3a. Seção deste Tribunal pacificou o entendimento de que a Emenda Constitucional 41/03, ao extinguir o cálculo integral para os benefícios concedidos nos termos do art. 40, § 3o. (aposentadorias) e § 7o. (pensões) da

Carta Magna e da Lei 10.887/04, excetuou expressamente os casos em que o pagamento deve ser percebido integralmente, como no caso de Servidor Público aposentado por invalidez permanente, decorrente de doença grave, prevista no rol taxativo da legislação regente.

3. In casu, o impetrante comprovou com a apresentação de laudo oficial ser portador do Mal de Parkinson, doença que consta do rol taxativo do art. 40, § 1o., I da CF/88, de sorte que a aplicação do cálculo aritmético previsto na Lei 10.887/04 pela Administração viola o princípio da estrita legalidade e a garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos.

4. Ordem concedida para anular o trecho da Portaria 1.497, de 21.10.08, do Advogado-Geral da União, que determinou o cálculo proporcional da aposentadoria do impetrante, devendo ser mantido o pagamento integral dos proventos, em conformidade com o art. 40, § 1o., I da CF/88, nos termos do parecer do MPF. (MS 14.160/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 23/03/2010)

Outra importante inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 20/98 foi a incluída no § 10 do art. 40, que veda o estabelecimento de qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

Destarte, para que se compute o tempo de contribuição para fins de concessão de aposentadoria, é preciso que haja o efetivo recolhimento das respectivas contribuições, simultaneamente ao decurso do tempo.

Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo trazem o seguinte conceito de tempo de contribuição fictício:

Tempo de contribuição fictício é todo aquele considerado pela lei como tempo de serviço para fins de aposentadoria sem que tenha havido simultaneamente contribuição e exercício de atividade. Mencione-se, a título de exemplo, a contagem em dobro de licença prêmio ou de férias não gozadas para efeito de aposentadoria.²²

Caso o servidor, na data da publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, que incluiu o § 10 no art. 40, já tenha se aposentado ou preenchido todas as condições para obter a concessão da aposentadoria contando com o tempo de serviço fictício, a nova regra constitucional não poderá retroagir para prejudicá-lo, sob pena de ofensa ao direito adquirido.

²² DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **A Nova Previdência do Servidor Público**. Rio de Janeiro: letra Legal, 2004, p. 84.

Entretanto, se o servidor ainda não tiver implementado as condições para se aposentar na data da publicação da referida Emenda, não mais poderá computar o tempo de contribuição fictício a que teria direito.

Faz-se mister, agora, analisarmos também as hipóteses de adoção de critérios diferenciados para concessão de aposentadoria.

O § 4º do art. 40 da Constituição, também incluído pela Emenda Constitucional nº 20/98, vedou a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata o art. 40, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

O dispositivo acima citado sofreu alteração pela Emenda Constitucional nº 47/05, passando a admitir a adoção de critérios e condições diferenciados para a concessão de aposentadoria àqueles servidores portadores de deficiência, aos que exerçam atividade de risco e àqueles cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, nos termos definidos em lei complementar.

Vê-se uma clara tentativa de se evitar que os entes estatais criem normas discriminadoras, que lesem o princípio da isonomia.

Não pode a lei previdenciária federal, estadual ou municipal tratar diferentemente seus servidores, salvo nesses casos expressos na Constituição, onde as condições pessoais do servidor dão ensejo à aplicação de normas previdenciárias mais brandas.

O parágrafo único do art. 5º da lei 9.717 veda a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria.

Entretanto, a Lei Complementar a que alude o dispositivo constitucional sob análise ainda não foi editada.

Essa omissão legislativa deu ensejo ao ajuizamento do Mandado de Injunção nº 721-7 perante o STF por uma servidora pública, que exercera o cargo de enfermeira por 25 anos em ambiente insalubre. O relator, Ministro Marco Aurélio Mello, julgou parcialmente

procedente o pedido da autora, assegurando-lhe aposentadoria especial nos termos do art. 57 da Lei 8.213/91²³.

Essa decisão do STF, que foi unânime, representa um precedente de extrema importância, pois possibilita que os servidores concretizem um direito assegurado pela Constituição e ainda não regulamentado pelo Poder Legislativo.

Outro importante assunto que merece nossa análise é a aposentadoria especial para professores. O § 5º do art. 40 da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, estabelece que os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a" do mesmo artigo, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Desse modo, o professor, se do sexo masculino, poderá se aposentar, voluntariamente, aos cinquenta e cinco anos de idade, após trinta anos de contribuição; ou aos cinquenta anos, após vinte e cinco anos de contribuição, se do sexo feminino; desde que

²³ 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. § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. § 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput. § 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

tenha exercido exclusivamente as funções de magistério, na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Ficaram excluídos da incidência dessa regra especial para a concessão de aposentadoria os professores do ensino superior.

A súmula 726 do STF²⁴, interpretando o referido dispositivo constitucional, estabelece que o tempo fora da sala de aula não se computa para efeito de aposentadoria especial dos professores.

Entretanto, no julgamento da ADI 3772, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos em estabelecimentos de ensino básico por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos artigos. 40, § 4º, e 201, § 1º, da Constituição Federal.

A Constituição também prevê as hipóteses de acumulação de aposentadorias. O § 6º do art. 40, incluído pela Emenda Constitucional nº 3/93, teve sua redação atual definida pela Emenda Constitucional nº 20/98. O dispositivo passou a vedar a percepção de mais de uma aposentadoria à conta de regime próprio de previdência, ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos constitucionalmente acumuláveis.

O inciso XVI do art. 37 veda a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o teto remuneratório previsto no inciso XI do mesmo artigo a acumulação de dois cargos de professor, de um cargo de professor com outro técnico ou científico; ou a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

A regra acima exposta se aplica a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público, de acordo com o inciso XVI do mesmo artigo.

Destarte, somente se podem acumular aposentadorias à conta de regimes previdenciários próprios se os cargos que deram origem aos benefícios forem acumuláveis.

²⁴ Súmula 726. Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.

A partir da referida regra, só é possível que um indivíduo acumule, no máximo, três aposentadorias de previdências públicas: duas pagas por regimes próprios, decorrentes de cargos públicos acumuláveis; e uma paga pelo Regime Geral de Previdência Social, caso o beneficiário também tenha contribuído para o referido regime.

Quanto à acumulação de proventos de inatividade com outras espécies remuneratórias à conta dos cofres públicos, a regra geral é a impossibilidade.

O § 10º do art. 37 da Constituição veda a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142, os quais trazem disposições acerca dos militares dos Estados e da Forças Armadas, respectivamente; com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma da Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Destarte, nos casos acima expostos é possível a percepção simultânea dos proventos de aposentadoria e da remuneração de cargo acumulável, cargo eletivo, ou cargos em comissão, desde que não seja ultrapassado o teto remuneratório previsto no art. 37, XI.

Entretanto, o art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/98 estabelece que a vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, acima comentado, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação da referida Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes, contudo, proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 do mesmo artigo.

Com isso, o art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/98 traz uma norma de transição, excepcionando apenas o exercício de um cargo público efetivo cumulativamente com a percepção de proventos de inatividades anteriormente concedidos. Todavia, o servidor não poderá acumular as duas aposentadorias.

Por sua vez, o § 11 do art. 40 determina a aplicação do limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o Regime Geral de Previdência Social, e ao montante resultante da adição de

proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma da Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

Além da aposentadoria, a Constituição da República também traz algumas regras quanto à instituição da pensão por morte do servidor.

O § 7º do art. 40, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/03, estabelece que Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual ao valor da totalidade dos proventos ou da remuneração do aposentado ou servidor falecido, até o limite máximo do regime geral de previdência social previsto no art. 202, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite.

Vê-se uma nítida tentativa do legislador de diminuir as desigualdades existentes entre os regimes próprios e o regime geral. A pensão gerada por servidor público só será integral se a remuneração ou os proventos forem de valor igual ou inferior ao benefício máximo do RGPS.

4.3 O abono de permanência

Um dos maiores problemas no serviço público sempre foi a aposentadoria precoce dos servidores.

Não era incomum que pessoas com menos de cinquenta anos já tivessem preenchido todos os requisitos para deixarem a atividade. Assim, profissionais no auge de sua carreira e em perfeito estado de saúde física e mental abandonavam o serviço público, deixando para o Estado o ônus de arcar com o pagamento de suas aposentadorias por longos anos, além de ter que recrutar novos servidores para substituí-los.

Apesar de geralmente ser lembrada pela instituição da contribuição dos aposentados e pensionistas dos regimes previdenciários dos servidores públicos, a Emenda Constitucional nº 41/03 também trouxe ao mundo jurídico um instituto que possibilitou um incremento na remuneração do servidor: o abono de permanência.

Tendo em vista o problema da aposentadoria precoce dos servidores, a segunda reforma da previdência estabeleceu um meio para prolongar a permanência do servidor na ativa, não de uma forma impositiva, mas através de um incentivo pecuniário.

O § 19 do art. 40, também incluído pela Emenda Constitucional nº 41/03, prevê que o servidor público que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a do mesmo artigo, 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, aos setenta anos de idade.

Assim, o servidor ficaria livre da novel contribuição por algum tempo se optasse por permanecer em atividade mesmo já tendo condições para requerer a aposentadoria.

Preenchidos os requisitos para a aposentadoria voluntária, caso o servidor opte por permanecer na ativa, deve requerer ao órgão ou entidade a que está vinculado o pagamento do abono. Não parece haver a obrigatoriedade de a Administração conceder *ex officio* o referido abono, pois se trata de direito puramente patrimonial, sendo, portanto, disponível.

Essa norma, tendo por finalidade imediata desestimular as aposentadorias precoces no serviço público, trará também uma contenção de gastos para o erário, já que ocorrerão menos vacâncias em decorrência de aposentadorias e o Poder Público precisará recrutar com menor frequência novos servidores.

Embora a intenção do legislador pareça, em princípio, atender ao interesse público, já que, de imediato, haverá redução dos gastos com recursos humanos, entendo que o instituto do abono de permanência também pode causar prejuízo à coletividade.

É cediço que a Administração Pública tem passado por inúmeras transformações, deixando um arcaico modelo burocrático weberiano para adotar o modelo gerencial, onde os servidores possuem mais autonomia e focalizam mais os resultados de suas ações do que o processo para alcançá-las.

Nem sempre as pessoas conseguem acompanhar essas mudanças, já que passaram boa parte de suas vidas profissionais trabalhando em conformidade com o modelo burocrático.

Nesse contexto, o abono de permanência poderá ser prejudicial ao bom andamento da Administração Pública, pois retarda a renovação dos quadros no âmbito estatal.

É importante que se saliente que essa não é a regra geral, pois existem inúmeros profissionais experientes que exercem seu mister com o maior zelo e dedicação. Nesses casos, a Administração Pública só tem a ganhar com a instituição do abono de permanência e a conseqüente permanência desses profissionais no serviço público.

4.4 Outros benefícios previdenciários dos servidores públicos

A Constituição Federal de 1988 determina a aplicação subsidiária das disposições do RGPS aos RPPS.

O § 12 do art. 40 da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 20/98, estabelece que, além do disposto no art. 40, 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.

Complementando o mandamento constitucional, a lei nº 9.717 veda a concessão aos segurados dos RPPS de benefícios distintos dos previstos para o RGPS.

A aplicação subsidiária das disposições do RGPS aos RPPS representa uma nítida tentativa de se mitigar as diferenças ainda existentes entre os dois sistemas.

É importante destacarmos que, nos termos da Orientação Normativa MPS/SPS nº 02, de 31 de março de 2009, só são considerados regimes próprios de previdência social aqueles estabelecidos no âmbito de cada ente federativo, que assegure, por lei, a todos os servidores titulares de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal.

Esses dois são os benefícios básicos, previstos expressamente no texto constitucional.

Entretanto, podem ser instituídos outros benefício, desde que também previstos no Regime Geral de Previdência Social.

Assim, o art. 52 da Orientação Normativa MPS/SPS nº 02/2009, regulamentando o disposto na lei nº 9717/98, estabelece:

Art. 51. Salvo disposição em contrário da Constituição Federal, da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e da Emenda Constitucional nº 47, de 06 de julho de 2005, o

regime próprio não poderá conceder benefício distinto dos previstos pelo RGPS, ficando restrito aos seguintes:

I - quanto ao servidor:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria compulsória;
- c) aposentadoria voluntária por idade e tempo de contribuição;
- d) aposentadoria voluntária por idade;
- e) aposentadoria especial;
- f) auxílio-doença;
- g) salário-família; e
- h) salário-maternidade.

II - quanto ao dependente:

- a) pensão por morte; e
- b) auxílio-reclusão.

§ 1º São considerados benefícios previdenciários do regime próprio os mencionados nos incisos I e II.

§ 2º Os regimes próprios 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.

Desse modo, é indevida a concessão de benefícios além daqueles citados acima, bem assim os concedidos em desconformidade com os parágrafos do dispositivo supramencionado.

Entretanto, essa regra nem sempre parece ser cumprida pelo Estado.

Como exemplo, a lei nº 8112/90 traz a previsão de alguns benefícios diferentes, como é o caso do auxílio-natalidade, previsto no art. 196²⁵, e do auxílio-funeral, incluso no art. 226²⁶. Ambos se encontram inserido no título dedicado à seguridade social do servidor.

Diante das considerações acima expostas, conclui-se que tais benefícios não deveriam prosperar, já que vão de encontro a uma norma geral instituída pela União, nos termos do § 1º do art. 24 da Constituição da República.

²⁵ Art. 196. O auxílio-natalidade é devido à servidora por motivo de nascimento de filho, em quantia equivalente ao menor vencimento do serviço público, inclusive no caso de natimorto.

§ 1º Na hipótese de parto múltiplo, o valor será acrescido de 50% (cinquenta por cento), por nascituro.

§ 2º O auxílio será pago ao cônjuge ou companheiro servidor público, quando a parturiente não for servidora.

²⁶ Art. 226. O auxílio-funeral é devido à família do servidor falecido na atividade ou aposentado, em valor equivalente a um mês da remuneração ou provento.

§ 1º No caso de acumulação legal de cargos, o auxílio será pago somente em razão do cargo de maior remuneração.

§ 2º (VETADO).

§ 3º O auxílio será pago no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, por meio de procedimento sumaríssimo, à pessoa da família que houver custeado o funeral.

Entretanto, poder-se-ia justificar a manutenção desses benefícios com a alegação de que os mesmos têm natureza assistencial, e não previdenciária.

O que acontece na prática é que a União e suas autarquias e fundações continuam concedendo a seus servidores e dependentes os benefícios do auxílio-natalidade e do auxílio-funeral, mesmo não existindo correspondência na lei 8.213/91, que trata dos benefícios do RGPS.

5 A SISTEMÁTICA DE CÁLCULO E REAJUSTAMENTO DOS BENEFÍCIOS

5.1 A contagem recíproca de tempo de contribuição

Inicialmente, faz-se necessário analisarmos o instituto da contagem recíproca do tempo de contribuição.

O § 9º do art. 40 da Constituição foi incluído pela Emenda Constitucional nº 20/98. O dispositivo estabelece que o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

Isso significa que o tempo de contribuição necessário para o servidor se aposentar poderá ser prestado para inúmeros entes da Federação.

O indivíduo que, durante sua vida profissional, tiver ocupado cargos em diversos Estados, Municípios, no Distrito Federal e na União, terá contribuído para regimes previdenciários diferentes.

Esses diversos períodos poderão ser somados e o servidor, ao se aposentar, receberá seu benefício do instituto previdenciário ao qual estiver vinculado na época da concessão da aposentadoria.

Entretanto, essa possibilidade de contagem recíproca de tempo de serviço dará ensejo a uma compensação financeira entre as diversas entidades previdenciárias de regimes próprios e o INSS, como entidade gestora do RGPS.

Esse assunto é disciplinado na Lei 9.796/99, que traz uma série de regras e prazos para a realização da compensação financeira entre o regime instituidor e o regime de origem.

A lei em comento conceitua regime de origem como aquele ao qual o segurado ou servidor público esteve vinculado sem que dele receba aposentadoria ou tenha gerado pensão para seus dependentes; e regime instituidor o responsável pela concessão e pagamento de benefício de aposentadoria ou pensão dela decorrente a segurado ou servidor público ou a seus dependentes com cômputo de tempo de contribuição no âmbito do regime de origem.

Estabelece ainda que os regimes próprios de previdência de servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios só serão considerados regimes de origem quando o Regime Geral de Previdência Social for o regime instituidor; e que na hipótese de o regime próprio de previdência de servidor público não possuir personalidade jurídica própria, atribuem-se ao respectivo ente federado as obrigações e direitos previstos na referida lei

Entretanto, a lei não estabelece regras de compensação financeira entre diversos regimes próprios. Assim, caso um servidor durante sua carreira tenha contribuído para diversas entidades gestoras de regimes próprios, aquela correspondente ao cargo em que se der a aposentadoria arcará integralmente com o pagamento do benefício, sem receber qualquer compensação dos demais regimes que recolheram contribuições do segurado.

Levando em conta a observação feita acima, não parece ter sentido a opção do legislador de atribuir a um único regime previdenciário próprio o ônus pelo pagamento de benefício sem que tenha recebido a totalidade das contribuições destinadas ao seu custeio.

Não havendo a compensação, o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes previdenciários dos diversos entes da Federação restará seriamente ameaçado, principalmente porque as pessoas estão em constante busca por melhores remunerações, o que dificulta a permanência de alguém, durante toda sua vida profissional, em um mesmo cargo ou emprego.

5.2 A Integralidade do valor dos benefícios

O § 2º do art. 40 da Constituição 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.

Esse dispositivo tem como escopo impedir a existência de benefícios exorbitantes, que representariam enorme ônus para os regimes previdenciários dos servidores.

A Emenda Constitucional nº 20/98 incluiu o § 3º no art. 40 da Constituição, o qual, por sua vez, estabeleceu que os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, seriam calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se desse a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderiam à totalidade da remuneração.

Essa regra foi alterada pela Emenda Constitucional nº 41/03, passando a serem consideradas para o cálculo dos proventos de aposentadoria as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes próprios de previdência e ao regime geral, na forma da lei.

Destarte, com o advento da Emenda Constitucional nº 41/03, a sistemática de cálculo das aposentadorias dos servidores públicos ficou similar à do Regime Geral de Previdência Social, desaparecendo do texto permanente da Constituição a chamada *integralidade* da aposentadoria dos servidores, ou seja, o valor do benefício seria igual à remuneração do cargo em que se desse a aposentadoria, independentemente do valor das contribuições pagas ao longo da vida do trabalhador. Essa sistemática comprometia o equilíbrio financeiro e atuarial do regime, principalmente este último, em virtude da crescente expectativa de vida dos beneficiários.

Ademais, reza o § 17 do art. 40 que todos os valores de remuneração considerados para o cálculo da aposentadoria serão devidamente atualizados. A lei nº 10.887/04 regulamentou esse dispositivo constitucional. O art. 1º do mencionado diploma legal determina que 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, 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% de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

A Emenda Constitucional nº 41/03 trouxe uma regra de transição em seu art. 6º:

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. Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

O parágrafo único do artigo acima transcrito foi revogado pela Emenda Constitucional nº 47/05, o que garantiu a paridade entre ativos e inativos na referida regra de transição. Esse assunto será melhor analisado no tópico seguinte.

5.3 A Paridade entre ativos e inativos

O § 8º do art. 40 da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional nº 20/98, previa que os proventos de aposentadoria e as pensões seriam revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificassem a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores ativos, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se dera a aposentadoria ou que servira de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

Havia, portanto, *paridade plena* entre os servidores públicos ativos e aposentados.

A Emenda Constitucional nº 41/03 modificou sensivelmente a redação do referido dispositivo, o qual passou a prever apenas que seria assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

Houve, portanto, a extinção da paridade entre servidores em atividade e aposentados, permanecendo apenas a obrigatoriedade de reajustamento dos benefícios com o fim de manter-lhes, permanentemente, o valor real.

Entretanto, a Emenda constitucional nº 41/03 estabeleceu em seu art. 7º uma regra de transição, a qual determina que, observado o teto remuneratório 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 da referida Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes que, até a data de publicação da mesma Emenda, tivessem cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente, conforme previsto no art. 3º da mesma Emenda, seriam revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificassem 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 desse a aposentadoria ou que servisse de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

Em seguida, a Emenda constitucional nº 47/05 garantiu a aplicação da regra de transição do art. 7º da Emenda constitucional nº 41/03 aos servidores que se aposentassem segundo as regras do art. 6º da mesma Emenda, assegurando-lhes, portanto, o direito à paridade entre ativos e inativos.

5.4 Regime de previdência pública complementar

As Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/03 aproximaram bastante o regime previdenciário dos servidores públicos do regime geral de previdência social.

Além da extinção da integralidade do valor dos benefícios e da paridade plena entre servidores ativos e inativos e pensionistas, levadas a cabo pela reforma de 2003, criou-se um novo mecanismo de aproximação entre os RPPS e o RGPS no tocante ao valor máximo dos benefícios.

O § 14 do art. 40, incluído pela emenda Constitucional nº 20/98 possibilitou que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, possam fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo respectivo regime previdenciário, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição.

O § 15, incluído pela mesma Emenda, previa que, observado o disposto no art. 202 da Constituição, o qual trata do regime de previdência complementar privada; lei complementar disporia sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

A Emenda Constitucional nº 41/03 modificou o § 15 do art. 40, que passou a dispor que o regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

Como se vê, uma simples lei ordinária de iniciativa do chefe do Poder Executivo é suficiente para que um ente da Federação institua regime de previdência complementar e fixe o mesmo limite máximo do RGPS para as aposentadorias e pensões de seus servidores.

Entretanto, até o presente momento, nem a União, nem o Distrito Federal, nenhum Estado e nenhum Município instituiu a tal previdência complementar pública.

Destarte, Os regimes próprios continuam com tetos de seus benefícios diferentes do teto do RGPS, embora já exista a permissão constitucional para a equiparação.

Em homenagem ao Princípio da Segurança Jurídica, o § 16 do art. 40, incluído pela Emenda Constitucional nº 20/98, estabelece que somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

Assim, quando algum ente da Federação instituir o referido regime de previdência complementar, coexistirão dois diferentes tetos para aposentadoria dos respectivos servidores. Aqueles que já forem servidores ao tempo da instituição, caso não optem expressamente pelo enquadramento nas novas regras, continuarão contribuindo normalmente para o regime previdenciário principal, ao passo que os novos servidores estarão submetidos ao mesmo teto previdenciário do RGPS.

Deverá ser regulamentada por lei a compensação financeira entre o regime próprio e a previdência complementar no caso dos servidores que optarem por migrar para a nova sistemática.

6 CONCLUSÃO

A previdência social tem como objetivo amparar o trabalhador e seus familiares em situações previstas em lei que impossibilitem o segurado de continuar a exercer sua profissão, tais com morte, doença ou velhice.

A Constituição da República e a legislação previdenciária infraconstitucional trazem normas diferentes para os trabalhadores da iniciativa privada e os servidores públicos titulares de cargo efetivo. A razão desse *discrimen* é a substancial diferença existente entre o vínculo funcional do servidor público com o Estado e o exercício de atividade de natureza privada.

É totalmente compreensível que se outorguem prerrogativas de caráter previdenciário ao servidor público efetivo, já que este, em razão da relevante função que exerce, arca com alguns ônus inexistentes no setor privado, possuindo muitas limitações, seja para o exercício de outras atividades profissionais, seja em sua própria vida particular; seja, ainda, pela imposição de um teto remuneratório, inexistente no âmbito da iniciativa privada. Tudo isso tem como objetivo principal atender ao interesse da Administração Pública.

Percebe-se, portanto, que os regimes próprios de previdência são organizados de forma a atender mais ao interesse estatal do que ao do próprio servidor.

Isso pode ser inferido pela própria localização do art. 40, incluso no capítulo que trata da Administração Pública, pertencente ao título que dispõe sobre a organização do Estado; ao passo que as disposições previdenciárias do RGPS estão no título que trata da Ordem Social.

Não obstante as diferenças ainda existentes entre os dois regimes previdenciários, as Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/03 mitigaram bastante as vantagens de se estar vinculado a um RPPS.

A primeira reforma estabeleceu uma idade mínima e um tempo mínimo de serviço público e de exercício no cargo para a concessão da aposentadoria voluntária por tempo de contribuição, o que tornou, nesse aspecto, os RPPS mais rígidos do que o Regime Geral de Previdência Social.

A reforma de 2003, bem mais radical que a de 1998, acabou com a paridade entre os servidores ativos e inativos, estabelecendo um critério diferenciado para o reajustamento das aposentadorias e pensões, o que garante apenas a manutenção do seu valor real. Além disso, teve fim a integralidade dos proventos, pois a base de cálculo das aposentadorias e pensões não mais é o valor da remuneração do cargo em que se dá a aposentadoria ou o valor total dos proventos que originarão a pensão. Dessa forma, a sistemática do cálculo dos benefícios ficou semelhante à do RGPS, levando-se em consideração, portanto, os valores das contribuições recolhidas pelo servidor ao longo de toda a sua vida profissional.

Outra modificação importante foi o estabelecimento da possibilidade de se fixar o teto para os RPPS igual ao do Regime Geral através de lei ordinária de iniciativa do Poder Executivo do ente. Apesar da permissão constitucional, nenhuma das unidades federativas instituiu, até o presente momento, o referido teto para os seus regimes próprios.

A Emenda Constitucional n 41/03 tornou expressa a aplicação do princípio da solidariedade ao custeio dos RPPS, estendendo aos inativos a cobrança de contribuição previdenciária. Além disso, a referida Emenda ainda instituiu a cobrança de contribuição dos servidores que já se achavam aposentadas ao tempo da sua publicação, o que foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A Excelsa Corte, todavia, julgou apenas parcialmente procedente o pedido, alegando que, tendo em vista a natureza tributária das contribuições, não haveria direito adquirido à não cobrança das mesmas. Foi declarada inconstitucional apenas a diferença na base de cálculo entre os já aposentados e os demais servidores. Prevaleceu, portanto, o princípio da solidariedade em detrimento do direito adquirido.

Uma tentativa de evitar que os servidores se aposentem precocemente foi a instituição do abono de permanência, consistente na não incidência de contribuição previdenciária na remuneração dos servidores que, mesmo já tendo preenchido todos os requisitos para passarem para a inatividade, optarem por permanecer em atividade. Esse instituto permite a redução de gastos com recursos humanos, pois o governo precisará recrutar novos servidores com menor frequência. Apesar de proporcionar redução dos gastos a curto prazo e retardar a aposentadoria de profissionais experientes que ainda podem

contribuir com o serviço público, o abono de permanência atrasa a renovação dos quadros, o que também pode prejudicar o avanço do novo modelo de Administração Pública.

Cada ente da Federação tem competência para instituir seu próprio regime próprio de previdência, desde que respeite as disposições constitucionais e as leis gerais que regulam o instituto. A lei federal nº 9.717/98 veda a concessão de benefícios por RPPS diverso dos previstos para o RGPS. Com isso, verifica-se a tentativa governamental de restringir ainda mais as diferenças existentes entre os dois regimes.

Os benefícios indispensáveis à instituição de um RPPS são a aposentadoria e a pensão por morte. Além deles, outros podem ser instituídos, desde que também sejam previstos para o RGPS. Contudo, essa regra nem sempre é cumprida na prática.

O art. 40 da Constituição traz uma série de regras a respeito desses benefícios, dos quais se pode destacar a aposentadoria do professor do ensino infantil, fundamental e média, com redução de cinco anos do tempo de contribuição e da idade mínima para a aposentadoria. Essa diferença de tratamento se justifica pela peculiaridade da profissão de professor, que proporciona maior desgaste físico e mental.

Ademais, o texto constitucional traz disposições sobre a aposentadoria especial do servidor público, que até o presente momento não foi regulamentada pelo legislador infraconstitucional. A mora legislativa deu ensejo à aplicação analógica aos servidores dos dispositivos legais referentes à aposentadoria especial no RGPS, conforme se verifica nos julgados do STF.

Por fim, diante das recentes modificações constitucionais e legais sobre a previdência do servidor público, chega-se à conclusão de que a tendência é que diminuam ainda mais as diferenças entre os dois regimes, o que poderá culminar com uma previdência única para todos os trabalhadores do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO Vicente. **Direito Administrativo**. 13. ed. Niterói: Impetus, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **A Nova Previdência Social do Servidor Público de acordo com a Emenda Constitucional nº 41/2003**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

IBRAIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, 14. ed. Niterói: Impetus, 2009.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**, 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.