



Revista da

**PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

ISSN 0102-8065

91/92

janeiro/dezembro 2020

REFORMA DA PREVIDÊNCIA



*OS PRINCIPAIS IMPACTOS DA
EC 103/2019 SOBRE O REGIME
PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL*



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Revista da
**PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

91/92

janeiro/dezembro 2020

REFORMA DA PREVIDÊNCIA



*OS PRINCIPAIS IMPACTOS DA
EC 103/2019 SOBRE O REGIME
PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL*



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOÃO DORIA

Governador do Estado

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

MARIA LIA P. PORTO CORONA

Procuradora-Geral do Estado

BRUNO MACIEL DOS SANTOS

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos

COORDENAÇÃO EDITORIAL

JULIANA DE OLIVEIRA DUARTE FERREIRA

Procuradora do Estado



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

ISSN 0102-8065

CENTRO DE ESTUDOS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Pamplona, 227 – 10º andar
CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil
Tel. (11) 3286-7005
Homepage: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos

Bruno Maciel dos Santos

Assessoria

Joyce Sayuri Saito, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

Comissão Editorial

Presidência

Bruno Maciel dos Santos

Membros

Américo Andrade Pinho, Cláudio Henrique Ribeiro Dias, Juliana Campolina Rebelo Horta, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues (até 8/4/2020), Luis Cláudio Ferreira Cantanhede (a partir de 9/4/2020), Marcello Garcia (até 8/4/2020), Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira (a partir de 9/4/2020), Rafael Carvalho de Fassio (até 28/7/2020), Thamy Kawai Marcos (a partir de 29/7/2020), Telma de Freitas Fontes e Thiago Oliveira de Matos.

Revista

Coordenação editorial desta edição: Juliana de Oliveira Duarte Ferreira

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: 100 exemplares.

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971 - (semestral)

1971-2019 (1-90)

CDD-344.032(81)
CDU-369(81)

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
Demerval Ferraz de Arruda Junior	
PARTE I	
VISÃO GERAL SOBRE OS IMPACTOS DA EC 103/2019 NO DELINEAMENTO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	1
REFORMA DA PREVIDÊNCIA E DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO.....	3
Lucas Soares de Oliveira	
A DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019.....	17
Paula de Siqueira Nunes	
REFORMA DA PREVIDÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA.....	31
Rodolfo Breciani Penna	
O ARTIGO 25, § 3º, DA EC 103/2019 E SEUS REFLEXOS NA CONTAGEM DE TEMPO DE ADVOCACIA PARA FINS DE APOSENTADORIA NO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO.....	55
Juliana de Oliveira Duarte Ferreira	
PARTE II	
O CUSTEIO DO RPPS NA REFORMA PREVIDENCIÁRIA.....	71
A REFORMA PREVIDENCIÁRIA E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO	73
Rômulo Silva Duarte	

A EC 103/2019 E AS NOVAS MODALIDADES DE CUSTEIO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL	83
--	-----------

Caio Gentil Ribeiro

Leonardo Silveira Antoun Netto

Rômulo Silva Duarte

O DÉFICIT DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL NA EC 103/2019	97
--	-----------

Caio Gentil Ribeiro

Leonardo Silveira Antoun Netto

PARTE III

BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NA EC 103/2019	111
--	------------

A NOVA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA.....	113
---	------------

Jéssica Lorencette Godoy

APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE – BREVE EXAME À LUZ DA EC 103/2019 E DA EC 49/2020	133
---	------------

Rafael Sodré Ghattas

APOSENTADORIA DIFERENCIADA AOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE EXERCEM ATIVIDADES COM EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES QUÍMICOS, FÍSICOS E BIOLÓGICOS PREJUDICIAIS À SAÚDE	155
--	------------

Suzana Soo Sun Lee

DOS BENEFICIÁRIOS DA PENSÃO POR MORTE NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO À LUZ DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA.....	173
--	------------

Marina de Lima Lopes

AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO CÁLCULO DA PENSÃO POR MORTE PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.354/2020	193
---	------------

Sabrina Ferreira Novis de Moraes

BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS IMPACTOS DA EC 103/2019 SOBRE O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS	207
--	------------

Dânae Dal Bianco

APRESENTAÇÃO

Em agosto de 2019, propusemos ao Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado a formação de um grupo de procuradores do estado que se incumbisse de refletir sobre o Projeto de Emenda Constitucional nº 6/2019, origem da reforma previdenciária que viria a ser aprovada alguns meses mais tarde. A ideia era preparar os advogados públicos para uma torrente de questões que, assim como sucedera por efeito das reformas anteriores, desafiaria por anos a fio o discernimento da Administração Pública e, portanto, a capacidade do Estado de prover os trabalhadores – no caso de São Paulo, seus próprios servidores – com proteção social adequada à Constituição.

Assim nascia o Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas sobre Direito Previdenciário e Reforma da Previdência, instituído pela Resolução PGE nº 32/2019, sob a coordenação da eminente dra. Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, da Procuradoria Administrativa. O novo grupo, que de imediato despertou grande interesse entre os integrantes da carreira, surpreendentemente os mais jovens, passaria a reunir-se com regular frequência para uma série de exposições, debates e trabalhos escritos, além de ouvir grandes estudos da matéria em ciclos de palestras organizadas pelo Centro de Estudos.

O que se anunciava não era tarefa corriqueira: estava-se diante de alterações na seara previdenciária cujo alcance não se via há mais de duas décadas, quando introduzida, também sob o influxo de uma onda ideológica marcadamente liberal, a primeira reforma da Previdência depois da promulgação da Constituição Cidadã. Em meio ao iminente solapamento de modelos desde então assentados de proteção e mesmo de transição entre regimes (vide a ampla superação do sistema anterior de preservação de expectativas de direito), tínhamos à frente temas espinhosos como desconstitucionalização, repartição de competências, proibição do retrocesso, direito adquirido, segurança jurídica, vedação ao confisco, equilíbrio atuarial, entre outros tantos.

A programação e o método do Núcleo Temático procuraram instigar o desenvolvimento de uma visão crítica capaz de confrontar, no terreno próprio da Ciência do Direito, argumentos que, não de hoje,

têm procurado reduzir a questão da previdência à questão econômica. Assumiu-se muito corretamente que, para interpretar a Reforma, fixar seu alcance e sentido, seria necessário mais do que compreender as necessidades de austeridade fiscal e redução de gastos estatais que a impulsionaram, senão que perceber até que ponto, na nossa feliz longevidade constitucional, poder-se-iam acomodar imperativos desse jaez a um sistema protetivo profundamente arraigado no Estado Social e Democrático de Direito tal como inaugurado em 1988.

Dos extensos trabalhos e acesas discussões do Núcleo Temático resultaram artigos jurídicos primorosos, como os selecionados para este número da Revista da Procuradoria-Geral do Estado que temos a alegria de introduzir. Foram eles dispostos, a seguir, em três grandes seções: na primeira, ocupou-se de aspectos gerais da Emenda Constitucional nº 103/2019 no que tange ao regime de previdência social dos servidores públicos, com ênfase dada a pontos de tensão com o ordenamento constitucional vigente; na segunda, esmiuçaram-se questões de custeio desse regime, como as referentes à nova compostura das contribuições previdenciárias, particularmente em cenário de déficit do sistema, e os limites da carga tributária representada pelo avanço das exações; por fim, na terceira parte, abordaram-se alterações relevantes nos benefícios previdenciários do Regime Próprio de Previdência Social, bem como as mudanças no regime de previdência complementar dos servidores públicos.

Seria árduo, como injusto, destacar um ou alguns textos nesta pequena apresentação. Decerto o leitor naturalmente encontrará seus artigos prediletos, ao mesmo tempo em que a Revista da PGE continuará a cumprir seu propósito de reunir e difundir, em especial para o universo dos advogados públicos, o conhecimento jurídico gerado na nossa querida e respeitável Instituição.

Demerval Ferraz de Arruda Junior¹
Procurador do Estado Chefe
Procuradoria Administrativa

1 Procurador do estado chefe da Procuradoria Administrativa. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Letras pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

PARTE I

VISÃO GERAL SOBRE OS
IMPACTOS DA EC 103/2019 NO
DELINEAMENTO DO REGIME
PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

REFORMA DA PREVIDÊNCIA E DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO

Pension Reform and Deconstitutionalization

Lucas Soares de Oliveira¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. A teoria da desconstitucionalização; 3. Previdência Social e reserva de constituição; 4. A desconstitucionalização levada a efeito pela EC 103/2019; 5. Desconstitucionalização e proibição do retrocesso; 6. Desconstitucionalização e autonomia federativa; 7. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO O presente artigo objetiva examinar as desconstitucionalizações promovidas pela Reforma da Previdência (EC 103/2019), em especial quanto à reserva de constituição, à proibição de retrocesso e à autonomia federativa em matéria previdenciária.

Palavras-chave: Reforma da Previdência. Desconstitucionalização. Proibição do Retrocesso. Autonomia Federativa.

ABSTRACT This article intends to examine the deconstitutionalizations promoted by the Pension Reform (Amendment to the Constitution number 103/2019), especially about the constitution reserve, the cliquet effect and the federative autonomy in social security matters.

Keywords: Pension Reform. Deconstitutionalization. Cliquet effect. Federative Autonomy.

*“Constituições são geralmente documentos generosos;
na gravidade dos fatos elas pouco se movem do local histórico.”*

(Friedrich Müller)

¹ Procurador do estado de São Paulo. Mestrando em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

1. INTRODUÇÃO

A ideia de Reforma da Previdência, por natureza, constitui um assunto polêmico. Como qualquer proposta de intervenção em direitos sociais constitucionalmente garantidos, a Reforma desperta paixões, temores e repulsas. Não bastassem tais emoções, o texto EC 103/2019 não auxilia, em termos técnico-jurídicos, a redução das polêmicas; senão as aflora.

Um dos pontos de maior tensão na Reforma da Previdência encontra-se na delegação às normas infraconstitucionais de importante parcela do regramento outrora afetado à Constituição da República.

A EC 103/2019, nessa quadra, desloca para a classe normativa de emenda à Constituição estadual ou à Lei Orgânica distrital ou municipal a competência para estabelecer a *idade mínima* para as aposentadorias voluntárias dos servidores públicos ligados ao regime próprio dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (novo inciso III do § 1º do art. 40 da CRFB). A mesma emenda transfere à lei complementar de cada ente federativo o regramento do *tempo de contribuição* e dos *demais requisitos* para a aposentadoria voluntária no regime próprio (novo inciso III do § 1º do art. 40 da CRFB). Na mesma trilha, delega à lei ordinária de cada ente federativo as temáticas ligadas ao *cálculo de proventos de aposentadoria* de seus servidores e à *pensão por morte* legada a seus dependentes (novo § 3º do art. 40 da CRFB).

Com isso, tem-se afirmado que a Reforma da Previdência promoveu uma espécie de desconstitucionalização dos mencionados temas. A assertiva é pertinente, mas, para bem entendê-la, é preciso, antes, delimitar o conceito de desconstitucionalização, bem como as implicações dessa sistemática sobre importantes preceitos constitucionais.

Para tanto, este artigo se debruçará sobre aspectos relativos à teoria da desconstitucionalização, à reserva de constituição em matéria previdenciária, ao modelo de descongelamento normativo adotado pela EC 103/2019, à proibição do retrocesso e à autonomia federativa.

Se bem-sucedido, o texto servirá como mecanismo para a boa compreensão do fenômeno da degradação das espécies normativas promovido pela Reforma da Previdência, municiando o leitor de expedientes descritivos e críticos para a assimilação da temática.

2. A TEORIA DA DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO

A teoria da desconstitucionalização, classicamente, tem sido utilizada para explicar a relação da Constituição com a ordem constitucional pretérita, de modo a sinalizar a incorporação das normas constitucionais anteriores, cujo teor não seja conflitante com o da nova Constituição, mas, agora, em patamar hierárquico inferior.² Adverte-se que a desconstitucionalização, nesses termos, deve ser expressa, pois, do contrário, a nova Constituição tem o poder de revogar, globalmente, a anterior.³

Mais modernamente, porém, tem-se utilizado o vocábulo desconstitucionalização também para se referir ao fenômeno jurídico-político de degradação (ou descongelamento) de uma classe normativa, originalmente disposta na Constituição, mas cujo regramento é transferido ao domínio infraconstitucional.⁴ Por essa perspectiva, há desconstitucionalização quando um tema constitucional, por meio de emenda à Constituição, passa a ser normatizado por lei.

Por fim, há quem faça referência à desconstitucionalização como o processo de crise constitucional que transforma a própria noção de justiça do ordenamento, mercê de um esvaziamento do papel garantidor dos direitos e da própria Constituição.⁵

Naturalmente, pensando na atual Reforma da Previdência, apenas os dois últimos panoramas se apresentam como possíveis significados à desconstitucionalização. No entanto, fixar o âmbito do conceito desse instituto apenas inicia o problema.

2 Nesse sentido: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, pp. 553-555; SARLET, Ingo Wolfgang. A norma constitucional no “tempo”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, p. 198-200; BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**, p. 105; MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, p. 437; AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**, p. 129-130.

3 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, p. 554.

4 Nesse sentido, refletindo sobre o art. 192 da CRFB/1988: BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**, p. 449; e AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**, p. 829; no mesmo sentido, mas em relação à EC 20/1998: TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, p. 750.

5 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 27, 389 e 620.

3. PREVIDÊNCIA SOCIAL E RESERVA DE CONSTITUIÇÃO

A revelar a complexidade do tema em estudo, pince-se, à guisa de ilustração, duas provocações: a matéria previdenciária deve se alocar na Constituição? A delimitação amiúde da previdência social é um assunto essencialmente constitucional? Esses questionamentos são relevantes, pois, como ensina J. J. Gomes Canotilho,⁶ existem matérias sob a reserva de Constituição, cujo tratamento apenas poderia se dar por esse veículo soberano, impedindo-se, com isso, a desconstitucionalização.

Com efeito, a Constituição de um país, segundo alerta a melhor doutrina, deveria se ocupar dos assuntos inerentes à essência constitucional.⁷ Essa, com perdão pelo truísmo, mostra-se nos aspectos sem os quais um documento não se aquilata por Constituição. Embora complexa a tarefa de identificar a essência constitucional, tem-se entendido que não há Constituição sem a previsão (1) de normas fundamentais de estruturação, organização e exercício do poder; (2) de normas garantidoras de direitos fundamentais; e (3) de normas sobre a autopreservação do texto constitucional.⁸

Embora sejam esses os traços básicos e fundantes a uma Constituição, é bem verdade que os textos constitucionais nem sempre se limitam a tais matrizes. Em Constituições prolixas, como a de 1988, os textos vão bem além do básico ou do fundante. Com isso, quer-se dizer que nem toda norma disposta na Constituição é, materialmente, constitucional. Aliás, como lembra Luís Roberto Barroso,⁹ há densa previsão de direito infraconstitucional na Constituição, o que, logicamente, traz riscos à efetividade e à legitimidade constitucional.

Analisando o texto da EC 103/2019 e da “PEC paralela” (PEC 133/2019), percebe-se que, em termos gerais, os assuntos “desconstitucionalizados” não se encontram sob reserva de Constituição. A rigor, pode-se advogar, com propriedade, que a regulamentação da previdência social, tal como feita na Constituição da República, origina-se mais

6 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1140.

7 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1140.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *Classificação das Constituições*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 77.

9 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, p. 387, 449-451.

de uma preocupação política com a garantia de direitos ao povo do que propriamente de uma escolha constitucionalmente estruturante.¹⁰

O constituinte quis, sim, dificultar a supressão dos direitos previdenciários da população, impondo-se, por meio da Constituição, um rito legislativo mais rigoroso, próprio da rigidez constitucional, para que se procedesse à reforma em tal temática. Todavia, dentro do jogo político essa intenção sofreu alguns reveses e, hoje, ela parece encontrar-se de tal modo desvirtuada que a sua utilização, muitas vezes, tem se dado para eliminar ou dificultar a preservação desses direitos à população.

4. A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO LEVADA A EFEITO PELA EC 103/2019

Conquanto a desconstitucionalização da temática em questão seja em tese possível, o modo como ela foi feita é, no mínimo, estranho. Isso porque a Reforma delega pequenos espaços normativos à legislação infraconstitucional, porém, atrai ao corpo da Constituição outros assuntos nitidamente carecedores da relevância constitucional.

Um exemplo paradigmático pode ser encontrado na norma que passa a impor a avaliação médica periódica dos aposentados por incapacidade permanente (novo inciso I do § 1º do art. 40 da CRFB), o que, às escâncaras, não assume relevo constitucional para fazer parte da Constituição. Se bem-analisada, a inclusão do assunto no texto constitucional demonstra como a rigidez constitucional pode ser manipulada no jogo político em detrimento da população. Se a inclusão do tema previdenciário, antes, objetivou preservar direitos sociais aos cidadãos pela rigidez constitucional; hoje, a manipulação da coalizão no jogo político não só desconstitucionaliza direitos sociais antes alçados à condição constitucional, como também ergue à Constituição fatores burocráticos e restritivos aos direitos sociais, cuja disciplina sequer pertencia propriamente à lei, senão ao regulamento.

10 Sobre esse histórico de constitucionalização da seguridade social: ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à Previdência Social*, p. 45-82; CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*, p. 23-44; ALVIM, Ruy Carlos Machado. Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 18, p. 9, mar. 1979; TÁCITO, Caio. *Constituições brasileiras: 1988*, p. 26-28.

Ademais, malgrado se possa afiançar que a matéria ligada aos aspectos satelitários à previdência social (*v.g.*, idade mínima, tempo de contribuição, cálculo de benefícios etc.) é passível de desconstitucionalização, pois não alberga temas essencialmente constitucionais, o mesmo não se pode dizer quanto ao *direito fundamental à previdência social* (art. 6º da CRFB/1988).

Tal fato instiga uma indagação: incorporados os aspectos satelitários ao direito à previdência social na Constituição, é possível advogar a violação da proibição do retrocesso na hipótese de uma desconstitucionalização que desguarneça, gravemente, os cidadãos em seus direitos?

5. DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

A defesa da existência de uma proibição do retrocesso relaciona-se à noção de segurança jurídica.¹¹ Isso porque a segurança jurídica projeta sua proteção não só às ingerências retroativas aos direitos, mas também contra as medidas retrocessivas¹², tais como são as reformas que suprimem ou retiram conteúdo da Constituição, sobretudo em matéria de direitos sociais. A proibição do retrocesso pode ser sintetizada assim:

(...) o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas (...) que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na

11 Mais amplamente, baseando a vedação ao retrocesso no *princípio do Estado Democrático e Social de Direito*, no *princípio da dignidade da pessoa humana*, na *máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais*, no *princípio da proteção da confiança*, na *vinculação dos órgãos estatais às suas ações anteriores*, na *vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais e à vontade da Constituição* e no *dever de progressiva realização dos direitos fundamentais*, cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; e GALDINO, Flávio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. pp. 1052-1054.

12 Segundo explica Ingo Wolfgang Sarlet, as medidas retrocessivas são aquelas que “não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas consolidadas no patrimônio de seu titular, ou que, de modo geral, não atingem situações anteriores. Assim, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos” (SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; e GALDINO, Flávio [org.]. *Dicionário de princípios jurídicos*. p. 1045).

prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.¹³

A preocupação com a garantia da proibição do retrocesso em matéria previdenciária é bem manifestada por Ingo Wolfgang Sarlet, que diz:

Que também entre nós a crescente insegurança no âmbito da segurança social (aqui tomada em sentido amplo) decorre de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em se cuidando de sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade, revela, por sua vez, o quanto assume relevo a discussão em torno dos níveis possíveis de preservação (e, portanto, de proteção) das precárias conquistas sociais já alcançadas. Assim, também nós podemos (e devemos) nos perguntar o quão segura é (e pode ser), afinal de contas, a segurança social. Que tal questionamento, como já anunciado, diz de perto com a problemática da segurança jurídica e com a garantia (e garantia é segurança) de uma existência digna para todos, igualmente dispensa aqui maiores comentários. Ainda que o entendimento dominante pareça ser mesmo o de que uma supressão pura e simples dos sistemas de seguridade social, sem qualquer tipo de compensação, não é, em princípio, admissível, não tendo sequer sido seriamente defendida (pelo menos não abertamente e salvo exceções), a problemática relativa à proteção constitucional das conquistas na esfera da justiça social permanece no centro das atenções. Em outras palavras, cuida-se de investigar se, como e em que medida os direitos fundamentais sociais e, de modo geral, os sistemas de proteção social no âmbito da concretização dos direitos sociais e do princípio fundamental de justiça social, podem ser assegurados contra uma supressão e/ou restrições.¹⁴

Elucidando o pano de fundo de aplicação do *non cliquet*, o eminente professor prossegue advertindo:

Nesse contexto, impõe-se uma referência ao fato de que uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito da proibição do retrocesso social não se faz necessária tão somente quando se cuida

13 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. pp. 339-340.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; e GALDINO, Flávio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. p. 1047.

de revogação, mas também quando estamos diante de uma afronta legislativa ao conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador.¹⁵

Com essa percepção, na doutrina brasileira, grande parcela de juristas têm defendido que o princípio da proibição do retrocesso social emana do texto constitucional, instituindo uma cláusula de bloqueio às normas que se arvorem a revogar ou a afrontar os direitos conquistados e incorporados ao patrimônio jurídico dos cidadãos.¹⁶ Sendo assim, ganharia força o argumento da ilegitimidade da Reforma da Previdência em face da eficácia proibitiva do retrocesso social, cuja normatividade irradiaria do próprio direito fundamental à previdência e dos graus de concretização de seus termos na sociedade brasileira.

O ponto, porém, é polêmico.¹⁷ Até porque, como lembra André Ramos Tavares, na EC 20/1998, houve a desconstitucionalização da fórmula de cálculo do salário de contribuição e dos valores dos benefícios previdenciários, sendo tal fato marginal à crítica doutrinária (de antes e de hoje) pelo argumento da lesão à proibição do retrocesso.¹⁸

15 SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; e GALDINO, Flávio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. pp. 1048-1049.

16 Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; e GALDINO, Flávio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional e efetividade de suas normas*. p. 158; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. pp. 38-39; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. pp. 165-178. Também nesse sentido, mas de forma bastante reflexiva e cautelosa: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. pp. 85-93; e MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Vedação do Retrocesso: melhor quando tínhamos medo? Uma proposta para um uso controlado do argumento*. *Academia.edu*. Disponível em: <<https://bityli.com/sqi0e>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

17 Veja-se, por exemplo, a distinção de Jorge Miranda, escudado no Tribunal Constitucional português: “1ª) onde a Constituição contenha uma *ordem de legislar*, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível determinar com segurança as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, a margem de liberdade do legislador para *retroceder* no grau de proteção atingida é necessariamente mínima, já que só o poderia fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não viesse a *consequenciar* uma *inconstitucionalidade por omissão*; 2ª) noutras circunstâncias, porém, a *proibição de retrocesso social* apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o *princípio da alternância democrática* inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando essas assumam o caráter de opções legislativas fundamentais” (*Teoria do Estado e da Constituição*. p. 414).

18 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. p. 750. Entretanto, há um ponto

Por outro lado, não há como esquecer do julgamento da ADI 3.105,¹⁹ no qual o min. Celso de Mello, ao votar pela inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos inativos imposta pela EC 41/2003, afirmou que “a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos”, ressalvado o caso de implementação de políticas compensatórias.²⁰ Sem embargo do voto do min. Celso de Mello, como se sabe, a ADI 3.105 foi julgada improcedente e, com fundamento no princípio da solidariedade, as contribuições sobre os proventos e pensões foram declaradas constitucionais, rechaçando-se a tese da vedação ao retrocesso.

Para nós, a proibição do retrocesso não pode ser tida como uma panaceia. É crucial ter em mente que a admissão de argumentos dessa estirpe, sem os devidos temperamentos, pode implicar *congelamento* na gestão das políticas públicas, em menoscabo ao princípio majoritário e à autonomia do legislador. Por mais lúdico e belo que, na teoria, possa se apresentar o princípio da proibição do retrocesso; na prática, cobram-se algumas atenuações e explicações quanto ao seu conteúdo e sua aplicação. A consideração *tout court* de óbice intransponível à revogação ou alteração de patamares sociais concretizados outrora pode acarretar uma limitação excessiva aos grupos que chegarem ao poder político no porvir. Limitação essa que pode se desgastar ainda mais ante a mutabilidade congênita da sociedade contemporânea, que muda suas escolhas fundamentais rapidamente, indo do liberal ao social, do

em que o efeito *cliquet* deve ser mais atenciosamente analisado: o direito fundamental à transição razoável. Esse assunto, no entanto, demanda análise autônoma e circunstanciada, razão por que preferimos não ocupar o presente artigo com tal temática, reservando-a para uma pesquisa futura.

19 STF, Pleno, ADI 3.105, rel. min. Cezar Peluso, DJ de 18/8/2004.

20 Fazendo justiça à tese da proibição do retrocesso, ela serviu de palco para discussões em outras ações e recursos no âmbito do STF, a ilustrar: STF, 2ª Turma, ARE 745.745-AgR/MG, rel. min. Celso de Mello, DJe 12/11/2014); STF, 2ª Turma, ARE 639.337-AgR, rel. min. Celso de Mello, DJe de 15/9/2011); STF, Pleno, RE 398.041, rel. min. Joaquim Barbosa, DJe de 19/12/2008.

social ao liberal, de forma muito acelerada e volátil. Sem se mencionar, diga-se, o fato de que vivemos na *sociedade do risco*: desastres, crises, rupturas etc., são uma realidade inafastável hodiernamente e, muitas vezes, lidar com tais panoramas exige a alteração de conquistas sociais do passado, a fim de garantir a própria *possibilidade* de um futuro. A restrição de um direito pode, sim, ter por objetivo a promoção de outros direitos, em outros cenários, sendo tal fato muitas vezes desmerecido pelos defensores da normatividade da proibição do retrocesso.²¹

21 Uma última observação merece ser feita neste rodapé. Qualquer estudioso que porventura venha a se debruçar sobre a vedação ao retrocesso encontrará menção doutrinária a um jurista em específico: o festejado constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho. Isso porque J. J. Gomes Canotilho foi um dos pioneiros na defesa da vedação ao retrocesso (cf.: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 339-340), levando muitos estudiosos a — ainda hoje — atrelarem a defesa do *non cliquet* à autoridade de J. J. Gomes Canotilho. Acontece que J. J. Gomes Canotilho mudou de posição em relação à eficácia normativa do princípio da proibição do retrocesso. Como explica Marcelo Casseb Continentino: “em estudos mais recentes, J. J. Gomes Canotilho [Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 11] foi suficientemente claro em sua manifestação contrária a uma concepção rígida e inflexível do princípio da vedação do retrocesso, rompendo com a tese outrora defendida: ‘O rígido princípio da ‘não reversibilidade’ ou, formulação marcadamente ideológica, o ‘princípio da proibição da evolução reaccionária’ pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizamos noutros trabalhos. ‘A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.’ Vale ressaltar que J. J. Gomes Canotilho não está sozinho em sua posição. Entre outros, podemos lembrar José Reis Novais [Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 244-245], quem afirma que o princípio da proibição do retrocesso social ‘não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade’, porque pressupõe uma ‘concepção determinista da história’ e um ‘optimismo inabalável’. O Tribunal Constitucional de Portugal, por sua vez, ao desenvolver a denominada ‘jurisprudência da crise’ [Sobre o tema, ver: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida & COUTINHO, Luís Pereira. *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014; PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, n. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/961/641>>], evoluiu substancialmente em seus posicionamentos, de modo que vem com certa cautela tolerando restrições a benefícios sociais anteriormente conquistados em face da crise econômica e financeira. Nesse contexto de emergência financeira, conforme se pode observar nos Acórdãos 399/2010, 396/2011 e 353/2012, o Tribunal Constitucional admitiu a redução salarial progressiva de 3,5% até 10% dos servidores públicos, a suspensão do adicional de férias e do décimo terceiro e a própria redução dos vencimentos dos servidores em até 25%” (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. *Conjur*. Disponível em: <<https://bitly.com/Evj13>>. Acesso em: 13 jul. 2020).

6. DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO E AUTONOMIA FEDERATIVA

Outra observação digna de nota se refere aos efeitos da desconstitucionalização na autonomia federativa.²² A começar, ao estabelecer a necessidade de emenda à Constituição Estadual para indexar a idade mínima de aposentação dos servidores públicos do respectivo ente federativo, a EC 103/2019 parece criar um *poder constituinte decorrente*²³ de reforma provocado. Na espécie, resta investigar: ao assim proceder, a EC 103/2019 cria um princípio constitucional sensível, estabelecido ou extensível? Se sim, a criação de uma norma de reprodução obrigatória pelo poder constituinte reformador é constitucional? Se não, pode-se defender uma violação ao pacto federativo, hábil, inclusive, a contaminar a emenda do vício de inconstitucionalidade?

Compreendemos que a EC 103/2019 não pode ser interpretada no sentido da *obligatoriedade* de criação pelos estados, Distrito Federal e municípios de normas constitucionais (ou orgânicas) para o esta-

22 No ponto, é curioso observar como o Brasil se distancia de outras nações na modelagem de seu vigente sistema de previdência social. Tem-se notícia, por exemplo, que, nos Estados Unidos da América, o governo nacional, ainda sob o influxo da grande depressão de 1930, criou o sistema nacional de proteção das pessoas idosas e dos desempregados e incentivou os Estados-membros a implantar esse sistema, limitando-se o ente federado central a fiscalizar a sua administração. Os Estados-membros teriam ampla liberdade de ação administrativa e legislativa. Apenas o Estado de Wisconsin promulgou uma lei de proteção ao desemprego, nesse período. Mais tarde, em 1935, surge a *Social Security Act.*, cujo teor estabeleceu o sistema nacional de seguro social americano das aposentadorias e pensões (*old age and survivors*). Mesmo com a *Social Security Act.*, a autonomia administrativa e legislativa dos Estados-membros norte-americanos continuou grande. Aliás, trata-se de algo natural à própria formação federativa por agregação estadunidense, que acaba reservando, quanto aos poderes federativos, uma distribuição centrífuga. É o que ensina com grande profundidade e autoridade: ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. *Fundamentos Constitucionais da Previdência Social*. p. 70.

23 O poder constituinte decorrente, enquanto espécie de poder constituinte instituído, entrega aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência “para exercer uma tarefa de caráter nitidamente constituinte, qual seja a de estabelecer a organização fundamental de entidades componentes do Estado Federal. Tem o Poder Constituinte Decorrente um caráter de complementariedade em relação à Constituição; destina-se a perfazer a obra do Poder Constituinte Originário nos Estados Federais, para estabelecer a Constituição dos seus Estados componentes” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. p. 19). Todavia, não se pode descuidar o fato de que, mesmo no âmbito do poder constituinte decorrente, “Elemento caracterizador do Estado-membro de um Estado Federal é a sua autonomia. É, verdadeiramente, a autonomia o traço distintivo dos Estados-Federados” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. p. 53). Dessa maneira, é preciso curar para o fato de que o poder constituinte decorrente deve derivar da Constituição, não podendo superá-la em suas cláusulas mestras — entre as quais se encontra a autonomia federativa — nem privar os estados de sua auto-organização.

belecimento da idade mínima para a aposentadoria de seus servidores. Trata-se de uma *faculdade*, a nosso ver. Lembramos que, em nome da presunção de constitucionalidade das normas e do princípio da interpretação conforme a Constituição, a EC 103/2019 deve ser analisada, nos pontos em que não há inconstitucionalidade manifesta, à luz da primazia de sua preservação, bem como da necessidade de adoção de interpretações plausíveis e compatíveis com o texto constitucional.²⁴ Por isso, pensamos que, para tutelar a autonomia federativa e garantir a eficácia da EC 103/2019, enquanto não alteradas as constituições ou leis orgânicas dos entes federados, a disciplina da idade mínima para as aposentadorias de seus servidores se dará com base em seu antigo texto. Essa conclusão é reforçada, mesmo adotada, expressamente no § 9º do art. 4º da EC 103/2019.²⁵ Destarte, a escolha pela adesão a um projeto de Reforma caberia ao ente subnacional.

Por derradeiro, há uma inescapável observação a ser feita em relação aos efeitos da desconstitucionalização levada a cabo pela EC 103/2019 sobre o pacto federativo: a forma de Estado brasileira, com grandíssimo número de entes federados – com 26 (vinte e seis) estados, 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios e o Distrito Federal –, pode propiciar uma hipertrofia legislativa contraditória e atécnica, o que tende a agravar a assimetria de informação jurídica sobre os temas previdenciários e ocasionar injustiças fáticas.

7. CONCLUSÃO

O presente artigo, de estilo ensaístico, buscou abordar o fenômeno da desconstitucionalização no âmbito da EC 103/2019. Por meio de técnicas descritivas, o texto buscou expor a tônica da nova realidade constitucional trazida pela EC 103/2019, focando nos pontos em que a Reforma optou por entregar à legislação infraconstitucional a regulação dos temas previdenciários que antes faziam parte da Constituição

24 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 174 e s.

25 § 9º - Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos estados, do Distrito Federal e dos municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

da República. É cedo para estabelecer conclusões definitivas sobre os temas ora ventilados. O principal objetivo do texto é propiciar a reflexão crítica sobre a desconstitucionalização e seus reflexos sobre as noções de reserva de Constituição, de proibição do retrocesso e do pacto federativo. Assim sendo, a meta do artigo é cumprida pela boa equalização expositiva e crítica de tais temáticas, fornecendo ao leitor as ferramentas para formar a sua própria convicção sobre as alterações levadas a cabo pela Reforma da Previdência. É o que se espera!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. **Fundamentos Constitucionais da Previdência Social**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALVIM, Ruy Carlos Machado. **Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira**. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 18, p. 9, mar. 1979.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso Direito Constitucional contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Direito constitucional e efetividade de suas normas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. *Conjur*. Disponível em: <<https://bityli.com/Evj13>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder constituinte do estado-membro**. São Paulo: RT, 1979.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Vedação do Retrocesso: melhor quando tínhamos medo? Uma proposta para um uso controlado do argumento**. Academia.edu. Disponível em: <<https://bityli.com/sqi0e>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A norma constitucional no “tempo”**. In: Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Classificação das Constituições. In: Sarlet, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Proibição de retrocesso. In: Torres, Ricardo Lobo; Kataoka, Eduardo Takemi; e Galdino, Flávio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiro, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras: 1988**. Brasília: Senado Federal, 2018, v. VII. pp. 26-28.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

A DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019

*The distribution of competence in social security matters
according to Constitutional Amendment nº 103/2019*

Paula de Siqueira Nunes¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Princípio federativo; 3. A partilha de competências à luz da Constituição Federal; 4. A difícil definição das normas gerais; 5. Normas gerais em matéria previdenciária à luz da EC 103/2019: uma interpretação autêntica; 6. O alcance das normas gerais em matéria previdenciária e a competência dos estados, Distrito Federal e municípios; 7. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO O presente artigo busca analisar as alterações e impactos promovidos pela EC 103/2019 na distribuição de competências em matéria previdenciária. Para tanto, parte-se da conceituação do Princípio Federativo e sua influência na definição das regras de competência estabelecidas pela Constituição Federal, da difícil conceituação de normas gerais, bem como da disciplina conferida a esse assunto pela EC 103/2019. Assim, percebe-se que com o advento da EC 103/2019 houve verdadeira interpretação autêntica acerca das matérias previdenciárias que podem ser disciplinadas em norma geral da União, em evidente prestígio do federalismo cooperativo, mediante ampliação da margem de atuação dos demais entes da federação. No entanto, essa autonomia deve respeitar as normas de reprodução obrigatória, as premissas da zona de penumbra e o princípio da razoabilidade.

Palavras-chave: Distribuição de competências. EC 103/2019. Interpretação autêntica.

1 Procuradora do estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil.

ABSTRACT This article seeks to analyze the changes and impacts promoted by EC 103/2019 in the distribution of competence in social security matters. Therefore, it starts from the conceptualization of the Federative Principle and its influence in the definition of the rules of competence established by the Federal Constitution, as well as the difficult conceptualization of general rules and the discipline conferred on this subject by EC 103/2019. Thus, it is clear that with the advent of EC 103/2019, there was a true authentic interpretation of the social security matters that can be disciplined in the general rule of the Union, in evident prestige of cooperative federalism, by expanding the scope of action of the other entities of the federation. However, this autonomy must respect the norms of mandatory reproduction, the premises of the gloom zone and the principle of reasonableness.

Keywords: Distribution of competence. EC 103/2019. Authentic interpretation.

1. INTRODUÇÃO

A mais recente Reforma Previdenciária trouxe importantes inovações no tocante à distribuição de competências para disciplinar o Regime Próprio de Previdência Social, embora a matéria permaneça prevista no artigo 24 da Constituição Federal, ou seja, na órbita da competência legislativa concorrente.

Com efeito, além de, no contexto da desconstitucionalização de alguns temas, ter conferido aos entes subnacionais competência para disciplinar matérias que até então eram objeto de normas insertas na Constituição Federal, a EC 103/2019 contemplou um rol específico de matérias afetas à competência da União para estabelecer normas gerais.

Ora, se o tema da distribuição de competências para disciplinar os regimes próprios sempre suscitou amplos debates, sobretudo no tocante à definição das matérias que poderiam ser objeto de normas gerais, decerto a nova roupagem conferida ao assunto não estará livre de controvérsias.

No presente artigo, almeja-se exatamente desvendar as mudanças trazidas pela EC 103/2019 quanto à distribuição de competências para disciplinar os regimes próprios de previdência, examinando-as principalmente à luz do princípio federativo.

Para tanto, iniciaremos por empreender breve exame do princípio federativo tal qual consagrado pela Constituição Federal, bem como da distribuição de competências por essa realizada. Em seguida, adentraremos

no difícil tema da definição das normas gerais para, então, passarmos a analisar especificamente a disciplina conferida a esse assunto pela EC 103/2019.

Ao final, pretendemos demonstrar que, com a Reforma da Previdência, a Constituição Federal passou a oferecer verdadeira interpretação autêntica acerca de quais seriam as matérias previdenciárias que podem ser disciplinadas em norma geral da União, em evidente prestígio do federalismo cooperativo consagrado por nosso ordenamento.

2. O PRINCÍPIO FEDERATIVO

O Federalismo consiste em uma forma de Estado na qual se reconhece a necessidade de dividir os poderes entre o governo central e os governos regionais, divisão essa que será balizada pela Constituição e pela jurisprudência das Cortes Constitucionais. Na precisa lição de Daniel Machado da Rocha, “é a combinação de autogoverno e governo compartilhado.”²

A Constituição Federal de 1988, nos artigos 1º e 18³, adotou o modelo federalista, sob influência do federalismo dual norte-americano, combinado com o federalismo cooperativo da Lei Fundamental de Bonn – germânico.

Nesse sentido, conforme preconiza a doutrina majoritária, a Magna Carta encampou o chamado federalismo cooperativo, caracterizado pela existência de cooperação entre o ente central e os entes regionais, com o fim de atingir interesses comuns.

Por certo, como alerta José Alfredo de Oliveira Baracho, “o federalismo concebido nas constituições nem sempre justa-se às realidades contemporâneas.”⁴

2 ROCHA, Daniel Machado da. *Normas Gerais de Direito Previdenciário e a Previdência do Servidor Público*, p. 59.

3 Art. 1º, *caput*, Constituição: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”; art. 18, Constituição: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

4 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Novos Rumos do Federalismo*, p. 91-120.

Mas, ao menos na teoria, o federalismo, na forma como adotado no Brasil, pressupõe a repartição de competências entre os entes federados, com o objetivo de manter a autonomia desses e tornar mais racional e eficiente a atuação estatal.

3. A PARTILHA DE COMPETÊNCIAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A partilha de competências encampada pela Constituição Federal de 1988 é reflexo do modelo federal de cooperação. Buscou-se conciliar a adoção da repartição horizontal com a repartição vertical de competências, o que propiciou a coexistência de competências exclusivas, privativas, concorrentes e comuns entre os entes federados.

Enquanto a repartição horizontal consiste na atribuição a cada ente federativo da matéria que lhe cabe disciplinar em toda a sua extensão, a repartição vertical pressupõe a distribuição compartilhada de uma mesma matéria entre todos os entes federativos, com níveis de tangenciamento diversos.⁵

Em matéria de competência legislativa, a repartição vertical tem por expressão máxima o artigo 24 da Constituição Federal, em que foi adotado um modelo de condomínio legislativo. Por esse dispositivo, compete à União estabelecer normas gerais, ao passo que aos estados resta a incumbência de suplementar as normas gerais federais.⁶

Especificamente no tocante à competência para legislar sobre direito previdenciário, com base em uma interpretação sistemática do artigo 22, XXIII⁷, e do artigo 24, XII⁸, ambos da Constituição Federal, verifica-se que

5 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Normas Gerais e Competência Concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal*, p. 247.

6 Art. 24. Constituição Federal: Compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos estados. § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

7 Art. 22. Constituição Federal: Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXXIII - seguridade social; (...).

8 Art. 24. Constituição Federal: Compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (...).

competem à União legislar privativamente sobre o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, ao passo que os demais entes federativos poderão legislar sobre os regimes próprios dos respectivos servidores, desde que observadas as normas gerais editadas pela União, nos termos do art. 24, § 1º, da CF.⁹

4. A DIFÍCIL DEFINIÇÃO DAS NORMAS GERAIS

O art. 40 da Constituição Federal disciplina o regime previdenciário dos servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Como já assentado, aos entes subnacionais compete a regulamentação do regime previdenciário dos seus servidores, desde que observadas as normas gerais sobre o tema editadas pela União.

A importância de se ter um regramento geral editado pela União repousa na necessidade de um tratamento uniforme sobre relevante direito social, a fim de garantir o equilíbrio federativo.

Grande dificuldade gravita na delimitação do conteúdo dessas normas gerais, haja vista que um exagerado detalhamento da matéria pela União pode resultar no esvaziamento da competência dos demais entes federados. A questão possui tamanha relevância que o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral em recurso que questiona a amplitude da competência da União para estabelecer normas gerais em matéria previdenciária.¹⁰

9 BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. *Direito Previdenciário Público: Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo*. p. 18.

10 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO FINANCEIRO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. UNIÃO. NORMAS GERAIS. DESCUMPRIMENTO DE NORMA PELOS DEMAIS ENTES FEDERADOS. CERTIFICADO DE REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA – CRP. LEI Nº 9.717/1998. DECRETO Nº 3.788/2001. PORTARIA MPS Nº 204/2008 E ALTERAÇÕES. 1. A controvérsia em tela consiste na constitucionalidade dos arts. 7º e 9º da Lei nº 9.717/1998 e do Decreto nº 3.788/2001, que institui o Certificado de Regularidade Previdenciária, no aspecto em que estabelecem medidas restritivas ao ente federado que não cumpra as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos. 2. A questão referente ao alcance da competência legislativa da União para dispor sobre normas gerais em matéria previdenciária, ainda que de natureza sancionatória, no que diz respeito ao descumprimento das normas da Lei nº 9.717/1998 pelos demais entes federados, possui repercussão geral. 3. Preliminar de repercussão geral reconhecida (RE 1.007.271 – rel. min. Edson Fachin, DJ 31/10/2017).

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior, a compreensão da expressão constitucional “normas gerais” demanda uma hermenêutica lógica e teleológica.¹¹ Vejamos:

Do ponto de vista lógico, quando o texto constitucional atribui à União competência para legislar sobre “normas gerais” a linguagem constitucional pode estar tratando de normas gerais pelo conteúdo, ou de normas universais, isto é, gerais pelo destinatário, cabendo aos estados e Distrito Federal, correspondentemente, a competência para o estabelecimento de normas especiais e individuais (conforme o destinatário) ou particulares e singulares (conforme o conteúdo).

A lógica, porém, ajuda mas não resolve inteiramente a questão interpretativa. A expressão constitucional – normas gerais exige também uma hermenêutica teleológica. Sob o mencionado aspecto lógico sempre será possível dizer que, por exemplo, quanto ao conteúdo, normas gerais prescrevem princípios, diretrizes sistemáticas, temas que se referem a uma espécie inteira e não a alguns aspectos, mas isso é insuficiente para reconhecer quando estamos diante de uma norma geral ou de uma particular. Sempre restarão dúvidas, no caso concreto, para aplicar o critério estritamente lógico-formal. Desse modo, para o intérprete, a necessidade de se analisar o conteúdo num contexto finalístico se impõe. Assim, do ângulo teleológico, a distinção há de se reportar ao interesse prevalecente na organização federativa.

Tem-se, portanto, que a melhor baliza para a delimitação das normas gerais é o critério da predominância do interesse, na medida em que é o que mais se coaduna com o federalismo cooperativo. Nas precisas lições de Tércio Sampaio Ferraz Junior:¹²

Ora, o federalismo cooperativo vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico da colaboração. Assim, toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se

11 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal, p. 249.

12 *Idem*, p. 249-250.

particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral¹³.

5. NORMAS GERAIS EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA À LUZ DA EC 103/2019: UMA INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA

À luz de uma interpretação literal do art. 24, § 3º, da Constituição Federal, sempre se entendeu que, no âmbito da competência concorrente, os estados dispõem de competência legislativa plena apenas quando ausente lei federal que estabeleça normas gerais sobre dado assunto.

Mas, em se tratando de matéria previdenciária, parece que o constituinte reformador foi mais além.

Cumprir observar que a EC 103/2019, responsável pela Reforma da Previdência, trouxe um cenário de desconstitucionalização bastante característico. A exemplo da nova redação do artigo 40, § 1º, III, da Constituição Federal,¹⁴ que conferiu aos entes federados competência para estabelecer a idade mínima para a aposentadoria voluntária dos respectivos servidores, outras normas veiculadas pela EC 103/2019 conferiram o delineamento dos demais requisitos para a fruição desse benefício, antes disciplinados de modo uniforme para todos os entes na Constituição

13 Tal entendimento parece ter sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal no recente julgamento da ADI 6.341/DF, que discutiu as alterações promovidas pela MP 926/2020 na Lei nº 13.979/20, a qual dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública causada pela pandemia da covid-19. A maioria dos ministros, em sessão plenária virtual, aderiu à proposta do ministro Edson Fachin sobre a necessidade de que o artigo 3º da Lei nº 13.979/2020 também fosse interpretado de acordo com a Constituição, a fim de deixar claro que o exercício de competência concorrente pela União sempre deve resguardar a autonomia dos demais entes. Para o ministro, a possibilidade de o chefe do Executivo federal definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos, sem observância da autonomia dos entes locais, afrontaria o princípio federativo (ADI 6.341/DF – rel. min. Marco Aurélio, DJ 7/5/2020).

14 Art. 40. Constituição Federal: O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019). § 1º - O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado: (...) III - **no âmbito da União**, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo (grifos nossos).

da República, a cada ente federativo. Doravante, a Lei Maior passou a contemplar apenas os requisitos para que servidores públicos federais adquiram o direito à aposentadoria voluntária.

Assim, com a EC 103/2019, embora a Constituição Federal persista definindo o arcabouço dos regimes próprios de previdência, passou a disciplinar detalhadamente apenas o regime dos servidores federais, conferindo aos estados, Distrito Federal e municípios, maior espectro de competência para dispor a respeito dos regimes de previdência de seus servidores.

Afora isso, o constituinte reformador optou por estabelecer um rol de matérias reservadas à competência da União para editar normas gerais, entre as quais figuram a migração para o regime geral, o modelo de arrecadação de recursos, a fiscalização e os mecanismos de equacionamento do déficit do sistema. É o que se extrai do artigo 40, § 22, da Constituição Federal, na redação atribuída pela EC 103/2019:

§ 22. Vedada a instituição de novos regimes próprios de previdência social, lei complementar federal estabelecerá, para os que já existam, normas gerais de organização, de funcionamento e de responsabilidade em sua gestão, dispondo, entre outros aspectos, sobre:

- I – requisitos para sua extinção e consequente migração para o Regime Geral de Previdência Social;
- II – modelo de arrecadação, de aplicação e de utilização dos recursos;
- III – fiscalização pela União e controle externo e social;
- IV – definição de equilíbrio financeiro e atuarial;
- V – condições para instituição do fundo com finalidade previdenciária de que trata o art. 249 e para vinculação a ele dos recursos provenientes de contribuições e dos bens, direitos e ativos de qualquer natureza;
- VI – mecanismos de equacionamento do déficit atuarial;
- VII – estruturação do órgão ou entidade gestora do regime, observados os princípios relacionados com governança, controle interno e transparência;
- VIII – condições e hipóteses para responsabilização daqueles que desempenhem atribuições relacionadas, direta ou indiretamente, com a gestão do regime;
- IX – condições para adesão a consórcio público;

X – parâmetros para apuração da base de cálculo e definição de alíquota de contribuições ordinárias e extraordinárias.

No mesmo sentido é a regra de transição prevista no artigo 9º da EC 103/2019.¹⁵

Essas modificações implementadas pelo constituinte reformador parecem indicar uma importante mudança no papel dos entes subnacionais no tocante à disciplina dos regimes de previdência de seus servidores, melhor situando a competência concorrente quanto à delimitação das regras de previdência no âmbito do federalismo de cooperação, no qual prepondera o critério da predominância do interesse.

Por certo, pode-se definir o procedimento levado a efeito pelo legislador constituinte como uma verdadeira interpretação autêntica¹⁶ em matéria previdenciária.

15 Art. 9º. EC 103/2019: Até que entre em vigor lei complementar que discipline o § 22 do art. 40 da Constituição Federal, aplicam-se aos regimes próprios de previdência social o disposto na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, e o disposto neste artigo. § 1º - O equilíbrio financeiro e atuarial do regime próprio de previdência social deverá ser comprovado por meio de garantia de equivalência, a valor presente, entre o fluxo das receitas estimadas e das despesas projetadas, apuradas atuarialmente, que, juntamente com os bens, direitos e ativos vinculados, comparados às obrigações assumidas, evidenciem a solvência e a liquidez do plano de benefícios. § 2º - O rol de benefícios dos regimes próprios de previdência social fica limitado às aposentadorias e à pensão por morte. § 3º - Os afastamentos por incapacidade temporária para o trabalho e o salário-maternidade serão pagos diretamente pelo ente federativo e não correrão à conta do regime próprio de previdência social ao qual o servidor se vincula. § 4º - Os estados, o Distrito Federal e os municípios não poderão estabelecer alíquota inferior à da contribuição dos servidores da União, exceto se demonstrado que o respectivo regime próprio de previdência social não possui déficit atuarial a ser equacionado, hipótese em que a alíquota não poderá ser inferior às alíquotas aplicáveis ao Regime Geral de Previdência Social. § 5º - Para fins do disposto no § 4º, não será considerada como ausência de déficit a implementação de segregação da massa de segurados ou a previsão em lei de plano de equacionamento de déficit. § 6º - A instituição do regime de previdência complementar na forma dos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal e a adequação do órgão ou entidade gestora do regime próprio de previdência social ao § 20 do art. 40 da Constituição Federal deverão ocorrer no prazo máximo de 2 (dois) anos da data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional. § 7º - Os recursos de regime próprio de previdência social poderão ser aplicados na concessão de empréstimos a seus segurados, na modalidade de consignados, observada regulamentação específica estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional. § 8º - Por meio de lei, poderá ser instituída contribuição extraordinária pelo prazo máximo de 20 (vinte) anos, nos termos dos §§ 1º-B e 1º-C do art. 149 da Constituição Federal. § 9º - O parcelamento ou a moratória de débitos dos entes federativos com seus regimes próprios de previdência social fica limitado ao prazo a que se refere o § 11 do art. 195 da Constituição.

16 A interpretação autêntica ocorre quando o legislador, ao editar novas normas, procede a uma interpretação das normas já existentes, para a partir delas criar outras. Sobre o tema: BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2. ed. rev. e ampl., 1999, p. 67.

Segundo Samantha Ribeiro Meyer-Pflug¹⁷, a interpretação autêntica é aquela realizada pelo próprio legislador, por meio da edição de outra lei, denominada “lei interpretativa”¹⁸. Nesse sentido, o próprio Poder Legislativo, que elaborou a lei, define o seu sentido e alcance.

Em se tratando de normas constitucionais, a interpretação autêntica somente pode ser levada a efeito pelo Poder Constituinte Derivado, por intermédio da edição de emendas à Constituição, que terão como limites as cláusulas pétreas contidas no texto constitucional. Não há, portanto, interpretação autêntica da Constituição Federal realizada pelo legislador infraconstitucional.¹⁹

Ora, o constituinte derivado, por meio da edição da EC 103/2019, passou a esclarecer o conteúdo das normas gerais previdenciárias, tornando-o explícito no artigo 40, § 22, da Constituição Federal, e no artigo 9º da EC 103/2019. O caráter interpretativo de tais normas é ratificado pela desconstitucionalização operada com o intuito de conferir aos estados, Distrito Federal e municípios a regulação de pontos específicos do regime próprio de seus servidores, que deixam de sofrer ingerência da União.

À guisa de uma interpretação autêntica, o legislador compatibiliza as disposições à luz do pétreo Pacto Federativo, garantindo a autonomia dos entes federados.

6. O ALCANCE DAS NORMAS GERAIS EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA E COMPETÊNCIA DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS

Com a enumeração das matérias que podem ser objeto de normas gerais a serem editadas pela União em matéria previdenciária, somada

17 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *A Interpretação Constitucional, suas especificidades e seus intérpretes*, p. 15.

18 “Esse tipo de lei não pode ser considerado como verdadeira interpretação, porque é uma nova forma jurídica autônoma e verdadeira, que tem força obrigatória pelo fato de ser norma, ainda mesmo que não corresponda àquilo que, segundo as regras de interpretação, seria o verdadeiro significado da disposição declarada”. Sobre o tema: MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 23. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 372.

19 “Uma interpretação autêntica feita pelo legislador ordinário deve excluir-se no âmbito constitucional. Por um lado, o legislador não pode pretender fixar o sentido de uma norma constitucional tal como o faz em relação às leis editadas.” Sobre o tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 5. ed. Coimbra. Livraria Almedina, 1991, p. 239.

à definição das matérias desconstitucionalizadas, o legislador indica o possível alcance dessas normas em matéria previdenciária e, assim, garante a autonomia dos demais entes federativos na disciplina dos respectivos regimes próprios.

Contudo, embora mediante interpretação autêntica o constituinte tenha previsto um rol de matérias a serem disciplinadas pela União, por meio de normas gerais, podem ainda haver dúvidas acerca da exata dimensão do conteúdo dessas normas – principalmente em relação às matérias que não foram expressamente desconstitucionalizadas e, também, não se inserem nos artigos 40, § 22, da Constituição Federal, e 9º da EC 103/2019.

Analisando os dispositivos introduzidos pela EC 103/2019 e fazendo um paralelo com as lições de Direito Administrativo, especificamente no estudo da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados,²⁰ é possível vislumbrar que três situações restam delineadas, a saber: a zona de certeza positiva, a zona de certeza negativa e a zona de penumbra.

Sob tal égide, tem-se que a zona de certeza positiva se caracteriza pelas situações em que as determinações constitucionais figuram como verdadeiras normas de reprodução obrigatória para os estados, Distrito Federal e municípios, porque decorrem de uma interpretação literal do texto constitucional. São elas: a vedação de complementação de aposentadorias e pensões – artigo 37, § 15, CF; a vedação de incorporação de vantagens de caráter temporário ou vinculadas a cargo em comissão ou função de confiança – art. 39, § 9º, CF; a necessidade de avaliações periódicas nos benefícios por incapacidade – art. 40, § 1º, I, CF; a vedação de requisitos diferenciados, salvo nos casos elencados na própria Constituição – art. 40, § 4º, CF; a redução de cinco anos de idade para a aposentadoria de professor – art. 40, § 5º, CF; as vedações e condições para acumulação de benefícios – art. 40, § 6º, CF; a necessária compensação financeira entre

20 Na interpretação das normas jurídicas, as palavras limitam e condicionam as possibilidades de significados que podem ser atribuídos pelo intérprete. Mesmo diante de cenários de fluidez normativa, é possível extrair uma “certeza negativa” (situações que certamente não se inserem no conceito) e uma “certeza positiva” (hipóteses que certamente se encaixam no conceito). Entre essas duas “zonas de certezas”, existe a chamada “zona de penumbra” ou “de incerteza”, em que a definição do conceito demanda um esforço e uma criatividade maior do intérprete. Sobre o tema, cf., por todos: MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*, p. 64.

os regimes para fins de contagem recíproca – art. 40, § 9º, CF; a aplicação do RGPS para os detentores de mandato eletivo – art. 40, § 13, CF; a obrigatoriedade de instituir regime de previdência complementar – art. 40, § 14, CF; a vedação à criação de mais de um regime de previdência – art. 40, § 20, CF; a proibição de contagem de tempo fictício – art. 201, § 14, CF; a aposentadoria compulsória para empregados públicos – art. 201, § 16, CF.

De outra sorte, a zona de certeza negativa é delineada pelas hipóteses de desconstitucionalização, em que se estabelece, expressamente, a competência dos estados, Distrito Federal e municípios para disciplinar idade mínima, tempo de contribuição e demais requisitos – art. 40, § 1º, III, CF. Há também o deferimento de faculdade aos entes subnacionais para estabelecer critérios diferenciados de aposentadoria – art. 40, §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C, CF; fixar tempo de contribuição mínimo para a aposentadoria do professor – art. 40, § 5º, CF; fixar os requisitos para a pensão por morte – art. 40, § 7º, CF; fixar os critérios para aquisição do direito ao abono de permanência – art. 40, § 19, CF.

Por fim, na zona de penumbra, cabe aplicar as lições de Daniel Machado da Rocha,²¹ que estabeleceu uma equação pautada nas premissas de um núcleo protetivo previdenciário e da interconexão para delimitar a matéria cujo tratamento deve ser uniforme em âmbito nacional. Com relação à primeira premissa, todas as disposições necessárias à garantia de um mínimo de proteção ao direito social, em todos os regimes previdenciários, devem vincular todos os entes da federação. Já a segunda premissa busca conciliar a forma de Estado federativa com os múltiplos vínculos que o servidor pode ter ao longo da vida, de modo que é necessária uma interação dos regimes próprios entre si e dos regimes próprios com o regime geral. Assim, poderiam ser elencadas entre as matérias que, seguindo esse raciocínio, estão inseridas no espectro da competência da União para estabelecer normas gerais: a disciplina da contagem recíproca e da compensação previdenciária, a previsão de um rol de beneficiários e a especificação do elenco de doenças incapacitantes.

21 ROCHA, Daniel Machado da. *Normas Gerais de Direito Previdenciário*. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 171-172.

7. CONCLUSÃO

Como delineado alhures, por meio de uma interpretação autêntica, balizada pela desconstitucionalização, o constituinte derivado priorizou a autonomia dos entes federativos mediante a ampliação da competência legislativa dos estados, Distrito Federal e municípios em matéria previdenciária.

Trata-se, a toda evidência, de medida que busca o fortalecimento do modelo federal encampado pela Constituição Federal, com a harmonização da relação entre os entes da federação. A Constituição passa a regulamentar, em seu próprio texto, apenas aquelas matérias que são imprescindíveis ao tratamento uniforme do tema. Os demais aspectos passam a ser direcionados à regulamentação pelos demais entes federativos (estados, Distrito Federal e municípios) de modo a atender, com muito mais eficiência, às peculiaridades regionais e locais. Por certo, essa autonomia deve respeitar as normas de reprodução obrigatória, as premissas da zona de penumbra e o princípio da razoabilidade, que conduz à observância, por exemplo, do próprio fato gerador do benefício.

Assim, em não havendo hierarquia entre as normas constitucionais, e com fundamento na unidade da Constituição, essa interpretação da EC 103/2019 é a que mais compatibiliza suas disposições com o princípio basilar do Pacto Federativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Novos Rumos do Federalismo. Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional.** v. 3, São Paulo: RT, maio. 2011, p. 91-120.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. **Direito previdenciário público - regime próprio de previdência social dos servidores públicos do Estado de São Paulo.** Editora Juspodivm: Salvador, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 5. ed. Coimbra. Livraria Almedina, 1991.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Editora Juspodivm: Salvador, 2018.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Normas Gerais e Competência Concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 90, p. 245-251, jan. 1995. ISSN 2318-8235.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A interpretação constitucional, suas especificidades e seus intérpretes. *In: Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet*, 5. ed., v. 5, 2011.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 23. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

ROCHA, Daniel Machado da. **Normas Gerais de Direito Previdenciário**. Florianópolis: Conceito, 2012.

REFORMA DA PREVIDÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA

Social security reform and the legal certainty

Rodolfo Breciani Penna¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Segurança jurídica: breves apontamentos; 3. A existência de uma categoria intermediária entre o direito adquirido e a expectativa de direito: a confiança legítima ou expectativa legítima; 4. A obrigatoriedade de previsão das regras de transição nas reformas previdenciárias como forma de tutelar a segurança jurídica; 5. Conteúdo mínimo de uma regra de transição razoável; 6. Transição razoável nos entes subnacionais; 7. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO Diante de uma nova reforma previdenciária no País, o presente trabalho objetiva analisar a influência do princípio da segurança jurídica sobre essa alteração no ordenamento jurídico.

Para tanto, foi realizada extensa pesquisa bibliográfica, pesquisando acerca da questão de fundo, qual seja, o princípio da segurança jurídica, bem como acerca da existência de um aspecto subjetivo relacionado, consubstanciado na proteção da confiança legítima, para, somente então, ingressar no questionamento acerca da existência ou não da obrigatoriedade de se prever regras de transição e qual o seu conteúdo mínimo.

Nesse sentido, concluiu-se que, embora não exista direito adquirido a regime jurídico, há um direito à proteção das expectativas legítimas, que consiste em uma categoria intermediária entre o próprio direito adquirido e a mera expectativa de direito.

A previsão de uma regra de transição razoável é um dever do legislador em reformas previdenciárias drásticas, sendo uma expressão do princípio da proteção da confiança, corolário da segurança jurídica.

Palavras-chave: Princípio da segurança jurídica. Proteção da confiança legítima. Legítima expectativa. Reforma da previdência. Regras de transição. Direito adquirido. Expectativa de direito.

1 Procurador do estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de Vila Velha (ES).

ABSTRACT In the face of a new social security reform in the country, this paper aims to analyze the influence of the principle of legal certainty on this change on the legal system.

For that purpose, an extensive bibliographic research was carried out, researching the background question, that is the principle of legal certainty, as well as the existence of a related subjective aspect, which consists in the protection of legitimate expectations, for only then, start questioning about the existence of the obligation to provide for transition rules and what is their minimum content.

In this sense, it was concluded that, although there is no acquired right to a legal regime, there is a right to the protection of legitimate expectations, which consists in an intermediate category between the acquired right itself and the simple expectation of right.

Providing for a reasonable transition rule is a obligation of the legislator in drastic security reforms, being an expression of the principle of protection of legitimate expectations, a corollary of legal certainty

Keywords: Principle of legal certainty. Protection of legitimate expectations. Legitimate expectation. Social Security Reform. Transition rules. Vested right. Expectation of law.

1. INTRODUÇÃO

As reformas da previdência, por introduzirem modificações nas regras incidentes sobre relações de longa duração, em regra, suscitam calorosos debates a respeito da incidência do novo regramento sobre os trabalhadores que já compunham relação jurídica previdenciária quando do início da vigência das inovações normativas.

A Emenda Constitucional nº 103/2019, que modificou drasticamente tanto os requisitos para aquisição de benefícios previdenciários como a fórmula de cálculo a eles aplicável, não foge a essa regra, convidando-nos a mais um mergulho no estudo do tema dos limites postos pelo princípio da segurança jurídica sobre a atividade legislativa no campo previdenciário.

Nesse contexto, o presente artigo pretende abordar a influência do princípio da segurança jurídica sobre essa importante alteração no ordenamento jurídico. Busca-se examinar a abrangência desse princípio, que vem sendo estudado não mais apenas em seu aspecto objetivo, que exige uma estabilização das situações jurídicas por meio do direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada, mas também em seu aspecto subjetivo, relacionado à proteção da confiança legítima.

Diante disso, objetiva-se analisar a existência de uma categoria intermediária entre o direito adquirido e a mera expectativa de direito, substanciada na legítima expectativa, que leva ao questionamento da lógica redutora do “tudo ou nada” – ou se adquiriu o direito ao benefício ou se submete integralmente ao novo regime – exigindo-se uma transição razoável de acordo com o grau de expectativa gerada nos segurados.

Além disso, diante da afirmação de que é necessário estabelecer uma transição razoável, buscou-se traçar parâmetros para definir o conteúdo mínimo das regras de transição, especialmente no que diz respeito aos entes subnacionais.

2. SEGURANÇA JURÍDICA: BREVES APONTAMENTOS

Conceituar a segurança jurídica não é tarefa fácil diante da polissemia da expressão. No entanto, é possível destacar que se trata de um princípio geral do Direito, vetor indispensável ao Estado Democrático de Direito.

De maneira geral, consiste no direito fundamental dos cidadãos a terem ciência previamente das leis que regem a vida em sociedade, bem como a não serem surpreendidos por alterações repentinas ou pela retroatividade de determinadas normas para atingirem situações jurídicas anteriores à sua respectiva vigência. Seu objetivo primordial é a pacificação da sociedade.

Daniel Sarmento destaca:

Para que as pessoas possam viver com paz e liberdade, é necessário conferir alguma estabilidade a relações jurídicas de que participem. Por isso ninguém questiona que a segurança jurídica constitui um valor fundamental na construção de uma sociedade harmônica, sendo a sua garantia um ingrediente vital para a edificação de um ordenamento jurídico estável.²

Para o autor, a segurança jurídica deve garantir que as pessoas tenham a capacidade de se planejar e organizar a sua vida em harmonia com a ordem jurídica em vigor³.

2 SARMENTO, Daniel. *Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e Reforma da Previdência*, p. 24.

3 *Idem*.

Ingo Wolfgang Sarlet, citando as lições de Canotilho, destaca que a segurança jurídica possui dimensão dúplice. Na dimensão objetiva, relacionada ao direito objetivo, consiste na garantia de estabilidade do ordenamento jurídico. Já a dimensão subjetiva estabelece uma garantia ao cidadão, consubstanciada na possibilidade de confiar nos atos do Poder Público, para que possa calcular e prever esses atos e os seus respectivos efeitos jurídicos. Essa dimensão remete à proteção da confiança legítima como expressão do próprio Estado de Direito.⁴

Na mesma linha, Rafael Oliveira trata acerca do citado princípio em dois sentidos. Em sentido objetivo, consiste na estabilização do ordenamento jurídico, relacionado à certeza do direito, tendo em vista a necessidade de respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF). Em sentido subjetivo, por outro lado, vincula-se à proteção da confiança legítima das pessoas em relação às expectativas geradas por promessas e atos estatais⁵.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, salienta que:

No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias (*sic*) e conteúdos, que inclui a confiança nos atos do Poder Público, a previsibilidade dos comportamentos e a estabilidade das relações jurídicas. É nesse último domínio que se insere a conservação de direitos em face das mudanças normativas.⁶

Almiro do Couto e Silva vai além ao afirmar que só existe direito onde existe segurança jurídica.⁷

Trata-se, portanto, de uma proteção contra a atuação arbitrária do Estado, tendente a alterar situações já consolidadas na sociedade, que geraram firme confiança de sua continuidade nos indivíduos.

A segurança jurídica ainda se relaciona com a noção de boa-fé, tanto objetiva – consubstanciada na atuação com respeito à lealdade e à lisura

4 SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*, p. 290.

5 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, p. 56-57.

6 BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência*, p. 76.

7 COUTO E SILVA, Almiro. *Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*.

e baseada na confiança e na informação – quanto subjetiva, que se vincula ao caráter psicológico daquele que acreditou atuar em conformidade com o ordenamento jurídico. A boa-fé deve pautar a conduta tanto do Estado quanto do particular⁸.

No entanto, Paulo Modesto nos recorda que, depois de seis alterações constitucionais sucessivas na previdência apenas nos primeiros 30 (trinta) anos da vigência da Constituição Federal de 1988 (EC 3/93; EC 20/98; EC 41/2003; EC 47/2005; EC 70/2012; EC 80/2015), o segurado da Previdência Social acumula incertezas.⁹ Em seu artigo, ainda não havia sido aprovada a Emenda à Constituição nº 103, de 2020, mas chegamos à sétima reforma previdenciária em pouco mais de 30 anos da Lei Maior de 1988.

Ainda de acordo com o autor, para uma relação jurídica de longo prazo, como é a relação jurídica previdenciária, a confiança e a segurança jurídica são ingredientes essenciais para combater a erosão do tempo e combater a miopia temporal.¹⁰

Reformas previdenciárias devem intensificar a relação entre contribuição e contrapartida e reforçar a confiança no sistema previdenciário e em suas regras de transição. Sem confiança não há Previdência e sem assegurar efeito estabilizador ao transcorrer do tempo associado à boa-fé dos interessados não há proteção da confiança alguma.¹¹

Mas é importante um breve adendo: não se está discutindo aqui a possibilidade nem a necessidade de uma reforma da previdência, o que se mostra evidente diante da impossibilidade de engessamento da Constituição Federal e da elevação da longevidade média dos indivíduos, aliada ao decréscimo da taxa de natalidade, sendo necessária a adequação do sistema previdenciário. O que se objetiva é lançar uma visão crítica da relação entre a segurança jurídica e a necessidade de mecanismos que garantam certa estabilidade e proteção à confiança dos indivíduos.

8 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, p. 57.

9 MODESTO, Paulo. *A reforma da Previdência e a espera de Godot* (parte 1).

10 *Idem*.

11 MODESTO, Paulo. *A reforma da Previdência e a espera de Godot* (parte 2).

3. A EXISTÊNCIA DE UMA CATEGORIA INTERMEDIÁRIA ENTRE O DIREITO ADQUIRIDO E A EXPECTATIVA DE DIREITO: A CONFIANÇA LEGÍTIMA OU EXPECTATIVA LEGÍTIMA

A segurança jurídica, conforme mencionado, está consagrada no art. 5º, XXXIV da CRFB, bem como na noção de Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF). Afora isso, a Lei nº 9.784/1999 faz menção expressa ao princípio em seu art. 2º, além instituir diversos instrumentos com o objetivo de lhe conferir efetividade, tal como no art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação¹².

No seu sentido objetivo, demonstrou-se a sua relação com a estabilidade do ordenamento jurídico, com a irretroatividade das normas para atingir situações consolidadas e à certeza do direito. Essa dimensão está diretamente relacionada aos aspectos previstos no inciso XXXIV do art. 5º da CRFB: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Para o objeto deste artigo, ganha relevo a noção de direito adquirido. De acordo com Daniel Sarmiento¹³, citando a lição de Francesco Gabba, o direito é adquirido quando: a) preenchidos todos os requisitos de acordo com a lei vigente ao tempo em que se realizou, embora ainda não tenha sido exercido de fato; e b) o direito passou a fazer parte integrante do patrimônio de quem o adquiriu.

Segundo Barroso, o direito adquirido é mais bem-compreendido quando comparado com duas categorias relacionadas: a expectativa de direito e o direito consumado. Inclusive, propõe uma compreensão com fundamento na posição jurídica do sujeito relativamente ao direito posto, estando a expectativa de direito em primeiro lugar, depois o direito adquirido e, por fim, o direito consumado.¹⁴

12 Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

13 SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, p. 549.

14 BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência*. In: Tavares, Marcelo Leonardo (org.). *A reforma da previdência social*, p. 64.

A expectativa de direito identifica a situação em que o indivíduo ainda não completou o fato aquisitivo do direito, não tendo preenchido todos os requisitos para a sua fruição. Nesse caso, quando sobrevém uma nova norma alterando o regime jurídico daquela matéria, não há proteção constitucional à situação do indivíduo, por mais que estivesse próximo de completar os requisitos para aquisição daquele direito no momento da alteração do regime.

Na sequência, quanto ao direito adquirido, o indivíduo já preencheu os requisitos para aquisição do direito material, preenchendo o fato aquisitivo, porém, por qualquer motivo, ainda não entrou no exercício deste direito.

Por fim, no direito consumado o fato aquisitivo foi preenchido e os efeitos previstos na norma já se produziram de forma integral.

No direito previdenciário podemos exemplificar essa situação com a aposentadoria. No caso de o segurado ainda não ter preenchido todos os requisitos de idade e tempo de contribuição no momento em que sobrevém norma alterando o regime jurídico previdenciário, possuirá apenas expectativa de direito à aposentadoria com base no regime anterior.

Por outro lado, se já houvesse cumprido todos os requisitos para a aposentação com base no regime jurídico vigente, porém, por qualquer motivo, ainda não houvesse requerido a aposentadoria, possuiria direito adquirido. Nesse caso, mesmo com a superveniência de alteração do regime previdenciário, o segurado pode se aposentar com base no regime anterior.

Nesse mesmo exemplo, se já estivesse aposentado, haveria um direito consumado.

Feita essa diferenciação, é necessário pesquisar se o ordenamento jurídico comporta apenas essas categorias no que se relaciona à proteção do indivíduo ante a sucessão de normas no tempo e à alteração de regimes jurídicos, ou se há outra categoria que garanta proteção aos indivíduos que não tenham preenchido os requisitos para o direito adquirido, porém sejam detentores de uma expectativa legítima.

Isso porque a jurisprudência pacífica do STF, e a tese mais difundida na doutrina, é de que não há direito adquirido a regime jurídico:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 2º E EXPRESSÃO ‘8º’ DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. APOSENTADORIA. *TEMPUS REGIT ACTUM*. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO OCORRÊNCIA.

1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. 2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. 3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional nº 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional nº 41/2003. 4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional nº 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 47/2005. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3.104, relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/9/2007, DJe-139 DIVULG 8/11/2007 PUBLIC 9/11/2007 DJ 09/11/2007 PP-00029 EMENT VOL-02297-01 PP-00139 RTJ VOL-00203-03 PP-00952.)

Por esse motivo, havendo alteração das regras que regem as relações do segurado com a Previdência Social, aquele não estaria protegido contra a modificação. Havendo drástica alteração das regras, trazendo um regime muito mais rigoroso ao segurado, este ficaria desprotegido perante a mudança, caso não tenha preenchido todos os requisitos do regime anterior para fruição do benefício.

Diante desse quadro é que surge a discussão relacionada à existência de uma categoria intermediária entre o direito adquirido e a expectativa de direito. Pelo exemplo tratado acima, é possível perceber que o indivíduo poderá, por muito pouco, receber tudo ou nada.

Tome-se como exemplo o segurado que está muito próximo de se aposentar, faltando um ano de tempo contribuição, com o requisito de idade já preenchido. Suponha que o regime previdenciário seja alterado exigindo mais cinco anos de tempo de contribuição. Nesse caso, o segurado, após anos planejando a sua aposentadoria e já à beira de ter

o seu direito consumado, terá que esperar agora mais seis anos, tendo em vista que ainda não possuía direito adquirido, mas mera expectativa de direito.

É por isso que se defende que a adoção de um modelo binário, formado apenas pelo direito adquirido e pela expectativa de direito, se mostra insuficiente, conforme entende Paulo Modesto, que sugere que rejeitemos “a lógica redutora do tudo ou nada”.¹⁵

A segurança jurídica, por esse viés, como parte integrante e essencial ao Estado Democrático de Direito, não se restringe à proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, mas deve servir também à proteção da confiança legítima e consolidada.

Nessa linha, Almiro Couto e Silva leciona:¹⁶

A esse quadro de normas e instituições que defendem os interesses dos indivíduos contra os atos do Estado, agregou-se, mais recentemente, o reconhecimento da proteção da confiança como princípio constitucional, em processo de lenta elaboração, tanto no direito europeu quanto no direito brasileiro.

José dos Santos Carvalho Filho esclarece que, no direito comparado, especialmente no direito alemão, tem-se buscado uma forma de atender à necessidade de estabilização de certas situações jurídicas, especialmente em virtude do transcurso do tempo e da boa-fé do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado.¹⁷

E continua afirmando que a doutrina moderna, fundamentada na experiência do direito alemão, que posteriormente foi adotada no âmbito do direito comunitário europeu, defende que a tutela da confiança legítima abrange o poder normativo da Administração e não apenas os atos de natureza concreta.¹⁸ Esse entendimento, por óbvio, também deve ser aplicado à atividade legislativa estatal.

15 MODESTO, Paulo. Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade, p. 9-54.

16 COUTO E SILVA, Almiro. Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro.

17 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, p. 38.

18 *Idem*, p. 40.

Rafael Oliveira segue o mesmo raciocínio. Para ele, a confiança legítima surge “como uma reação à utilização abusiva de normas jurídicas e de atos administrativos que surpreendem bruscamente os seus destinatários”.¹⁹

Tal princípio nasceu e se desenvolveu na Alemanha pós-Segunda Guerra Mundial, especialmente na jurisprudência dos tribunais. Cita-se como marco fundamental o caso da “Viúva de Berlim”, julgado pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim em 1956, em que a viúva de um funcionário alemão, que residia na Alemanha Oriental, mudou-se para a Berlim Ocidental, após a informação oficial de que receberia pensão do Estado caso realizasse a mudança. A pensão, no entanto, foi posteriormente retirada com a alegação de descumprimento de normas vigentes. O Tribunal alemão entendeu que a viúva deveria continuar recebendo a pensão em virtude do princípio da proteção à confiança legítima que, no caso, deveria prevalecer sobre a legalidade.²⁰

Outro fundamento para a proteção da confiança seria a teoria do *venire contra factum proprium*, muito difundida no Direito Civil, mas que, modernamente, pode ser estendida ao Direito Público, objetivando evitar atuações contraditórias e desleais do Poder Público, especialmente diante da aproximação entre as esferas pública e privada.²¹

A proteção à confiança, portanto, enseja a tutela contra a utilização abusiva de normas jurídicas e atos administrativos que surpreendam drástica e negativamente os seus destinatários, estabelecendo proteção à legítima expectativa, que é justamente a situação intermediária entre o direito adquirido e mera expectativa de direito.

Nas relações jurídicas continuadas, isto é, relações que se prolongam no tempo, é imprescindível a proteção à expectativa legítima. O destinatário da norma, apesar de ainda não preencher todos os requisitos necessários, aos poucos vai preenchendo frações desses requisitos, o que não deve ser desconsiderado pelo direito.

Essas frações do direito, que vai sendo paulatinamente adquirido, gozam de valor jurídico a ser considerado pelo sistema. Não o mesmo

19 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo, p. 57.

20 *Idem*, p. 58.

21 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo, p. 60.

valor que o direito adquirido, mas um valor relativo e proporcional ao percentual dos requisitos preenchidos.²²

No Brasil, é possível perceber a grande difusão do princípio da proteção da confiança e da expectativa legítima entre os doutrinadores. Na legislação, pode-se citar, por exemplo, as leis que tratam das ações diretas para controle de constitucionalidade perante o STF. Tanto na Lei nº 9.868/1999, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, quanto na Lei nº 9.882/1999, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, há dispositivo estabelecendo que o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de ato normativo, por dois terços de seus membros, poderá restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento a ser fixado pela Corte, sempre em vista de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Nesse caso, é evidente que os indivíduos não possuem um direito adquirido à aplicação do regime declarado inconstitucional durante o tempo definido pelo STF. Trata-se, portanto, de proteção à confiança e das expectativas legítimas, que ensejam a aplicação de lei inconstitucional durante um tempo de forma a evitar maiores prejuízos²³.

Também no âmbito legislativo, a Lei nº 13.655/2018, ao alterar a LINDB, estabeleceu diversos instrumentos aptos a tutelar a proteção da confiança e a legítima expectativa. A lei estabelece que deverá ser previsto regime de transição quando houver nova interpretação ou orientação sobre conteúdo indeterminado que imponha novo dever ou novo condicionamento de direito, quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equâni-

22 Nesse sentido: SILVA, Marcelo Rodrigues. *O direito adquirido, a expectativa de direito e as regras de transição na EC 103/2019*, p. 103.

23 Seguindo a mesma linha, recentemente, o STF alterou antigo entendimento para estabelecer o prazo de cinco anos para que os Tribunais de Contas apreciem o ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, sob pena de registro automático, tendo em vista a proteção da segurança jurídica. O STF concluiu julgamento do RE 636.553, definindo a seguinte tese de repercussão geral (Tema 445): Os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de cinco anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.

me e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais (art. 23). Determina ainda que as revisões quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levarão em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas (art. 24). E, por fim, estabelece a instituição de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas quanto à aplicação de normas, com caráter vinculante para o órgão ou entidade a que se destinam, com o objetivo de promover e aumentar a segurança jurídica (art. 30).

Todas essas modificações demonstram a imprescindibilidade da segurança jurídica para o Estado Democrático de Direito e para a pacificação social, seja em seu sentido objetivo, seja no sentido subjetivo, relacionado à proteção da confiança.

Dessa forma, de fato, há uma consolidação da proteção à confiança na ordem jurídica nacional, podendo se falar ainda que, com fundamento nesse princípio, também tem ocorrido uma preocupação em tutelar a expectativa legítima dos indivíduos. No entanto, obviamente que essa consolidação é gradual e ainda carece de maior aperfeiçoamento.

Diante desse quadro, à luz da proteção da confiança, resta evidente a necessidade de considerar a expectativa legítima, categoria intermediária entre o direito adquirido e a expectativa de direito, nas reformas previdenciárias, especialmente diante do direito a uma transição razoável.

4. A OBRIGATORIEDADE DE PREVISÃO DAS REGRAS DE TRANSIÇÃO NAS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS COMO FORMA DE TUTELAR A SEGURANÇA JURÍDICA

No que diz respeito à previdência social, embora seja evidente que não existe um direito adquirido a regime jurídico, na fase atual do estudo da Constituição, já se admite a existência de um direito subjetivo a uma transição razoável, decorrente da proteção da confiança e da boa-fé²⁴.

Não basta apenas tutelar aqueles que já adquiriram o direito à aposentadoria de acordo com o regime anterior. Também não se trata de proteger

24 Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 190.

a simples expectativa de direito à aplicação de um regime revogado ou modificado. O que se coloca em discussão é a situação intermediária daqueles que já cumpriram boa parte dos requisitos vigentes, porém serão afetados de forma desarrazoada pela súbita e rigorosa alteração do regime.

É absolutamente diferente a percepção de um servidor público inserido no Regime Próprio de Previdência Social há cinco anos, daquele que está no regime há 30 anos, prestes a preencher os requisitos de elegibilidade para aquisição do benefício previdenciário.

Essa situação não pode ser ignorada juridicamente. O Direito e a Constituição possuem a função primária de limitação aos governantes, impedindo ações arbitrárias e confiscatórias dos direitos individuais e sociais. As grandes reformas não podem ser indiferentes às expectativas legítimas de direitos, frustrando-as completamente, tendo em vista a segurança jurídica e a boa-fé.

Não se trata de conceder a mesma proteção conferida ao direito adquirido, pela própria natureza de cada uma dessas categorias – enquanto esse é um direito, a outra é uma expectativa, embora legítima. Por esse motivo, é possível defender um direito a uma transição razoável.

De acordo com Marcelo Leonardo Tavares, não se pode promover alterações nas regras do Regime Próprio de Previdência Social sem qualquer limite de razoabilidade, haja vista que tais normas pautaram a conduta mútua tanto dos servidores quanto dos órgãos públicos por um longo período. Além disso, os indivíduos fizeram suas escolhas de vida e planejamentos de futuro lastreados no regime vigente e constitucionalmente previsto. O entendimento é aplicável também ao Regime Geral de Previdência Social.²⁵

Sob esse prisma, o autor defende que, embora não exista direito adquirido a regime jurídico, seria inconstitucional uma modificação radical que despreze a expectativa legítima, forte e consolidada dos servidores na iminência de preencherem os requisitos de aposentadoria da legislação anterior. Para ele, não seria compatível com o Estado Democrático de Direito a frustração de expectativas construídas legal e eticamente.

25 TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*, p. 388 e 389.

Na mesma linha, Paulo Modesto também levanta a discussão acerca da existência de eventual inconstitucionalidade por omissão quando há ausência de disposições transitórias em uma modificação considerável do regime previdenciário ou quando a transição é insatisfatória, uma vez que, para o autor, haverá lacuna normativa:²⁶

(...) o princípio da segurança jurídica é mais abrangente do que a garantia dos direitos adquiridos e pode servir de parâmetro autônomo de controle de inconstitucionalidade, inclusive em face de emendas constitucionais, quando afetado o seu núcleo essencial.²⁷

Não obstante, não cabe defender a negativa de imediata vigência à nova regra. O que se discute é a compatibilização do passado com o presente. É a defesa de uma situação intermediária entre o direito adquirido e a expectativa de direito, pautada na proteção da confiança e na boa-fé. Alterar um regime jurídico quando necessário, sem, contudo, causar insegurança jurídica e desprezar as frações de requisitos preenchidos.

Também não se cogita proibir ou dificultar ainda mais a reforma constitucional, vez que se deve evitar a denominada “petrificação da Constituição”. A sociedade, em constante mutação, carece de uma proteção progressiva, sem se olvidar ainda das gerações futuras. Ademais, a segurança jurídica não é o único valor fundamental constitucionalmente protegido, devendo ser ponderado com outros valores fundamentais.

O que não se pode olvidar, como assevera Paulo Modesto, é que

Reformas previdenciárias devem apresentar sustentabilidade financeira, jurídica, ética e social, nunca visar apenas ao corte de despesas, como se a previdência não cumprisse papel destacado de redistribuição da riqueza e não atendessem a um compromisso intergeracional²⁸.

Em verdade, diante dos argumentos sobre o tema, é possível concluir que a alteração do regime previdenciário de forma substancial enseja a obrigatoriedade de previsão de regras de transição e provisórias que pro-

26 MODESTO, Paulo. Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade, p. 11.

27 *Idem*, p. 17.

28 MODESTO, Paulo. Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade, p. 15.

movam a tutela da legítima expectativa (situação intermediária entre o direito adquirido e a expectativa de direito) dos servidores públicos.

Isso porque a principal forma de se tutelar a expectativa legítima de direitos dos segurados é por meio de terceira norma, distinta da norma anterior e da posterior, porém, situada entre elas, que estabeleça uma transição razoável e promova a pacificação da sociedade, atendendo os sujeitos que se encontrem nessa posição jurídica.

Trata-se de uma medida compulsória e não de política legislativa, cuja omissão do legislador deve ser sanada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Dessa feita, parece evidente que, em havendo a edição pelo Estado de normas que alterem o seu regime próprio de previdência, deve obrigatoriamente prever regras de transição e provisórias razoáveis e equitativas.

5. CONTEÚDO MÍNIMO DE UMA REGRA DE TRANSIÇÃO RAZOÁVEL

A tarefa mais difícil quando se discute a necessidade de regras transitórias em uma reforma previdenciária, mais especificamente após defender o direito a uma transição razoável aos segurados, é definir o conteúdo mínimo dessa regra de transição.

Em primeiro lugar, o fato de haver extrema dificuldade em definir o seu conteúdo não pode ser considerado um óbice à defesa da necessidade dessa transição equitativa, razoável e justa. Não é fácil definir qual regra de transição é razoável, mas certamente não é razoável a ausência de uma regra transitória quando se fala em grandes alterações de regimes complexos e de longa duração.

Depois, vale relembrar a conclusão a que chegamos de que a transição razoável está vinculada à tutela da expectativa legítima, que consiste em uma categoria intermediária entre o direito adquirido e a mera expectativa de direito, uma alternativa ao sistema redutor do “tudo ou nada”.

Por esse motivo, a tutela que se deve conferir por meio da transição razoável do regime jurídico é diversa da tutela do direito adquirido. Deve-se conferir um grau menor de proteção, porém justo.

Outro ponto importante é a percepção de que os segurados se encontram em situações jurídicas diferentes ante a reforma previdenciária.

Alguns terão acabado de se filiar ao regime, outros já contam com 10, 20, 30 anos de contribuição. Parece óbvio defender que, nessa transição razoável, haja uma tutela proporcional dos interesses individuais de acordo com a situação jurídica em que se encontram no regime, isto é, de acordo com a fração dos requisitos preenchidos por eles.

Um segurado que está a ponto de se aposentar possui uma expectativa legítima de que se aplicará aquele regime jurídico evidentemente maior do que aquele que ingressou no regime de previdência há poucos anos. Por isso sua maior confiança deve ser tutelada em maior grau.

É antiga a lição de que os princípios, ao contrário das regras, podem ser satisfeitos em maior ou menor grau. Por se tratar de mandados de otimização, deve-se buscar a sua satisfação na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Não é diferente com o princípio da proteção à confiança, que será satisfeito em grau variado, a depender das condições do sistema e da situação jurídica do segurado.

Faz-se imprescindível a compatibilização entre a necessidade de adequação da previdência social à realidade atual da sociedade, da economia e das circunstâncias e, por outro lado, a tutela das expectativas legítimas e a estabilização da ordem jurídica (embora relativa). Conforme ensina Modesto:

No domínio temporal, o direito persegue duas finalidades tendencialmente conflitantes: por um lado, a estabilização das expectativas, a garantia da segurança no planejamento pessoal, social e econômico e, por outro, a inovação e adaptação da sociedade à evolução histórica e às circunstâncias.²⁹

J.J. Gomes Canotilho também deixa sua contribuição sobre o assunto:

No plano do direto constitucional, o princípio da proteção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não necessária e indispensável uma disciplina transitória, ou se essa regulou, de forma justa,

29 MODESTO, Paulo. Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade, p. 12.

adequada e proporcionada, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos – posições, relações, situações – anteriores e subsistentes no momento da sua entrada em vigor.³⁰

A proporcionalidade remete à imagem de uma escada. Caso haja a necessidade de inserir maiores degraus para atingir o objetivo final, não devem ser todos inseridos após o último, mas proporcionalmente durante todo o percurso. Assim, quem está no final terá um aumento menor dos requisitos, enquanto quem estiver mais perto do início terá uma alteração um pouco mais rigorosa.

Exemplificando, o segurado que conta 15 (quinze) anos de contribuição quando o regime jurídico exige 20 (vinte) anos, já preencheu 75% (setenta e cinco por cento) dos requisitos. Se a reforma altera a exigência para 30 (trinta) anos de contribuição, o valor jurídico do tempo de contribuição do segurado cairia para 50% (cinquenta por cento) se não fosse estabelecida uma regra de transição.

Buscando um parâmetro para definir o conteúdo mínimo de uma transição razoável nas reformas previdenciárias, é possível destacar os pedágios contributivos e as fórmulas de calibração entre o tempo de contribuição e a idade mínima, sistemáticas já adotadas em reformas anteriores:

(...) Os “pedágios” são fórmulas engenhosas de considerar o tempo passado — o efeito implementado pelas normas de transição anteriores — e acrescentar esforço contributivo adicional para o futuro, considerado apenas o tempo remanescente, sem retrospectividade ou retroatividade. Fórmulas de somatório de pontos, semelhante à adotada pelo artigo 3º da EC 47/2005, que realizam calibração entre o tempo de contribuição e a idade mínima, cumprem a mesma finalidade. (destaques no original)

(...). O critério deve ser previdenciário, o tempo faltante para a aposentação consoante as regras transitórias vigentes, aplicando-se a esse resíduo pedágio percentual uniforme, que não discrimina ou diferencia grupos, categorias, nem se serve de elementos de natureza pessoal ou profissional,

30 *Apud* MODESTO, Paulo. Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade, p. 14.

sem nexos com o aporte contributivo e o regime jurídico precedente. O pedágio simplifica e atualiza o sistema de modo equitativo, evitando a proliferação de regras casuísticas, com acréscimos etários e contributivos distintos entre categorias profissionais. Não é na manipulação do tempo passado e cumprido que devem ser corrigidas diferenças entre os regimes e regras previdenciárias, mas sim na disciplina material e permanente das normas de segurança social, na busca da almejada convergência de regimes para o futuro.³¹

É viável defender ainda, considerando o exemplo formulado, em que faltava 25% (vinte e cinco por cento) do tempo para que o segurado preenchesse o requisito de tempo de contribuição, que essa porcentagem fosse preservada, não em relação ao regime anterior, mas que se exigisse esse percentual em relação ao tempo exigido pela nova regra. No caso citado, seriam 25% (vinte e cinco por cento) de 30 anos, o que daria sete anos e meio, em vez de exigir 15 anos (que é o que faltaria ao segurado caso não houvesse regra transitória).

Não obstante, essa é apenas uma das formas para se definir uma regra de transição. Em verdade, o legislador é razoavelmente livre para adotar os critérios que entender mais eficientes, podendo-se valer de tabelas progressivas de mudança, de regras de acréscimos, pedágios, entre outros³², apenas devendo considerar que a proteção insuficiente poderá ensejar a inconstitucionalidade por omissão, diante da violação à segurança jurídica.

Na EC 103/2019, com relação ao RPPS, o constituinte reformador buscou estabelecer duas sistemáticas diferentes como regras transitórias. Embora parecidas, as regras de transição do art. 4º e do art. 20 da emenda diferem quanto a um dos requisitos.

A primeira prevê o já conhecido sistema de pontos, decorrente do somatório da idade e do tempo de contribuição, enquanto a segunda, aplicável também aos filiados ao RGPS, prevê a necessidade de período adicional de tempo de contribuição, que corresponde ao tempo que, na

31 MODESTO, Paulo. A reforma da Previdência e a espera de Godot (parte 1).

32 Nesse sentido: SILVA, Marcelo Rodrigues. O direito adquirido, a expectativa de direito e as regras de transição na EC 103/2019. In: ALENCAR, Hermes Arrais (org.), p.121.

data da entrada em vigor da emenda, faltaria para alcançar o tempo mínimo de contribuição previsto no próprio dispositivo.

Assim, por essa segunda regra transitória, caso falte para o segurado, na data da vigência da emenda constitucional, 3 (três) anos de contribuição para atingir o período mínimo, terá que contribuir os três anos faltantes e mais três anos como período adicional. É o que se denominou pedágio.

6. TRANSIÇÃO RAZOÁVEL NOS ENTES SUBNACIONAIS

Diante da desconstitucionalização da disciplina dos requisitos de elegibilidade das aposentadorias voluntárias, por meio da qual a EC 103/2019 conferiu aos entes subnacionais a disciplina do assunto, surgem ainda outros importantes questionamentos: os entes subnacionais estariam obrigados a prever regras de transição idênticas aos arts. 4º e 20 da EC 103/2019? Seria a regra de transição da referida emenda uma proteção mínima a ser observada pelos entes subnacionais?

Aplicando as conclusões a que chegamos nos itens anteriores, parece evidente que, havendo modificação do sistema previdenciário dos entes subnacionais, a edição de regras de transição é medida que se impõe, haja vista o direito dos trabalhadores a uma transição razoável e à tutela da confiança e da boa-fé.

Entretanto, a recente reforma não estabeleceu a obrigatoriedade de reprodução das normas de transição pelos entes subnacionais, de maneira que, da mesma forma que a EC 103/2019 outorga aos estados, Distrito Federal e municípios autonomia para alterar o seu sistema previdenciário, também o faz no que diz respeito às regras transitórias.

O que se poderia cogitar, e por isso se traz a debate, seria a eventual aplicação do princípio da simetria ao caso. Conforme lecionam Neto e Sarmiento, o referido princípio foi estabelecido na Constituição de 1967 com relação apenas às normas do processo legislativo, não havendo correspondência na Carta Magna atual. Não obstante, continua sendo aplicado indistintamente pela Corte Máxima do País.³³

33 SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, p. 355.

Ocorre que, de acordo com os citados autores, o princípio da simetria não se coaduna com o federalismo, que é um sistema que visa a promover o pluralismo e a autonomia dos entes federados para auto-organização, permitindo experiências inovadoras e possibilitando a manifestação da diversidade.

E, com fundamento em interpretação lógico-sistemática da EC 103/2019, é possível constatar a clara atribuição aos entes subnacionais de maior autonomia e liberdade na organização do regime previdenciário de seus servidores. Essa autonomia evidentemente engloba a edição de regras de transição que os estados, Distrito Federal e municípios considerem justas, equitativas e protetoras da confiança no sistema.

Mas ainda outra questão se coloca para debate: sendo certo que os estados podem conferir maior proteção aos servidores, com uma transição mais moderada, seria possível também a previsão de uma transição mais rigorosa?

Considerando o direito a uma transição razoável, preconizado por Luís Roberto Barroso³⁴, e a necessidade da tutela da confiança e da boa-fé, é possível defender que as regras transitórias previstas na EC 103/2019 para os servidores federais se colocam como uma proteção mínima, pelo que, não havendo, no mínimo, reprodução dos parâmetros da dupla sistemática prevista na EC 103/2019 ou proteção superior, poder-se-ia considerar a alegação de inconstitucionalidade por omissão, na mesma linha dos ensinamentos de Paulo Modesto³⁵.

Por último, na hipótese de um ente subnacional não editar regras de transição ao realizar sua reforma previdenciária, surge relevante questionamento acerca da possibilidade de aplicação das regras anteriores à vigência da EC 103/2019.

O art. 4º, § 9º, da emenda prevê que, enquanto não editadas normas pelos entes federados subnacionais alterando as regras de aposentadoria

34 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 190.

35 MODESTO, Paulo. *Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade*. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 56, p. 9-54, jan.-mar. 2017.

voluntária, aplicam-se as regras anteriores à vigência da emenda constitucional. Ademais, embora a EC 103/2019 promova a revogação das regras de transição previstas nos artigos 2º, 6º e 6º-A da EC 41/2003 e art. 3º da EC 47/2005, estabelece que tais revogações somente se aplicam aos entes que editarem norma referendando a revogação.

Nesse sentido, tem-se que a regra é a aplicação, nos entes subnacionais, das normas transitórias anteriores à vigência da emenda constitucional, enquanto não editadas as normas específicas para regular a matéria. Em outro sentido, na hipótese de edição de normas efetuando alterações, devem, obrigatoriamente, prever regras de transição, consoante adrede demonstrado.

Entretanto, na hipótese de modificação do regime previdenciário sem a contemplação de regras transitórias, acredita-se que o entendimento correto é pela incidência do mencionado art. 4º, § 9º, da EC 103/2019, continuando-se a aplicar as normas de transição anteriores, vez que, em uma interpretação teleológica, a finalidade da norma é não deixar lacunas legislativas, o que certamente se verificaria em eventual omissão dos estados, Distrito Federal e municípios ao não estabelecerem regras de transição.³⁶

7. CONCLUSÃO

Diante de toda a argumentação deste trabalho, conclui-se que a adoção de um modelo binário, formado apenas pelo direito adquirido e pela expectativa de direito, se mostra insuficiente, sendo necessária a rejeição da “lógica redutora do tudo ou nada”. A segurança jurídica, por esse viés, deve servir também à proteção da confiança legítima e consolidada.

36 Vale destacar que, no Estado de São Paulo, a Reforma da Previdência foi promovida pela Emenda Constitucional nº 49, de 6 de março de 2020, tendo previsto regras de transição semelhantes à reforma da previdência em âmbito federal no que diz respeito aos servidores públicos em geral (arts. 4º e 5º), adotando o sistema de pontos e o sistema de “pedágio” respectivamente, além de um regime transitório específico para os integrantes das carreiras de policial civil, polícia técnico-científica, agente de segurança penitenciária ou agente de escolta e vigilância penitenciária e para os servidores públicos cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde ou a associação desses agentes.

Nas relações jurídicas continuadas, é imprescindível a proteção à expectativa legítima. As frações do direito, que vai sendo paulatinamente adquirido, gozam de valor jurídico a ser considerado pelo sistema. Não o mesmo valor que possui o direito adquirido, mas um valor relativo e proporcional ao percentual dos requisitos preenchidos.

Assim, embora não exista direito adquirido a regime jurídico, seria inconstitucional uma modificação radical que desprezasse a expectativa legítima, forte e consolidada dos servidores na iminência de preencherem os requisitos de aposentadoria da legislação anterior, sendo possível cogitar eventual inconstitucionalidade por omissão quando há ausência de disposições transitórias em uma modificação considerável do regime previdenciário ou quando a transição é insatisfatória.

A melhor forma de promover a mencionada tutela da legítima expectativa, nesse caso, ocorre por meio de terceira norma, distinta da norma anterior e da posterior, porém situada entre elas, que estabeleça uma transição razoável e promova a pacificação da sociedade.

Vale destacar, no entanto, que a tutela que se deve conferir por meio da transição razoável é diversa da tutela do direito adquirido. Deve-se conferir um grau menor de proteção, porém justo, proporcional aos interesses individuais de acordo com a situação jurídica em que se encontram no regime, isto é, de acordo com a fração dos requisitos preenchidos por eles.

Quanto aos parâmetros para definir o conteúdo mínimo de uma transição razoável nas reformas previdenciárias, é possível destacar os pedágios contributivos e as fórmulas de calibração entre o tempo de contribuição e a idade mínima.

Em verdade, o legislador é razoavelmente livre para adotar os critérios que entender mais eficientes, podendo-se valer de tabelas progressivas de mudança, de regras de acréscimos, pedágios, entre outros, apenas devendo considerar que a proteção insuficiente poderá ensejar a inconstitucionalidade por omissão.

Quanto aos entes subnacionais, a recente reforma não estabeleceu a obrigatoriedade de reprodução das normas de transição do modelo federal. Nesse caso, o princípio da simetria não se coaduna com o federalismo, que é um sistema que visa a promover o pluralismo e a autonomia dos

entes federados para auto-organização, permitindo experiências inovadoras e possibilitando a manifestação da diversidade.

Dessa forma, considerando o direito a uma transição razoável e a necessidade da tutela da confiança e da boa-fé, é possível defender que as regras transitórias previstas na EC 103/2019 para os servidores federais se colocam como uma proteção mínima, pelo que, não havendo, no mínimo, reprodução dos parâmetros da dupla sistemática prevista na EC 103/2019 ou proteção superior, há inconstitucionalidade por omissão.

Por fim, destaque-se que o art. 4º, § 9º, da emenda citada prevê que, enquanto não editadas normas pelos entes federados subnacionais alterando as regras de aposentadoria voluntária, aplicam-se as regras anteriores à vigência da emenda constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Hermes Arrais (org.). **Reforma da previdência: EC 103/2019**. São Paulo: Editora foco, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COUTO E SILVA, Almiro. **Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>>. Acesso em 15 jun. 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LAZZARI, João Batista *et al.* **Comentários à reforma da previdência.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Reforma Previdenciária.** 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MODESTO, Paulo. **A reforma da Previdência e a espera de Godot (parte 1).** *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-02/interesse-publico-reforma-previdencia-espera-godot-parte>>. Acesso em 10 jun. 2020.

MODESTO, Paulo. **A reforma da Previdência e a espera de Godot (parte 2).** *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-09/interesse-publico-reforma-previdencia-espera-godot-parte>>. Acesso em 15 jun. 2020.

MODESTO, Paulo. **Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade.** *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 56, p. 9-54, jan./mar. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo.** 7. ed. São Paulo: Método, 2019.

ROSSATO, Luciano Alves (org.). **Direito Previdenciário Público.** Bahia: Juspodvm, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 2. ed., 6. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). **A reforma da previdência social.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social.** 16. ed. Ver. e atual. – Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

O ARTIGO 25, § 3º, DA EC 103/2019 E SEUS REFLEXOS NA CONTAGEM DE TEMPO DE ADVOCACIA PARA FINS DE APOSENTADORIA NO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

Article 25, § 3º, of constitutional amendment nº 103/2019, and its consequences to lawyer time tracking as required for retirement in the position of attorney of the state of São Paulo

Juliana de Oliveira Duarte Ferreira¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. O artigo 25, § 3º, da Emenda Constitucional nº 103/2019; 2.1 O *caput* e os §§ 1º e 2º do artigo 25 da EC 103/2019; 2.2. O § 3º do artigo 25 da EC 103/2019 e as severas críticas a seu respeito; 2.3. Uma exegese possível para o § 3º do artigo 25 da EC 103/2019; 3. A contagem de tempo de advocacia para fins de aposentadoria no cargo de procurador do estado de São Paulo; 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO No presente artigo pretende-se descortinar os efeitos do § 3º do artigo 25 da EC 103/2019 sobre a contagem de tempo de advocacia para fins de obtenção de aposentadoria no cargo de procurador do estado de São Paulo. Iniciamos por estudar o artigo 25 da EC 103/2019 em sua inteireza para, em seguida, focar a análise no § 3º do dispositivo, bem como nas críticas que podem ser tecidas a seu respeito. Em seguida, sugerimos uma exegese pautada nos métodos sistemático e literal para a norma, capaz de garantir compatibilidade entre ela e o princípio da segurança jurídica. Assentada essa premissa, passamos a examinar os fundamentos para o cômputo do tempo de advocacia como tempo de contribuição para fins de aposentadoria no

1 Procuradora do estado de São Paulo, classificada na Procuradoria Administrativa.

cargo de procurador do estado, que estão basicamente no artigo 93 da Lei Complementar estadual nº 478/1993 e no artigo 4º da EC 20/1998. Por fim, concluímos que o artigo 25, § 3º, da EC 103/2019 não guarda qualquer relação com essa contagem de tempo fictício no âmbito do RPPS, autorizada pela EC 20/1998 somente àqueles que ingressaram no cargo de procurador do estado antes do advento de tal reforma.

Palavras-chave: Reforma da Previdência. EC 103/2019. Contagem de tempo de contribuição. Tempo de contribuição ficto. Tempo de advocacia. Procurador do estado de São Paulo. Aposentadoria. Segurança jurídica.

ABSTRACT This text aims to analyze the effects of Article 25, Paragraph 3º, of Constitutional Amendment nº 103/2019 on lawyer time tracking as a requirement for retirement in the position of Attorney of the State of Sao Paulo. We begin by studying Article 25 in its entirety, and then focus on the analysis in § 3º of the provision, as well as the criticism that it inspires. Then, we suggest an interpretation based on systematic and literal methods, capable of ensuring compatibility between any given norm and the principle of legal certainty. Based on this premise, we start by examining the fundamentals of tracking lawyer time as contribution time for the purpose of retirement in the position of State Attorney, which are basically located in Article 93 of State Complementary Law nº 478/1993 and in Article 4º of Constitutional Amendment nº 20/1998. Finally, we conclude that Article 25, Paragraph 3º, of Constitutional Amendment nº 103/2019 has no relation to fictitious time tracking under the public-sector pension regime, as authorized by Constitutional Amendment nº 20/1998 only in favor of those who assumed the position of State Attorney before the implementation of that reform.

Keywords: Social security reform. Constitutional Amendment nº 103/2019. Contribution time tracking. Fictitious contribution time. Lawyer time. Attorney of the State of Sao Paulo. Legal certainty.

1. INTRODUÇÃO

O § 3º do artigo 25 da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, figura, sem nenhuma sombra de dúvida, entre os dispositivos mais discutidos da recente Reforma Previdenciária. Ao menos três ações diretas de inconstitucionalidade² foram propostas com fito de ver declarada sua nulidade por ofensa ao princípio da segurança jurídica.

2 ADI 6.254, ADI 6.256 e ADI 6.289.

Especialmente para muitos dos procuradores do estado de São Paulo, em atividade ou aposentados, o comando normativo gera, além das perplexidades partilhadas pela comunidade jurídica em geral, justificável apreensão.

Isso ocorre porque o artigo 25, § 3º, da EC 103/2019 está a determinar expressamente a nulidade de aposentadorias que tenham sido concedidas ou que venham a ser concedidas no Regime Próprio de Previdência Social – RPPS com contagem de tempo de contribuição fictício no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Confira-se:

§ 3º Considera-se nula a aposentadoria que tenha sido concedida ou que venha a ser concedida por regime próprio de previdência social com contagem recíproca do Regime Geral de Previdência Social mediante o cômputo de tempo de serviço sem o recolhimento da respectiva contribuição ou da correspondente indenização pelo segurado obrigatório responsável, à época do exercício da atividade, pelo recolhimento de suas próprias contribuições previdenciárias.

Diante disso, aqueles procuradores do estado que contaram ou planejam contar tempo de advocacia como tempo de contribuição para fins de aposentadoria no Regime Próprio de Previdência Social – RPPS passam a considerar a declaração de nulidade de suas aposentadorias pretéritas ou o prejuízo de suas futuras³.

Será demonstrado, no entanto, que, apesar da intrincada redação conferida ao dispositivo, a permitir que se vislumbre nele inadmissível ofensa ao princípio da segurança jurídica, os métodos sistemático e gramatical de interpretação nos conduzem a exegese tal que, afora não impor vulneração àquele preceito, limita-se a repetir norma já consagrada na legislação infraconstitucional.

Como se verá, em verdade, o § 3º do artigo 25 da EC 103/2019 restringe-se a estabelecer que a aposentadoria concedida pelo RPPS com contagem recíproca do RGPS, mediante cômputo de tempo ficto desse regime sem fundamento legal, está eivada de nulidade.

3 É provável que idêntica preocupação tenha surgido entre os delegados de polícia do estado de São Paulo que, com lastro no artigo 1º da Lei estadual nº 4.651/1985, computaram ou esperavam computar tempo de advocacia como tempo de contribuição para fins de aposentadoria.

E, considerando que a contagem de tempo de advocacia como tempo de contribuição para fins de aposentadoria no cargo de procurador do estado de São Paulo, autorizada pelo artigo 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, a todos os procuradores que ingressaram em tal cargo efetivo até 16 de dezembro de 1998, sequer constitui hipótese de contagem recíproca, será mister concluir que o artigo 25, § 3º, da EC 103/2019, simplesmente não incide sobre essa situação específica.

2. O ARTIGO 25, § 3º, DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019

2.1. O caput e os §§ 1º e 2º do artigo 25 da EC 103/2019

A adequada compreensão do disposto no § 3º do artigo 25 da Emenda Constitucional nº 103/2019 não prescinde da prévia compreensão do microsistema em que essa norma está inserida. Indispensável, assim, examinar o artigo 25 da Reforma Previdenciária em sua inteireza:

Art. 25. Será assegurada a contagem de tempo de contribuição fictício no Regime Geral de Previdência Social decorrente de hipóteses descritas na legislação vigente até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional para fins de concessão de aposentadoria, observando-se, a partir da sua entrada em vigor, o disposto no § 14 do art. 201 da Constituição Federal.

§ 1º - Para fins de comprovação de atividade rural exercida até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, o prazo de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 38-B da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, será prorrogado até a data em que o Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) atingir a cobertura mínima de 50% (cinquenta por cento) dos trabalhadores de que trata o § 8º do art. 195 da Constituição Federal, apurada conforme quantitativo da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad).

§ 2º - Será reconhecida a conversão de tempo especial em comum, na forma prevista na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, ao segurado do Regime Geral de Previdência Social que comprovar tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, cumprido até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, vedada a conversão para o tempo cumprido após esta data.

§ 3º - Considera-se nula a aposentadoria que tenha sido concedida ou que venha a ser concedida por regime próprio de previdência social com contagem recíproca do Regime Geral de Previdência Social mediante o

cômputo de tempo de serviço sem o recolhimento da respectiva contribuição ou da correspondente indenização pelo segurado obrigatório responsável, à época do exercício da atividade, pelo recolhimento de suas próprias contribuições previdenciárias.

[g.n.].

No *caput* do artigo 25, o Constituinte Reformador garante aos segurados do RGPS, para fins de concessão de aposentadoria, a contagem de tempo de contribuição fictício⁴ autorizada pela legislação vigente até a data de entrada em vigor da EC 103/2019, consignando que a partir de tal momento passará a valer o disposto no § 14 do artigo 201 da Constituição.

Por força do § 14 do artigo 201, acrescido pela EC 103/2019, **passa a ser “vedada a contagem de tempo de contribuição fictício para efeito de concessão dos benefícios previdenciários e de contagem recíproca” na seara do RGPS.**

Deveras, até o advento da recente Reforma Previdenciária, vigoravam dispositivos que autorizavam expressamente o cômputo de tempo de contribuição ficto no âmbito do Regime Geral de Previdência. O artigo 55 da Lei federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, por exemplo, estipulava:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

I - o tempo de serviço militar, inclusive o voluntário, e o previsto no § 1º do art. 143 da Constituição Federal, ainda que anterior à filiação ao Regime Geral de Previdência Social, desde que não tenha sido contado para inatividade remunerada nas Forças Armadas ou aposentadoria no serviço público;

II - o tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez; [...]

4 Nas palavras de Gustavo Filipe Barbosa Garcia, “o tempo de contribuição fictício se opõe àquele que é real ou verdadeiro, ou seja, ao tempo de atividade com a correspondente contribuição previdenciária” [Reforma Previdenciária, p. 204].

Na mesma linha, o artigo 60 do Decreto federal nº 3.048, de 6 de maio de 1999, contemplava extenso rol de atividades que poderiam ser computadas como tempo de contribuição ficto para fins de aposentadoria no RGPS.

A inserção do § 14 no artigo 201 da Constituição da República, porém, revogou tais dispositivos, e, especificamente quanto ao artigo 60 do Decreto nº 3.048/1999, o recém-editado Decreto federal nº 10.410, de 30 junho de 2020, já cuidou de extirpá-lo definitivamente do ordenamento⁵.

Nesse contexto, o *caput* do artigo 25 da EC 103/2019 almeja fazer valer o **princípio da segurança jurídica** em prol de todos aqueles que, **filiais ao RGPS em período anterior ao advento da recente reforma**, com lastro na legislação até então vigente laboravam sob o pressuposto de que as atividades que desempenhavam seriam consideradas como tempo de contribuição para fins de aposentadoria, independentemente do efetivo recolhimento de contribuições ou da própria prestação do serviço.

Com isso, o Constituinte Reformador seguiu a mesma trilha da Emenda Constitucional nº 20/1998 que, ao vedar o cômputo de tempo de contribuição fictício **na seara do RPPS**^{6,7}, não descurou dos ditames da segurança jurídica.

A valer, ciente de que a vedação ao cômputo de tempo de contribuição ficto para fins de aposentadoria no RPPS poderia impingir graves máculas àqueles que até então laboravam regidos por normas que estabeleciam outros requisitos para a aquisição desse benefício, o Constituinte de outrora tratou de assegurar-lhes aquilo a que o STF denominou “direito adquirido à qualificação jurídica do tempo”⁸.

5 Art. 6º. Ficam revogados os seguintes dispositivos do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 1999: [...] XVII - art. 58 ao art. 63; [...]

6 A EC 20/1998 inseriu o § 10 no artigo 40 da Constituição da República, com a seguinte redação: “A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.”

7 Hermes Arrais de Alencar também identifica essa semelhança: “O art. 25 da EC 103/2019 traça paralelo com o § 14 do art. 201, firmando redação bastante semelhante à prevista no art. 4º da EC 20/98, que trouxe regramento afeto ao § 10 do art. 40 da CF.” [Reforma da Previdência. Emenda Constitucional nº 103/2019 e o Regime Geral de Previdência Social, p. 325].

8 Nesse sentido: STF, 1ª Turma, RE 81.234/SP, rel. min. Eloy da Rocha, DJ de 15/4/1977; e STF, Pleno, RE 82.881/SP, rel. min. Xavier de Albuquerque, DJ de 19/1/1976, entre outros.

Com efeito, o artigo 4º da EC 20/1998⁹ garantiu àqueles que integravam o RPPS quando do advento da reforma que o tempo já laborado, até então qualificado pela legislação como tempo de serviço para fins de aquisição do direito à aposentadoria, seria considerado como tempo de contribuição nas futuras aposentadorias.¹⁰

Diante disso, é possível concluir que o artigo 25 se insere entre as normas que, no âmbito de uma reforma previdenciária, têm por intuito assegurar os valores inerentes aos **princípios da segurança jurídica e do direito adquirido** no campo da contagem de tempo para fins de obtenção de benefícios previdenciários.

Os §§ 1º e 2º da norma apenas reafirmam sua natureza de **regra de transição relativa ao cômputo de tempo**. Ambos os dispositivos tratam de situações específicas em que o ordenamento anterior à EC 103/2019 admitia contagem de tempo de contribuição fictício **no RGPS** – a hipótese atinente ao tempo de atividade rural e aquela relativa à conversão de tempo especial em comum¹¹ –, assegurando essa contagem ficta até a data do advento da reforma para fins de aposentadoria no RGPS.

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

10 Discorrendo sobre essa regra transitória, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona: “[...] como a Emenda está incluindo requisito novo para aposentadoria, referente ao tempo de contribuição, foi preciso considerar como tal o tempo de serviço já prestado anteriormente pelo servidor, sob pena de impor-se ao mesmo condições que, em determinadas situações de longo tempo de serviço já prestado, tornariam difícil ou mesmo inviável a aposentadoria; apenas se vedou seja considerado como tempo de contribuição o tempo de serviço ficto” [Direito Administrativo, p. 571].

11 Observe-se que, **para fins de contagem recíproca**, o artigo 96 da Lei nº 8.213/1991 já não autorizava a contagem desses períodos fictícios. Veja-se: “Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção [Da contagem recíproca de tempo de serviço] será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes: I - não será admitida a contagem em dobro ou em outras condições especiais; [...] V - é vedada a emissão de Certidão de Tempo de Contribuição (CTC) com o registro exclusivo de tempo de serviço, sem a comprovação de contribuição efetiva, exceto para o segurado empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso e, a partir de 1º de abril de 2003, para o contribuinte individual que presta serviço a empresa obrigada a arrecadar a contribuição a seu cargo, observado o disposto no § 5º do art. 4º da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003;” [...].

2.2. O § 3º do artigo 25 da EC 103/2019 e as severas críticas a seu respeito

O § 3º do artigo 25 da EC 103/2019, contudo, parece destoar das demais normas postas no dispositivo na medida em que, ao invés de prever **regra de transição** ou de disciplinar diretamente a **contagem de tempo fictício de contribuição ao RGPS, para fins de aquisição do direito à aposentadoria no âmbito do RPPS**, trilha caminho diverso.

Em primeira leitura, é possível extrair que, nesse parágrafo, o Constituinte Reformador teria optado simplesmente por estabelecer uma sanção a ser aplicada quando, no âmbito do RPPS, **tenha ocorrido ou venha a ocorrer** contagem recíproca de tempo de contribuição ao RGPS em desatendimento à norma posta no § 14 do artigo 201 da Constituição da República: **a nulidade dos atos concessivos de aposentadoria futuros e pretéritos**.

Por si só, a cominação de nulidade a atos concessivos de aposentadoria levada a efeito pela norma constitucional, sem qualquer alusão aos ditames da segurança jurídica e do devido processo legal, causa espécie.

Mais do que isso, a leitura do dispositivo ainda nos autoriza a crer que por meio dele o Constituinte Reformador estaria a consagrar, em oposição aos demais comandos emanados do artigo 25, norma ofensiva ao princípio da segurança jurídica, diametralmente oposta ao reconhecimento do direito adquirido à qualificação jurídica do tempo.

Note-se: a primeira impressão que se tem é de que, enquanto no *caput* e nos §§ 1º e 2º do dispositivo teria sido assegurada a contagem de tempo ficto até a entrada em vigor da EC 103/2019 **para fins de aposentadoria no âmbito do RGPS**, no § 3º idêntico direito teria sido negado àqueles que computaram ou que pretendem computar **idênticos períodos para fins de aposentadoria no âmbito do RPPS**, por meio de contagem recíproca de tempo de contribuição.

Sem razão aparente para esse **tratamento desigual**, o novo dispositivo passa a pender como verdadeira espada de Dâmocles sobre aqueles que alcançaram aposentadoria ou que pretendem fazê-lo no âmbito do RPPS, mediante o cômputo de tempo de contribuição fictício ao RGPS, nos termos assegurados por legislação pretérita, ou seja, uma norma inserida em artigo vocacionado a propiciar segurança jurídica passa a gerar insegurança jamais vista na longa história das reformas previdenciárias brasileiras.

Nesse cenário, Luciano Martinez¹² observa que:

O § 3º do ora analisado art. 25 desta Emenda Constitucional cria um duro efeito nulificante sobre eventual aposentadoria que tenha sido concedida (no passado) ou que venha a ser concedida (a partir da vigência da EC) por regime próprio de previdência social com contagem recíproca do Regime Geral da Previdência Social quando o tempo de serviço não tiver lastro em correspondente contribuição ou quando não tiver embasamento em indenização das contribuições relativas ao respectivo período.

A seu turno, Wagner Balera¹³, discorrendo sobre o dispositivo, alerta para a polêmica existente em torno do comando por ele trazido, *verbis*:

O § 3º, por fim, introduz comando polêmico que merece o seguinte esclarecimento: será considerada nula a aposentadoria concedida por regime próprio de previdência social com contagem recíproca do Regime Geral de Previdência Social mediante o cômputo de tempo de serviço sem o recolhimento da respectiva contribuição ou da correspondente indenização pelo segurado obrigatório responsável, à época do exercício da atividade, pelo recolhimento das próprias contribuições previdenciárias.

Tal disposição tem gerado grande insegurança jurídica, pois considera nula a aposentadoria já concedida ao servidor público que tenha se utilizado da contagem recíproca de tempo de serviço sem que tenha havido recolhimento de contribuição previdenciária ou indenização correspondente, ainda que, à época da concessão, não tenha havido nenhuma ilegalidade e que o beneficiário tenha cumprido todos os requisitos.

Mas é Paulo Modesto¹⁴, em texto intitulado “A norma mais chocante da nova reforma da Previdência”, quem melhor expressa, sem tergiversar, o sentimento de inconstitucionalidade que o dispositivo sob exame vem despertando na comunidade jurídica:

12 Reforma da Previdência. Entenda o que mudou, p. 207/208.

13 Reforma da Previdência. Comparativo e Comentários à Emenda Constitucional nº 103/2019, p. 133.

14 A norma mais chocante da nova reforma da Previdência. Revista Consultor Jurídico – Interesse Público. Publicado em 14 de novembro de 2019.

A norma do § 3º do art. 25 da Emenda Constitucional nº 103/2019 é grosseiramente inconstitucional, por violação ao princípio da segurança jurídica e infração a direitos fundamentais de matriz constitucional, fronteira intransponível à competência reformadora, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República.

O princípio da segurança jurídica decorre implicitamente de direitos e garantias fundamentais com registro constitucional expresse, a exemplo do direito à liberdade, à propriedade e à igualdade, consagrados no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, mas também decorre diretamente do princípio do Estado de Direito, magno princípio estampado no art. 1º da Constituição Brasileira. O direito fundamental à liberdade é manifestamente comprometido se o indivíduo é surpreendido com alteração dos efeitos futuros de suas escolhas depois de implementar a sua decisão em bases informadas. O tempo existencial é unidirecional e uma escolha realizada muitas vezes não pode ser revertida se as consequências são *ex post* alteradas ou resignificadas.

2.3. Uma exegese possível para o § 3º do artigo 25 da EC 103/2019

Em que pese a lamentável técnica legislativa utilizada no dispositivo sob análise, creio que seja possível extrair do § 3º do artigo 25 da EC 103/2019 uma norma compatível com as demais normas que figuram no mesmo artigo e, sobretudo, com os princípios constitucionais da segurança jurídica, do direito adquirido e do devido processo legal.

Para tanto, deve-se ter em mente a já referida vocação revelada pelo artigo 25, *caput* e §§ 1º e 2º, da EC 103/2019, para, em homenagem à segurança jurídica, assegurar o direito adquirido à contagem de tempo de contribuição fictício levada a efeito com base na legislação pretérita.

Ora, não se afigura razoável supor que o § 3º do mesmo artigo 25 estaria a consagrar, em oposição aos demais comandos por ele emanados, norma contrária ao princípio da segurança jurídica e, mais especificamente, ao reconhecimento do direito adquirido à qualificação jurídica do tempo. Nas palavras do professor Paulo Modesto¹⁵:

15 A norma mais chocante da nova reforma da Previdência. Revista Consultor Jurídico – Interesse Público. Publicado em 14 de novembro de 2019.

Na ordenação do tempo constitucional o legislador não pode ser bipolar: proteger a confiança e fraudar a confiança sobre os mesmos efeitos jurídicos, relativamente aos mesmos fatos e na mesma relação previdenciária, manobrando abusivamente o tempo, que para as pessoas comuns é irreversível e unidirecional.

Dito de outro modo: a interpretação sistemática do parágrafo em questão não permite concluir que, ao afirmar a nulidade das aposentadorias presentes e futuras, concedidas por RPPS com contagem recíproca de tempo do RGPS, “mediante o cômputo de tempo de serviço sem o recolhimento da respectiva contribuição ou da correspondente indenização pelo segurado obrigatório responsável”, o Constituinte Reformador estaria a negar aos servidores públicos aquilo que, no *caput* do artigo 25, garantiu aos trabalhadores em geral: o direito adquirido à qualificação jurídica do tempo de serviço.

Esse ponto deve ficar claro: o § 3º do artigo 25 da EC 103/2019 não veda o cômputo de tempo de contribuição fictício no RGPS para fins de obtenção de benefício previdenciário do RPPS.

E, quanto a isso, cabe um olhar mais atento à literalidade da norma, que proíbe expressamente o “cômputo de tempo de serviço **sem o recolhimento da respectiva contribuição ou da correspondente indenização pelo segurado obrigatório responsável**, à época do exercício da atividade, **pelo recolhimento de suas próprias contribuições previdenciárias**”. É dizer, o dispositivo não veda o cômputo de tempo ficto de contribuição que encontrou amparo na legislação pretérita, mas o cômputo de tempo de serviço que, à luz da legislação pretérita, deveria ter ensejado o recolhimento de contribuição previdenciária que de fato não se verificou.

Nessa esteira, são as lições de Bruno Bianco Leal, Felipe Mêmolo Portela, Maurício Maia e Miguel Cabrera Kauam¹⁶:

[...] ao se referir ao segurado obrigatório responsável, à época do exercício da atividade, pelo recolhimento de suas próprias contribuições previdenciárias, a Emenda Constitucional nº 103/2019 tratou de **hipótese diversa daquela onde o tempo de serviço foi posteriormente equiparado**

16 Reforma da Previdência, p. 164.

por lei a tempo de contribuição, de modo a abranger necessariamente todas as atividades em que a condição de segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social estava prevista na lei e para a qual se exigia contribuições previdenciárias, mas que se autorizou **indevidamente** sem lastro contributivo para fins de contagem recíproca e aposentadoria no regime próprio.

Por esse viés, tem-se que a norma em exame praticamente não inovou o ordenamento jurídico, eis que a concessão de aposentadoria pelo RPPS com cômputo de tempo ficto de contribuição no RGPS **sem fundamento legal** sempre caracterizou ato eivado de nulidade.

Nessa trilha, as criteriosas ponderações de Victor de Oliveira Meyer Nascimento¹⁷:

Aspecto importante que não foi comentado nas citadas críticas ao art. 25, § 3º, da EC 103/2019 consiste na **autolimitação** do referido dispositivo por força da sua parte final, de seguinte redação: “pelo segurado obrigatório responsável, à época do exercício da atividade, pelo recolhimento de suas próprias contribuições previdenciárias”.

Isso significa que o art. 25, § 3º, da EC 103/2019 **não** afirma a nulidade de todas as aposentadorias concedidas pelo RPPS com contagem recíproca sem recolhimento das contribuições, mas apenas daquelas em que o segurado obrigatório era o responsável por esse recolhimento na **época do exercício** da atividade.

Essa restrição por si só esvazia as principais críticas ao art. 25, § 3º, da EC 103/2019, que, se analisado atentamente, em vez de assombrosa novidade, mais se aproxima de tautologia, ao limitar-se a considerar nulas as aposentadorias concedidas **àquele** segurado que descumpriu o dever legal, existente na **época** da atividade, de efetuar o recolhimento das contribuições.

Com efeito, **nos casos em que não era exigida contribuição do segurado quando do exercício da atividade, esse não era, por óbvio, o responsável pelo recolhimento, não se aplicando art. 25, § 3º, da EC 103/2019.** Por

17 A polêmica sobre o art. 25, § 3º, da Emenda Constitucional nº 103/2019: há mesmo novidade? Revista Conteúdo Jurídico. Publicado em 18 de fevereiro de 2020.

outro lado, nos casos em que a legislação exigia contribuição do segurado na época do exercício da atividade e o próprio segurado era o responsável pelo recolhimento, o cômputo do tempo sem contribuição caracteriza-se logicamente como ilegal, sendo a nulidade da aposentadoria mera consequência.

Assim, forçoso admitir que o tão discutido § 3º do artigo 25 da EC 103/2019 deve ser compreendido não como uma inovação ofensiva à segurança jurídica, mas como mera reafirmação, agora em sede constitucional, do que há muito decorre do *caput* do artigo 96 da Lei nº 8.213/1991, segundo o qual, para fins de contagem recíproca, “o tempo de contribuição ou de serviço [...] será contado de acordo com a legislação pertinente”. Ora, **vedada a contagem recíproca de tempo no âmbito do RGPS sem lastro legal, as aposentadorias concedidas pelos RPPS sem observância a tal regra são naturalmente nulas**¹⁸.

Por óbvio, o fato de ser o Constituinte a afirmar a nulidade do ato de aposentadoria concedido de forma irregular não autoriza que a invalidação do ato se dê à margem dos ditames do devido processo legal ou fora do prazo decadencial estabelecido para tanto; não permite, como evidente, o desrespeito a cláusulas pétreas introduzidas pelo Constituinte originário.

Ainda que o resultado da exegese ora proposta seja uma norma pouco ou nada inovadora, mais afeta a cumprir certa função pedagógica típica das normas interpretativas, ao menos assim prestigia-se o texto legal e o sistema em que inserido, afastando a ideia de que o dispositivo seria inconstitucional por ofensa à segurança jurídica e ao direito adquirido.

18 Interessante perceber que, antes mesmo da recente Reforma Previdenciária, a Lei federal nº 13.846, de 18 de junho de 2019, já havia incorporado ao artigo 96 da Lei nº 8.213/1991, dispositivo com comando bastante semelhante ao do § 3º do artigo 25 da EC 103/2019. Confira-se: “V - é vedada a emissão de Certidão de Tempo de Contribuição (CTC) com o registro exclusivo de tempo de serviço, sem a comprovação de contribuição efetiva, exceto para o segurado empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso e, a partir de 1º de abril de 2003, para o contribuinte individual que presta serviço a empresa obrigada a arrecadar a contribuição a seu cargo, observado o disposto no § 5º do art. 4º da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003;” [...].

3. A CONTAGEM DE TEMPO DE ADVOCACIA PARA FINS DE APOSENTADORIA NO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

No âmbito do Estado de São Paulo, antes do advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, vigorava norma segundo a qual os procuradores do estado de São Paulo ostentavam o direito de computar o tempo de efetivo exercício de advocacia como tempo de serviço público para todos os efeitos, **inclusive para fins de aposentadoria**. Eis o que dispunha o artigo 93 da Lei Complementar estadual nº 478, de 18 de julho de 1986:

Artigo 93 – Computar-se-á, como tempo de serviço, para todos os efeitos, o de efetivo exercício de advocacia devidamente comprovado, até o máximo de 5 (cinco) anos, desde que não desempenhado cumulativamente com qualquer função pública, sem prejuízo da aplicação da legislação estadual atinente à contagem recíproca de tempo de serviço. Parágrafo único – O cômputo do tempo a que se refere este artigo e o artigo 3º da Lei Complementar nº 308, de 7 de fevereiro de 1983, desempenhado em períodos não contínuos, será considerado como de exercício ininterrupto para todos os efeitos legais.

Embora a EC 20/1998, ao consagrar o sistema contributivo e vedar a contagem de tempo de contribuição fictício, tenha impedido que tal norma continuasse a autorizar o cômputo do tempo de efetivo exercício de advocacia como tempo de serviço para fins de aposentadoria, manteve incólume, segundo compreensão sedimentada no Estado de São Paulo, o direito à qualificação jurídica desse período como tal, ostentado por aqueles que ingressaram na carreira de procurador do estado antes de seu advento. Consoante adrede referido, aquela Reforma Previdenciária autorizou, em seu artigo 4º, que esses períodos fossem qualificados como tempo de contribuição.

Tem-se, portanto, uma norma de *status* constitucional a assegurar a contagem de tempo de advocacia como tempo de contribuição a todos aqueles que ingressaram no cargo de procurador do estado de São Paulo antes da EC 20/1998.

Importante perceber que esse tempo, antes considerado tempo de serviço público estadual para fins de obtenção de aposentadoria no RPPS paulista, configura hoje tempo de contribuição igualmente destinado ao

alcance de aposentadoria **no âmbito do RPPS paulista**. Não se trata, destarte, de tempo cujo cômputo pelo RPPS se dá mediante contagem recíproca: prova disto é que a efetivação do direito à contagem do tempo de advocacia dispensa a apresentação de certidão de tempo de contribuição emitida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, requisito indispensável para deflagrar o mecanismo de contagem recíproca de tempo transcorrido no RGPS.

4. CONCLUSÃO

Ao examinarmos o artigo 25, § 3º, da EC 103/2019, vimos que esse dispositivo se presta a afirmar a nulidade dos atos concessivos de aposentadoria no RPPS concretizados com **contagem recíproca do RGPS** sem o recolhimento da respectiva contribuição ou da correspondente indenização pelo segurado obrigatório responsável, à época do exercício da atividade, pelo recolhimento de suas próprias contribuições previdenciárias.

Trata-se, assim, de norma que incidirá apenas sobre hipóteses de aposentadoria concedida no RPPS com base em contagem recíproca de tempo ao RGPS.

Sucedee que, conforme referido, a contagem de tempo de advocacia para fins de aposentadoria no cargo de procurador do estado tem por fundamento o artigo 4º da EC 20/1998, que garantiu àqueles que ingressaram em tal cargo antes do advento dessa reforma o direito à qualificação jurídica desse tempo como tempo de contribuição para fins de aposentadoria no âmbito do RPPS paulista.

Daí que esse cômputo de tempo de advocacia pelos procuradores do estado que ingressaram no cargo até 16 de dezembro de 1998 não caracteriza hipótese de contagem recíproca de tempo, mas de mero cômputo de tempo de serviço ficto constitucionalmente autorizado.

Inevitável concluir, destarte, que as aposentadorias pretéritas e futuras concedidas a procuradores do estado de São Paulo mediante contagem de tempo de advocacia com lastro no artigo 93 da Lei Complementar estadual nº 478/1993 não guardam nenhuma relação com a regra do § 3º do artigo 25 da EC 103/2019 no que se refere a esse cômputo e, pois, não estão sujeitas a invalidação fundada nesse comando normativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR. Hermes Arrais. **Reforma da Previdência. Emenda Constitucional n. 103/2019 e o Regime Geral de Previdência Social**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BALERA, Wagner. **Reforma da Previdência. Comparativo e Comentários à Emenda Constitucional n. 103/2019**. São Paulo: RT, 2020.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma Previdenciária**. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma da Previdência. Entenda o que mudou**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo; MAIA, Maurício; e KAUAM, Miguel Cabrera. **Reforma da Previdência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MODESTO, Paulo. **A norma mais chocante da nova reforma da Previdência**. Revista Consultor Jurídico – Interesse Público. Publicado em 14 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-14/interesse-publico-norma-chocante-reforma-previdencia>>. Acesso em: 29 ago 2020.

NASCIMENTO, Victor de Oliveira Meyer. **A polêmica sobre o art. 25, § 3º, da Emenda Constitucional 103/2019: há mesmo novidade?** Revista Conteúdo Jurídico. Publicado em 18 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54245/a-polmica-sobre-o-art-25-3-da-emenda-constitucional-103-2019-h-mesmo-novidade>>. Acesso em: 29 ago 2020.

PARTE II

O CUSTEIO DO RPPS NA REFORMA PREVIDENCIÁRIA

A REFORMA PREVIDENCIÁRIA E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

*The social security reform and the principle
of prohibiting confiscation*

Rômulo Silva Duarte¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. A vedação constitucional à utilização de tributo com efeito de confisco; 2.1. A vedação à tributação sem regra matriz constitucional; 2.2. A insuportabilidade da carga tributária; 3. As contribuições previdenciárias para o RPPS; 3.1. Um breve reporte ao caminho do perfil e destinação constitucional; 3.2. A EC 103/2019; 4. As implicações da vedação à tributação confiscatória sobre a Reforma Previdenciária; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO O trabalho examina os pontos de confluência entre a EC 103/2019 – veículo jurídico-normativo da Reforma Previdenciária – e a vedação constitucional à utilização de tributo com efeito de confisco. Propõe-se a identificar os principais conteúdos metodológicos para o enfrentamento dos problemas inevitáveis, a partir das fontes jurídicas existentes e das principais ferramentas de interpretação e aplicação do Direito.

Palavras-chave: Reforma. Previdência. Contribuições Previdenciárias. Princípio. Confisco.

ABSTRACT The paper examines the points of confluence between EC 103/2019 – legal-normative vehicle for Social Security Reform – and the constitutional prohibition against the use of taxes with effect of confiscation. It's proposed to identify the main methodological contents for facing the inevitable problems, from the existing legal resources and the main tools of interpretation and application of the Law.

Keywords: Social security reform. Social security contributions. Principle. Confiscation.

1 Procurador do estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

A EC 103/2019, que alterou o sistema de previdência social brasileiro, preparou dificuldades e desafios para um novo encontro entre as contribuições sociais do RPPS e o princípio constitucional que veda a utilização de tributos com efeito de confisco.

Desde a vedação à tributação sem regra matriz constitucional até a interdição de instituição de carga tributária insuportável a comprometer os rendimentos do contribuinte, o princípio do não confisco, cláusula pétrea que é (art. 60, § 4º, inc. IV, da CF), coloca-se em tensão com o propósito de equilíbrio financeiro e atuarial buscado pelo constituinte reformador.

O escoreito desate dessa tensão, como se trabalhará neste artigo, passa pela análise das fontes jurídicas existentes e das principais ferramentas de interpretação e aplicação do Direito, em atenção ao rigor metodológico.

2. A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À UTILIZAÇÃO DE TRIBUTO COM EFEITO DE CONFISCO

2.1. A vedação à tributação sem regra matriz constitucional

A Constituição é o marco jurídico-normativo que dá suporte à atividade tributária do Estado², definindo e delimitando as realidades econômicas aptas a, juridicamente, ser atribuídas³ ao patrimônio público.

Trocando em miúdos, é a Constituição que define e delimita quais as expressões de riqueza que estarão expostas à arrecadação tributária⁴, de cuja natureza jurídica participam as contribuições previdenciárias para custeio do RPPS⁵.

2 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1391; STF, ADI 2.551 MC-QO, rel. min. Celso de Mello, j. 2/4/2003, P, *DJ* de 20/4/2006.

3 Sobre a atributividade: ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 32.

4 STF, ADI 447, rel. min. Octavio Gallotti, voto do min. Carlos Velloso, j. 5/6/1991, P, *DJ* de 5/3/1993.

5 STF, ADI 3.105 e ADI 3.128, rel. p/ o ac. min. Cezar Peluso, j. 18-8-2004, P, *DJ* de 18/2/2005.

Metodologicamente, portanto, põe-se o direito de propriedade como expressão individual (art. 5º, inc. XX, da CF) e, após, se escrutina cada uma das possibilidades, autorizadas pela Constituição, para que parcela desse direito concorra para os esforços coletivos encarnados pelo Estado, encampados que são pelos valores de solidariedade social (art. 3º da CF) e de capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF)⁶.

Tais premissas apontam para a primeira manifestação da vedação constitucional à utilização de tributo com efeito de confisco: a vedação à tributação sem regra matriz constitucional⁷.

Nesses termos, a imposição tributária que não se apoiar em explícito permissivo constitucional avançará sobre o direito de propriedade sem causa ou justificação jurídica e, pela específica manifestação desse direito no campo da tributação⁸, revestido na vedação à utilização de tributo com efeito de confisco, será considerada inválida constitucionalmente.

2.2. A insuportabilidade da carga tributária

Tornou-se cláusula de estilo nas fontes doutrinárias, bem como em manifestações de Cortes judiciais, a noção de que o poder de tributar envolve o poder de destruir⁹.

Dessa noção se extrai a segunda manifestação da vedação constitucional à utilização de tributo com efeito de confisco: a vedação à tributação que, embora amparada em regra matriz constitucional, avance sobre o direito de propriedade sob tal medida que acabe por destruí-lo.

Metodologicamente, a incidência desse limite constitucional à arrecadação tributária não é de simples identificação ou definição.

6 Com efeito, deixando ao domínio privado, como regra, a produção e circulação de riqueza (art. 170 da CF), as atividades estatais terão como financiamento natural a arrecadação de tributos. Sobre o tema: NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*, p. 204-216.

7 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*, p. 146-149.

8 Constata-se ser senso comum na doutrina dos direitos fundamentais a correção do método de se especificar cada expressão desses direitos segundo o conteúdo temático de seu âmbito de proteção (ANDRADE, Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 292-293).

9 ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio da. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*, p. 320.

Ao revés de específico registro histórico nacional¹⁰ e de experiências do direito comparado¹¹, o atual regime jurídico-constitucional não definiu um critério exato para a verificação do que seria uma carga tributária insuportável¹², mas positivou um conceito jurídico indeterminado¹³ (art. 150, inc. IV, da CF), para cuja definição da exatidão e alcance se esforçam doutrina e jurisprudência.

Versando exatamente sobre contribuições previdenciárias para o RPPS, as considerações do min. Celso de Mello, constantes do Acórdão da MC na ADI 2.010, são importantes:

A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade – trate-se de tributos não vinculados ou cuide-se de tributos vinculados –, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, a prática de atividade profissional lícita e a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo).

Dentro dessa perspectiva, entendo que se evidencia o caráter confiscatório, vedado pelo texto constitucional, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte¹⁴.

No Acórdão do RE 448.432 AgR, as observações do min. Joaquim Barbosa:

A caracterização do efeito confiscatório pressupõe a análise de dados concretos e de peculiaridades de cada operação ou situação, toman-

10 A Constituição de 1934 previu dois interessantes e exatos limites à atividade tributária: “art. 185 - Nenhum imposto poderá ser elevado além de vinte por cento do seu valor ao tempo do aumento”; e “art. 184, parágrafo único - As multas de mora por falta de pagamento de impostos ou taxas lançados não poderão exceder de dez por cento sobre a importância em débito”.

11 Como relata Ricardo Lobo Torres, a jurisprudência argentina chegou a impor o exato limite de 33% para a incidência tributária não confiscatória. *In*: TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, p. 56.

12 DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*, p. 266.

13 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, p. 145.

14 STF, MC na ADI 2.010, rel. min. Celso de Mello, j. 30-9-1999.

do-se em conta custos, carga tributária global, margens de lucro e condições pontuais do mercado e de conjuntura social e econômica¹⁵.

Portanto, nessa perspectiva, a definição do que é tributo com efeito de confisco dependerá de genuíno exame casuístico, amparado por dados extraídos da realidade em que incide¹⁶.

3. AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PARA O RPPS

3.1. Um breve reporte ao caminho do perfil e destinação constitucional

O primeiro registro encontrado de uma legislação que instituiu contribuições pecuniárias compulsórias a servidores públicos foi o Decreto-lei nº 288/1938 (editado pela União), que criou o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado (Ipase) e previu que seus contribuintes obrigatórios (art. 3º) sofreriam desconto em folha de uma percentagem sobre sua remuneração, em alíquotas que variavam de 4% a 7% (art. 22).

Após a Constituição de 1946 e até a redação original da Constituição de 1988, em regra os entes federativos se alçaram a únicos mantenedores dos RPPS, realidade em que, portanto, inexisteram, como regra, contribuições obrigatórias¹⁷.

Somente com a EC 3/1993 foram as contribuições previdenciárias renovadas como fonte de receita, ao menos para o RPPS da União (art. 40, § 6º, da CF).

A EC 20/1998, por sua vez, prescreveu ao RPPS o caráter contributivo (art. 40 da CF), vedando o estabelecimento de tempos de contribuição fictícios (art. 40, § 10, da CF).

Mas foi a EC 41/2003 que introduziu as modificações mais significativas em termos de contribuições previdenciárias para o RPPS. Previu expressamente o caráter da solidariedade (art. 40 da CF) e introduziu a

15 STF, RE 448.432 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 20/4/2010, 2ª T, DJE de 28/5/2010.

16 Sobre a resolução de problemas jurídicos a partir dos dados materiais do próprio problema: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 201.

17 Em geral, os sistemas públicos de previdência limitavam-se a instituir contribuições para sustentar os pagamentos das pensões por morte.

obrigatoriedade da instituição de contribuição previdenciária para o custeio do RPPS (art. 149, § 1º, da CF). Ao mesmo passo, suplantou a chamada integralidade, regra pela qual o cálculo dos benefícios previdenciários tomava por base a totalidade da remuneração no cargo efetivo em que o servidor alcançou a inatividade ou legou pensão, passando, então, a vincular o cálculo dos benefícios às remunerações utilizadas como base para as contribuições (art. 40, § 3º, da CF).

Nesse ponto, superou a vigente concepção da aposentadoria como mera etapa do vínculo funcional, em que o inativo continuava percebendo valores como se em atividade ainda estivesse¹⁸.

Ainda, e na esteira da mencionada solidariedade, superando o entendimento jurisprudencial firmado pelo STF sob o parâmetro da EC 20/1998, previu autorização para instituição de contribuições previdenciárias a incidir sobre proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo sistema (art. 40, § 18, da CF).

Como notou a doutrina¹⁹ e definiu a jurisprudência do STF²⁰, o caráter da solidariedade sustentara a imposição de contribuição previdenciária aos inativos e pensionistas do RPPS.

Assim, as características que delinearam o perfil e formaram a destinação constitucional das contribuições previdenciárias vertidas ao RPPS, ora se aproximaram da contributividade dos ativos, ora se voltaram à solidariedade dos inativos.

Com efeito, se o constituinte reformador tomou a extensão das contribuições previdenciárias para definir a extensão dos potenciais benefícios para os ativos, nada mais natural do que concluir pela existência de explícita correlação entre contribuição e benefício, donde se extraiu sua nota de referibilidade ou sinalagmaticidade²¹.

18 BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. *Direito Previdenciário Público: Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo*, p. 129.

19 BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. *Ob. cit.* p. 33.

20 STF, ADI 3.105 e ADI 3.128, rel. p/ o ac. min. Cezar Peluso, j. 18/8/2004, P, DJ de 18/2/2005.

21 STF, RE 593.068, rel. min. Roberto Barroso, j. 11/10/2018, P, DJ de 22/3/2019.

Com propósito diverso, tomando como ponto de partida a não inovação em matéria de benefícios para os inativos, as contribuições previdenciárias deles exigidas se deram em reforço ao equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS, sem compromisso, portanto, com qualquer referibilidade ou sinalagmaticidade²².

Em suma: ainda que até então não houvéssemos alcançado segurança sobre essas noções nas fontes doutrinárias e na experiência jurisprudencial, autorizada é a conclusão de que, seja pelo perfil jurídico-positivo, seja pela evolução histórica do texto constitucional, o caráter contributivo do RPPS impôs contribuições previdenciárias para os ativos, desde que observadas bases mínimas de referibilidade e sinalagmaticidade, enquanto seu caráter solidário impôs contribuições previdenciárias aos inativos e pensionistas, sem que essas características fossem asseguradas.

3.2. A EC 103/2019

Investigando as alterações promovidas pela EC 103/2019 no RPPS, nota-se a pretensão de profunda alteração na estrutura do seu custeio e, por decorrência, no regime jurídico das contribuições previdenciárias.

O RPPS permanece de caráter contributivo e solidário (art. 40 da CF), porém, verifica-se, *a priori*, a superação da anterior correlação entre contribuição e benefício, antes explicitamente positivada para os ativos.

Com efeito, suprimiu-se do art. 149, § 1º, da CF, a expressão “em benefício destes”, que qualificava o destino do produto da arrecadação das contribuições previdenciárias, ao mesmo tempo em que se previu nova característica para a tributação – a progressividade; e também nova causa suficiente – a existência de déficit atuarial (art. 149, §§ 1º-A a 1º-C, da CF).

Inovando em matéria de competência legislativa, reservou à lei complementar federal a estipulação de parâmetros para apuração da base de cálculo e definição das alíquotas das contribuições previdenciárias (art. 40, § 22º, inc. X, da CF).

22 Como decidiu o STF quando entendeu inexigível, sem lei que o estabeleça, o direito à “desaposentação”: STF, RE 827.833, rel. min. Roberto Barroso, red. p/ acórdão, min. Dias Toffoli, j. 26/10/2016, P, DJ de 2/10/2017.

A outrora previsão constitucional de vinculação do cálculo dos benefícios às remunerações utilizadas como base para as contribuições foi suprimida, de maneira que os critérios atuais estarão sob o domínio da legislação infraconstitucional (art. 40, § 3º, da CF).

Colocado esse cenário, permite-se a leitura, neste momento, de que a alteração formal da Constituição superou a anterior correlação entre contribuição e benefício, não mais podendo se extrair do ordenamento constitucional a nota de referibilidade ou sinalagmaticidade, ao menos como antes formulada e desenvolvida pela experiência jurídica a favor dos servidores em atividade.

E, ampliando o grau de participação dos inativos (art. 149, §§ 1º-A a 1º-B, da CF), aprofunda a leitura do critério de solidariedade como fonte da respectiva tributação.

Nesses termos, o RPPS aproxima-se mais das características do modelo bismarckiano, deslocando o foco do custeio de uma relação tipicamente sinalagmática para uma relação tipicamente securitária, realçando a necessidade de se garantir a higidez financeira e atuarial do sistema²³.

4. AS IMPLICAÇÕES DA VEDAÇÃO À TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA SOBRE A REFORMA PREVIDENCIÁRIA

Colocada brevemente a atual moldura jurídico-constitucional das contribuições previdenciárias para o RPPS, que surge com a EC 103/2019, e cujo acerto de sua interpretação passa inevitavelmente pela leitura de seu desenvolvimento histórico, é importante assinalar que um dos pontos mais sensíveis de análise, que, para além do óbvio interesse jurídico, reúne contornos sociais e econômicos, é seu encontro com o princípio constitucional da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco.

Ao superar a característica de referibilidade ou sinalagmaticidade que marcara a contribuição previdenciária vertida pelos ativos, bem como ao aprofundar o contributo solidário exigido dos inativos, a EC 103/2019 realça a superação de uma relação “contribuição-benefício” para uma relação “contribuição-custeio”, positivando novas causas ou

23 PACHECO FILHO, Calino Ferreira. *Seguridade Social e Previdência: situação atual*, p. 71-84.

justificações jurídicas para a respectiva tributação, como, por exemplo, a existência de déficit atuarial (art. 149, §§ 1º-A a 1º-C, da CF).

Disso resulta a existência de regra matriz constitucional, a superar a primeira manifestação do princípio da vedação à tributação confiscatória.

Os grandes problemas metodológicos, linguísticos e factuais surgirão no escrutínio quanto à insuportabilidade da carga tributária.

Essa verificação, cuja sede será mesmo o controle abstrato de constitucionalidade, necessitará do maior aprofundamento concreto possível²⁴, em particular atenção à assimetria social e econômica existente entre as regiões de nossa federação, bem como aos indicadores de renda de cada uma das categorias profissionais tributadas, e sem que deixe escapar – é bom dizer – o rigor do método e da linguagem, sob pena de captura política e ideológica em temática deveras sensível aos atingidos.

5. CONCLUSÃO

O trabalho propôs-se a identificar os principais parâmetros metodológicos para o enfrentamento dos problemas derivados do encontro entre as inovações em matéria de contribuições previdenciárias para o RPPS, forjadas na EC 103/2019, com o princípio constitucional da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco.

Quanto à primeira de suas manifestações, a vedação à tributação sem regra matriz constitucional, a EC 103/2019, com pretensão de profunda alteração na estrutura do custeio do sistema, previu novas causas ou justificações suficientes, aptas a servir de parâmetro à instituição de novo critério de tributação – progressividade, bem como nova destinação – a correção de déficit atuarial, ainda que em prejuízo à ideia de referibilidade ou sinalagmaticidade, até então vigente.

Quanto à segunda de suas manifestações – a vedação à insuportabilidade da carga tributária – não há outro caminho senão concluir, no

24 O que é instrumentalizado por meio dos mecanismos previstos no art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

âmbito deste estudo, pela necessidade do maior aprofundamento concreto possível, em particular atenção à assimetria social e econômica existente entre as regiões de nossa federação, bem como aos indicadores de renda de cada uma das categorias profissionais tributadas, e sem que deixe escapar – é bom dizer – o rigor do método e da linguagem, sob pena de captura política e ideológica em temática deveras sensível aos atingidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2016.

BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. **Direito Previdenciário Público: Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2013.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Proibição de tributos com efeito de confisco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 1998.

PACHECO FILHO, Calino Ferreira. **Seguridade Social e Previdência: situação atual**. In: Indic. Econ. FEE, Porto Alegre, v. 39, n. 3, 2012.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio da. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

A EC 103/2019 E AS NOVAS MODALIDADES DE CUSTEIO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

The Constitutional Amendment nº 103/2019 and the new funding methods of Civil Servants' Social Security

Caio Gentil Ribeiro¹

Leonardo Silveira Antoun Netto²

Rômulo Silva Duarte³

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Progressividade das Contribuições Previdenciárias; 2.1. A progressividade tributária; 2.2. Os estados e municípios; 3. Aumento da base de cálculo da contribuição dos inativos e pensionistas; 3.1. A contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas; 3.2. A questão da constitucionalidade do art. 149, § 1º A, da CF; 3.3. A amplitude do aumento da base de cálculo do art. 149, § 1º A, da CF; 3.4. Anterioridade tributária; 4. Contribuições extraordinárias; 4.1. O artigo 149, § 1º-B, da CF; 4.2. A questão da constitucionalidade da contribuição extraordinária; 4.3. Anterioridade tributária; 4.4. Os estados e municípios; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO Este artigo analisa as novas modalidades de custeio dos regimes próprios de Previdência Social estabelecidas pela Emenda Constitucional nº 103/19: a progressividade das alíquotas de contribuição previdenciária, o aumento da base de cálculo da contribuição previdenciária e a contribuição extraordinária. À luz dos direitos fundamentais e do pacto federativo, são propostas diretrizes para a interpretação dos institutos.

Palavras-chave: Reforma. Previdência Social. Custeio. Déficit.

1 Procurador do estado de São Paulo. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo.

2 Procurador do estado de São Paulo. Mestrando na linha de Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

3 Procurador do estado de São Paulo.

ABSTRACT This paper analyzes the new funding methods of Civil Servant's Social Security, established by constitutional amendment no 103/19: progressive rates for contributions to social security, extension of the calculation basis to the contributions to social security and the extraordinary contribution. In the light of fundamental rights and the federative pact, guidelines are proposed for the interpretation of the institutes.

Keywords: Reform. Social Security. Costing. Deficit.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo central das diversas reformas previdenciárias por que passou a Constituição Federal de 1988 sempre foi conferir sustentabilidade à Previdência Social brasileira. Com a Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, não haveria de ser diferente.

Consoante anunciado na exposição de motivos da Proposta de Emenda Constitucional nº 6/19, que resultou na EC 103/19, a “perspectiva de insustentabilidade no futuro dos regimes próprios de Previdência Social” estaria a demandar severas providências. Eis o cenário descrito pelo governo federal, no referido texto:

As dificuldades em relação à sustentabilidade financeira e atuarial nos RPPS é preocupante. O déficit atuarial do RPPS da União em 2017 era de R\$ 1,2 trilhão. Os estados, Distrito Federal e parte dos municípios também possuem déficit atuarial em montante expressivo, que no seu conjunto ultrapassa o déficit da União. Ainda que haja elevada heterogeneidade em relação à situação financeira dos mais de 2.130 RPPS existentes, com diversos municípios tendo seu regime totalmente capitalizado e equilibrado, destaca-se o total do déficit dos RPPS dos estados e da União, que respondem por mais de 70% do déficit atuarial total. A maior parte dos regimes previdenciários desses entes federativos não formaram reservas suficientes para arcar com as despesas atuais nem futuras com o pagamento dos benefícios de seus servidores e a sua iliquidez pode contribuir para a insolvência do seu instituidor.

Entre as inovações vocacionadas a propiciar o equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS, a EC 103/2019 trouxe três novas formas de custeio dos regimes próprios de previdência social: a possibilidade de *alíquotas progressivas*, o *aumento da base de cálculo da contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas* e a instituição de *contribuições extraordinárias*. A seguir, trataremos de cada uma delas.

2. PROGRESSIVIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

2.1. A progressividade tributária

É senso majoritário no âmbito doutrinário⁴ e jurisprudencial⁵ que a progressividade tributária tem por suporte teórico o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da CF), cuja expressão normativa impõe atento equilíbrio entre o dever fundamental de concorrer para os esforços coletivos encarnados pelo Estado⁶ e a necessária e adequada proteção do direito a uma existência digna, à prática de atividade profissional lícita e à regular satisfação das necessidades humanas vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo)⁷.

Aponta a doutrina para a possibilidade de duas técnicas conhecidas de progressividade de alíquotas: a gradual e a simples. A progressividade gradual se dá pela incidência das alíquotas de forma sucessiva, por etapas, graus ou degraus, estabelecendo-se faixas ou fatias de cálculo. Já a progressividade simples se dá por cálculo único, tomando a base de cálculo em sua inteireza e aplicando alíquota única. Entre nós, o suporte teórico da capacidade contributiva somente admitirá a progressividade gradual⁸.

A possibilidade, ora prevista pela EC 103/19, para que as contribuições previdenciárias para o RPPS possam ter alíquotas progressivas de acordo com o valor da base de contribuição ou dos proventos de aposentadoria e de pensões (art. 149, § 1º, da CF), insere-se nesse contexto.

A previsão expressa, sob hierarquia constitucional, da imposição de alíquotas progressivas supera as razões determinantes que infirmaram sua validade no julgamento da MC na ADI 2.010⁹, bem como o

4 DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**, p. 1165.

5 Cf., por exemplo, STF, RE 406.955 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 4/10/2011, 2ª T, DJE de 21/10/2011.

6 NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**, p. 435 e ss.

7 STF, MC na ADI 2.010, rel. min. Celso de Mello, j. 30/9/1999.

8 VOLKWEISS, Roque Joaquim. **Direito Tributário Nacional**, p. 33-35.

9 Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese de que alíquotas progressivas de contribuição previdenciária não poderiam

perfil anterior de correlação entre contribuição e benefício. Assim, a nota de referibilidade ou sinalagmaticidade, como antes formulada e desenvolvida pela experiência jurídica, passa por ressignificação.

Sob o prisma da insuportabilidade da carga tributária, as atenções serão voltadas, caso a caso, para o dimensionamento legislativo levado a efeito pelos entes federativos, a partir, também, dos dados extraídos de cada realidade. Contudo, a fim de assegurar certa uniformidade, o constituinte derivado afirmou a necessidade de lei complementar federal prevista pelo inciso X, § 22, do artigo 40, da CRFB.

2.2. Os estados e municípios

A facultatividade de adoção de alíquotas progressivas para as contribuições previdenciárias não prepara maiores dificuldades, dado o texto do art. 149, § 1º, da CF.

Para o ente federativo que optar pela adoção, restará a observância aos parâmetros a serem definidos pela lei complementar federal prevista no inciso X, § 22, do artigo 40, da CRFB, sob pena de inconstitucionalidade do ato normativo discrepante¹⁰.

Cabe observar, ainda, que o artigo 9º, § 4º, da EC 103/19 previu disposição constitucional transitória, destinada a ter eficácia enquanto não entrar em vigor a mencionada lei complementar federal. Nesse dispositivo restou disciplinado que os estados, o Distrito Federal e os municípios não poderão estabelecer alíquota inferior à prevista pela União¹¹.

Aqui, um problema se coloca: os estados, Distrito Federal e municípios estão ligados somente a não estabelecer alíquota inferior à alíquota base prevista para a União no *caput* do art. 11 da EC 103/19 (14%), ou deverão observar também o dimensionamento da progressividade estabelecida no respectivo § 1º?

ser fixadas por meio de lei ordinária. Por essa razão, o plenário da Suprema Corte deferiu medida cautelar suspendendo a Lei federal nº 9.783/99 quanto a esta parte (STF, ADI-MC Nº 2.010, rel.min. Celso de Mello, j.30/9/1999, DJ 12-04-2002).

10 STF ADI 2.903, rel. min. Celso de Mello, j. 1ª-12-2005, P, DJE de 19/9/2008.

11 Note-se que a vedação, antes positivada como regra permanente no texto da Constituição (art. 149, § 1º), foi relegada a disposição transitória (EC 103/19, artigo 9º, § 4º).

A priori, parece mais apropriado entender pela observância apenas à alíquota base (14%), permitindo aos entes federativos dimensionar a progressividade, caso adotada, segundo critérios próprios, adequados a cada realidade, posto que tal conclusão guarda maior prestígio à capacidade de autodeterminação dos entes subnacionais (art. 18 da CF) e à competência legislativa plena prescrita pelo art. 24, § 3º, da CF.

3. AUMENTO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO DOS INATIVOS E PENSIONISTAS

3.1. A contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas

No âmbito dos regimes próprios de Previdência Social, os entes federados instituem contribuições previdenciárias para o seu custeio (art. 149, § 1º, CF). Já vimos que a EC 103/19 trouxe a possibilidade de que as alíquotas dessas contribuições sejam progressivas (art. 149, § 1º, CF, *in fine*). Além disso, a reforma também trouxe a possibilidade de que o montante total das contribuições previdenciárias seja majorado por intermédio de *mudanças na base de cálculo* dessas contribuições.

Mais especificamente, o art. 149, § 1º-A, da CF previu que, havendo *déficit atuarial*, a contribuição dos *inativos e pensionistas* poderá ter como base de cálculo tudo o que superar o valor do salário mínimo.

A contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas é criação da Emenda Constitucional nº 41/2003², que previu sua incidência sobre os proventos que superassem “o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social” (art. 40, § 18, CF), isto é, que superassem o chamado “teto do INSS”. Trata-se de inovação que gerou uma série de divergências, mas acabou referendada como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.105.

O que o novo § 1º-A traz é, portanto, uma possibilidade de alargamento dessa base de incidência tributária, fazendo com que aqueles inativos e pensionistas que já pagavam contribuição previdenciária por receberem mais do que o teto do INSS passem a pagar mais e todos os outros inativos e pensionistas que ganham entre o salário mínimo e o teto do INSS se tornem novos contribuintes.

3.2. A questão da constitucionalidade do art. 149, § 1º-A, da CF

Assim como foi cercada de controvérsias a instituição da contribuição dos inativos e pensionistas, é de se esperar que seja igualmente controvertido o alargamento da base de cálculo desse tributo. Não é possível antecipar os resultados desses novos embates, mas a jurisprudência formada por ocasião da EC 41/03 pode nos dar algumas indicações.

No julgamento da ADI 3.105, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de instituição de contribuição previdenciária para inativos. Entendeu o tribunal que não havia nada que pudesse ser considerado como conteúdo de cláusula pétrea que impedisse a criação desse novo tributo. A questão posta era se algum direito adquirido, protegido pela cláusula pétrea atinente aos “direitos e garantias fundamentais” (art. 60, § 4º, IV), estava sendo atingido pela cobrança desse novo tributo.

No ponto, a maioria formada pelo Supremo Tribunal Federal foi categórica ao afirmar que não. Não parece haver razão para que esse mesmo argumento não possa ser aplicado também ao alargamento da base de cálculo da contribuição dos inativos procedida pela EC 103/19. Isto é, pelo menos o argumento da violação a direito adquirido não é sustentável aqui.

O argumento da inconstitucionalidade por ofensa à regra da irredutibilidade de vencimentos, que tem sido suscitado em ações manejadas em face dessa nova norma constitucional, também parece frágil. Trata-se de argumento que, levado a sério, nos conduziria a consequências absurdas. Como observou o ministro Gilmar Mendes, “fosse correto o argumento [da irredutibilidade], nenhuma espécie tributária poderia ser majorada ou instituída”.

Resta, ainda, o argumento de violação à isonomia, comparando-se a situação dos inativos dos regimes próprios de Previdência Social com a situação dos inativos do Regime Geral de Previdência Social, que não são tributados. Esse é um argumento que não era pertinente quando do julgamento da ADI 3.195, pois a tributação dos inativos dos regimes próprios incidia apenas sobre o que excedesse o teto do regime geral. A reforma promovida em 2019 eliminou, porém, essa restrição, de modo que, sobre

mesma base de cálculo, pode haver tributação ou não conforme se trate de inativo de regimes próprios ou do Regime Geral de Previdência Social.

Contra isso, o que se pode dizer é que o RGPS e os RPPSs são regimes distintos que, ao longo da história da seguridade social brasileira, tiveram distintas regras de custeio e distintas regras para a concessão de seus benefícios. As regras relativas às contribuições de seus segurados não precisariam, assim, ser necessariamente equivalentes.

3.3. A amplitude do aumento da base de cálculo do art. 149, § 1º-A, da CF

Além do questionamento acerca da constitucionalidade da previsão de aumento da base de cálculo da contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas, outra questão que pode surgir é se ela admite gradações. Em outras palavras, indaga-se se o ente federativo, diante de uma situação de déficit, deve instituir essa nova contribuição para todos os inativos que tenham renda superior a um salário mínimo ou pode estabelecer uma nova base de cálculo entre o salário mínimo e o teto do INSS.

Já que o que está em questão é a limitação da extensão do poder estatal de tributar por meio de normas constitucionais, não parece haver razão para que se permita tributação maior e se proíba tributação menor. Além disso, a nova previsão constitucional dá aos entes federativos a *possibilidade* de aumentar a base de cálculo de contribuição dos inativos, não lhes impondo algum dever que pudesse ser compreendido como um dever de responsabilidade fiscal.

Desse modo, valerá a máxima de que “quem pode o mais pode o menos”. Se os estados podem estender a base de cálculo dos inativos para tudo que exceder o salário mínimo, também podem estender a base de cálculo para menos do que isso.

3.4. Anterioridade tributária

A Constituição Federal prevê que as contribuições sociais apenas podem ser exigidas após noventa dias da publicação da lei que as houver instituído ou modificado (art. 195, § 6º). Trata-se da chamada regra da noventena, que deve ser observada no caso de entes federativos decidirem exercer a faculdade prevista no art. 149, § 1º-A.

No estado de São Paulo, por exemplo, essa regra foi expressamente prestigiada, tendo a Lei Complementar estadual nº 1.354/20 previsto em seu art. 36, que seus artigos 30 (que trata das novas alíquotas progressivas) e 31 (que trata da nova base de cálculo da contribuição dos inativos) observarão “o disposto no § 6º do artigo 195 da Constituição Federal”.

4. CONTRIBUIÇÕES EXTRAORDINÁRIAS

4.1. O artigo 149, § 1º-B, da CF

O segundo meio de fazer frente a déficit nos regimes próprios de Previdência Social é a instituição das chamadas *contribuições extraordinárias*. Cuida-se de nova ferramenta criada pela Emenda Constitucional nº 103/19. De seu texto, extraem-se dois requisitos a serem atendidos: (i) já deve ter sido alargada a base de cálculo dos inativos, nos termos do art. 149, § 1º-A e (ii) ainda assim, deve se manter o déficit atuarial.

O novo dispositivo constitucional prevê que essa modalidade de contribuição apenas pode ser criada pela União. No entanto, o art. 9º, § 8º, da EC 103/19 assegura, ainda que indiretamente, o poder de criação dessa espécie tributária aos demais regimes próprios, durante 20 anos, até que entre em vigor lei complementar federal que estabeleça as normas gerais dos regimes próprios (vide 4.4, abaixo).

De qualquer modo, tem-se aqui contribuição semelhante à “contribuição” (sem natureza tributária) dos regimes complementares de Previdência Social, prevista no art. 19 da LC 109/01⁶. Mas, se lá tem-se um regime de capitalização, com poupanças individualizadas em um sistema de contribuição definida, aqui se tem um regime de repartição simples e benefícios definidos, supostamente solidário, em que não é tão fácil assim dizer que as contribuições que alguém verteu à sua aposentadoria são insuficientes para o pagamento do benefício que lhe era inicialmente previsto.

Essas diferenças são suficientes para que não se possa estender de forma automática a conclusão de que se as contribuições extraordinárias do art. 19 da LC 109/01 são constitucionais, também essas novas contribuições extraordinárias do art. 149, § 1º-B da Constituição o serão.

4.2. A questão da constitucionalidade da contribuição extraordinária

A contribuição extraordinária é uma nova espécie tributária criada por emenda constitucional. Considerado o entendimento já pacificado do Supremo Tribunal Federal, nada há nisso de inconstitucional. Esse entendimento foi fixado justamente em relação a outra espécie de contribuição previdenciária: a contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas.

Como visto, naquele caso, após já ter sustentado que essa espécie de contribuição seria inconstitucional quando criada por lei (ADI-MC 2.010, min. relator Celso de Mello, DJe 11/10/1999), o STF entendeu que ela seria constitucional quando criada por emenda à Constituição. Isto é, entendeu que não implicava nenhuma violação de cláusula pétrea.

Já no que diz respeito à inconstitucionalidade *material* dessa contribuição, surgem mais questões. Há discussões acerca de como será definido e justificado o déficit que a fundamentará, bem como de sua efetiva instituição à luz da vedação ao confisco. Também se discute a fluidez dos parâmetros constitucionais para sua criação, sendo certo que o artigo 40, § 22, da Constituição, assegura que competirá à lei complementar nacional dispor sobre “parâmetros para apuração da base de cálculo e definição de alíquota de contribuições ordinárias e extraordinárias”.

4.3. Anterioridade tributária

Também na hipótese de instituição de contribuição extraordinária é indispensável a observância à regra da noventena, prevista no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, tratada acima.

4.4. Os estados e municípios

Por fim, existe ainda questão federativa relevante no que se refere à temática das contribuições previdenciárias extraordinárias. A redação final do artigo 149, § 1º-B, da Constituição Federal, apenas faculta sua instituição “no âmbito da União”, o que vem gerando controvérsia interpretativa acerca da viabilidade de sua inclusão nas reformas previdenciárias em andamento nos estados e nos municípios. Passa-se à análise dos caminhos hermenêuticos possíveis à luz do texto constitucional.

De um lado, há quem sustente que o artigo 149, § 1º-B, da Constituição Federal deverá ser interpretado restritivamente, de modo que apenas poderá ser instituída dita contribuição pelo governo federal, em relação a seus servidores. Segundo essa perspectiva, a matéria tem natureza tributária e deve observar seus princípios, entre os quais, a legalidade. Assim, se apenas ao constituinte é dado atribuir competência em matéria tributária, fato é que no artigo sob análise não resta qualquer espaço à competência dos demais entes federativos.

Nesse sentido, sob a perspectiva histórica, também há nota relevante segundo a qual a redação original da proposta de emenda constitucional encaminhada ao Congresso Nacional expressamente previa a possibilidade da instituição de contribuição extraordinária por todos os entes federativos¹². Durante sua tramitação legislativa, portanto, é que foi adotada a atual redação do artigo 149, § 2º-B, da Constituição Federal. No Senado Federal houve, ainda, tentativa de supressão da referência à União, o que não prevaleceu¹³. Assim, é possível dizer que a redação final do dispositivo foi fruto de deliberação ativa do Congresso Nacional, a quem compete, segundo a lógica tradicional do Direito Tributário, evitar abusos do aparato estatal sobre o direito fundamental de propriedade dos contribuintes.

12 Como nota histórica, vale a transcrição da nova redação sugerida ao § 1º, do artigo 149, pela Proposta de Emenda Constitucional nº 6/2019, encaminhada pelo Poder Executivo: “A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios instituirão, por meio de lei, observados os parâmetros estabelecidos na lei complementar a que se refere o § 1º do art. 40, contribuições ordinárias e extraordinárias, cobradas dos servidores públicos, dos aposentados e dos pensionistas, em benefício desses, para o custeio do regime próprio de previdência social de que trata o art. 40.”

13 No ponto, mais uma nota histórica, referente a trecho do relatório do Parecer nº 113/2019, da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, que expressamente reflete sobre a matéria: “A esse respeito, nossa audiência de 10 de julho com os governadores na Ceprev é de particular interesse. O governador Eduardo Leite demonstrou especial preocupação com a redação da PEC aprovada para o art. 149 da Constituição. Entende ele que os estados não apenas estavam excluídos da reforma, como poderiam perder atribuições com o novo texto, dificultando os ajustes. A redação do art. 149, especificando que a contribuição extraordinária será instituída na União, poderia permitir a interpretação de que tal contribuição seria vedada para os demais entes. Essa interpretação restritiva poderia inviabilizar eventuais aumentos de alíquotas por parte dos entes subnacionais, tema já há muito judicializado por corporações. Dessa forma, propomos desde já a supressão da expressão, ‘no âmbito da União’, do § 1º-B do art. 149, adequando o dispositivo aos demais dispositivos da PEC que tratam da contribuição extraordinária sem fazer ressalvas. Nos referimos ao inciso X do § 22 do art. 40 da Constituição Federal, introduzido pelo art. 1º da PEC 6, de 2019; e ao § 8º do art. 9º da PEC. Resta claro que essa supressão é de expressão autônoma, que não altera o sentido dos referidos dispositivos.”

De outro lado, há linha de intelecção pautada na interpretação sistemática da Emenda Constitucional nº 103/19 e teleológica do instituto da contribuição extraordinária. Conforme já explicitado, sua origem está vinculada à contribuição, sem natureza tributária, dos regimes complementares de previdência, prevista na Lei Complementar nº 109/01. Não custa lembrar que, originariamente, a proposta encaminhada pela Presidência da República envolvia a instituição de sistema de capitalização, sendo a contribuição extraordinária inequívoca reminiscência desse modelo que não se concretizou.

Assim como o tratamento do “déficit” na previdência complementar perpassa pela instituição das chamadas contribuições extraordinárias, idêntica solução o constituinte derivado pretendeu aplicar aos regimes próprios de previdência social. Nesse contexto, não faria sentido a limitação de tal instrumento à União, excluindo justamente os sistemas com problemas mais acentuados de equilíbrio econômico-atuarial. Sob essa perspectiva, a Emenda Constitucional nº 103/19 deve ser analisada sistematicamente, de modo a autorizar também aos estados, Distrito Federal e municípios manejar esse instrumento.

Segundo essa linha intelectual, a autorização constitucional para instituição do tributo residiria no artigo 149, § 1º, da Constituição Federal, que se refere ao gênero “contribuição”, o qual admitiria as espécies ordinária e extraordinária. Em seguida, contudo, seria necessária a edição de lei complementar federal que fixe parâmetros de suas alíquotas e de sua base de cálculo, na forma do artigo 40, § 22, inciso X, da Constituição Federal. De todo modo, antevendo possível demora na tramitação de tais normas gerais, o próprio constituinte autorizou sua instituição de acordo com as regras transitórias do artigo 9º, § 8º, da Emenda Constitucional nº 103/19, *in verbis*, “*por meio de lei, poderá ser instituída contribuição extraordinária pelo prazo máximo de 20 (vinte) anos, nos termos dos §§ 1º-B e 1º-C do art. 149 da Constituição Federal*”.

Nesse ponto, é importante frisar que sequer fariam sentido as normas do artigo 40, § 22, inciso X, da Constituição Federal, e do artigo 9º, § 8º, da Emenda Constitucional nº 103/19, se o constituinte não considerasse a possibilidade de contribuições extraordinárias instituídas pelos demais entes da federação. Ademais, ambos os dispositivos

fazem expressa menção aos regimes próprios de Previdência Social de estados, Distrito Federal e municípios, de modo que são inequivocamente direcionadas também a esses.

Então, como compatibilizar tais normas constitucionais com a expressão “no âmbito da União”, constante do artigo 149, § 1º-B, da Constituição Federal? A resposta estaria na dinâmica federativa que se pretendeu atribuir a essa Reforma da Previdência. Ora, com a EC 103/19, boa parte das questões previdenciárias mais sensíveis foi deixada a cargo dos legislativos estaduais, distrital e municipais. Essa é justamente a hipótese das contribuições extraordinárias. A Constituição Federal expressamente autoriza sua instituição pela União (CRFB, artigo 149, § 1º-B), contudo, sua criação pelos demais entes federativos dependerá de lei de iniciativa do respectivo chefe do Poder Executivo, na forma do artigo 36, inciso II, da Emenda Constitucional nº 103/19.

Aliás, digno de nota que, uma vez mais, o constituinte derivado tenha sido expreso quanto a essa possibilidade ainda que de forma genérica no dispositivo referido, o qual dispõe que a Emenda Constitucional apenas entrará em vigor “para os regimes próprios de previdência social dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, quanto à alteração promovida pelo art. 1º desta Emenda Constitucional no art. 149 da Constituição Federal (...), na data de publicação de lei de iniciativa privativa do respectivo Poder Executivo que as referente integralmente”. No caso do estado de São Paulo, por exemplo, o artigo 32 da Lei Complementar estadual nº 1.354/20 referendou o disposto no artigo 36, inciso II, da Emenda Constitucional nº 103/19.

Em resposta a essa interpretação de natureza sistemática, os defensores da primeira corrente afirmam que o artigo 36, inciso II, da Emenda Constitucional nº 103/19 deve ser lido de modo a garantir a entrada em vigor do artigo 149, da Constituição Federal “no que couber”. Afirmam, ainda, que o artigo 9º, § 8º, da Emenda Constitucional nº 103/19, refere que a eventual lei que crie a contribuição extraordinária deverá ser “nos termos dos §§ 1º-B e 1º-C do art. 149 da Constituição Federal”, ou seja, cingir-se ao “âmbito da União”.

Pois bem. A análise das linhas interpretativas possíveis demonstra que o debate não é simples e demandará amadurecimento doutrinário, expressa previsão nas legislações estaduais que surgirem a respeito do

tema e, ao final, decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a adequada interpretação federativa do artigo 149, § 1º-B da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

O trabalho pretendeu explicitar as principais transformações promovidas pela Emenda Constitucional nº 103/19 na sistemática de custeio dos regimes próprios de Previdência Social. Para tanto, buscou-se analisar as ferramentas da *alíquota progressiva*, do *aumento da base de cálculo da contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas* e das *contribuições extraordinárias*.

Sob a perspectiva dos direitos fundamentais e do pacto federativo, buscou-se parametrizar a adequada interpretação constitucional dos novos institutos, visando a contribuir com o debate doutrinário e jurisprudencial a esse respeito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. **Direito Previdenciário Público: Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado de São Paulo**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CALVO ORTEGA, Rafael. **Curso de derecho financiero. I. Derecho tributario**. Madrid: Thompson/Civitas, 2007.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 1998.

PACHECO FILHO, Calino Ferreira. **Seguridade Social e Previdência: situação atual**. In: Indic. Econ. FEE, Porto Alegre, v. 39, n. 3, 2012.

VOLKWEISS, Roque Joaquim. **Direito Tributário Nacional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

O DÉFICIT DOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL NA EC 103/2019

Servants Welfare Policy deficit on Constitutional Amendment 103/2019

Caio Gentil Ribeiro¹

Leonardo Silveira Antoun Netto²

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A inclusão do conceito de “déficit atuarial” na Constituição; 2.1. Controvérsias sobre o déficit atuarial no Regime Geral de Previdência Social e distinções em relação aos Regimes Próprios de Previdência Social; 2.2. Regras constitucionais sobre a apuração do déficit atuarial dos RPPSs; 3. O problema do déficit atuarial em regimes de repartição simples; 3.1. Origens do conceito de déficit na EC 103/19: o regime de capitalização na PEC 6/19; 3.2. O histórico das fontes de custeio dos regimes próprios de Previdência Social; 4. O papel da lei complementar prevista no art. 40, § 22 da Constituição; 5. Conclusão.

RESUMO

O artigo trata da inclusão do conceito de “déficit atuarial” na Constituição Federal pela EC 103/19. Inicialmente, apresenta o significado de “déficit atuarial” nos regimes próprios de previdência social e afirma que se trata de significado menos controverso do que o que esse conceito teria no Regime Geral de Previdência Social. Trata, então, das consequências que o déficit atuarial em RPPSs tem a partir da EC 103/19. Para mostrar os problemas que essas consequências trazem, apresenta o histórico legislativo da PEC 6/19 e o histórico das fontes de custeio dos RPPSs. Por fim, sugere meios para que a futura lei complementar a ser editada com fundamento no art. 40, § 22, da Constituição enfrente tais problemas.

Palavras-chave: Previdenciário. Custeio. Déficit. Regime Próprio de Previdência Social.

1 Procurador do estado de São Paulo. Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo.

2 Procurador do estado de São Paulo. Mestrando na linha de Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

ABSTRACT The article deals with the inclusion of the concept of “actuarial *deficit*” on the Constitution by Constitutional Amendment nº 103/19 (EC 103/19). It first presents the meaning of “actuarial *deficit*” on Servants Welfare Policy – “regimes próprios de previdência social” (RPPS) – and states that meaning is less contentious than the one the same concept would hold regarding the General Welfare Policy – “Regime Geral de Previdência Social” (RGPS). Then the consequences actuarial *deficit* has on EC 103/19 are presented. To show the problems these consequences bring, the article presents the legislative record of PEC 06/19 and the history of funding in the RPPSs. Finally, the article suggests ways to face those problems by the law to be published based on art. 40, § 22, of the Constitution.

Keywords: Social security. Funding. Deficit. Servants Welfare Policy.

1. INTRODUÇÃO

É um princípio da Seguridade Social em geral a necessidade de prévia fonte de custeio para instituição de benefícios ou serviços (art. 195, § 5º, CF). A Reforma da Previdência teve como principal objetivo tornar sustentáveis os regimes próprios de previdência social, permitindo que o montante de recursos arrecadados fosse suficiente para o pagamento dos benefícios previdenciários. Isto é, visou a tornar as fontes de custeio suficientes para fazer frente aos gastos previdenciários.

Assim, se de um lado a reforma modificou esses gastos nos RPPS (estabelecendo critérios mais rígidos para a aquisição de direito aos benefícios, bem como fórmulas de cálculo que viabilizam o pagamento de benefícios de menor valor aos segurados, por exemplo), de outro também alterou suas fontes de custeio.

As novidades são, basicamente, três: alíquotas progressivas de contribuição previdenciária (art. 149, § 1º, CF), alargamento da base de cálculo da contribuição previdenciária dos inativos (art. 149, § 1º-A, CF) e contribuições extraordinárias (art. 149, § 1º-B, CF); as duas primeiras também previstas na reforma da previdência paulista (arts. 8º e 9º da Lei Complementar estadual nº 1.012/07, na redação dada pelos arts. 30 e 31 da Lei Complementar estadual nº 1.354/20). Todas elas procuram lidar com um problema que, mais do que constar dos debates e da exposição de motivos da Reforma, passou a ter previsão constitucional expressa: o problema do *déficit previdenciário*.

Neste artigo, trataremos, especificamente, de como compreender o conceito de déficit, assim como dos problemas advindos da opção feita pela EC 103/2019 de atribuir certas consequências à constatação da existência de déficit previdenciário nos regimes próprios de Previdência Social.

2. A INCLUSÃO DO CONCEITO DE “DÉFICIT ATUARIAL” NA CONSTITUIÇÃO

A configuração de *déficit atuarial* é, agora, requisito constitucional para duas novas medidas de aumento de arrecadação tributária: o aumento da base de cálculo da contribuição dos inativos (art. 149, § 1º-A, CF) e a instituição de contribuição extraordinária (art. 149, § 1º-B, CF), devendo essa última ser acompanhada, ainda, de “outras medidas para equacionamento do déficit” (art. 149, § 1º-C, CF).

A EC 103/2019 também prevê que os RPPSs estaduais, municipais e do DF apenas podem ter alíquotas inferiores à do RPPS da União³ se demonstrada a inexistência de “déficit atuarial a ser equacionado” (art. 9º, § 4º, EC 103/2019⁴), ressaltando que não é considerada como “ausência de déficit” a implementação de segregação de massas ou a “previsão em lei de plano de equacionamento de déficit” (art. 9º, § 5º, EC 103/2019).

Por fim, prevê que entre os aspectos a serem disciplinados pela lei complementar federal que veiculará as normas gerais dos RPPSs estão disposições sobre “mecanismos de equacionamento do déficit atuarial” (art. 40, § 22, VI).

Antes da Reforma, a palavra “déficit” aparecia na Constituição apenas em dispositivo referente a orçamento público, que nada tem a ver com matéria previdenciária (art. 167, VIII). Agora, trata-se de situação cuja configuração tem todas essas consequências.

Essa novidade gerará uma série de discussões, sobretudo a respeito de qual seria a alocação justa (e constitucional) dos custos desse déficit. Entretanto, deve-se desde já ressaltar que a questão da própria definição

3 Antes, a regra legal era pela obrigatoriedade, sem ressalvas, de que as alíquotas dos demais RPPSs fossem iguais ou inferiores às do RPPS da União (art. 3º, Lei nº 9.717/98).

4 § 4º - Os estados, o Distrito Federal e os municípios não poderão estabelecer alíquota inferior à da contribuição dos servidores da União, exceto se demonstrado que o respectivo regime próprio de Previdência Social não possui déficit atuarial a ser equacionado, hipótese em que a alíquota não poderá ser inferior às alíquotas aplicáveis ao Regime Geral de Previdência Social.

do déficit é muito menos controversa nos regimes próprios de Previdência Social do que no RGPS.

2.1. Controvérsias sobre o déficit atuarial no Regime Geral de Previdência Social e distinções em relação aos regimes próprios de Previdência Social

No Regime Geral de Previdência Social, há uma enorme discussão sobre em que consiste o *déficit previdenciário*. Não há previsão constitucional de nenhuma consequência advinda da configuração dessa situação de déficit, mas ela é constantemente invocada para justificar mudanças nas regras da previdência, visando a aumentar as receitas previdenciárias e tornar mais rigorosos os requisitos para a concessão dos benefícios. A própria EC 103/2019 foi fundamentada politicamente com esse tipo de argumento.

Déficit é o resultado negativo de uma subtração⁵ (“*receitas previdenciárias – despesas previdenciárias*”) e *déficit atuarial* é o resultado negativo, para um período contábil, da subtração “*bens e direitos (ativos) – obrigações (passivos)*”.⁶ Diante dessas definições simples, poderíamos esperar que não existisse divergência sobre a existência ou não de déficit em um dado sistema previdenciário. Entretanto, mesmo sendo apresentado na maior parte da imprensa profissional⁷ e pelo próprio INSS⁸ como uma realidade, a existência de déficit no RGPS é disputada,

5 Conforme o dicionário Michaelis, trata-se de termo contábil que significa “excesso da despesa em relação à receita, em um orçamento; saldo negativo entre a receita e a despesa, em um orçamento”.

6 Dicionário de Termos e Conceitos mais usados no Regime de Previdência Complementar, disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_111006-094552-172.pdf>, p. 20.

7 Cf., por exemplo, **Déficit da Previdência vai aumentar mesmo com a aprovação da reforma**, *Correio Braziliense*, disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/09/28/internas_economia,791769/deficit-da-previdencia-vai-aumentar-mesmo-com-a-aprovacao-da-reforma.shtml>. **Entenda por que a Previdência brasileira tem déficit**, O Globo, disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/entenda-por-que-previdencia-brasileira-tem-deficit-23570841>>, acesso em: 10 ago. 2020. **Governo prevê alta no déficit da Previdência para R\$ 244 bilhões em 2020**, *Folha de S.Paulo*, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/governo-preve-alta-no-deficit-da-previdencia-para-r-244-bilhoes-em-2020.shtml>>, acesso em: 10 ago. 2020.

8 **Regime Geral de Previdência Social teve déficit de R\$ 15,1 bilhões em fevereiro**, Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, disponível em: <<https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/noticias/previdencia/regime-geral/rgps-deficit-em-fevereiro-e-de-r-151-bilhoes>>, acesso em: 10 ago. 2020.

havendo argumentos de que ele, na verdade, não existe⁹. O que explica essa controvérsia é uma divergência sobre o que deve contar como *receitas previdenciárias*.

A controvérsia gira em torno, basicamente, dos seguintes pontos: (i) devem ser consideradas como receitas previdenciárias apenas as receitas efetivamente arrecadas ou também aquelas que não foram arrecadas em razão de isenções e de sonegação fiscal?, (ii) as receitas de contribuições sociais que foram objeto de Desvinculação de Receitas da União (DRU) não são mais consideradas receitas previdenciárias?¹⁰ e (iii) as receitas das contribuições sociais para a Seguridade Social em geral que não são especificamente previdenciárias¹¹, também devem contar (parcialmente?) como receitas previdenciárias?

Todas essas são questões que não se aplicam aos regimes próprios de Previdência Social, pois: (i) as receitas arrecadadas pelos regimes próprios consistem basicamente em contribuições previdenciárias, não havendo quanto a elas isenções fiscais nem possibilidade de sonegação, já que são cobradas em folha, (ii) não há autorização para desvinculação de receita de contribuição previdenciária nos RPPSs e (iii) só existe uma espécie de contribuição social dirigida aos RPPSs e ela é a contribuição previdenciária.

9 Há tese de doutorado nesse sentido (GENTIL, Denise Lobato. *A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990–2005*. Tese de doutorado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.), e essa é também a tese da Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal, com amplo apoio de centrais sindicais (*Déficit da Previdência, rombo nas contas e outras histórias pra boi dormir*, Central Única de Trabalhadores, disponível em: <<https://www.cut.org.br/noticias/deficit-da-previdencia-rombo-nas-contas-e-outras-historias-pra-boi-dormir-3882>>, acesso em: 10 ago. 2020.)

10 Com a EC 103/2019 essa questão não existe mais sequer para o RGPS, pois passou a ser previsto expressamente que a DRU “não se aplica às receitas das contribuições destinadas ao custeio da seguridade social” (art. 76, § 4º, ADCT).

11 Isto é, as contribuições sobre receita ou faturamento (PIS/COFINS, art. 195, I, b), sobre lucro (CSLL, art. 195, I, c), sobre concurso de prognósticos (art. 195, III) e sobre importação (art. 195, IV). Quanto a essas receitas, a previsão constitucional é apenas de que elas são destinadas à Seguridade Social, sem nenhuma especificação sobre quanto delas deve ser destinado especificamente à Saúde, Previdência e Assistência Social, diferentemente do que ocorre quanto às contribuições previdenciárias do empregador (art. 195, I, a) e dos segurados (art. 195, II), para as quais há vedação constitucional expressa de destinação a qualquer despesa diversa de benefícios do RGPS (art. 167, XI) (cf. CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de, *Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos*, p. 181–182.).

No caso dos regimes próprios de Previdência Social podemos, portanto, com menos controvérsia, definir o déficit de que agora trata diretamente a Constituição. Seguindo uma definição de dicionário, déficit é o resultado negativo da operação de subtrair das receitas previdenciárias (contribuições, apenas) as despesas previdenciárias (benefícios previdenciários e eventuais custos administrativos). A Constituição não fala apenas em déficit, mas em *deficit atuarial*, o que significa, como vimos, delimitar um período contábil e incluir no cálculo também receitas e despesas futuras, o que, ainda assim, não gera tanta controvérsia como as que existem em relação ao RGPS.

Mesmo assim, há problemas importantes a serem enfrentados, advindos das consequências que a EC 103/2019 dá ao déficit previdenciário, de permitir a majoração ou criação de tributos. Vejamos, primeiramente, qual pode ser a justificativa para a atribuição de tais consequências.

2.2. Regras constitucionais sobre a apuração do déficit atuarial dos RPPSs

O déficit atuarial é pressuposto para instituição de novas contribuições (art. 149, § 1º-B, CF) ou aumento de contribuições já existentes (art. 149, § 1º-A, CF). Considerando que as contribuições previdenciárias têm como característica a referibilidade¹², segundo a qual devem ser destinadas necessariamente ao respectivo regime previdenciário, o déficit nessas situações pode ser compreendido como uma incapacidade das receitas previdenciárias de fazer frente às despesas previdenciárias.

Parece coerente com isso que, *contrario sensu*, permita-se que, inexistente déficit, seja diminuído o valor mínimo para contribuições previdenciárias (art. 9º, § 4º, EC 103/2019). Afinal, se a ideia, em um sistema

12 A referibilidade significa que os recursos arrecadados com o tributo têm como destino específico alguma atividade estatal em benefício dos contribuintes daquele tributo. Dividindo-se as contribuições em “contribuições especiais” e “contribuições sociais”, Luís Eduardo Schoueri explica que às primeiras se aplica a referibilidade, enquanto dentro das contribuições sociais apenas têm essa característica as cobradas por estados, DF e municípios para o financiamento de seus respectivos regimes próprios (SCHOUERI, Luís Eduardo, *Direito Tributário*, p. 203.) Como ele aponta, “*se é possível, no todo da sociedade, identificar um grupo ao qual é voltada uma atuação estatal, é aceitável que tal atuação seja suportada por aquele grupo, no lugar de toda a sociedade*” (*Ibid.*, p. 215.).

de repartição simples como o RPPS, é que as contribuições previdenciárias devem custear as despesas previdenciárias, então a própria referibilidade das contribuições poderia estar comprometida por um superávit do sistema, com destinação de recursos arrecadados a título de contribuição previdenciária para outro tipo de despesa.

Também parece coerente a previsão de que a mera segregação de massas não coloca fim ao déficit (art. 9º, § 5º), sob pena de se permitir que parte do passivo do sistema fosse artificialmente transferido a um novo regime.

Já é um pouco mais difícil, por outro lado, justificar que seja constitucionalmente proibido que “plano de equacionamento de déficit” conte como ausência de déficit (art. 9º, § 5º, EC). Afinal, trata-se aqui de *déficit atuarial*¹³, que, por definição, lida com previsões de receitas e despesas futuras. Se há um plano de equacionamento do déficit tecnicamente bem construído, isso não seria o equivalente a colocar fim ao déficit atuarial? Melhor entender, então, que o constituinte derivado pretendeu aqui evitar que meros “planos” (sem efetiva majoração de contribuições e/ou diminuição de benefícios) pudessem servir como burla às novas regras constitucionais.

De qualquer modo, temos previsões de majoração ou criação de contribuições nos regimes próprios com o objetivo de fazer frente à existência de déficits nesses sistemas. Em observância à referibilidade característica das contribuições, a ideia parece ser que os próprios beneficiários do regime próprio devem arcar com os custos desse regime, que não podem recair indistintamente sobre os recursos do tesouro, arrecadados por meio de impostos.

3. O PROBLEMA DO DÉFICIT ATUARIAL EM REGIMES DE REPARTIÇÃO SIMPLES

Ocorre que quando tratamos dos regimes próprios de Previdência Social estamos tratando de regime previdenciário que, assim como o RGPS,

13 É verdade que o art. 9º, § 5º, usa apenas o termo déficit, mas como todos os outros dispositivos tratam das consequências do *déficit atuarial*, entender que este art. 9º, § 5º, trata de conceito diverso seria tirar-lhe qualquer utilidade, pois estaria fornecendo uma definição sem nenhuma consequência jurídica.

são de *repartição simples*. A *repartição simples* é sistema de custeio de regime previdenciário que se opõe principalmente à *capitalização*. Na capitalização são constituídas reservas durante a atividade do beneficiário, que serão depois utilizadas exclusivamente no pagamento de seu benefício; é o sistema adotado na Previdência Complementar. Na repartição simples, os benefícios dos inativos são pagos com os recursos dos servidores ainda em atividade¹⁴ e do erário,¹⁵ ou seja, não são formados fundos segregados para o pagamento de cada benefício a partir das contribuições de cada futuro beneficiário. As receitas atuais decorrentes das contribuições de um grupo de pessoas pagam as despesas atuais, de outro grupo de pessoas.

O problema que se coloca, então, é se faz sentido imputar aos atuais contribuintes do sistema o ônus de arcar com insuficiências financeiras decorrentes dos pagamentos de benefícios aos atuais inativos. A questão fica ainda mais complicada quando se considera o histórico das sucessivas reformas legais e constitucionais dos RPPSs brasileiros. Em razão dessas reformas, muitos dos atuais inativos recolheram contribuições calculadas sobre toda sua remuneração, enquanto alguns dos atuais ativos contribuem apenas até o teto do RGPS. Por outro lado, há inativos atuais que sequer contribuíram.

3.1. Origens do conceito de déficit na EC 103/19: o regime de capitalização na PEC 6/19

A dificuldade em fazer essa articulação entre as causas do déficit e as consequências que a EC 103/19 lhe deu é pelo menos parcialmente decorrente do histórico de tramitação da PEC 06/19 que deu origem a ela.

A Proposta de Emenda Constitucional inicialmente encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional tinha como um de seus pilares a adoção de um regime de capitalização para os regimes próprios de previdência social. Isto é, a ideia era adotar regime no qual

14 Aqui, vigora a chamada “solidariedade intergeracional”, em que os servidores ativos contribuem para o pagamento de benefícios previdenciários aos servidores inativos e pensionistas, esperando que, no futuro, seus benefícios sejam sustentados pelas contribuições vertidas pelos servidores ativos.

15 DAL BIANCO, Dânae, *Previdência dos servidores públicos*, 2ª edição. São Paulo: LTR, 2013, p. 30–31.

os próprios contribuintes seriam os únicos responsáveis pela criação de reservas para seus benefícios, de modo que eles seriam também os responsáveis por suas eventuais insuficiências.

No regime de capitalização é muito mais simples o cálculo do déficit e, principalmente, é muito menos problemático atribuir-lhe como consequência a necessidade de novos aportes financeiros por parte de seus beneficiários. Se está individualizado o montante que pagará os benefícios de cada segurado, então é muito mais simples dizer que aquele montante destinado àquele segurado é insuficiente. Nesse sentido, o Regime de Previdência Complementar de que trata o art. 202 da Constituição Federal recebeu regulamentação que prevê a criação de contribuições extraordinárias para fazer frente a déficits (art. 19, II, LC 109/01).

A PEC 6/19 foi, entretanto, modificada durante sua tramitação no Congresso Nacional, mantendo-se o regime de repartição simples para os RPPSs, ao mesmo tempo em que se mantiveram também os dispositivos referentes ao déficit atuarial que tratamos neste artigo. Surgiu, assim, situação peculiar de se ter, de um lado, a manutenção do regime de repartição simples e, de outro, a constitucionalização da noção de déficit atuarial, acompanhada das ferramentas pensadas para seu equacionamento em um sistema de capitalização.

3.2. O histórico das fontes de custeio dos regimes próprios de Previdência Social

De qualquer modo, se essa foi a redação aprovada, temos que lidar com os problemas que ela coloca mais concretamente. Como adiantado, um desses problemas é o que surge do histórico conturbado referente ao custeio dos regimes próprios, que teve diversas alterações nas últimas décadas. Há, principalmente, duas grandes mudanças trazidas pela EC 20/98 que devem ser analisadas.

Em primeiro lugar, a EC 20/98 estabeleceu a contributividade como regra nos RPPSs¹⁶. Até então, grande parte desses regimes eram de na-

16 Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter **contributivo**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98.)

tureza mais administrativa do que propriamente previdenciária¹⁷, inexistindo necessidade de contribuições para que os servidores fossem segurados e, posteriormente, beneficiários do sistema. Isso quer dizer que muitos dos atuais aposentados por esses regimes não lhes verteram contribuições durante parte ou durante a totalidade de seus períodos de atividade. No estado de São Paulo, por exemplo, o sistema passou a ser contributivo apenas em 2003, com a Lei Complementar estadual nº 943/03.

Em segundo lugar, a EC 20/98 previu a possibilidade de limitação da base de cálculo das contribuições previdenciárias nos RPPSs ao teto do RGPS, condicionada à instituição de Regimes de Previdência Complementar, de adesão facultativa pelos servidores (art. 40, § 14¹⁸). No estado de São Paulo, isso foi feito pela Lei nº 14.653/11. Com isso, as contribuições dos novos servidores passaram a incidir não sobre a totalidade de seus salários, mas limitadas ao teto do RGPS.

Que diferença essas duas mudanças no custeio dos regimes próprios colocam para o enfrentamento da questão do déficit previdenciário?

Em primeiro lugar, temos um grupo de servidores que, embora possa alegar que a “regra do jogo” em pelo menos parte de seu período de atividade era a não contributividade, certamente não pode alegar que suas contribuições anteriores ao sistema já teriam sido suficientes ao pagamento de seus benefícios. Há, nesse caso, o *custo de transição* de (i) um regime de previdência que não recolhia contribuições de servidores para fins de aposentadoria para (ii) um regime de previdência que pretende ser contributivo e independente de aportes financeiros estatais.

17 Bruno Bianco Leal e Felipe Mêmolo Portela observam que “até a entrada em vigor da Emenda nº 20/98, a aposentadoria dos servidores públicos não tinha características próprias de regime previdenciário e se confundia com o próprio regime funcional dos mesmos. A sustentabilidade e o equilíbrio do sistema não eram objeto de preocupação.” LEAL, B.B.; PORTELA, F.M., *Previdência em crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário*, p. 153–154.

18 § 14 - A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98.)

Em segundo lugar, temos, especialmente no médio prazo, uma situação em que diversos servidores que contribuíram para o sistema receberão benefícios superiores ao teto do RGPS, enquanto nenhum servidor da ativa contribuirá sobre base de cálculo superior a esse teto. Há, nesse caso, um *custo de transição* de (i) um regime de previdência que recolhe contribuições sobre toda a remuneração de seus servidores e paga benefícios em valores limitados apenas pelo teto constitucional (art. 37, XI, da CF) para (ii) um regime de previdência que recolhe contribuições e paga benefícios limitando-se ao teto do RGPS.

A questão que deve ocupar os tribunais ao julgarem a constitucionalidade da EC 103/19 é definir a quem cabe arcar com esses custos de transição.

4. O PAPEL DA LEI COMPLEMENTAR PREVISTA NO ART. 40, § 22, DA CONSTITUIÇÃO

Como visto, o art. 40, § 22, incluído pela EC 103/2019, prevê que uma lei complementar federal deverá dispor sobre “mecanismos de equacionamento do déficit atuarial”. Essa lei poderá definir o que é déficit atuarial de diferentes maneiras. É possível que ela o entenda como diferença entre ativos e passivos previdenciários, mas também é possível que ela o defina, um tanto *estipulativamente*, de outras formas que procurem responder a questões como as levantadas acima.

Outra forma de responder a essas questões, talvez a mais adequada aos novos dispositivos constitucionais, seria adotar a definição mais simples de déficit como diferença entre ativos e passivos previdenciários, mas, no delineamento dos mecanismos de equacionar esse déficit, prever meios que levem em consideração as contribuições que foram vertidas por diferentes grupos de servidores.

É interessante notar que esse tipo de consideração estava previsto inicialmente no texto da PEC 6/2019, que deu origem à EC 103. O art. 149, § 1º-C, que trata da contribuição extraordinária, tinha proposta de redação segundo a qual essa contribuição poderia ter alíquotas diferenciadas em razão do histórico contributivo, da regra de cálculo de benefício e do valor do benefício ou da remuneração recebidos:

Art. 149

[...]

§ 1º-C - A contribuição extraordinária dos servidores públicos ativos, dos aposentados e dos pensionistas observará os seguintes critérios:

- I – dependerá da comprovação da existência de déficit atuarial e será estabelecida exclusivamente para promover seu equacionamento, por prazo determinado, e em conjunto com outras medidas para equacionamento do déficit, observado o disposto no inciso III do § 1º do art. 40; e
- II – poderá ter alíquotas diferenciadas com base nos seguintes critérios, sem prejuízo de outros que venham a ser definidos pela lei complementar de que trata o § 1º do art. 40:

- a) a condição de servidor público ativo, aposentado ou pensionista;
- b) o histórico contributivo ao regime próprio de previdência social;
- c) a regra de cálculo do benefício de aposentadoria ou de pensão implementado; e
- d) o valor da base de contribuição ou do benefício recebido.

O § 1º-C do art. 149 não foi aprovado com esse texto. Entretanto, nada impede que a Lei Complementar federal de que trata o art. 40, § 22, da Constituição contemple critérios desse tipo. Se for assim, podem ser superados muitos dos argumentos apontados acima e as alegações de inconstitucionalidade da EC 103/2019 por violação a cláusula pétrea podem se revelar exageradas, diante de sua adequada regulamentação legal.

5. CONCLUSÃO

A constitucionalização de um conceito que gera tanto debate político como é o conceito de *déficit atuarial* pode gerar algumas perplexidades. Neste breve artigo quisemos, inicialmente, destacar como muitos dos debates que se dão em torno desse conceito simplesmente não são pertinentes quando o que está em questão é a apuração de déficit atuarial de *regime próprio* de Previdência Social.

Isso não faz, contudo, com que os novos dispositivos constitucionais que usam esse conceito sejam de simples interpretação e regula-

mentação. Reminiscência de uma reforma que pretendia transformar os regimes próprios de previdência em regimes de capitalização, a atribuição desses efeitos ao déficit atuarial é de difícil compatibilização com um sistema de repartição simples. Os recursos vertidos aos RPPSs pelos atuais contribuintes são utilizados para o pagamento de benefícios de inativos que contribuíram (se contribuíram) há décadas. Isso torna difícil justificar que a falta de recursos para pagar benefício hoje seja imputada aos contribuintes que apenas receberão seus benefícios daqui a décadas.

Isto é, embora o conceito de *deficit atuarial* seja nos RPPSs muito mais fácil de definir do que no RGPS, não é fácil justificar as consequências que a EC 103/19 lhe atribuiu. Neste breve artigo, não pretendemos dar uma solução a esse problema, mas apontamos que um caminho pode estar em uma regulamentação cuidadosa dos novos dispositivos constitucionais pela lei complementar a ser editada com fundamento no art. 40, § 22, da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos servidores públicos**. Curitiba: Juruá, 2012.

DAL BIANCO, Dânae. **Previdência dos servidores públicos**. 2ª edição. São Paulo: LTR, 2013.

GENTIL, Denise Lobato. **A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira – Análise financeira do período 1990–2005**. Tese de doutorado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

LEAL, B.B.; PORTELA, F.M. **Previdência em crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

Déficit da Previdência, rombo nas contas e outras histórias pra boi dormir. Central Única de Trabalhadores. Disponível em: <<https://www.cut.org.br/noticias/deficit-da-previdencia-rombo-nas-contas-e-outras-historias-pra-boi-dormir-3882>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Déficit da Previdência vai aumentar mesmo com a aprovação da reforma. Correio Braziliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/09/28/internas_economia,791769/deficit-da-previdencia-vai-aumentar-mesmo-com-a-aprovacao-da-reforma.shtml>.

Dicionário de Termos e Conceitos mais usados no Regime de Previdência Complementar. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_111006-094552-172.pdf>.

Entenda por que a Previdência brasileira tem déficit. *O Globo*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/entenda-por-que-previdencia-brasileira-tem-deficit-23570841>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Governo prevê alta no déficit da Previdência para R\$ 244 bilhões em 2020. *Folha de S.Paulo*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/governo-preve-alta-no-deficit-da-previdencia-para-r-244-bilhoes-em-2020.shtml>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Regime Geral de Previdência Social teve déficit de R\$ 15,1 bilhões em fevereiro. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Disponível em: <<https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/noticias/previdencia/regime-geral/rgps-deficit-em-fevereiro-e-de-r-151-bilhoes>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

PARTE III

BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NA EC 103/2019

A NOVA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA

The new voluntary retirement

Jéssica Lorencette Godoy¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Regras da aposentadoria voluntária comum antes da Emenda Constitucional nº 103/2019; 3. Aposentadoria voluntária na Emenda Constitucional nº 103/2019; 3.1. Regra provisória aplicável aos servidores públicos federais; 3.2. Regras de transição da EC 103/2019; 4. Aposentadoria voluntária comum no estado de São Paulo – Emenda Constitucional estadual nº 49/2020 e Lei Complementar estadual nº 1.354/2020; 4.1. Requisitos previstos na Constituição Estadual; 4.2. Requisitos desconstitucionalizados: Lei Complementar estadual nº 1.354/2020; 4.3. Regras de transição – Repetição das normas federais; 5. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO O presente artigo pretende discutir as recentes alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 103/2019 na normativa vigente para as aposentadorias voluntárias dos servidores públicos civis, abordando tanto as regras permanentes quanto as de transição e temporárias, bem como as alterações promovidas no âmbito do estado de São Paulo em decorrência das referidas modificações.

Palavras-chave: Aposentadoria voluntária. Emenda Constitucional nº 103/2019. Nova normativa federal e no estado de São Paulo.

ABSTRACT The present paper aims to discuss the recent changes promoted by the Constitutional Amendment nº 103/2019 to the rules of voluntary retirement of public servants, approaching permanent, temporary and transitory rules, as well as the modifications made by the state of Sao Paulo in consequence of those changes.

Keywords: Voluntary retirement. Constitutional Amendment nº 103/2019. Federal and Sao Paulo's new rules.

1. INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, a aposentadoria pode ser considerada como o principal benefício previdenciário, por ter como objetivo primordial prover renda ao indivíduo quando esse for incapaz de obtê-la por suas próprias forças.

¹ Procuradora do estado de São Paulo.

Marcelo Barroso Lima Brito de Campos leciona que a aposentadoria “constitui o amparo financeiro ao servidor por ocasião dos eventos de idade, de tempo de contribuição e de invalidez, quando ele não mais pode envidar esforços para seu sustento e de sua família”.²

Tratando-se de benefício programado e cujos requisitos para a concessão são acumulados ao longo de toda a vida profissional do trabalhador, as alterações, sobretudo na aposentadoria voluntária, costumam ser as que mais impactam os trabalhadores e para as quais os olhos se voltam quando se começa a tratar de qualquer reforma previdenciária.

Nesse aspecto, não há dúvida de que com a Emenda Constitucional nº 103/2019 não foi diferente, sendo alvo de intensos debates ao longo de toda a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 6/2019 e, ainda hoje, após sua aprovação e promulgação.

Isso porque a EC 103/2019 alterou sensivelmente a questão das aposentadorias voluntárias, não só criando a **possibilidade de existência de requisitos distintos em cada um dos entes da federação, dentro de seus regimes próprios de previdência**, em virtude da *desconstitucionalização* de diversos aspectos do regime previdenciário, mas também permitindo a regulamentação dos requisitos para a aposentação – à exceção da idade mínima – por meio de lei complementar, que, como se sabe, pode ser alterada com facilidade muito maior do que dispositivos constitucionais.

Ao longo deste trabalho, abordaremos as alterações promovidas pela EC 103/2019 no âmbito das aposentadorias voluntárias, bem como as alterações promovidas na aposentadoria voluntária comum no âmbito do estado de São Paulo, por meio da Emenda Constitucional estadual nº 49, de 6 de março de 2020, e da edição da Lei Complementar estadual nº 1.354, de 6 de março de 2020.

2. REGRAS DA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA COMUM ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019

O artigo 40, § 1º, III, da Constituição Federal, tratava, anteriormente à alteração promovida pela EC 103/2019, da aposentadoria vo-

2 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*, p. 209.

luntária dos servidores titulares de cargos efetivos de todas as esferas de Poder e de todos os entes federativos, trazendo duas espécies distintas de aposentadoria voluntária: por idade ou por idade e tempo de contribuição³.

Ambas possuíam, como requisitos cumulativos: (i) tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público; e (ii) cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria.

Cumpridos tais requisitos, a aposentadoria poderia se dar: a) aos 60 anos de idade e 35 de contribuição, se homem, e aos 55 anos de idade e 30 de contribuição, se mulher; nesse caso, a aposentadoria se dava com proventos integrais (aposentadoria voluntária que conjuga idade e tempo de contribuição – art. 40, § 1º, inciso III, alínea a); ou b) aos 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher, nesse caso, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (aposentadoria voluntária por idade – art. 40, § 1º, inciso III, alínea b).

No entanto, além da aposentadoria voluntária comum que era prevista no corpo permanente da Constituição (artigo 40, § 1º, III), aplicável a quaisquer servidores públicos efetivos, independentemente da data de ingresso no serviço público, tendo em vista as grandes reformas por que passou a previdência social desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, temos ainda as aposentadorias voluntárias basea-

3 Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

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

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

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

das nas regras de transição estabelecidas pelas emendas constitucionais nº 20/1998, nº 41/2003 e nº 47/2005.

A primeira delas era aquela prevista no **artigo 8º da EC 20/1998**⁴, que, embora revogado pela EC 41/2003, subsistiu em relação aos servidores que adquiriram o direito à aposentação durante a sua vigência e com base em seus termos.

Por tal regra, aplicável aos servidores ingressos até 16/12/1998, o servidor deveria cumprir os seguintes requisitos, para que pudesse se aposentar com proventos integrais, calculados pela última remuneração e com paridade: (i) 5 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se daria a aposentadoria; (ii) idade mínima de 53 (cinquenta e três) anos, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos, se mulher; (iii) tempo de contribuição mínimo de 35 (trinta e cinco) anos, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher, acrescidos de um pedágio adicional equivalente a 20% do tempo que, em 16/12/1998, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição (35 anos ou 30 anos).

Além disso, o § 1º do art. 8º da EC 20/1998⁵ trazia a possibilidade de aposentadoria com proventos proporcionais, desde que cumpridos os seguintes requisitos: (i) 5 (cinco) anos de *efetivo exercício* no cargo em que

4 Art. 8º. Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta 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 dará 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 da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

5 § 1º - O servidor de que trata este artigo, desde que atendido o disposto em seus incisos I e II, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições: I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior; II - os proventos da aposentadoria proporcional serão equivalentes a setenta por cento do valor máximo que o servidor poderia obter de acordo com o *caput*, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento.

se daria a aposentadoria; (ii) idade mínima de 53 (cinquenta e três) anos, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos, se mulher; (iii) tempo de contribuição mínimo de 30 (trinta) anos, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher, acrescidos de um pedágio adicional equivalente a 40% do tempo que, em 16/12/1998, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição (30 anos ou 25 anos). Com base nesse dispositivo, os proventos corresponderiam a 70% do valor que o servidor receberia se se aposentasse com proventos integrais, com acréscimo de 5% por ano de contribuição que superasse o tempo exigido acrescido do pedágio.

A segunda regra de transição é a prevista no **artigo 2º da EC 41/2003**⁶, aplicável aos servidores públicos que tenham ingressado no serviço público até 16/12/1998, que prevê aposentadoria com proventos integrais calculados pela média das remunerações de contribuição, exigindo-se: (i) 5 (cinco) anos no *cargo em que se dará a aposentadoria*; (ii) 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito), se mulher; (iii) 35 (trinta e cinco) anos contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher, acrescido de pedágio equivalente a 20% do tempo que em 16/12/1998 faltaria para atingir os 35(trinta e cinco) ou 30 (trinta) anos de contribuição.

Veja-se que a redação de tal regra é a mesma do artigo 8º da EC 20/1998, porém, o cálculo do benefício deixa de ter como base a última remuneração do servidor, passando a considerar a média das remunerações de contribuição, nos termos da lei.

6 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.

Ainda no bojo da EC 41/2003, temos a regra de transição do artigo 6º⁷, aplicável aos servidores públicos que tenham ingressado no serviço público até 31/12/2003, que prevê aposentadoria com proventos integrais, calculados de acordo com a última remuneração, e paridade, exigindo-se: (i) 20 (vinte) anos de *efetivo exercício no serviço público*; (ii) 10 (dez) anos *carreira*; (iii) 5 (cinco) anos de *efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria*; (iv) 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher; e (v) 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco), se mulher.

Por fim, a quarta regra de transição para as aposentadorias voluntárias é a do artigo 3º da EC 47/2005⁸, aplicável aos servidores públicos que tenham ingressado no serviço público até 16/12/1998, com integralidade e paridade, observados os seguintes requisitos: (i) 25 (vinte e cinco) anos de *efetivo exercício* no serviço público; (ii) 15 (quinze) anos na *carreira*; (iii) 5 (cinco) anos no *cargo* em que se dará a aposentadoria; (iv) 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher; e (v) idade mínima estabelecida de acordo com a fórmula 85/95. Tal regra veio a corrigir as falhas da EC 41/2003, que,

7 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.

8 Art. 3º. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria; III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do *caput* deste artigo. Parágrafo único. Aplicar-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

revogando o artigo 8º da EC 20/1998, havia introduzido regra idêntica a ele, afastando, no entanto, a integralidade e a paridade garantida anteriormente.

3. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019

Como adrede referido, a Reforma da Previdência promoveu significativas modificações nas aposentadorias voluntárias, sobretudo, em um primeiro momento, no âmbito da União, já que tanto as novas regras inseridas no corpo permanente da Constituição quanto as regras provisórias e transitórias trazidas pela EC 103/2019 em relação ao tema somente se aplicam aos servidores públicos federais.

De início, alterou-se a própria sistemática legislativa dos requisitos de aposentação, que, como visto, até então encontravam-se todos disciplinados na Constituição Federal. Com a modificação do artigo 40, § 1º, os requisitos deixaram de figurar na Lei Maior, que estabeleceu apenas uma idade mínima para aposentadoria dos servidores da União: 62 anos (se mulher) e 65 anos (se homem). Já os demais requisitos (tempo de contribuição, tempo no serviço público, tempo no cargo), assim como a idade mínima a ser exigida pelos estados, Distrito Federal e municípios, foram desconstitucionalizados.

Em relação à **idade mínima** para os servidores estaduais, distritais e municipais, *remeteu-se às constituições estaduais e às leis orgânicas a tarefa de estabelecê-la*, e, quanto aos **demais requisitos**, assim como na esfera federal, a veiculação passou a ser conferida a *lei complementar do respectivo ente*.

No entanto, enquanto não promovidas as alterações nas legislações estaduais, distritais e municipais, a EC 103/2020 trouxe regra transitória assegurando a manutenção das regras constantes da redação anterior da Constituição Federal (o § 7º do art. 10º).

9 § 7º - Aplicam-se às aposentadorias dos servidores dos estados, do Distrito Federal e dos municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, enquanto não promovidas alterações na legislação interna relacionada ao respectivo regime próprio de previdência social.

Em relação aos servidores federais, se, como visto, o artigo 40 deixa de prever os requisitos para a aposentação, tratando apenas da idade mínima, a EC 103/2019 trouxe regras temporárias, contendo os requisitos para aposentadoria voluntária que deverão vigorar enquanto não editada a lei federal que discipline os demais requisitos “desconstitucionalizados” pela Emenda.

3.1. Regra provisória aplicável aos servidores públicos federais

As regras temporárias para a aposentadoria voluntária, tratando dos requisitos desconstitucionalizados, vieram previstas no artigo 10 da EC 103/2020¹⁰, aplicável enquanto não editada a Lei Complementar de que trata o artigo 40 da Constituição Federal.

O artigo, além de repetir as idades mínimas já previstas no corpo fixo da Constituição, trouxe os requisitos já previstos anteriormente de tempo mínimo de efetivo exercício de serviço público e tempo mínimo no cargo efetivo.

Assim, em relação ao regime próprio federal, a aposentadoria voluntária exigirá, nos termos da regra provisória: **25 anos de contribuição**, tempo mínimo de **10 (dez) anos de efetivo exercício de serviço público** e **5 (cinco) anos de exercício no cargo efetivo** em que ocorrer a aposentadoria, bem como a **idade mínima de 62 (sessenta e dois) anos** para a mulher e **65 (sessenta e cinco) anos** para o homem.

Já em relação à forma de cálculo do benefício, que será disciplinada por lei, também foi prevista regra temporária, no artigo 26 da EC 103/2019.

De acordo com o dispositivo temporário, o valor do benefício de aposentadoria corresponderá a **60% (sessenta por cento) da média aritmética de todos salários de contribuição**, desde a competência julho de

10 Art. 10 - Até que entre em vigor lei federal que discipline os benefícios do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores da União, aplica-se o disposto neste artigo. § 1º - Os servidores públicos federais serão aposentados: I – voluntariamente, observados, cumulativamente, os seguintes requisitos: a) 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem; e b) 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, desde que cumprido o tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria.

1994 ou desde o início da contribuição, com **acrécimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder 20 (vinte) anos de contribuição**, sendo premente destacar que, para o servidor que tenha ingressado no serviço público após a implementação do regime de previdência complementar ou que tenha exercido a opção correspondente, o salário de contribuição se limita ao teto do Regime Geral de Previdência Social, assim como o benefício em si¹¹.

Aqui, houve contundente alteração em relação ao regramento anterior, em que o cálculo do benefício considerava a média dos 80% maiores salários de contribuição, e não os 100% da sistemática atual, possibilitando o descarte dos 20% menores salários, sem que esse tempo fosse descartado como tempo de contribuição.

No entanto, como a vida funcional do servidor público nem sempre é linear, com mudanças de carreira, cargo e até mesmo histórico funcional anterior ao ingresso no serviço público com período de contribuição ao RGPS, como forma de evitar que salários de contribuição em valores inferiores ocasionem decréscimo do valor do benefício, é permitida a exclusão, no cálculo da média, das contribuições que resultem em redução do valor do benefício.¹²

11 Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. § 1º - A média a que se refere o *caput* será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social para os segurados desse regime e para o servidor que ingressou no serviço público em cargo efetivo após a implantação do regime de previdência complementar ou que tenha exercido a opção correspondente, nos termos do disposto nos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal. § 2º - O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no *caput* e no § 1º, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição nos casos: II - do § 4º do art. 10, ressalvado o disposto no inciso II do § 3º e no § 4º deste artigo; (...)

12 § 6º - Poderão ser excluídas da média as contribuições que resultem em redução do valor do benefício, desde que mantido o tempo mínimo de contribuição exigido, vedada a utilização do tempo excluído para qualquer finalidade, inclusive para o acréscimo a que se referem os §§ 2º e 5º, para a averbação em outro regime previdenciário ou para a obtenção dos proventos de inatividade das atividades de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal.

Porém, diferente do que ocorria com os 20% automaticamente descartados na sistemática anterior, o período excluído não poderá ser utilizado para qualquer finalidade, seja para cômputo de tempo mínimo de contribuição ou para o acréscimo previsto no § 2º do próprio dispositivo, seja para averbação em outro regime de previdência social.

Por fim, em relação à forma de reajuste, previu-se no § 7º que “os *benefícios calculados nos termos do disposto neste artigo serão reajustados nos termos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social*”.

3.2. Regras de transição da EC 103/2019

Como não poderia deixar de ser, em prestígio ao princípio da segurança jurídica, um dos mais sensíveis quando se trata de previdência social e também em observância ao direito a uma transição razoável, a exemplo das emendas constitucionais nº 20, nº 41 e nº 47, também a EC 103/2019 estabelece as indispensáveis regras de transição para aqueles servidores federais que já se encontravam vinculados aos regimes próprios e ao regime geral quando de seu advento.

Na lição de Paulo Modesto,

as disposições transitórias – como normas excepcionais e provisórias – cumprem o papel de pacificar e conciliar expectativas em sucessões normativas, assentando em marcos temporais precisos o planejamento de indivíduos, agentes públicos e econômicos. Se não há certeza sobre a vigência no tempo de normas constitucionais transitórias, como é possível projetar o futuro? Por isso, caracteriza **forma qualificada de deslealdade normativa** a alteração retroativa (aditiva, modificativa ou revogadora) ou **retrospectiva** (sobretudo em relações de longa duração) de norma constitucional transitória.¹³

Em relação ao Regime Próprio de Previdência Social, as regras transitórias relacionadas à aposentadoria voluntária comum encontram-se nos artigos 4º e 20 da EC 103/2019.

13 Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade, p. 44.

Para que os servidores públicos federais em geral possam aposentar-se pelas regras de transição, tanto a do artigo 4º quanto a do artigo 20, devem ter **20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo** em que se der a aposentadoria.

Além disso, na regra de transição do **artigo 4º¹⁴** é exigida uma *combinação* de **idade e tempo de contribuição** que apresenta variações para o homem e para a mulher, podendo ser subdividida do seguinte modo:

- a) até 31 de dezembro de 2019: 56 anos de idade e 30 (trinta) de contribuição, totalizando 86 pontos, se mulher; e 61 anos de idade e 35 (trinta e cinco) de contribuição, totalizando 96 pontos, se homem.
- b) a partir de 1º de janeiro de 2020 a pontuação referida será acrescida a cada ano de 1 ponto, até atingir o limite de 100 pontos, se mulher, e de 105 pontos, se homem.
- c) a partir de 1º de janeiro de 2022, além da continuidade do aumento da pontuação referida no item b, a idade mínima será de 57 (cinquenta e sete) anos, se mulher, e 62 (sessenta e dois) anos, se homem.

Afora essa sistemática em relação aos requisitos para a concessão da aposentadoria, essa regra de transição se subdivide ainda em três, no que se refere à forma de cálculo do benefício, com previsão no § 6º¹⁵:

14 Art. 4º - O servidor público federal que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - 56 (cinquenta e seis) anos de idade, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos de idade, se homem, observado o disposto no § 1º; II - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; III - 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público; IV - 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria; e V - somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem, observado o disposto nos §§ 2º e 3º. § 1º. A partir de 1º de janeiro de 2022, a idade mínima a que se refere o inciso I do *caput* será de 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se homem. § 2º. A partir de 1º de janeiro de 2020, a pontuação a que se refere o inciso V do *caput* será acrescida a cada ano de 1 (um) ponto, até atingir o limite de 100 (cem) pontos, se mulher, e de 105 (cento e cinco) pontos, se homem. § 3º. A idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias para o cálculo do somatório de pontos a que se referem o inciso V do *caput* e o § 2º.

15 § 6º - Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderão: I - à totalidade da remuneração do servidor público no cargo efetivo em

- a) para os ingressos no serviço público até 31/12/2003 (ou seja, aqueles que fazem jus às regras de transição das EC 20, 41 e 47), serão mantidas as regras de integralidade e paridade, desde que se aposentem com idade mínima de 62 (sessenta e dois) anos, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos, se homem.
- b) para os ingressos no serviço público após 31/12/2003 ou que não observem a idade mínima referida no item anterior, o benefício corresponderá a 60% da média aritmética das remunerações de contribuição, acrescido de 2% para cada ano de contribuição que exceder 20 anos, até o limite de 100%.
- c) para os ingressos no serviço público após a instituição do regime de previdência complementar ou que tenham optado por esse regime, o benefício corresponderá a 60% da média aritmética das remunerações e dos salários de contribuição, acrescidos de 2% para cada ano de contribuição que exceder 20 (vinte) anos, até o limite de 100%, observado o limite máximo do Regime Geral de Previdência Social.

Além da regra acima, denominada “regra dos pontos”, no **artigo 20¹⁶** estabeleceu-se a “regra do pedágio”, aplicável tanto ao Regime Próprio de Previdência Social quanto ao Regime Geral.

que se der a aposentadoria, observado o disposto no § 8º, para o servidor público que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003 e que não tenha feito a opção de que trata o § 16 do art. 40 da Constituição Federal, desde que tenha, no mínimo, 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, ou, para os titulares do cargo de professor de que trata o § 4º, 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem; II - ao valor apurado na forma da lei, para o servidor público não contemplado no inciso I. § 7º Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo não serão inferiores ao valor a que se refere o § 2º do art. 201 da Constituição Federal e serão reajustados: I - de acordo com o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, se cumpridos os requisitos previstos no inciso I do § 6º; ou II - nos termos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social, na hipótese prevista no inciso II do § 6º.

- 16 Art. 20. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem; II - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; III - para os servidores públicos, 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria; IV - período adicional de contribuição correspondente ao

Pela regra do pedágio, os segurados, filiados ao Regime Geral ou ingressos no serviço público até a data de entrada em vigor da Emenda, podem aposentar-se, voluntariamente, cumpridos os seguintes requisitos, cumulativamente:

- a) 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem;
- b) 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;
- c) no caso dos servidores públicos: 20 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria; e
- d) período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data da entrada em vigor da Emenda Constitucional, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição exigido – 30 (trinta) ou 35 (trinta e cinco) anos –, o pedágio.

Nessa regra de transição, os servidores que tenham ingressado no serviço público até a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003 (31/12/2003) e que não tenham optado pela migração para o regime de previdência complementar, farão jus à aposentadoria calculada pelo critério da integralidade e reajustada paritariamente. Os demais servidores, porém, terão seus proventos calculados “na forma da lei” e reajustados “nos termos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social” (§§ 2º e 3º do artigo 20 da EC 103/2019)¹⁷.

tempo que, na data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição referido no inciso II.

- 17 § 2º - O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderá: I - em relação ao servidor público que tenha ingressado no serviço público em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003 e que não tenha feito a opção de que trata o § 16 do art. 40 da Constituição Federal, à totalidade da remuneração no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, observado o disposto no § 8º do art. 4º; e II - em relação aos demais servidores públicos e aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, ao valor apurado na forma da lei. § 3º - O valor das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo não será inferior ao valor a que se refere o § 2º do art. 201 da Constituição Federal e será reajustado: I - de acordo com o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, se cumpridos os requisitos previstos no inciso I do § 2º; II - nos termos estabelecidos para o Regime Geral de Previdência Social, na hipótese prevista no inciso II do § 2º.

4. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA COMUM NO ESTADO DE SÃO PAULO – EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL Nº 49/2020 E LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.354/2020

4.1. Requisitos previstos na Constituição Estadual

Como vimos, a EC 103/2019 alterou de forma significativa a previsão dos requisitos para a aposentadoria voluntária, conferindo a cada ente federativo a possibilidade de dispor, mediante alteração em suas constituições estaduais, leis orgânicas e legislação infraconstitucional sobre os requisitos de aposentação.

Nesses termos, foi promulgada, em 6 de março de 2020, no estado de São Paulo, a Emenda Constitucional nº 49/2020, que, entre outros pontos, alterou o artigo 126 da Constituição Bandeirante, passando a estabelecer, como requisito para aquisição do direito à aposentadoria comum, a idade mínima de 62 (sessenta e dois) anos para as mulheres e de 65 (sessenta e cinco) anos para os homens:

Artigo 126 – O Regime Próprio de Previdência Social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do estado de São Paulo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

1º – Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados:

3 – voluntariamente, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar.

Como se percebe, foram adotadas as mesmas idades mínimas da EC 103/2019 para os servidores públicos federais previstas no artigo 40, § 1º, III, da Constituição Federal.

Os demais requisitos, como já estatuído na Constituição Federal, ficaram a cargo de regulamentação via lei complementar, que, no caso do estado de São Paulo, foi a Lei Complementar estadual nº 1.354/2020, de 6 de março de 2020.

4.2. Requisitos desconstitucionalizados: Lei Complementar estadual nº 1.354/2020

Tendo em vista a alteração na sistemática dos requisitos da aposentação, que, como visto, à exceção das idades mínimas, foram relegados à disciplina de lei complementar, concomitantemente com a tramitação da Proposta de Emenda à Constituição estadual nº 18/2019 (posteriormente convertido na EC 49/20), tramitou o Projeto de Lei Complementar nº 80/2019, convertido na LC estadual nº 1.354/2020.

Assim como ocorreu com as idades mínimas na Constituição Estadual, a regra para a aposentadoria voluntária comum no âmbito estadual, prevista no artigo 2º, inciso III, da LC estadual nº 1.354/2020, reproduziu as regras (provisórias) incidentes sobre os servidores públicos federais, previstas na EC 103/2019. Confira-se:

Artigo 2º – O servidor público abrangido pelo regime próprio de previdência estadual será aposentado:

III – voluntariamente, desde que observados, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- a) 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem;
- b) 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, desde que cumprido o tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício de serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo, nível ou classe em que for concedida a aposentadoria.

Da mesma forma, em relação às regras de cálculo do benefício reproduziram-se as disposições provisórias incidentes sobre a esfera federal. Logo, nos termos dos artigos 7º a 9º da LC estadual nº 1.354/2020¹⁸, os proventos

18 Artigo 7º. O cálculo dos proventos de aposentadoria do servidor público titular de cargo efetivo considerará a média aritmética simples das remunerações adotadas como base para as contribuições aos regimes de previdência a que o servidor esteve vinculado, atualizadas monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência. § 1º - As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários de contribuição considerados no cálculo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. § 2º - A média a que se refere o *caput* será limitada ao valor máximo do salário de contribuição do Regime Geral de Previdência Social, para o servidor que ingressou no serviço

da aposentadoria voluntária comum corresponderão a **60% (sessenta por cento) da média aritmética de todos salários de contribuição**, desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, com **acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder 20 (vinte) anos de contribuição**, limitando-se o salário de contribuição ao teto do Regime Geral de Previdência Social, tendo em vista que já implementado o regime de previdência complementar no estado de São Paulo por meio da Lei estadual nº 14.653/2011.

Previu-se, igualmente, possibilidade de exclusão, no cálculo da média, das contribuições que resultem em redução do valor do benefício, com idêntica vedação à utilização do tempo descartado para qualquer finalidade.

Por fim, há previsão de que o reajuste se dará na mesma data utilizada para reajuste dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, com base no Índice de Preços ao Consumidor - IPC, apurado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – Fipe.

4.3. Regras de transição – Repetição das normas federais

Também a legislação estadual paulista cuidou de trazer regras de transição, e novamente o fez repetindo as opções do Constituinte Federal no tocante ao regramento da aposentadoria voluntária dos servidores da União.

público, em cargo efetivo, após a implantação do regime de previdência complementar. § 3º - Poderão ser excluídas da média definida no *caput* as contribuições que resultem em redução do valor do benefício, desde que mantido o tempo mínimo de contribuição exigido, vedada a utilização do tempo excluído para qualquer finalidade previdenciária. § 4º - Os proventos de aposentadoria corresponderão a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no *caput* e no § 1º, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição. § 5º - No caso de aposentadoria por incapacidade permanente, prevista no artigo 2º, inciso I, desta lei Artigo 8º - Os benefícios calculados nos termos do disposto no artigo anterior serão reajustados na mesma data utilizada para fins de reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, com base no Índice de Preços ao Consumidor - IPC, apurado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - Fipe. Artigo 9º - Os proventos de aposentadoria não poderão ser: I - inferiores ao valor mínimo a que se refere o § 2º do artigo 201 da Constituição Federal; II - superiores ao limite máximo estabelecido para o Regime Geral de Previdência Social, quanto aos servidores abrangidos pelos §§ 14, 15 e 16 do artigo 40 da Constituição Federal. Parágrafo único - As aposentadorias decorrentes de incapacidade permanente ou de servidores com deficiência ou de servidores cujas atividades sejam exercidas com exposição a agentes nocivos, químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde terão os proventos devidos a partir da publicação do ato concessório.

Com efeito, apesar das discussões travadas sobre a extensão da autonomia dos entes federativos e da possibilidade ou não de se preverem regras de transição distintas das previstas em nível federal, fato é que no estado de São Paulo, sobretudo em virtude da repetição, no nível estadual, dos requisitos previstos para a aposentação federal, fez-se mais ou menos inescapável a opção por regras de transição também idênticas às estabelecidas para os servidores federais.

Assim, apenas com algumas pequenas diferenças de redação, os artigos 10 e 11 da LC estadual 1.354/2020¹⁹ repetem as regras de pontos e

19 Artigo 10. O servidor que tenha ingressado no serviço público, com vinculação ao Regime Próprio de Previdência Social, até a data de entrada em vigor desta lei complementar, poderá aposentar-se voluntariamente quando preencher, cumulativamente, os seguintes requisitos: I - 56 (cinquenta e seis) anos de idade, se mulher, e 61 (sessenta e um) anos de idade, se homem, observado o disposto no § 1º; II - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; III - 20 (vinte) anos de efetivo exercício de serviço público; IV - 5 (cinco) anos no cargo efetivo, nível ou classe em que for concedida a aposentadoria; V - somatório da idade e do tempo de contribuição, incluídas as frações, equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, se mulher, e 96 (noventa e seis) pontos, se homem, observado o disposto nos §§ 2º e 3º. § 1º - A partir de 1º de janeiro de 2022, a idade mínima a que se refere o inciso I deste artigo será elevada para 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se homem. § 2º - A partir de 1º de janeiro de 2020, a pontuação a que se refere o inciso V deste artigo será acrescida a cada ano de 1 (um) ponto, até atingir o limite de 100 (cem) pontos, se mulher, e de 105 (cento e cinco) pontos, se homem. § 3º - A idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias para o cálculo do somatório de pontos a que se refere o inciso V deste artigo e o § 2º. (...) § 6º - Os proventos das aposentadorias concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderão: 1 - à totalidade da remuneração do servidor público no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, observado o disposto no § 8º, para o servidor público que tenha ingressado no serviço público, com vinculação ao Regime Próprio de Previdência Social, até 31 de dezembro de 2003, desde que cumpridos 5 (cinco) anos no nível ou classe em que for concedida a aposentadoria e se aposente aos: a) 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem; b) 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem, para os titulares do cargo de professor de que trata o § 4º. 2 - a 60% (sessenta por cento) da média aritmética definida na forma prevista no *caput* e §§ 1º, 2º e 3º do artigo 7º, com acréscimo de 2% (dois por cento) para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição, para o servidor não contemplado neste parágrafo. (...) Artigo 11 - Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo artigo 10, o servidor que tenha ingressado no serviço público, com vinculação ao Regime Próprio de Previdência Social, até a data de entrada em vigor desta lei complementar, poderá aposentar-se voluntariamente ainda quando preencher cumulativamente os seguintes requisitos: I - 57 (cinquenta e sete) anos de idade, se mulher, e 60 (sessenta) anos de idade, se homem; II - 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem; III - 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público; IV - 5 (cinco) anos no cargo efetivo, nível ou classe em que for concedida a aposentadoria; V - período adicional de contribuição correspondente ao tempo que, na data de entrada em vigor desta lei complementar, faltaria para atingir o tempo mínimo de contribuição referido no inciso II. § 2º - Os proventos das aposentadorias

do pedágio previstas nos artigos 4º e 20 da EC 103/2019, pelo que remetemos o leitor, aqui, às regras já explicitadas no tópico 3.2 deste artigo.

5. CONCLUSÃO

A aposentadoria dos servidores públicos sempre foi tema que gerou intensos debates legislativos e doutrinários. As inúmeras modificações ocorridas por meio das emendas constitucionais denotam o quanto o assunto é relevante, sobretudo aos cofres públicos.

Desde a sua instituição, diversos direitos foram garantidos aos servidores públicos no âmbito da previdência social, diferenciando-os sobremaneira dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, com a previsão de institutos como a paridade, integralidade, abono de permanência, entre outros.

Com as sucessivas reformas, o que se pode perceber é que tais direitos vêm sendo paulatinamente expurgados, com a implementação de regras que, cada vez mais, aproximam os dois sistemas – Próprio e Geral –, inclusive com a atual vedação, por meio da Emenda Constitucional nº 103/2019, da criação de novos regimes próprios.

Por outro lado, apesar da tentativa de aproximação dos regimes, a desconstitucionalização de alguns requisitos de aposentação, com a abertura para que os entes federativos disponham por meio deles em legislação própria, possibilita a existência de regimes próprios com regras das mais diversas, embora a tendência, como ocorreu no caso do estado de São Paulo, seja a repetição, por muitos estados e municípios, das normas federais de regência.

No âmbito da aposentadoria voluntária, comum sobretudo quando se analisa as regras de transição presentes tanto na Emenda Cons-

concedidas nos termos do disposto neste artigo corresponderão: 1 - à totalidade da remuneração do servidor público no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, observado o disposto no § 8º do artigo 10 desta lei complementar, para o servidor público que tenha ingressado no serviço público, com vinculação ao Regime Próprio de Previdência Social, até 31 de dezembro de 2003, desde que cumpridos 5 (cinco) anos no nível ou classe em que for concedida a aposentadoria. 2 - a 100% (cem por cento) da média aritmética definida na forma prevista no *caput* e §§ 1º, 2º e 3º do artigo 7º, para o servidor não contemplado no item 1 deste parágrafo.

titucional nº 103/2019 quanto na Emenda Constitucional estadual nº 49/2020 (estado de São Paulo), observa-se a adoção de requisitos severos e desproporcionais.

Não se duvida da necessidade de reformulação da previdência social, de forma a buscar, sempre, o seu indispensável equilíbrio financeiro e atuarial e a evitar a concessão de privilégios injustificáveis. No entanto, é preciso ter em mente que a previdência social é um **direito** social garantido a todo trabalhador e afeta diretamente o seu planejamento de vida a longo prazo, de modo que alterações bruscas e sem regras de transição razoáveis e sustentáveis impactam sobremaneira tal planejamento, especialmente em relação àqueles que já estavam próximos à aposentadoria à época das alterações e se acham obrigados a permanecer em atividade por mais vários anos.

De igual forma, há que se ter cautela quanto às regras permanentes que estabelecem os requisitos para a concessão de aposentadoria, eis que a introdução de requisitos de tempo de contribuição e idade demasiadamente rígidos, orientados apenas pela ótica financeira do sistema, pode transformar a previdência social, que é um direito do servidor público, em um ônus ao mesmo, desvirtuando-se de seu objetivo primordial, que é a proteção e o amparo aos trabalhadores em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDONE, Igor Volpato; FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. **Direito previdenciário público – regime próprio de previdência social dos servidores públicos do estado de São Paulo**. Editora Juspodvm, Salvador, 2018.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito De. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 8. edição. Curitiba: Juruá, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. edição. São Paulo: Atlas, 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 24. edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

MODESTO, Paulo. **Disposições constitucionais transitórias na reforma da previdência: proteção da confiança e proporcionalidade**, *Revista Brasileira de Direito Público -RBDP*. Belo Horizonte: ano 15, nº 56, jan./mar. 2017.

APOSENTADORIA POR INCAPACIDADE PERMANENTE – BREVE EXAME À LUZ DA EC 103/2019 E DA EC 49/2020

Disability retirement – Brief exam in light of constitutional amendments 103/2019 and 49/2020

Rafael Sodré Ghattas¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Considerações preliminares; 3. A aposentadoria por invalidez na Constituição de 1988; 4. As inovações trazidas pelas EC 103/2019 e EC 49/2020; 4.1. Requisitos; 4.2. Cálculo e reajuste; 4.3. Regra de transição; 5. Reversão; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO O objetivo deste estudo é traçar um breve panorama do benefício previdenciário de aposentadoria por incapacidade permanente dos servidores públicos, tal qual desenhado pela recente reforma previdenciária. Para tanto, abordaremos o conceito e o histórico do benefício, assim como o tratamento a ele conferido pela Constituição Federal de 1988 e suas emendas. Por fim, serão esclarecidas quais as principais mudanças implementadas pelas emendas constitucionais nº 103/2019 e nº 49/2020.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Previdenciário. Aposentadoria. Invalidez. Incapacidade Permanente. Conceito. Histórico. Requisitos. Cálculo. Reajuste. Regra de Transição. Reversão.

ABSTRACT The purpose of this study is to present the concept and to outline a brief overview of the retirement pension benefit for permanent disability of public servants. Some considerations will be made about the benefit's history as well as its normative treatment by the Federal Constitution of 1988 and its amendments. Finally, the major changes implemented by constitutional amendments nº 103/2019 and nº 49/2020 will be explained.

Keywords: Constitutional Law. Social Security Law. Retirement. Disability. Concept. Historic. Requirement. Computation. Readjustment. Transition Rule. Reemployment.

1 Procurador do estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia.

1. INTRODUÇÃO

Entre as inúmeras inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, algumas implicaram importantes mudanças no tratamento da aposentadoria por invalidez devida aos servidores filiados ao Regime Próprio de Previdência Social.

A relevância desse benefício previdenciário, que tem por intuito proteger o servidor no dramático momento em que é defrontado com a incapacidade permanente para o trabalho, nos impulsiona a tentar compreender a nova feição conferida à aposentadoria por invalidez, agora denominada “aposentadoria por incapacidade permanente”².

Inicialmente, teceremos algumas considerações sobre a conceituação e o histórico desse benefício. Em seguida, abordaremos o tratamento conferido à aposentadoria por invalidez pela Constituição de 1988 e pelas reformas previdenciárias que a modificaram. Então, adentraremos propriamente no estudo das alterações perpetradas pela EC 103/2019, bem como pela Emenda à Constituição estadual nº 49/2020 quanto ao tema.

Ao final, pretendemos ter esclarecido as principais modificações realizadas no tratamento da aposentadoria por invalidez do servidor público pela mais recente reforma: a exigência de que o servidor seja insuscetível de readaptação para que seja caracterizado o direito a tal benefício previdenciário; a imposição de avaliações periódicas do servidor aposentado por invalidez, a fim de verificar se não seria o caso de reversão; as novas regras de cálculo e reajuste desse benefício, que deixa de garantir cálculo mais benéfico àqueles que se invalidarem em decorrência de doença grave, contagiosa ou incurável, entre outras.

Se é certo que, concluído este artigo, restarão ainda muitas questões a serem respondidas a respeito de tais modificações, não é menos certo

2 Segundo Luciano Martinez, essa mudança teria sido motivada pela intenção de superar a carga semântica negativa da expressão “invalidez”, relacionada à ideia de “imprestabilidade”, “inutilidade”, “que, por motivo não apenas relacionado ao equilíbrio financeiro e atuarial, mas também à dignidade do próprio trabalhador, se quis afastar” (*Reforma da Previdência*, p. 36).

que estamos a fornecer, ao menos, um ponto de partida para a construção dessas respostas.

2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

De acordo com a lição de José dos Santos Carvalho Filho³, a “aposentadoria por incapacidade permanente é o benefício concedido em decorrência de impossibilidade física ou psíquica do servidor, em caráter permanente, para exercer as funções de seu cargo”.

Interessante observar que a aposentadoria por invalidez foi o primeiro benefício previdenciário a encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico. Deveras, a Constituição Brasileira de 1891, a primeira a assegurar um benefício previdenciário, optou exatamente por garantir aposentadoria por invalidez para os servidores públicos, ao estabelecer, em seu artigo 75, que “a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”.

Em seguida, legislações esparsas criaram benefícios previdenciários em favor de determinadas categorias de servidores públicos, a exemplo da Lei nº 217, de 29 de novembro de 1892, que instituiu a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte dos operários do Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro, e do Decreto nº 9.284, de 30 de dezembro de 1911, que criou a Caixa de Pensões dos Operários da Casa da Moeda.

A Carta Magna de 1934, por seu turno, estabeleceu autêntico sistema previdenciário para os servidores públicos. No que concerne ao benefício de aposentadoria por invalidez, afirmava que a incapacidade para o exercício do cargo ou posto determinaria a aposentadoria ou reforma, que, nesse caso, se contasse o funcionário mais de trinta anos de serviço público efetivo, seria concedida com os vencimentos integrais⁴.

Seguindo a mesma trilha, as demais constituições brasileiras disciplinaram o regime previdenciário do servidor público, sempre assegurando a esses o benefício de aposentadoria por invalidez.

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 768.

4 Artigo 170, § 4º: “a invalidez para o exercício do cargo ou posto determinará a aposentadoria ou reforma, que, nesse caso, se contar o funcionário mais de trinta anos de serviço público efetivo, nos termos da lei, será concedida com os vencimentos integrais”.

3. A APOSENTADORIA POR INVALIDEZ NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A CRFB/1988, ao tratar da aposentadoria por invalidez no âmbito dos RPPS, estabeleceu, originariamente, que o servidor faria jus à aposentadoria por invalidez permanente, sendo os proventos integrais (correspondentes à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que ocorresse a aposentadoria) quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais ao **tempo de serviço** nos demais casos (artigo 40, § 1º, I). O reajuste dos proventos era paritário, nos termos do § 4º do artigo 40⁵.

A EC 20/1998, que instituiu expressamente o princípio contributivo no âmbito dos regimes próprios de Previdência Social, alterou a redação do artigo 40, § 1º, I, para fazer constar que a aposentadoria por invalidez permanente seria concedida com proventos proporcionais ao **tempo de contribuição**, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei.

Posteriormente, a reforma introduzida pela EC 41/2003 trouxe profunda alteração no que concerne à forma de cálculo e reajuste do referido benefício. Isso porque o § 3º do artigo 40 da CRFB 1988, com a redação dada pela EC 41/2003, passou a estabelecer regra geral no sentido de que, para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, seriam consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes geral e próprio de previdência, devidamente atualizadas, na forma lei.

A matéria foi regulada pela Medida Provisória nº 167, de 19 de fevereiro de 2004, convertida na Lei federal nº 10.887, de 18 de junho de 2004. Essa, em seu artigo 1º, estabeleceu que o cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores vinculados ao RPPS deverá considerar

5 § 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.

a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

Assim, a base de cálculo da aposentadoria por invalidez, que até então correspondia à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que ocorresse a aposentadoria, passou a corresponder à média aritmética simples das maiores remunerações de contribuição do servidor, na forma estabelecida na Lei nº 10.887/2004.

Além de ter superado a regra da integralidade, a EC 41/2003 estabeleceu que o reajustamento dos benefícios previdenciários deixaria de ser paritário e passaria a ser feito nos termos da lei⁶.

Embora a EC 41/2003 e, posteriormente, a EC 47/2005 tenham previsto regras de transição com o fito de abrandar os efeitos das novas regras de cálculo e reajuste dos proventos de aposentadoria sobre os servidores que já tivessem ingressado no serviço público quando do início da vigência das novas regras, apenas o fizeram em relação às aposentadorias voluntárias.

Por isso, mais tarde, foi editada a EC 70/2012, que criou regra de transição para a proteção das expectativas dos servidores que, tendo ingressado no serviço público antes do início da vigência da EC 41/2003, viessem a alcançar aposentadoria por invalidez.

Desse modo, foi acrescentado o artigo 6º-A ao texto da EC 41/2003 para dispor que 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 da EC 41/2003 faz jus a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não lhes sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal.

⁶ § 8º - É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

Já o parágrafo único do citado artigo 6º-A estabeleceu que se aplicaria ao valor dos proventos de aposentadorias, concedidas com base no *caput*, o disposto no art. 7º da EC 41/2003⁷ (reajuste paritário), observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores.

Em resumo, de acordo com as regras da EC 70/2012, aplicavam-se às aposentadorias por invalidez daqueles que ingressaram no serviço público antes da promulgação da EC 41/2003 as regras da integralidade e paridade, observando-se que os proventos seriam proporcionais ou integrais a depender do motivo que ensejasse a concessão do benefício.

Cumprе alertar que o artigo 6º-A da EC 41/2003 apenas assegurou que os servidores que ingressaram em cargo efetivo antes do advento dessa emenda, se colhidos por invalidez permanente, fariam jus a proventos calculados com base na remuneração do cargo em que se desse a aposentadoria – “integralidade”. Ao contrário do que se chegou a sustentar em sede jurisprudencial, o dispositivo não garantiu a todos esses servidores proventos integrais, o que somente seria possível, nos termos do artigo 40, § 1º, I, da CRFB/1988, caso a incapacidade permanente fosse decorrente de “acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei”.

Nesse ponto, cabe destacar que “a lei que define as hipóteses de acidente em serviço, moléstia profissional, doença grave, contagiosa ou incurável geradora de invalidez deverá ser de cada unidade federada em observância ao princípio da autonomia”⁸.

7 Art. 7º. Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, estados, Distrito Federal e municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

8 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos*, p. 232.

No estado de São Paulo, diante da omissão do legislador quanto a esse tema, entende-se aplicável, com base no artigo 40, § 12, da CRFB/1988⁹, o regramento do Regime Geral de Previdência Social atinente à matéria.

Tem-se, portanto, que o conceito legal de acidente de trabalho aplicável aos servidores paulistas é aquele veiculado pelo artigo 19 da Lei federal nº 8.213/1991¹⁰. Esse dispositivo estabelece que o acidente de trabalho ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Nos termos do artigo 21 da Lei federal nº 8.213/1991, equiparam-se ao acidente do trabalho os seguintes infortúnios:

- I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;
- II – o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:
 - a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
 - b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;

9 § 12 - Além do disposto neste artigo, serão observados, em regime próprio de previdência social, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social.

10 Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. § 1º - A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador. § 2º - Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho. § 3º - É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular. § 4º - O Ministério do Trabalho e da Previdência Social fiscalizará e os sindicatos e entidades representativas de classe acompanharão o fiel cumprimento do disposto nos parágrafos anteriores, conforme dispuser o Regulamento.

- c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
 - d) ato de pessoa privada do uso da razão;
 - e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;
- III – a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;
- IV – o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:
- a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;
 - b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;
 - c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por essa dentro de seus planos para melhor capacitação da mão de obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;
 - d) no percurso da residência para o local de trabalho ou desse para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

A referida lei federal também traz os conceitos de doença profissional e doença do trabalho, equiparando-as ao acidente de trabalho. De acordo com o seu artigo 20, considera-se acidente do trabalho a doença profissional, assim entendida aquela produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social¹¹.

No mesmo sentido, considera-se acidente de trabalho a doença do trabalho, assim entendida aquela adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e que com ele se relacione diretamente, constante da relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social (hoje, Ministério da Economia).

11 Atualmente, esses dois órgãos integram o Ministério da Economia.

Por outro lado, o § 1º do artigo 20 da Lei federal nº 8.213/1991 enumera que não são consideradas como doença do trabalho: a) a doença degenerativa; b) a inerente a grupo etário; c) a que não produza incapacidade laborativa; d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

Quanto à conceituação de “doença grave, contagiosa ou incurável geradora de invalidez”, o artigo 26, inciso II, da Lei federal nº 8.213/1991 confere aos ministérios da Saúde e da Previdência Social a competência para elaborar lista de tais moléstias, a ser atualizada a cada 3 (três) anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado.

Atualmente, no entanto, vigora a lista constante do artigo 151 da Lei federal nº 8.213/1991, com a redação conferida pela Lei federal nº 13.135/2015¹², que enquadra na categoria das doenças graves, contagiosas ou incuráveis, as seguintes moléstias: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, esclerose múltipla, hepatopatia grave, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave,

12 Nesse sentido: “Importante atentar que, desde que editada a Portaria Interministerial MPS/MS nº 2.998/2001, que estabelecia a lista de doenças prevista no artigo 26, II, da Lei federal nº 8.213/1991, até essa recente alteração no teor do artigo 151 da Lei federal nº 8.213/1991, a eficácia desse dispositivo, de natureza transitória, esteve suspensa. Nesse interstício vigorou a lista constante da referida portaria. Contudo, a modificação do artigo 151 pela Lei federal nº 13.135/2015, que incluiu a esclerose múltipla e a hepatopatia grave no rol de doenças nele contemplado, decerto imprimiu-lhe eficácia até que a Administração Federal venha a editar nova portaria. Não se ignora que há certa celeuma quanto ao ponto, mas parece difícil sustentar que o rol previsto na portaria em tela, datada de 2001, possa prevalecer sobre ato normativo mais recente e de hierarquia superior. A corroborar esse posicionamento, tem-se que a intenção de retomar o rol do artigo 151 da Lei federal nº 8.213/1991, em detrimento da lista posta na Portaria Interministerial MPS/MS nº 2.998/2001, consta do Parecer nº 7/2015, elaborado pela Comissão Mista destinada a examinar e emitir parecer sobre a Medida Provisória nº 664/2014, que deu origem à Lei federal nº 13.135/2015. Confira-se: ‘Para o segurado do RPPS, retomamos o rol da lista de doenças do artigo 151 da Lei de Benefícios, que o dispensam do cumprimento de período de carência para o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, mas acrescida de esclerose múltipla e hepatopatia grave, cuja previsão já constava da legislação sobre o Imposto de Renda (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, XIV)’. (BEDONE, Igor Volpato. FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. *Direito Previdenciário Público*, p. 160).

estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida (aids) ou contaminação por radiação.

4. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELAS EC 103/2019 E EC 49/2020

De acordo com o texto da reforma levada a efeito pela EC 103/2019, o servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido – quando insuscetível de readaptação –, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de lei do respectivo ente federativo.

No que concerne aos demais entes federados, até que entrem em vigor as respectivas alterações nas legislações previdenciárias, aplicar-se-ão as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor da EC 103/2019, consoante estabelece o § 9º do seu artigo 4º.

A EC 103/2019 e, no âmbito do estado de São Paulo, a EC 49/2020 introduziram diversas alterações no benefício objeto de análise, especialmente em relação às hipóteses de concessão e forma de cálculo. É o que demonstram os seguintes quadros comparativos:

CRFB/1988	CRFB/1988
Redação anterior	Redação dada pela EC 103/2019
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.	Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

§ 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:	§ 1º – O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado:
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;	I – por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de lei do respectivo ente federativo;

CESP/1989	CESP/1989
Redação anterior	Redação dada pela EC 49/2020
Artigo 126 – Aos servidores titulares de cargos efetivos do estado, 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. (NR)	Artigo 126 – O Regime Próprio de Previdência Social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do estado de São Paulo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. (NR)
§ 1º – (...)	§ 1º – (...)
1 – 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; (NR)	1 – por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatório realizar avaliações periódicas para verificar a continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma da lei; (NR)

De plano, nota-se a mudança da nomenclatura do benefício, que passa a ser denominado “aposentadoria por incapacidade permanente”, bem como a previsão de novo requisito para aquisição desse benefício: que o servidor seja insuscetível de readaptação. Ademais, a nova norma constitucional prevê a obrigatoriedade de avaliações periódicas com o escopo de verificar a continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria¹³.

A EC 103/2019 deixa a cargo da legislação de cada ente federativo a definição das hipóteses de concessão e da forma de cálculo do benefício de aposentadoria por incapacidade permanente.

No âmbito do estado de São Paulo, para regulamentar o artigo 126 da CESP/1989, foi editada a Lei Complementar nº 1.354/2020, que dispôs no seu art. 2º, I, que o servidor público abrangido pelo regime próprio de previdência estadual será aposentado por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas, no mínimo, a cada 5 (cinco) anos, para verificar a continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, aplicando-se as normas que regem o processo administrativo estadual, naquilo que couber, e também regulamento específico a ser editado pelo chefe do Poder Executivo.

Em virtude do disposto no artigo 26, § 3º, II, da EC 103/2019¹⁴, e no artigo 7º, § 5º, da Lei Complementar estadual nº 1.354/2020¹⁵, a

13 Segundo Marcelo Barroso Lima Brito de Campos, a EC 103/2019 “constitucionalizou” tanto o instituto da readaptação quanto a exigência de avaliações periódicas do aposentado, até então previstas na legislação de diversos entes federados (CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Manual dos servidores públicos*, p. 134).

14 Art. 26 - Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do Regime Próprio de Previdência Social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a Regime Próprio de Previdência Social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência. (...) § 3º - O valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 100% (cem por cento) da média aritmética definida na forma prevista no *caput* e no § 1º: (...) II - no caso de aposentadoria por incapacidade permanente, quando decorrer de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho.

15 Artigo 7º - O cálculo dos proventos de aposentadoria do servidor público titular de cargo efetivo considerará a média aritmética simples das remunerações adotadas como base para

concessão de aposentadoria por incapacidade permanente a servidores federais e paulistas, quando decorrente de acidente de trabalho, de doença profissional e de doença do trabalho, permanecerá ensejando a incidência de fórmula mais benéfica para o cálculo dos proventos. No entanto, as aposentadorias por incapacidade permanente decorrentes de doença grave, contagiosa ou incurável não mais receberão tratamento diferenciado.

A Lei Complementar nº 1.354/2020 dispôs, ainda, em seu artigo 9º, parágrafo único, que a aposentadoria por incapacidade permanente surtirá efeitos apenas a partir da publicação do ato concessório, rompendo com a tradição estadual de reconhecer efeitos à aposentadoria por invalidez desde a data especificada no laudo médico.

4.1. Requisitos

Consoante referido, o benefício objeto deste estudo será concedido ao servidor público que apresentar incapacidade permanente para o trabalho. Assim, o requisito principal para a aquisição do direito à aposentadoria por incapacidade permanente é a **impossibilidade de exercício das atribuições do cargo público de forma permanente**.

A mais recente Reforma da Previdência, porém, agregou a tal requisito a exigência de que o servidor seja **insuscetível de readaptação** em cargo cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, enquanto permanecer nessa condição, desde que possua a habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino, mantida a remuneração do cargo de origem.

Outro requisito para que o benefício seja concedido é a realização de **perícia médica oficial**, que irá constatar a incapacidade laborativa do

as contribuições aos regimes de previdência a que o servidor esteve vinculado, atualizadas monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência. (...) § 5º - No caso de aposentadoria por incapacidade permanente, prevista no artigo 2º, inciso I, desta lei complementar, quando decorrente de acidente de trabalho, de doença profissional ou de doença do trabalho, os proventos corresponderão a 100% (cem por cento) da média aritmética definida na forma prevista no *caput* e no § 1º.

servidor, bem como a impossibilidade de readaptação¹⁶. No âmbito da União, a Lei federal nº 8.112/90 traz a obrigatoriedade de realização de perícia médica oficial¹⁷. Disposição semelhante é encontrada no regime dos servidores públicos do estado de São Paulo.¹⁸ A competência para realização das perícias médicas no âmbito do estado de São Paulo, com a finalidade de verificar a impossibilidade de exercício do cargo público, é do Departamento de Perícias Médicas do Estado – DPME.

4.2. Cálculo e reajuste

O cálculo do benefício de aposentadoria por invalidez terá regras diferenciadas, a depender dos motivos que ensejarem a incapacidade permanente do servidor público.

Não obstante esse benefício previdenciário seja previsto por norma constitucional de eficácia limitada, a EC 103/2019 trouxe regra provisória para seu cálculo no âmbito da União, até que seja editada lei federal disciplinando a matéria. Já no âmbito do estado de São Paulo, a matéria foi objeto de regulamentação pela Lei Complementar nº 1.354/2020.

Com efeito, dispõe o artigo 26 da EC 103/2019 que, até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regime Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a Regime Próprio de Previdência Social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os artigos 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

16 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma Previdenciária**, p. 79.

17 Art. 186. O servidor será aposentado: (...) § 3º Na hipótese do inciso I o servidor será submetido à junta médica oficial, que atestará a invalidez quando caracterizada a incapacidade para o desempenho das atribuições do cargo ou a impossibilidade de se aplicar o disposto no art. 24. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10/12/97.)

18 Art. 223. A aposentadoria prevista no item I do artigo anterior, só será concedida, após a comprovação da invalidez do funcionário, mediante inspeção de saúde realizada em órgão médico oficial.

A concessão de aposentadoria por incapacidade permanente, em regra, ensejará o pagamento de proventos correspondentes a 60% (sessenta por cento) dessa média aritmética, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição, de acordo com o art. 10, § 4º, combinado com o art. 26, § 2º, II, da EC 103/2019.

Entretanto, caso a aposentadoria por incapacidade permanente seja decorrente de acidente de trabalho, de doença profissional ou de doença do trabalho, o valor do benefício de aposentadoria corresponderá a 100% (cem por cento) da média aritmética dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, nos termos do art. 10, § 4º, combinado com o art. 26, § 3º, II, da EC 103/2019.

Da mesma forma, no âmbito do RPPS paulista, o **artigo 7º da Lei Complementar estadual nº 1.354/2020** afirma que o cálculo dos proventos de aposentadoria do servidor público titular de cargo efetivo considerará a média aritmética simples das remunerações adotadas como base para as contribuições aos regimes de previdência a que o servidor esteve vinculado, atualizadas monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

Assim, caso o servidor paulista seja aposentado por incapacidade permanente, em regra, os proventos de aposentadoria corresponderão a 60% (sessenta por cento) da média aritmética das remunerações adotadas como base para as contribuições, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição, consoante dispõe o artigo 7º, § 4º, da referida Lei Complementar estadual.

Na hipótese de a aposentadoria ser decorrente de acidente de trabalho, de doença profissional ou de doença do trabalho, os proventos corresponderão a 100% (cem por cento) da média aritmética das remunerações adotadas como base para as contribuições, nos termos do artigo 7º, § 5º, da Lei Complementar estadual nº 1.354/2020.

Para melhor compreensão da matéria, tem-se as situações hipotéticas a seguir descritas:

Servidor Público A	Situação
Incapacidade decorrente de acidente de trabalho, de doença profissional ou de doença do trabalho	Não
Média remuneratória atualizada (100% do período contributivo)	R\$ 3.000,00
Tempo de contribuição	15 anos
Proventos (60% da média aritmética dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições)	R\$ 1.800,00

Servidor Público B	Situação
Incapacidade decorrente de acidente de trabalho, de doença profissional ou de doença do trabalho	Sim
Média remuneratória atualizada (100% do período contributivo)	R\$ 5.000,00
Tempo de contribuição	3 anos
Proventos (100% da média aritmética dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições)	R\$ 5.000,00

Servidor Público C	Situação
Incapacidade decorrente de acidente de trabalho, de doença profissional ou de doença do trabalho	Não
Média remuneratória atualizada (100% do período contributivo)	R\$ 7.000,00
Tempo de contribuição	26 anos
Proventos (72% da média aritmética dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições)	R\$ 5.040,00

O reajuste do benefício no RPPS da União será de acordo com os moldes previstos para o RGPS, consoante estabelece o artigo 26, § 7º, da

EC 103/2019. Desse modo, aplica-se às aposentadorias por incapacidade permanente a regra prevista no artigo 41-A da Lei federal nº 8.213/1991, que indica o reajuste anual, na mesma data do reajuste do salário mínimo, *pro rata*, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

Já no âmbito do RPPS paulista, o reajuste do benefício segue o quanto previsto no artigo 8º da Lei Complementar nº 1.354/2020, que estabelece que os benefícios serão reajustados na mesma data utilizada para fins de reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, com base no Índice de Preços ao Consumidor - IPC, apurado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - Fipe.

4.3. Regra de transição

A reforma previdenciária implementada pelas EC 103/2019 e 49/2020 não estabeleceu regra de transição para o benefício de aposentadoria por incapacidade permanente. Ao contrário, a EC 103/2019 revogou o artigo 6º-A da EC 41/2003, que estabelecia regra de transição para a aposentadoria por invalidez daqueles que ingressaram no serviço público antes da promulgação da EC 41/2003, enquanto a EC 49/2020 nada dispôs acerca do tema.

Nesse ponto, cabe questionar se não teria havido ofensa ao princípio da confiança legítima, que consagra o direito dos segurados a uma transição razoável. A resposta, aqui, não é simples e somente poderá ser dada com o tempo, eis que, no tocante à aposentadoria por invalidez, a reforma consagrou, ao mesmo tempo, avanços protetivos (a garantia de proventos equivalentes a no mínimo 60% da média aritmética das remunerações) e retrocessos (a incapacidade decorrente de doença grave, contagiosa ou incurável deixou de ser objeto de regra de cálculo mais benéfica).

Por outro lado, em ambas as emendas constitucionais em estudo há previsão de norma que assegura o direito adquirido àqueles que já haviam preenchido as condições necessárias para a incorporação do direito à aposentadoria por invalidez antes da reforma.

No âmbito da União, o artigo 3º da EC 103/2019 previu que concessão de aposentadoria ao servidor público federal vinculado a Regime Próprio de Previdência Social e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social e de pensão por morte aos respectivos dependentes será assegurada, a qualquer tempo, desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de entrada em vigor dessa Emenda Constitucional, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte.

No RPPS do estado de São Paulo encontra-se disposição semelhante, uma vez que, o artigo 3º da EC 49/2020 informa que a concessão de aposentadoria ao servidor público estadual vinculado a Regime Próprio de Previdência Social e de pensão por morte aos respectivos dependentes será assegurada, a qualquer tempo, desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de entrada em vigor da emenda, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte.

Desse modo, considerando que o direito ao benefício de aposentadoria por incapacidade permanente é adquirido na data indicada pelo laudo médico oficial como aquela em que se deu a incapacidade para exercício do cargo, nos termos do Decreto estadual nº 29.180/1988¹⁹, caso essa seja anterior à data de entrada em vigor dos respectivos diplomas, o benefício deverá observar os critérios da legislação anterior às reformas implementadas.

5. REVERSÃO

A reversão é forma de provimento derivado consistente no retorno do servidor aposentado ao exercício do cargo público. Para os servidores públicos da União, a Lei federal nº 8.112/1990 prevê, no seu artigo 25, duas hipóteses de reversão: I - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou II - no interesse da adminis-

¹⁹ Artigo 21. Do ato de concessão de aposentadoria por invalidez, a ser expedido pelo órgão de pessoal, deverá constar como data de início da aposentadoria a fixada pelo DPME.

tração, desde que: a) tenha solicitado a reversão; b) a aposentadoria tenha sido voluntária; c) estável quando na atividade; d) a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação; e) haja cargo vago.

Já para os servidores do estado de São Paulo, a Lei nº 10.261/1968 estabelece no seu artigo 35 que a reversão é o ato pelo qual o aposentado reingressa no serviço público a pedido ou *ex officio*. O § 1º do artigo 35 dispõe que a reversão *ex officio* será feita quando insubsistentes as razões que determinaram a aposentadoria por invalidez.

O Supremo Tribunal Federal há muito pacificou o entendimento de que a reversão a pedido, como modalidade de provimento derivado que independe de prévia aprovação em concurso público, não teria sido recepcionada pela CRFB/1988²⁰.

Da mesma forma, parte majoritária da doutrina administrativista sempre teceu críticas à possibilidade de reversão a pedido ou no interesse da Administração na vigência da Constituição Cidadã. De acordo com as lições de José dos Santos Carvalho Filho²¹:

Em nosso entendimento, tais normas são flagrantemente inconstitucionais. Como já se enfatizou, a aposentadoria extingue a relação estatutária e acarreta a vacância do respectivo cargo, não podendo se admitir a ressurreição da relação jurídica definitivamente sepultada. Por outro lado, esse tipo de reversão rende ensejo a que o servidor, depois de abandonar o serviço público, resolva simplesmente desistir de sua inatividade e voltar ao mesmo cargo, deixando sempre fluido e instável o quadro funcional. Não se pode esquecer, ainda, que reingresso dessa natureza ofende frontalmente o princípio da acessibilidade aos cargos públicos mediante prévia aprovação em concurso público, expressamente acolhido no art. 37, II, da vigente Constituição, e isso porque inaugura nova relação estatutária, diversa daquela que se extinguiu pela aposentadoria. O fundamento, aliás, é o mesmo adotado pelo STF para os casos de transferência e ascensão funcional, institutos que, também aceitos anteriormente, como o era a reversão por interesse administrativo, foram banidos do atual sistema por vulneração ao aludido postulado.

20 Nesse sentido: ADI 248-1, rel. min. Celso de Mello, j. 18/11/1993.

21 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 679/680.

Resta confirmado, por conseguinte, que só pode ocorrer a reversão quando houver restabelecimento do servidor aposentado por invalidez ou se houver ato ilegal de aposentadoria, ambas as hipóteses consentâneas com o atual regime estatutário constitucional.

Mas, se alguma dúvida restava sobre o assunto, a EC 103/2019 decerto a desfez. Ora, ao mesmo tempo em que tornou obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, claramente autorizando a reversão do servidor público aposentado por invalidez, a EC 103/2019 também acresceu o § 14 ao artigo 37 da Carta Magna para asseverar que a aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento definitivo do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição, obstando de vez outras espécies de reversão.

Nos termos da EC 103/2019, a lei do respectivo ente federativo deverá disciplinar a reversão, bem como a obrigatoriedade da realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria por invalidez.

A norma prevista pelo artigo 40, § 1º, da CFRB/1988 foi reproduzida no artigo 126, § 1º, 1, da CESP/1989. No plano infraconstitucional, a Lei Complementar estadual nº 1.354/2020 estabeleceu, no artigo 2º, I, a realização de avaliações periódicas obrigatórias, no mínimo, a cada 5 (cinco) anos, para verificar a continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, aplicando-se as normas que regem o processo administrativo estadual, naquilo que couber, e também regulamento específico a ser editado pelo chefe do Poder Executivo. A reversão, no entanto, ainda há de ser melhor disciplinada no âmbito estadual.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho apresentou o conceito e breve histórico normativo do benefício previdenciário de aposentadoria por incapacidade permanente devida aos servidores filiados ao Regime Próprio de Previdência Social. Houve destaque em relação às inovações implementadas pela EC 103/2019, bem como pela EC 49/2020.

As aludidas reformas trouxeram inúmeras mudanças ao instituto, podendo-se destacar: a nova nomenclatura do benefício, que passa a ser denominado “aposentadoria por incapacidade permanente”; a previsão de novo requisito para aquisição desse benefício, que passa a depender da demonstração de que o servidor é insuscetível de readaptação; a obrigatoriedade de avaliações periódicas com o escopo de verificar a continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria e nova forma de cálculo e reajuste; a ausência de regra transitória concernente a essa modalidade de aposentadoria.

Se por um lado houve retrocesso, uma vez que as aposentadorias por incapacidade permanente decorrentes de doença grave, contagiosa ou incurável não mais receberão tratamento diferenciado, é cediço que a reforma também trouxe avanços protetivos, pois foi garantida a percepção de proventos equivalentes a no mínimo 60% (sessenta por cento) da média aritmética das remunerações.

Assim, longe de esgotar o tema, o presente estudo, além de apresentar as mudanças implementadas pelas reformas, servirá de ponto de partida para o debate e construção das respostas a respeito de tais modificações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDONE, Igor Volpato. FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. **Direito Previdenciário Público**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

_____. **Manual dos servidores públicos: administrativo e previdenciário**. São Paulo, LuJur Editora, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma Previdenciária**. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____. **Manual de Direito Previdenciário**, 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma da Previdência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

APOSENTADORIA DIFERENCIADA AOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE EXERCEM ATIVIDADES COM EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES QUÍMICOS, FÍSICOS E BIOLÓGICOS PREJUDICIAIS À SAÚDE

*Differentiated Retirement to Public Servers that Exercise
Activities with Effective Exposure to Chemical, Physycal
and Biological Agents Harmful to Health*

Suzana Soo Sun Lee¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Critérios normativos: principais alterações promovidas pela EC 103/2019; 3. Vedação de conversão de tempo especial em comum; 4. Estabelecimento de idade mínima; 5. Regras transitórias aos servidores que ingressaram no serviço público até a data de entrada em vigor da EC 103/2019; 6. Rol dos agentes químicos, físicos e biológicos nocivos à saúde: normas técnicas estaduais e federais – o caso do estado de São Paulo; 7. Comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos: sobre os laudos e formulários; 8. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO Cuida-se de ensaio voltado a examinar as principais alterações promovidas pela EC 103/2019 ao instituto, bem como os desafios que se impõem à Administração Pública no enfrentamento do tema.

Palavras-chave: Aposentadoria especial. Aposentadoria diferenciada. Efetiva exposição. Agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde.

1 Procuradora do estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE).

ABSTRACT The purpose of this study is to examine the main changes promoted by EC 103/2019 to the institute, as well as the challenges that are imposed to the Public Administration in facing the theme.

Keywords: Special retirement. Differentiated retirement. Effective exposure. Chemical, physycal and biological agents harmful to health.

1. INTRODUÇÃO

Desde a alteração perpetrada pela EC 20/1998 ao artigo 40 da Constituição Federal, no qual reunidas as regras para a organização e funcionamento dos regimes próprios de Previdência Social - RPPS, aguarda-se o advento do diploma legal que disciplinaria os requisitos e critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria dos servidores públicos que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física².

Desde então, a jurisprudência da Corte Maior evoluiu ao ponto de se editar verbete sumular segundo o qual *Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica* (Súmula Vinculante nº 33. Fonte de Publicação: DJe nº 77, de 24/4/2014; DOU, de 24/4/2014).

A EC 103/2019 põe termo, em alguma medida, ao silêncio legislativo que imperava no assunto. A par de positivar pautas que já vinham sendo pacificadas no âmbito dos tribunais superiores – como a vedação de conversão de tempo especial em comum –, a nova ordem jurídica trouxe inovações de relevante impacto ao instituto da aposentadoria especial.

2. CRITÉRIOS NORMATIVOS: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA EC 103/2019

As alterações trazidas pela EC 103/2019 ao instituto foram de monta. De cara, o constituinte relegou à atividade legiferante dos respectivos entes federados a disciplina da aposentadoria especial. Assim, cabe à disciplina

² Segundo a redação do § 4º do artigo 40 da CF dada pela EC 20/1998. A EC 47/2005 promoveu nova alteração ao dispositivo para incluir a hipótese de aposentadoria de servidores portadores de deficiência e, também, aqueles que exercem atividades de risco (art. 40, § 4º, I e II).

dos estados, municípios e Distrito Federal estabelecer requisitos como idade e tempo de contribuição diferenciados para os servidores que exercem atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, independentemente de lei complementar nacional.

A despeito da aparente autonomia normativa outorgada pelo constituinte reformador, cumpre lembrar que reside no campo da **competência concorrente** legislar sobre previdência social (art. 24, XII, CR). Assim, ainda que possam os estados exercer competência legislativa plena diante de omissão de lei federal, é certo que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, §§ 3º e 4º, CR).

A propósito das **normas gerais**, releva recordar importante destaque doutrinário no sentido de que “os requisitos e critérios prejudiciais à saúde que autorizem a concessão de aposentadoria especial em face do exercício de atividades perigosas ou insalubres” é matéria “cujo prestígio demanda uma uniformidade nacional, merecendo receber o destaque conferido pelo instituto das normas gerais”, segundo leciona Daniel Machado da Rocha³.

Colhe-se, ainda, do repertório de jurisprudência da Corte Maior, entendimento segundo o qual “A competência legislativa concorrente não afasta a necessidade de tratamento uniforme do tema, *em especial por se tratar de norma que excepciona as regras gerais de aposentadoria*, a exigir a edição de norma regulamentadora de caráter nacional e, portanto, a atuação normativa da União” (MI 1.832-AgR, Pleno, rel. min. Cármen Lúcia, j. em 24/3/2011)⁴.

Logo, afigura-se discutível a aparente autonomia concedida aos entes subnacionais caso venha norma federal estabelecer requisitos distintos de idade e tempo de contribuição para concessão da aposentadoria diferenciada pelo exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde.

3 Normas Gerais de Direito Previdenciário e a Previdência do Servidor Público, p. 172.

4 Convém lembrar que vigia o art. 5º, parágrafo único, da Lei federal nº 9.717/1998, *in verbis*: “Fica vedada a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria”.

Nota-se, ainda, substancial alteração nos critérios normativos da aposentadoria especial por insalubridade, como era conhecida. Com efeito, se antes a norma constitucional referia-se genericamente a atividades exercidas *sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física*, a nova ordem jurídica exige a *efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes*, sucedendo-se, pois, a constitucionalização de critério legal previsto no artigo 58 da Lei federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

A exigência de **efetiva exposição** aos agentes nocivos fatalmente atrai ao debate a relevância das normas técnicas relativas à segurança e medicina do trabalho, como a utilização de equipamentos de proteção individual ou coletiva (NR-6), os quais poderiam eliminar ou neutralizar a insalubridade (art. 191 da CLT). Muito embora o tema seja controverso na jurisprudência trabalhista⁵, é certo que o Supremo Tribunal Federal já assentou, em sede de repercussão geral, que, “se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial”⁶ (Tema 555, fixado no ARE 664.335/SC, Pleno, rel. min. Luiz Fux, j. 4/12/2014).

A reforçar o critério da exigência de efetiva exposição aos agentes nocivos, o art. 40, § 4º-C, da CR, igualmente veda a *caracterização por categoria profissional ou ocupação*. Cuida-se, a nosso ver, de cautela desnecessária, pois desde o advento da Lei federal nº 9.032, de 28 de abril de 1995, é vedada a presunção legal de exposição aos agentes nocivos à saúde pelo mero enquadramento profissional, como era o caso, por exemplo, dos aeronautas.

5 Com efeito, parecem contraditórios o teor da Súmula 289 do TST, segundo o qual *O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado, com aquele assentado na Súmula 80 daquela Corte (A eliminação da insalubridade mediante fornecimento de aparelhos protetores aprovados pelo órgão competente do Poder Executivo exclui a percepção do respectivo adicional)*.

6 Com exceção do agente ruído. Confira-se as teses fixadas no julgamento do Tema 555: I - O direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial; II - Na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual – EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

3. VEDAÇÃO DE CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM

Cuida-se de tema que sempre suscitou polêmica e equívocos de toda ordem no debate que cercou a aposentadoria especial dos servidores públicos, em razão da norma autorizadora da conversão de tempo especial em comum prevista no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (art. 57, § 5º, da Lei federal nº 8.213/1991).

A questão chegou a ser ventilada nos debates que antecederam a aprovação da Súmula Vinculante nº 33⁷. A discussão, contudo, volveu-se à questão procedimental, prevalecendo a compreensão de que seria a via injuncional o meio inadequado para a discussão da matéria, vencidos os ministros Marco Aurélio e Roberto Barroso que sustentavam a aplicabilidade da regra de conversão igualmente ao regime próprio. Os julgados proferidos após a aprovação do enunciado revelam, contudo, que a jurisprudência da Corte evoluiu para além da matéria procedimental, assentando entendimento de que é vedada a contagem diferenciada de tempo especial ao servidor público.

Como cediço, não há na redação do verbete alusão alguma à conversão. Lado outro, as regras do RGPS sobre a aposentadoria especial aplicam-se, **no que couber**, aos servidores. Já sustentávamos que duas ordens de razões arredariam a regra da conversão de tempo especial no âmbito do regime próprio: “(i) a impossibilidade de contagem de tempo ficto, com fulcro no art. 40, § 10, da CF/88 (MI 3.875 AgR/RS, Pleno, rel. min. Cármen Lúcia, j. 9/6/2011; MI 1.481 AgR, Pleno, rel. min. Rosa Weber, j. 23/5/2013; MI 1.596 AgR/DF, Pleno, rel. min. Teori Zavascki, j. 16/5/2013); bem ainda o fato de que (ii) a garantia constitucionalmente assegurada ao servidor é o direito à aposentadoria especial, nos termos do art. 40, § 4º, III, da CF/88, e não à contagem diferenciada do tempo de serviço (MI 1.208 ED/DF, Pleno, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 6/3/2013)”⁸. Diante do entendimento que vinha sendo assentado na Corte Suprema, a Administração federal passou a vedar a conversão do tempo de serviço exercido em condições

7 *Verbis: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.*

8 LEE, Suzana Soo Sun. A Súmula Vinculante nº 33 do STF: A Aposentadoria Especial do Servidor Público e os Desafios da Administração Pública Paulista.

especiais (art. 24 da Orientação Normativa MPOG nº 16/2013⁹), revendo anterior orientação.

No âmbito da Administração Pública paulista, vedou-se o reconhecimento da conversão de tempo especial em comum na análise dos processos que tramitam visando à concessão da aposentadoria especial, a teor do artigo 11 da Instrução Normativa Conjunta SPPREV-UCRH-01, de 1º/8/2016 (*Artigo 11. É vedada a conversão do tempo de serviço exercido em condições especiais em tempo comum para obtenção de aposentadoria e abono de permanência.*).

A EC 103/2019 colocou termo à discussão. O constituinte reformador arredou a conversão de tempo especial não só no âmbito do regime próprio (art. 10, § 3º), mas igualmente ao segurado do Regime Geral de Previdência Social, assegurando somente o reconhecimento à conversão de tempo especial em comum cumprido até a data de entrada em vigor da Emenda, “vedada a conversão para o tempo cumprido após esta data” (art. 25, § 2º).

Cuida-se de duro golpe ao segurado do RGPS¹⁰. Com efeito, a conversão nada mais é do que um incremento ao tempo de contribuição do tempo laborado em condições especiais, segundo simples operação aritmética (artigo 70 do Decreto federal nº 3.048/1999). Presta-se a compensar o período laborado sob exposição a agentes nocivos a trabalhador que deixou de exercer atividade especial. Com efeito, é recorrente que o segurado alterne períodos de atividade comum com outros de atividade especial ao longo de sua vida laboral. Considerando, pois, que esse segurado não faria jus à aposentadoria especial, mas de alguma forma

9 *Verbis*: Art. 24. É vedada a conversão do tempo de serviço exercido em condições especiais em tempo comum para obtenção de aposentadoria e abono de permanência. (Artigo alterado pela Orientação Normativa nº 5/2014 - DOU 23/7/2014).

10 A medida vem recebendo dura crítica dos que militam na área. Segundo Carlos “Cacá” Domingos, “Não permitir o cômputo a maior dos períodos laborados em situações agressivas é o mesmo que negar proteção constitucional ao trabalho nocivo, vez que o segurado que não atingir o número de anos exigido para a aposentação especial, está compelido a contar o tempo de labor prejudicial à saúde como se comum fosse, como se jamais estivesse ocorrido exposição a agentes deletérios, ferindo mortalmente, como já dito, os princípios da razoabilidade e da isonomia” (A Implementação da Idade para a Aposentadoria Especial e seus Impactos. *In*: AMADO, Frederico; KERTZMAN, Ivan. (coord.). *Estudos Aprofundados sobre a Reforma da Previdência*, p. 182/183).

foi exposto a condições nocivas à saúde, a lei tentou garantir-lhe uma forma de compensação pelo tempo em que laborou em tais condições, mediante a aplicação de um fator de conversão. Na didática explanação de Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro:

A conversão do tempo especial em tempo comum não se confunde com a aposentadoria especial, mas visa também a reparar os danos causados pelas condições adversas de trabalho do segurado, permitindo-lhe somar o tempo de serviço prestado em condições especiais, convertido, com o tempo de atividade comum, para obter o benefício de aposentadoria por tempo de serviço seja proporcional ou integral¹¹.

4. ESTABELECIMENTO DE IDADE MÍNIMA

De todas as alterações perpetradas pelo constituinte derivado, certamente a fixação de idade mínima foi a de maior impacto no tema em apreço.

Nos termos da **regra provisória** posta no art. 10, § 2º, II, da EC 103/2019 – disciplina válida até que entre em vigor lei federal que discipline os benefícios do Regime Próprio de Previdência Social dos servidores da União –, o servidor público federal cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde poderá aposentar-se desde que atendidos os seguintes requisitos, cumulativamente: (i) 60 anos de idade; (ii) 25 anos de efetiva exposição e contribuição; (iii) 10 anos de efetivo exercício de serviço público; (iv) 5 anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria.

Não é novidade no nosso ordenamento jurídico o estabelecimento de idade mínima para a aposentadoria especial no âmbito do regime geral. Com efeito, quando instituído o benefício pela Lei Orgânica da Previdência Social (Lei federal nº 3.807/1960), exigia-se limite mínimo de 50 (cinquenta) anos para tal espécie de jubramento, requisito esse abolido pela Lei federal nº 5.440-A, de 23 de maio de 1968. Retoma-se, assim, passados mais de meio século, a exigência de idade mínima para a aposentadoria especial, o que não deixa de ser um retrocesso para o acesso a benefício de natureza protetiva.

11 Aposentadoria especial: Regime Geral da Previdência Social, p. 158.

A fixação de requisito etário para aposentadoria dessa espécie contraria a própria **finalidade** do benefício, que é permitir a jubilação antecipada do trabalhador que se sujeitou a agentes nocivos por se presumir a perda de sua integridade física¹². Alija-se, ainda, a **essência** do instituto considerando que a aposentadoria especial não deixa de ser espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, qualificada em razão da nocividade da atividade desenvolvida¹³.

Com efeito, intenta-se antecipar a aposentação de trabalhador que foi exposto a condições nocivas justamente para evitar que ele padeça de doenças profissionais, evitando-se, assim, o prejuízo socioeconômico inerente aos benefícios por incapacidade, especialmente a aposentadoria por invalidez¹⁴.

É de rigor, assim, a existência de firme embasamento técnico e científico que possa justificar, em especial sob o prisma da proteção à saúde do trabalhador, o estabelecimento de idade mínima de 60 (sessenta) anos para essa modalidade de jubilação¹⁵, sob pena de incidir-se em flagrante inconstitucionalidade por violação ao direito fundamental do trabalhador à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, da CR).

Ainda que os entes subnacionais pudessem, com base em estudos próprios, estabelecer idade mínima distinta daquela fixada na regra provisória (artigo 10, § 2º, II, da EC 103/2019), dada a autonomia normativa nesse campo, como asseverado de início, parece ser tendência dos

12 Nesse sentido, Luciano Martinez: “Nunca será demasiada a lembrança de que essa disposição transitória, designadamente por conta do estabelecimento de idade mínima, aniquilou a razão jurídica dessa especial forma de jubramento. Como se pode admitir que alguém, desgastado pela nocividade do meio ambiental desde os primeiros anos de sua vida laboral, tenha de alcançar a idade de 60 (sessenta) anos para aposentar-se na modalidade diferenciada aqui em discussão? (**Reforma da Previdência**, p. 135).

13 Vide, por todos, Wladimir Novaes Martinez (**Aposentadoria Especial do Servidor**, p. 21).

14 É a advertência de Luciano Martinez: “Não fosse apenas isso, o governo terá de assumir custos adicionais com os serviços de saúde e hospitais públicos, pois trabalhadores submetidos a longo tempo a condições nocivas à saúde e que delas não podem se afastar mediante a aposentadoria decerto engrossarão as filas em busca do atendimento público de saúde” (*op. cit.*, p. 187).

15 É também a opinião de Carlos “Cacá” Domingos: “Estando a imposição de idade mínima reservada à lei complementar, somente pode ser admitida essa restrição se realizados profundos estudos que demonstrem, de maneira incondicional, que a exposição do segurado a agentes nocivos por mais tempo que o anteriormente admitido não irá gerar danos maiores à sua saúde do que os possivelmente adquiridos pelo período de exposição permitido na legislação anterior” (*Op. cit.*, p. 196).

legisladores locais a adoção da idade mínima referida. Com efeito, o estado de São Paulo editou a Lei Complementar nº 1.354, de 6 de março de 2020, adotando o mesmo critério etário mínimo – 60 (sessenta) anos de idade – para a modalidade diferenciada de jubilação aos seus servidores (art. 5º, I)¹⁶. Nessa mesma trilha, no âmbito do RGPS, o legislador federal vem de propor o mesmo escalonamento etário previsto na regra provisória veiculada no art. 19 da EC 103/2019, como se extrai do PLP nº 245, de 2019, ora em trâmite no Senado Federal, com vistas a regulamentar o inciso II do § 1º do artigo 201 da CR¹⁷.

5. REGRAS TRANSITÓRIAS AOS SERVIDORES QUE INGRESSARAM NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ A DATA DE ENTRADA EM VIGOR DA EC 103/2019

Conquanto o artigo 21 da EC 103/2019¹⁸, que estabelece regra de transição para os segurados do RGPS, tenha trazido certo escalonamento etário, não há atividades desempenhadas por servidores públicos enquadráveis nas hipóteses de aposentadoria especial aos 15 anos ou 20 anos de efetiva exposição aos agentes nocivos¹⁹. Logo, revela-se

16 Vide, ainda, a Lei Complementar gaúcha nº 15.429, de 22/12/2019, a qual estabeleceu a idade mínima de 60 (sessenta) anos para a referida modalidade de aposentadoria especial (art. 28, § 1º, II).

17 Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139697>>, acesso em 6 jun. 2020.

18 *Verbis*: Art. 21. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, na forma dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, poderão aposentar-se quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição forem, respectivamente, de: I - 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição; II - 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e III - 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição.

19 As hipóteses de enquadramento em 15 ou 20 anos referem-se a atividades em que há exposição a asbestos ou de trabalho em mineração subterrânea (Anexo IV do Decreto federal nº 3.048/1999). E, “até a presente data (trata-se de uma regra de transição, isto é, voltada para situações pretéritas), não há atividades desempenhadas por servidores públicos federais enquadráveis nas hipóteses de aposentadoria especial aos 15 ou 20 anos de exposição” (LEAL, Bruno Bianco *et al.* *Reforma Previdenciária*. p. 148).

consentânea à realidade dos regimes próprios a regra transitória trazida pelo art. 7º da EC paulista nº 49/2020, o qual previu singelamente o somatório da idade e do tempo de contribuição equivalente a **86 pontos**, para ambos os sexos, correspondente ao enquadramento em **25 anos de efetiva exposição**²⁰.

São requisitos, assim, ao acesso do benefício aos servidores públicos paulistas que ingressaram no serviço público até a data de entrada em vigor da Lei Complementar estadual nº 1.354/2020 (art. 13): (i) 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição; (ii) 20 (vinte) anos de efetivo exercício de serviço público; (iii) 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria; (iv) somatório da idade e do tempo de contribuição equivalente a 86 (oitenta e seis) pontos, para ambos os sexos.

Muito embora não haja a fixação de idade mínima na regra transitória, é certo que houve considerável embaraço no acesso ao benefício. Segundo a ordem jurídica anterior, supondo-se o início de labor com exposição efetiva a agente químico aos 18 anos de idade, era possível o acesso à aposentadoria especial aos 43 anos, desde que atendidos os demais requisitos legais. Não havia idade mínima, de modo que bastava a efetiva exposição por 25 anos aos agentes nocivos. Com a exigência do somatório da **idade** e do **tempo de contribuição** em 86 pontos – cumprido o requisito de 25 anos de efetiva exposição – o mesmo servidor somente poderá aposentar-se pela modalidade diferenciada, segundo as novas regras, aos 52 anos de idade (com 34 anos de contribuição), isto é, terá que trabalhar nove anos a mais para fazer jus ao benefício. À evidência, o tempo de contribuição não precisa ser exercido sob condições especiais (no exemplo acima, o servidor pode somar nove anos adicionais de contribuição exercidos em qualquer outra atividade, seja no âmbito do regime próprio ou geral); contudo, é difícil imaginar o servidor, a certa altura de sua vida, ocupar cargo ou emprego público distinto daquele que logrou aprovação em concurso público.

20 Nesse sentido: Wladimir Novaes Martinez (*Aposentadoria Especial do Servidor*, p. 19). A Orientação Normativa SRH/MPOG nº 10, de 5/11/2010, ora revogada pela ON nº 16, de 23/12/2013, igualmente previa o prazo de 25 anos em seu artigo 2º.

6. ROL DOS AGENTES QUÍMICOS, FÍSICOS E BIOLÓGICOS NOCIVOS À SAÚDE: NORMAS TÉCNICAS ESTADUAIS E FEDERAIS – O CASO DO ESTADO DE SÃO PAULO²¹

Se, no âmbito federal, não rende dúvidas a aplicação do rol de agentes nocivos estabelecido no Anexo IV do Regulamento da Previdência Social - RPS, no plano estadual a questão não é tão singela, uma vez existente disciplina normativa paulista discriminadora dos *agentes físicos, químicos e biológicos nocivos à saúde identificados no local de trabalho*. Cuida-se da Resolução SRT nº 37, de 30 de abril de 1987, que, muito embora cuide de norma técnica destinada à verificação de **insalubridade** para efeito de concessão do correspondente adicional, relacionou os agentes nocivos no ambiente de trabalho que darão azo à sua percepção.

A discussão relativa à distinção entre a insalubridade e a aposentadoria especial não é nova. Em primeiro, cabe a advertência de Marcos Henrique Medanha, especialista na área, para os dois institutos:

‘Insalubridade/periculosidade’ e ‘aposentadoria especial’ quase sempre andam juntas em suas análises. São gêmeas, mas bivetelinas. ‘Insalubridade/periculosidade’ é assunto para o Ministério do Trabalho e Emprego; ‘aposentadoria especial’ é assunto para o Ministério da Previdência Social²².

Prossegue o autor, nessa linha, ensinando que nem toda a concessão do adicional de insalubridade gera o direito à aposentadoria especial, citando, como exemplo, o agente físico umidade, o qual dá ensejo ao recebimento da insalubridade, de acordo com o Anexo 10 da NR-15, mas não confere direito à aposentadoria especial, a teor do Anexo IV do RPS.

A distinção entre a insalubridade e a aposentadoria especial não deve ficar circunscrita aos agentes nocivos que dão ensejo a um e outro benefício. Com efeito, cuida-se de institutos distintos, com requisitos e pressupostos próprios, a serem estudados sob perspectivas diversas; um

21 Adaptado do nosso artigo “A Súmula Vinculante nº 33 do STF: A Aposentadoria Especial do Servidor Público e os Desafios da Administração Pública Paulista”.

22 Medicina do Trabalho e Perícias Médicas, p. 104-106.

sob o enfoque do Direito do Trabalho, outro, sob as luzes do Direito Previdenciário.

Inescapável, contudo, que o percebimento do adicional de insalubridade é **indício** da presença de um dos requisitos para a concessão da aposentadoria especial, isto é, a exposição a um dos agentes nocivos físicos, químicos ou biológicos prejudiciais à saúde. Como bem assinalou Wladimir Novaes Martinez, “claro está, consistem em indícios razoáveis de prova material de que o ambiente é, no mínimo, insalubre e, no máximo, perigoso”²³. Nessa trilha, o Tribunal de Justiça de São Paulo vem assentando firme jurisprudência na direção de que o recebimento do adicional de insalubridade é mera **prova indiciária** para a concessão da aposentadoria especial, devendo o servidor fazer prova da efetiva exposição aos agentes nocivos, pelo prazo necessário e de forma não intermitente, por meio do competente laudo técnico²⁴.

Vale dizer, assim, que não é apto à comprovação do tempo sob condições especiais o **mero recebimento** de adicional de insalubridade, como vêm assentando os atos normativos expedidos no âmbito estadual (art. 3º, § 2º, da Instrução Normativa Conjunta SPPREV-UCRH-01, de 1º/8/2016) e federal (e.g., artigo 2º, § 2º, da Instrução Normativa MPS/SPS nº 1, de 22/7/2010, e artigo 10, § 2º, da Orientação Normativa MPOG nº 16, de 23/12/2013).

23 *Op. cit.*, p. 98.

24 São esses os fundamentos, em linhas gerais, que embasam os acórdãos prolatados pela quase totalidade das câmaras de Direito Público do Tribunal bandeirante, a saber: AC 0000803-82.2015.8.26.0575 (rel. des. Souza Meirelles, 13ª CDP, j. 28/10/2015); AC 0003295-06.2011.8.26.0634 (rel. des. Torres de Carvalho, 10ª CDP, j. 28/5/2012); AC 1004498-49.2014.8.26.0482 (rel. des. Vera Angrisani, 2ª CDP, j. 31/7/2015); AC 0005749-68.2013.8.26.0575 (rel. des. Ponte Neto, 8ª CDP, j. 10/9/2014); AC 0008497-43.2012.8.26.0564 (rel. des. Paulo Barcellos Gatti, 4ª CDP, j. 28/4/2014); AC 0017975-75.2012.8.26.0564 (rel. des. Reinaldo Miluzzi, 6ª CDP, j. 9/12/2013); AC 0016411-28.2011.8.26.0554 (rel. des. Peiretti de Godoy, 13ª CDP, j. 5/12/2012); AC 0018455-87.2011.8.26.0564 (rel. des. Rebouças de Carvalho, 9ª CDP, j. 28/11/2012); AC 0033832-35.2010.8.26.0564 (rel. des. Amorim Cantuária, 3ª CDP, j. 20/3/2012); AC 1023583-47.2014.8.26.0053 (rel. des. José Maria Câmara Junior, 9ª CDP, j. 8/4/2015); AC 0025753-48.2010.8.26.0053 (rel. des. Heloisa Martins Mimessi, 5ª CDP, j. 26/1/2015); AC 0047114-53.2012.8.26.0053 (rel. des. Eduardo Gouvêa, 7ª CDP, j. 7/7/2014); AC 0037160-80.2012.8.26.0053 (rel. des. Vicente de Abreu Amadei, 1ª CDP, j. 26/11/2013); AC 1006435-23.2014.8.26.0053 (rel. des. Moacir Peres, 7ª CDP, j. 2/2/2015).

As atividades consideradas insalubres, bem ainda os agentes que dão ensejo ao recebimento do adicional, no **âmbito federal**, estão regulados nos 14 anexos que formam a Norma Técnica 15, expedida pelo Ministério do Trabalho por meio da Portaria MTE nº 3.214/78 (e posteriores alterações). Já os agentes físicos, químicos e biológicos que permitem a concessão da aposentadoria especial estão definidos no Anexo IV do Decreto nº 3.048/99, na forma estabelecida pelo *caput* do artigo 58 da Lei nº 8.213/91.

Em que pese, contudo, a distinção das listagens, os tribunais superiores vêm admitindo o reconhecimento da condição especial do labor exercido ainda que não inscrito em regulamento, uma vez comprovada essa condição mediante laudo técnico pericial, a teor da Súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos²⁵. Nesse sentido, a jurisprudência firme do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é **meramente exemplificativa** a relação dos agentes nocivos do Anexo IV do RPS.

A valer, malgrado a tentativa do órgão autárquico previdenciário federal em fincar sua tese de que são exemplificativas apenas as atividades constantes no Anexo IV do RPS – exaustivo, pois, o rol de agentes nocivos²⁶ –, é certo que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.306.113/SC (**Tema 534**), submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, ao enfrentar o tema relativo à nocividade do agente eletricidade²⁷, firmou entendimento de que a listagem expedida nos regulamentos da Previdência Social tem caráter exemplificativo. Confira-se o aresto representativo da controvérsia:

25 *Verbis: Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.*

26 Prescreve o Anexo IV do RPS que O rol de agentes nocivos é exaustivo, enquanto as atividades listadas, nas quais pode haver a exposição, é exemplificativa (Código 1.0.0). No mesmo sentido o artigo 277, §§ 1º e 3º, da Instrução Normativa INSS 77, de 21/1/2015.

27 Não mais previsto no rol dos decretos federais nºs 2.172/97 e 3.048/99. O mesmo tratamento tem sido conferido a outros agentes excluídos do rol, como o frio (REsp 1.566.421/RS, rel. min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 20/11/2015) e a umidade (REsp 1.451.637/PR, rel. min. ASSUETE MAGALHÃES, j. 24/09/2015).

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTE ELETRICIDADE. SUPRESSÃO PELO DECRETO Nº 2.172/1997 (ANEXO IV). ARTS. 57 E 58 DA LEI Nº 8.213/1991. ROL DE ATIVIDADES E AGENTES NOCIVOS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO. AGENTES PREJUDICIAIS NÃO PREVISTOS. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO. SUPORTE TÉCNICO MÉDICO E JURÍDICO. EXPOSIÇÃO PERMANENTE, NÃO OCASIONAL NEM INTERMITENTE (ART. 57, § 3º, DA LEI Nº 8.213/1991).

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com o escopo de prevalecer a tese de que a supressão do agente eletricidade do rol de agentes nocivos pelo Decreto nº 2.172/1997 (Anexo IV) culmina na impossibilidade de configuração como tempo especial (arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/1991) de tal hipótese a partir da vigência do citado ato normativo.
2. À luz da interpretação sistemática, as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional, nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei nº 8.213/1991). Precedentes do STJ.
3. No caso concreto, o Tribunal de origem embasou-se em elementos técnicos (laudo pericial) e na legislação trabalhista para reputar como especial o trabalho exercido pelo recorrido, por consequência da exposição habitual à eletricidade, o que está de acordo com o entendimento fixado pelo STJ.
4. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1.306.113/SC, Primeira Seção, rel. min. HERMAN BENJAMIN, j. 14/11/0012, DJe 7/3/2013.)

São as razões que nos levam a pensar que os mesmos agentes nocivos aptos a ensejar a insalubridade poderão, em regra, dar azo à ob-

tenção da aposentadoria diferenciada, muito embora a percepção de um benefício não implique a concessão do outro, como já frisado.

7. COMPROVAÇÃO DA EFETIVA EXPOSIÇÃO AOS AGENTES NOCIVOS: SOBRE OS LAUDOS E FORMULÁRIOS²⁸

No âmbito do Regime Geral, a *comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista* (art. 58, § 1º, da Lei federal nº 8.213/1991).

O Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho – ou laudos técnicos outros que tenham aptidão para a comprovação da atividade exercida em condições especiais²⁹ – é instrumento próprio e peculiar do Regime Geral da Previdência Social, cujo regramento é da única alçada do órgão autárquico previdenciário federal.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a exemplo do Ministério da Previdência Social, elencou diversos documentos que podem ser aceitos em substituição ao LTCAT ou ao PPP para a comprovação do tempo especial, como, por exemplo, os laudos técnicos periciais expedidos por órgãos administrativos ou por determinação judicial, ou mesmo os laudos de demonstração ambientais (como o laudo de Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA), na forma do artigo 16 da ON MPOG nº 16/2013.

28 Adaptado do nosso artigo “A Súmula Vinculante nº 33 do STF: A Aposentadoria Especial do Servidor Público e os Desafios da Administração Pública Paulista”.

29 A valer, nos termos da Instrução Normativa INSS nº 77/2015, a partir de 1º de janeiro de 2004, o documento que caracterizará o exercício de atividade exercida em condições especiais para fins de concessão da aposentadoria especial do artigo 58 da Lei nº 8.213/1991 será o *Perfil Profissiográfico Previdenciário* (artigo 260, *caput*). Cuida o PPP de formulário cuja finalidade supera a simples comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, razão pela qual veio a substituir os anteriores laudos de reconhecimento de condições especiais (artigo 266, § 3º). Diz o ato normativo infralegal, ainda, que “o PPP *deverá ser emitido com base no LTCAT ou nas demais demonstrações ambientais de que trata o inciso V do artigo 261*” (artigo 266, § 5º).

A Administração Pública paulista também poderá disciplinar a matéria para estabelecer quais laudos admitirá, desde que tais documentos sejam efetivamente aptos a comprovar a exposição do servidor aos agentes nocivos e observadas certas balizas da legislação federal, como a sua expedição por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho (artigo 58, § 1º, da Lei nº 8.213/91)³⁰. Nesse cenário, o “**laudo técnico específico para aposentadoria especial**”, previsto no art. 4º, *caput*, da Instrução Normativa Conjunta SPPREV-UCRH-01, de 1º/8/2016, deverá observar os seguintes parâmetros:

Artigo 4º – O tempo de serviço público prestado sob condições especiais deverá ser comprovado mediante apresentação de laudo técnico específico para aposentadoria especial, que deverá, no mínimo:

- I – especificar os agentes nocivos à saúde ou à integridade física do servidor;
- II – mencionar a existência de efetiva exposição do servidor de modo permanente, não ocasional nem intermitente, aos agentes nocivos especificados;
- III – indicar o tempo total de exposição nas condições mencionadas no inciso anterior;
- IV – estar de acordo com os assentamentos individuais do servidor.

De todo modo, cumpre ressaltar que o papel fundamental do laudo, na situação enfocada, é prestar-se a ser **conclusivo** na comprovação da atividade efetivamente exercida sob condições nocivas. Para Marcos Medanha, “o maior pecado de um LTCAT será o de omitir em sua conclusão se houve (ou não) enquadramento dos riscos analisados entre aqueles capazes de gerar a aposentadoria especial, nos termos do Anexo IV do Decreto nº 3.048/1999”³¹.

30 Nessa linha, o art. 5º, *caput*, da Instrução Normativa Conjunta SPPREV-UCRH-01, de 1º/8/2016: *Artigo 5º – O laudo técnico específico para aposentadoria especial deverá ser expedido por perito médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho, observado o disposto no Decreto nº 62.030, de 17/6/2016.*

31 *Op .cit.*, p. 105.

8. CONCLUSÃO

Como vimos de demonstrar neste breve estudo, as inovações trazidas pela EC 103/2019 ao tema foram de monta. A par de positivar pautas que já vinham sendo pacificadas no âmbito dos tribunais superiores, a nova ordem jurídica trouxe alterações de relevante impacto ao instituto da aposentadoria especial, como a outorga da atividade legiferante relativa à disciplina do tema aos respectivos entes federados e o estabelecimento de idade mínima para o acesso ao jubramento estabelecido em norma provisória, o qual já se tornou regra permanente em diversos entes federados.

A constitucionalização de critério legal previsto no artigo 58 da Lei federal nº 8.213/1991, isto é, a exigência de efetiva exposição aos agentes nocivos trará maior destaque às normas técnicas relativas à segurança e medicina do trabalho, evidenciando-se, ainda, a relevância dos laudos e formulários *técnicos*, os quais deverão ser aptos à comprovação da atividade exercida em condições especiais do servidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOMINGOS, Carlos “Cacá”. A Implementação da Idade para a Aposentadoria Especial e seus Impactos. *In*: Amado, Frederico; Kertzman, Ivan. (coord.). **Estudos Aprofundados sobre a Reforma da Previdência**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LEAL, Bruno Bianco *et al.* **Reforma Previdenciária**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LEE, Suzana Soo Sun. A Súmula Vinculante nº 33 do STF: A Aposentadoria Especial do Servidor Público e os Desafios da Administração Pública Paulista. *In*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 157, fev 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-sumula-vinculante-n-33-do-stf-a-aposentadoria-especial-do-servidor-publico-e-os-desafios-da-administracao-publica-paulista/>>. Acesso em 31 maio. 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma da Previdência**. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria Especial do Servidor**. 3. edição. São Paulo: LTr, 2014.

MEDANHA, Marcos Henrique. **Medicina do Trabalho e Perícias Médicas**. 2. edição. São Paulo: LTr, 2012.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial: Regime Geral da Previdência Social**. 5. edição. Curitiba: Juruá, 2012.

ROCHA, Daniel Machado da. **Normas Gerais de Direito Previdenciário e a Previdência do Servidor Público**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

DOS BENEFICIÁRIOS DA PENSÃO POR MORTE NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO À LUZ DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Beneficiaries of death pension in the social security system of São Paulo State after law reform

Marina de Lima Lopes¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Considerações iniciais; 3. Dos dependentes para fins de recebimento da pensão por morte na nova Lei Complementar estadual nº 1.354/2020; 3.1. Cônjuge, companheiro ou companheira; 3.2. Filhos e equiparados; 3.3. Genitores; 3.4. Considerações adicionais; 4. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO A reforma previdenciária promovida pela Emenda à Constituição Federal nº 103, de 12 de novembro de 2019, inovou ao atribuir competência ampla aos entes federativos para legislar sobre pensão no âmbito de seus regimes próprios de previdência. No estado de São Paulo esta regulamentação se deu com a Lei Complementar nº 1.354/2020 que tratou, entre outros temas, da pensão por morte. No presente trabalho abordamos especificamente os beneficiários da pensão por morte previstos no novel diploma (cônjuge, companheiro ou companheira, filhos e equiparados e genitores), assim como o respectivo regime jurídico conferido a cada um deles, salientando a necessidade urgente da edição de norma regulamentar para possibilitar o efetivo exercício do direito ao pensionamento previsto.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Reforma Previdenciária. Regime Próprio de Previdência do Estado de São Paulo. Lei Complementar estadual nº 1.354/2020. Pensão por morte. Beneficiários.

1 Procuradora do estado de São Paulo. Especialista em Processo Civil e em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado. Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social de Franca (FHDSS).

ABSTRACT The social security reform promoted by the Amendment to Federal Constitution nº 103, of November 12th, 2019, innovated by granting full competence to the federal entities to legislate on pensions under their own social security systems. In Sao Paulo State, this regulation took place with Complementary Law nº 1.354/2020, which dealt, among other topics, with the death pension. In this paper we specifically address the beneficiaries of the death pension provided for in the novel diploma (spouse, partner, children and equivalent and parents), as well as the respective legal regime granted to each of them, emphasizing the urgent need for the edition of a regulatory standard to enable the effective exercise of the right to the pension provided for.

Keywords: Social Security Law. Social Security Reform. Social Security Systems of São Paulo State. Complementary Law nº 1.354/2020. Death pension. Beneficiaries.

1. INTRODUÇÃO

Entre as inovações promovidas pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, que trouxe a mais recente Reforma Previdenciária, uma das mais contundentes foi a desconstitucionalização do tratamento da pensão por morte no âmbito dos regimes próprios de Previdência Social (RPPS).

A Lei Complementar nº 1.354, de 6 de março de 2020, que dispõe sobre as aposentadorias e pensões do RPPS paulista, tratou especificamente da pensão por morte no seu Capítulo III, dedicando seções distintas para disciplinar os dependentes e a habilitação, o cálculo do benefício, bem como sua duração e extinção. No presente trabalho, pretendemos abordar especificamente o tratamento conferido pela Reforma Previdenciária paulista aos beneficiários da pensão por morte.

Assim, examinaremos cada um desses beneficiários previstos no novel diploma (cônjuge, companheiro ou companheira, filhos e equiparados e genitores), assim como o respectivo regime jurídico conferido a cada um deles.

Ao final, pretendemos ter permitido ao leitor uma visão geral a respeito do tema e das inovações promovidas pelas recentes alterações legislativas.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, previu no rol de benefícios dos regimes próprios de Previdência Social, além da aposentadoria, a pensão por morte:

Art. 9º. Até que entre em vigor lei complementar que discipline o § 22 do art. 40 da Constituição Federal, aplicam-se aos regimes próprios de previdência social o disposto na Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, e o disposto neste artigo.

(...) § 2º - O rol de benefícios dos regimes próprios de previdência social fica limitado às aposentadorias e à pensão por morte. (grifos nossos)

A pensão por morte é o benefício previdenciário devido ao dependente do servidor, vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, em razão do seu falecimento. Objetiva a manutenção desse beneficiário, em decorrência da morte do seu mantenedor.

O direito ao pensionamento, portanto, surge com a morte do servidor, ativo ou aposentado, tratando-se de *benefício não programado*.

Destarte, tanto a condição de dependente como o preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício deverão ser verificados no momento do passamento (princípio do *tempus regit actum*), conforme entendimento há muito sedimentado na Súmula nº 340 do e. Superior Tribunal de Justiça: *A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado*.

Logo, antes do evento morte não há direito à pensão, mas apenas expectativa de direito, que se regulará pela legislação que estiver em vigência nesse momento futuro, independentemente da data de vinculação do servidor ao RPPS ou da época de sua aposentação. Destacamos que nenhuma das reformas previdenciárias ocorridas desde a EC 20/1998 até a EC 103/2019 previu regra de transição relativa à pensão.

Oportuno ressaltar ainda que de acordo com o artigo 24 da Constituição Federal, a União, os estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre previdência social, sendo que *a a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário*².

2 Art. 24. Compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (...) § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos estados. § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. (grifos nossos)

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que “dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, dos militares dos estados e do Distrito Federal e dá outras providências” e prevê que:

Art. 5º. Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, dos militares dos estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

A previsão supratranscrita visou à uniformização dos benefícios e beneficiários nos diversos regimes próprios de Previdência Social - RPPS e também à aproximação com o Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

A EC nº 103/2019, todavia, transferiu para os entes federativos a competência para legislar sobre pensão por morte *por meio de Lei Ordinária*, consoante se verifica da nova redação dada ao parágrafo 7º do artigo 40 da Constituição Federal:

Art. 40. (...) § 7º - Observado o disposto no § 2º do art. 201³, quando se tratar da única fonte de renda formal auferida pelo dependente, o benefício de pensão por morte será concedido nos termos de lei do respectivo ente federativo, a qual tratará de forma diferenciada a hipótese de morte dos servidores de que trata o § 4º-B decorrente de agressão sofrida no exercício ou em razão da função. (grifos nossos)

Todavia, enquanto não promovidas as alterações na legislação previdenciária interna dos respectivos entes federativos, previu a EC 103/2019, em seu artigo 23, § 8º, que “aplicam-se às pensões concedidas aos dependentes de servidores dos estados, do Distrito Federal e dos

3 “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a:” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019). (...) “§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998). (grifos nossos)

municípios as normas constitucionais e infraconstitucionais anteriores à data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional”.

No âmbito do Regime Próprio paulista, atendendo ao novo comando constitucional, foi promovida a reforma previdenciária por meio da Emenda à Constituição Estadual nº 49 e da Lei Complementar estadual nº 1.354, ambas publicadas em 7 de março de 2020.

A Emenda à Constituição Bandeirante repetiu o previsto na Constituição Federal no tocante à limitação do rol de benefícios previdenciários e assegurou expressamente o direito adquirido para os pensionamentos cujo óbito do legador tenha ocorrido até a sua entrada em vigor, como feito para os servidores públicos federais⁴:

Artigo 1º. Os dispositivos adiante indicados da Constituição do Estado de São Paulo passam a vigorar com as seguintes alterações:

(...) III - O artigo 126:

(...) § 21 - O rol de benefícios do Regime Próprio de Previdência Social fica limitado às aposentadorias e à pensão por morte.” (NR)

Artigo 3º. A concessão de aposentadoria ao servidor público estadual vinculado a Regime Próprio de Previdência Social e de pensão por morte aos respectivos dependentes será assegurada, a qualquer tempo, desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte.

Parágrafo único - Os proventos de aposentadoria devidos ao servidor público a que se refere o *caput* e as pensões por morte devidas aos seus dependentes serão calculados e reajustados de acordo com a legislação

4 EC 103/2019: Art. 3º. A concessão de aposentadoria ao servidor público federal vinculado a regime próprio de previdência social e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social e de pensão por morte aos respectivos dependentes será assegurada, a qualquer tempo, desde que tenham sido cumpridos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional, observados os critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte. § 1º - Os proventos de aposentadoria devidos ao servidor público a que se refere o *caput* e as pensões por morte devidas aos seus dependentes serão calculados e reajustados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios. (...).

em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios.

Também seguindo o comando do parágrafo 7º do artigo 40 da Constituição Federal, na redação dada pela EC 103/2019, foi garantido pela Emenda estadual tratamento diferenciado à pensão por morte dos integrantes das carreiras de Policial Civil, Polícia Técnico Científica, Agente de Segurança Penitenciária e Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária:

Artigo 1º – Os dispositivos adiante indicados da Constituição do Estado de São Paulo passam a vigorar com as seguintes alterações:

(...) III – O artigo 126:

§ 4º – É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios no regime próprio previsto no *caput*, ressalvados, nos termos definidos em lei complementar, os casos de aposentadoria de servidores: (NR)

(...) 2 – integrantes das carreiras de Policial Civil, Polícia Técnico Científica, Agente de Segurança Penitenciária e Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária; (NR)

(...) § 7º – A pensão por morte dos servidores de que trata o item 2 do § 4º será concedida de forma diferenciada, nos termos da lei.

Nesse ponto, oportuna a observação feita por Bruno Bianco Leal⁵, atual secretário especial de Previdência e Trabalho, em sua obra coletiva intitulada “Reforma da Previdência”:

(...) Em que pese justificável a medida, isto é, a concessão de pensão por morte com regras mais favoráveis em caso de falecimento em decorrência da atividade profissional policial, não há justificativa para limitar esse dispositivo apenas a essa categoria profissional. Há diversos outros servidores públicos que exercem suas atividades expostos a grandes riscos e represálias, seja por atuarem em combate a criminosos, seja por atuarem em áreas de difícil acesso ou fronteira, seja por exercerem atividade que contrarie interesses econômicos relevantes. A família desses servidores, mortos em razão de sua atividade, também mereceriam esse tratamento diferenciado.

5 Reforma Previdenciária, p. 55-56.

3. DOS DEPENDENTES PARA FINS DE RECEBIMENTO DA PENSÃO POR MORTE NA NOVA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.354/2020

Consoante mencionado, a Lei Complementar estadual nº 1.354, de 6 de março de 2020, em cumprimento à competência delegada aos entes federativos, “dispõe sobre as aposentadorias e pensões do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos ocupantes de cargo de provimento efetivo, nos termos do artigo 126 da Constituição do Estado de São Paulo, e dá outras providências”.

Na seção I, do Capítulo III, que disciplina a pensão por morte, estão previstos os dependentes desse benefício previdenciário e as regras de habilitação.

Atenta-se que o rol de dependentes previdenciários do servidor previsto no artigo 14 do novel diploma pouco modificou o anteriormente disposto na Lei Complementar nº 180/1978, alterada pela Lei Complementar nº 1.012/2007:

LC 1.354/2020	LC 180/2007 (alterada pela LC 1.012/2007)
Artigo 14 – São dependentes do servidor, para fins de recebimento de pensão por morte :	Artigo 147 - São dependentes do servidor, para fins de recebimento de pensão:
I – o cônjuge, o companheiro ou a companheira, na constância, respectivamente, do casamento ou da união estável;	I – o cônjuge ou o companheiro ou a companheira, na constância, respectivamente, do casamento ou da união estável;
II – o companheiro ou a companheira, na constância da união homoafetiva;	II – o companheiro ou a companheira, na constância da união homoafetiva;
III – o filho não emancipado, de qualquer condição, até completar a idade prevista na legislação que disciplina o Regime Geral de Previdência Social; IV – o filho, de qualquer idade, desde que inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, e comprovadamente viva sob dependência econômica do servidor;	III – os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na legislação do Regime Geral de Previdência Social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, esses dois últimos desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor;

LC 1.354/2020	LC 180/2007 (alterada pela LC 1.012/2007)
V – os pais, desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor e não existam dependentes das classes mencionadas nos incisos I, II, III ou IV, ressalvado o disposto no § 5º deste artigo;	IV – os pais, desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor e não existam dependentes das classes mencionadas nos incisos I, II ou III deste artigo, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo.
VI – o ex-cônjuge, o ex-companheiro ou a ex-companheira, desde que o servidor lhe prestasse pensão alimentícia na data do óbito.	Artigo 150 – O ex-cônjuge, ex-companheiro ou ex-companheira somente terá direito à pensão se o servidor lhe prestava pensão alimentícia na data do óbito.
§ 1º – O enteado e o menor tutelado equiparam-se ao filho desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor.	Artigo 147 (...) § 1º – O enteado e o menor tutelado equiparam-se ao filho desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do servidor.
§ 3º – A invalidez ou a deficiência intelectual, mental ou grave, serão comprovadas mediante inspeção por junta médica pericial indicada pela São Paulo Previdência – SPPrev, conforme estabelecido em regulamento.	Artigo 158 – A incapacidade e a invalidez, para os fins previstos no artigo 147 desta lei complementar, serão verificadas mediante inspeção por junta médica pericial.
§ 4º – A invalidez ou a deficiência intelectual, mental ou grave , supervenientes à morte do servidor, não conferem direito à pensão, exceto se tiverem início durante o período em que o dependente usufruía o benefício.	Art. 147 (...) § 4º – A invalidez ou a incapacidade supervenientes à morte do servidor não conferem direito à pensão, exceto se tiverem início durante o período em que o dependente usufruía o benefício.
§ 5º – Os dependentes a que se refere o inciso V deste artigo poderão concorrer em igualdade de condições com os demais, mediante declaração escrita do servidor, na forma do regulamento.	Art. 147 (...) § 3º – Mediante declaração escrita do servidor, os dependentes a que se refere o inciso IV deste artigo poderão concorrer em igualdade de condições com os demais.
§ 6º – A comprovação da dependência econômica deverá ter como base a data do óbito do servidor e será feita de acordo com as regras e critérios estabelecidos em regulamento.	Art. 147 (...) § 5º – A comprovação de dependência econômica dos dependentes enumerados na segunda parte do inciso III, no inciso IV e no § 1º deste artigo deverá ter como base à data do óbito do servidor e ser feita de acordo com as regras e critérios estabelecidos em norma regulamentar.
§ 7º – Na falta de decisão judicial com trânsito em julgado reconhecendo a união estável, o companheiro ou companheira deverá comprová-la conforme estabelecido em regulamento.	Art. 147 (...) § 6º – Na falta de decisão judicial com trânsito em julgado reconhecendo a união estável, o companheiro ou companheira deverá comprová-la conforme estabelecido em norma regulamentar.

3.1. Cônjuge, companheiro ou companheira

Assim, o cônjuge, companheiro ou companheira, desde que na constância do casamento ou união estável, inclusive a união homoafetiva, são considerados dependentes previdenciários. Nesse caso, a dependência econômica é presumida.

O casamento comprova-se com a apresentação da respectiva certidão. Por outro lado, a união estável ou a união homoafetiva, caso não haja decisão judicial reconhecendo-a, deverá ser comprovada na forma do regulamento, conforme previsto no § 7º do artigo 14 acima transcrito.

Contudo, até o presente momento não foi editada referida norma regulamentar. Destarte, é premente que o Poder Executivo a edite, regulamentando a forma como se dará tal comprovação para fins previdenciários, quais documentos serão admitidos para tanto e como será demonstrada a requerida contemporaneidade com o óbito.

O Decreto estadual nº 52.859/2008, que regulamenta a Lei Complementar nº 1.012/2007, poderá ser utilizado como parâmetro, por ora, enquanto não editado o novo regulamento, para tal comprovação:

Artigo 20 - Quando a pensão seja postulada pelo companheiro ou companheira do servidor, a união estável ou a união homoafetiva será comprovada com a apresentação de requerimento à SPPrev, instruído com, no mínimo, três documentos relativos a aspectos diferentes, entre os enumerados a seguir:

- I - contrato escrito;
- II - declaração de coabitação;
- III - cópia de declaração de imposto de renda;
- IV - disposições testamentárias;
- V - certidão de nascimento de filho em comum;
- VI - certidão ou declaração de casamento religioso;
- VII - comprovação de residência em comum;
- VIII - comprovação de encargos domésticos que evidenciem a existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;
- IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;
- X - comprovação de compra e venda de imóvel em conjunto;

- XI - contrato de locação de imóvel em que figurem como locatários ambos os conviventes;
- XII - comprovação de conta bancária conjunta;
- XIII - apólice de seguro em que conste o(a) companheiro(a) como beneficiário(a);
- XIV - registro em associação de classe no qual conste o(a) companheiro(a) como beneficiário(a);
- XV - inscrição em instituição de assistência médica do(a) companheiro(a) como beneficiário(a).

Parágrafo único - A apresentação de decisão judicial irrecorrível reconhecendo a união estável ou a união homoafetiva dispensa a apresentação dos documentos enumerados no *caput* deste artigo.

Logo, exige-se para comprovação da união estável ou homoafetiva a apresentação de documentos que demonstrem a **constituição de família** pelos conviventes.⁶ Destaca-se que, até o momento, não há possibilidade de que essa comprovação administrativa seja feita por meio de testemunhas (*o que poderá ser previsto pelo novo regulamento*).

Como visto acima, o § 7º do artigo 14 da Lei Complementar em estudo dispensa tal prova documental quando houver “*decisão judicial com trânsito em julgado reconhecendo a união estável*”.

Contudo, muito se discute a respeito da natureza da decisão judicial que poderá ser utilizada para dispensar tal comprovação. Faz-se necessário que a referida decisão julgue o mérito, declarando a existência de união estável no caso concreto. Isso porque a **simples homologação de acordo não se presta para esse fim, pois não se pode transigir sobre questões de estado e matéria de ordem pública:**

(...) Em primeiro lugar, a transação, nos moldes do artigo 840, do Código

6 Constituição Federal: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Código Civil: “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Civil, é um negócio jurídico bilateral, pela qual as partes interessadas, fazendo-se concessões mútuas, previnem ou extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. Ao lado do reconhecimento jurídico do pedido pelo réu e da renúncia do direito pelo autor, classifica-se como ato de legítima autocomposição e constitui um meio alternativo de solução dos litígios. O artigo 841, do Código Civil, é claro em prescrever que somente direitos patrimoniais de caráter privado podem ser objeto de transação. Assim, questões de estado são insuscetíveis de transação, isto é, não cabe às partes transigir quanto a direitos que envolvam matéria de ordem pública. Ademais, o Novo Código de Processo Civil é enfático a respeito dos direitos indisponíveis, não admitindo a seu respeito a presunção de veracidade (artigo 345, II), a distribuição convencional do ônus da prova (artigo 373, § 3º, I) e a confissão (artigo 392). Em suma: **quando se cuida de direito indisponível, os fatos alegados pelo autor deverão ser comprovados. É juridicamente inadequado, portanto, haver homologação judicial de transação para efeito de reconhecer a união estável.**

Em segundo lugar, não raro tais “acordos” vêm acompanhados com determinações sobre o modo de pagamento do benefício previdenciário. Vale lembrar, todavia, que **o regime da pensão é eminentemente legal. O pensionista manifesta a vontade somente na fase de requerimento do benefício; de resto, as condições do pagamento serão aquelas dadas pela lei.** A reversão, todas essas questões deverão seguir estritamente a lei, de modo que nada que seja acordado quanto a todos esses aspectos tem validade perante a Administração Pública, ante a explícita violação da legalidade⁷. (grifos nossos)

Oportuno salientar que, ainda que os beneficiários dessa classe comprovem a existência do casamento ou da união estável, para o percebimento da pensão deverão demonstrar que essa relação existia na data do óbito, ou seja, nas palavras da lei, deverão demonstrar que **o falecimento se deu na “constância” do casamento ou união estável ou união homoafetiva.**

Hipótese muito comum é a do separado de fato, que pleiteia o benefício na condição de cônjuge. Nesse caso, o benefício deve lhe ser negado

7 BEDONE, Igor Volpato. FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. Direito previdenciário público: Regime Próprio de Previdência do Estado de São Paulo, p. 286-287.

ante a ausência da constância do casamento, apesar da apresentação da certidão respectiva.

Isso porque o ex-companheiro ou ex-companheira e o ex-cônjuge separado de fato ou divorciado do servidor não têm direito ao pensio-namento porque presume-se, nesse caso, a cessação da relação de depen-dência econômica. Excetua-se, todavia, aquele que comprovadamente recebia pensão alimentícia na data do óbito, conforme previsão expressa do inciso VI do artigo 14 em estudo.

Entendemos aqui que basta a comprovação do pagamento regular de pensão alimentícia ao ex-cônjuge ou ex-companheiro (em dinheiro ou *in natura*, como, por exemplo, pagamento de plano de saúde), não sendo imprescindível a existência de uma ordem judicial que assim determine.

Outra questão tormentosa diz respeito à existência de relações pa-ralelas ao casamento e à união estável, que não são reconhecidas para fins previdenciários pela lei (nem pela antiga nem pela nova) e também não encontram guarida na jurisprudência majoritária.

Nesse ponto, oportuna a lição do professor Conrado Paulino da Rosa⁸ quanto aos impedimentos absolutos previstos no Código Civil, tanto para o casamento quanto para a união estável:

(...) Importante assinalar que, de acordo com o artigo 1.723, § 1º, CC, a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos absolutos para o casamento, que estão elencados no artigo 1.521.⁹ Todavia, em relação à pessoa casada, mas separada de fato ou judicialmente, não se aplica a previsão do inciso VI do artigo em tela, podendo assim qualquer cidadão, independente de já ter formalizado o término de seu relaciona-mento perante a família matrimonial anteriormente constituída, estabe-lecer união estável.

8 ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. Salvador: Editora Jus-Podivm, 2020, pp. 140-141.

9 Art. 1.521, CC: Não podem casar: (I) os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; (II) os afins em linha reta; (III) o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; (IV) os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; (V) o adotado com o filho do adotante; (VI) as pes-soas casadas; (VII) o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Conforme o artigo 1.727, CC, caso os conviventes estejam impedidos de casar, ainda que seja apenas um dos integrantes do casal, a união passa a ser denominada como concubinato. Trata-se da ressurreição do termo pelo Código Civil – vez que anteriormente encontrava-se em desuso – após a Constituição Federal de 1988.

Assim, ainda que possa ser questionável a justiça¹⁰ de tal previsão, ou melhor, da falta de tal previsão, não se admite a “divisão” da pensão entre os envolvidos nessas relações paralelas (*como por exemplo entre cônjuge e concubina*), independentemente de haver boa-fé das partes e mesmo que haja acordo entre elas, visto que tal ajuste seria *contra legem*, já que a pensão por morte tem seu regime estritamente previsto em lei.

Oportuno registrar que a respeito do tema foi reconhecida a Repercussão Geral pelo e. Supremo Tribunal Federal (Tema 526 - Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários), que ainda aguarda julgamento.

3.2. Filhos e equiparados

Seguindo no rol de beneficiários previsto na Lei Complementar estadual nº 1.354, de 6 de março de 2020, também são considerados dependentes previdenciários do servidor os seus **filhos, desde que não emancipados e até que completem a idade prevista na legislação que disciplina o Regime Geral de Previdência Social, atualmente 21 (vinte e um) anos**, conforme artigo 16 da Lei nº 8.213/1991:

10 Nesse sentido é a crítica do professor Fábio Zambitte Ibrahim: “Admitir, em tais casos, a prevalência de um conceito de família e união estável, ainda que previsto na Constituição, em detrimento do direito à vida e à previdência social (igualmente previstos na Constituição), é chegar a um resultado inadequado de ponderação, afastando aspectos mais relevantes do bem-estar social em favor de uma moralidade dominante. A adequação necessária à aplicação dos direitos sociais não implica, como possa parecer, uma necessária ampliação dos beneficiários, mas sim uma adequação à sua finalidade protetiva, afastada de qualquer tipo de perfeccionismo ético. Sem dúvida, isso pode gerar ampliações de prestações, como foi a aceitação da união homoafetiva, mas há restrições, como a negativa de benefício para cônjuge separado de fato, salvo se comprovada a dependência econômica, pois se não vivem mais juntos, a premissa protetiva é a de que não há mais dependência, pouco importando a que título foi feita a separação. Não se trata de alargar ou reduzir benefícios, mas somente de aplicá-los de acordo com os ideais de bem-estar e justiça social”. (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*, p. 520-521)

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

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015). (...).

A dependência econômica dos filhos, na hipótese acima, é presumida, não necessitando de comprovação.

No entanto, os filhos menores de 21 anos emancipados¹¹ anteriormente ao óbito do servidor não são considerados, pela lei, dependentes previdenciários. Interessante observar que a emancipação posterior ao óbito não é apontada expressamente pela norma como causa de extinção da pensão¹².

Convém destacar que a cessação do direito à pensão concedida ao filho menor ocorre automaticamente aos 21 (vinte e um) anos, independentemente do fato de o segurado estar ou não frequentando curso

11 O Código Civil permite a emancipação nas seguintes hipóteses: Art. 5º. (...) Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

12 Artigo 22. O direito à percepção da cota individual cessará: I - pelo falecimento; II - pelo casamento ou constituição de união estável; III - para o filho ou a pessoa a ele equiparada, ao completar a idade prevista na legislação do Regime Geral de Previdência Social, salvo se for inválido ou tiver deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; IV - pela cessação da invalidez, em se tratando de beneficiário inválido, ou pelo afastamento da deficiência, em se tratando de beneficiário com deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação dos incisos I e II do artigo 23; V - pelo decurso do prazo de recebimento de pensão de que trata o artigo 23 desta lei complementar; VI - pelo não cumprimento de qualquer dos requisitos ou condições estabelecidas nesta lei complementar; VII - pela renúncia expressa; VIII - pela condenação criminal por sentença com trânsito em julgado, como autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, ou de tentativa desse crime, cometido contra a pessoa do instituidor, ressalvados os inimputáveis; IX - se comprovada, a qualquer tempo, simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário, apuradas em processo judicial. (...).

superior, visto que a atual legislação não prevê o prolongamento do benefício nessa hipótese.

A redação da nova lei, no inciso IV do artigo 14, aproximou-se um pouco mais da legislação do RGPS trocando a expressão filhos “*incapazes civilmente*”, que existia na LC 180/1978, por **filhos com “deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave”**.

Assim, o filho inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave para ter direito à pensão deverá **comprovar sua situação por meio inspeção por junta médica pericial indicada pela São Paulo Previdência – SPPrev**, conforme estabelecido em regulamento (artigo 14, § 3º), que até o presente também não foi editado. Não se exige interdição judicial para concessão desse benefício.

Requer-se, todavia, que o filho inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave comprove que vivia sob **dependência econômica** do servidor falecido para fazer jus ao benefício. Tal comprovação, de acordo com o parágrafo 6º do artigo em estudo, “deverá ter como base a data do óbito do servidor e será feita de acordo com as regras e critérios estabelecidos em regulamento”.

Novamente exorta-se a urgência da edição de tal regulamento, indicando como se comprovará a dependência econômica, nesses casos, quais documentos serão admitidos e como será demonstrada a “contemporaneidade” dessa dependência.

Enquanto aguardamos a edição da referida norma, de novo nos socorremos do Decreto estadual nº 52.859/2008 como referência, sob pena de inviabilizarmos a fruição do direito:

Artigo 21. A comprovação de dependência econômica, necessária para o deferimento de pensão ao filho inválido para o trabalho ou incapaz civilmente, ao enteado, ao menor tutelado e aos pais do servidor, será feita com a apresentação de, no mínimo, três documentos, entre os enumerados a seguir:

- I – declaração pública feita perante tabelião;
- II – cópia de declaração de imposto de renda, em que conste nominalmente o interessado como dependente;
- III – disposições testamentárias;

- IV – comprovação de residência em comum;
- V – apólice de seguro em que conste o interessado como beneficiário;
- VI – registro em associação de classe onde conste o interessado como beneficiário;
- VII – inscrição em instituição de assistência médica do interessado como beneficiário.

Destaca-se que a dependência econômica que deverá ser demonstrada para o deferimento do pedido de pensão é aquela **permanente e necessária para a própria subsistência do seu beneficiário**. Não basta a ajuda eventual ou contribuição financeira supérflua. Por outro lado, o **recebimento de rendimento em nome próprio pelo dependente também desnatura eventual alegação de dependência econômica**.

Importante observar que a invalidez ou a deficiência intelectual, mental ou grave, para conferir direito à pensão deverá ser anterior ao óbito. Exceto se teve início durante o período em que o dependente já usufruía do benefício na qualidade de filho menor, conforme previsto no parágrafo 4º. Assim, por exemplo, se o falecimento ocorreu quando o filho tinha apenas 10 (dez) anos, ele será inicialmente habilitado como filho menor, mas poderá haver a convolação dessa habilitação para filho inválido, caso as condições para tanto se aperfeiçoem antes dos 21 (vinte e um) anos.

Por outro lado, a pensão nesse caso não será vitalícia, pois somente será devida enquanto perdurar a situação de invalidez ou a deficiência intelectual, mental ou grave, de acordo com o parágrafo 2º do mesmo artigo.

A nova lei equipara ao filho o enteado e o menor tutelado¹³, porém, para fins de pensionamento sempre lhes será exigida a comprovação da dependência econômica para com o servidor na data do óbito (artigo 14, § 1º).

13 “A tutela é tratada no Código Civil de 2002, a partir do art. 1.728, sendo definida, por Maria Helena Diniz, como: Instituto de caráter assistencial que tem por escopo substituir o pátrio poder. Protege o menor não emancipado e seus bens, se seus falecerem ou foram suspensos ou destituídos do poder parental, dando-lhe assistência e representação na órbita jurídica, ao investir pessoa idônea (tutor) nos poderes imprescindíveis para tanto. A tutela é, portanto, um complexo de direitos e obrigações, conferido pela lei a um terceiro, para que administre os bens e proteja o menor que não se ache sob o pátrio poder. A mesma autora define o enteado como ‘parente por afinidade em linha reta, cuja mãe ou pai se casou no-

Já o menor sob guarda não foi equiparado ao filho para fins de recebimento de pensão por morte no Regime Próprio paulista.

3.3. Genitores

Os genitores do servidor falecido serão considerados beneficiários da pensão por morte caso não existam dependentes na qualidade de cônjuge ou companheiro e de filho (incisos I a IV do artigo 14) e desde que também comprovem a dependência econômica na data do passamento (inciso V do artigo 14).

Todavia, a Lei Complementar em tela faculta a possibilidade de instituição dos genitores como dependentes do falecido, ainda que existam cônjuge, companheiro ou filho beneficiário da pensão, por meio de “declaração escrita” do servidor. Nessa hipótese todos concorrerão em igualdade de condições (artigo 14, § 5º).

A forma como deverá ser feita essa declaração deverá constar necessariamente do regulamento que será editado.

3.4. Considerações adicionais

Observa-se que novamente¹⁴ a lei estadual não contemplou, entre os dependentes previdenciários, a **irmã ou irmão do servidor**, como previsto na Lei nº 8.213/1991¹⁵. Se antes poderia haver alguma discussão a respeito dessa restrição por parte do Estado, atualmente, com a nova redação dada ao parágrafo 7º do artigo 40 da Constituição Federal, entendemos que não há mais dúvidas a respeito dessa possibilidade de

vamente, em relação ao seu padrasto ou madrasta’. Estas duas figuras (enteado e tutelado), conhecidas como equiparados a filho, poderão ter os mesmos direitos dos demais filhos, em igualdade de condições.” (...) - (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*, p. 509).

14 Também não havia previsão na LC 180/1978, mesmo após a alteração promovida pela LC 1.012/2007.

15 “Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: (...) III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (...)” (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015.)

limitação por parte dos entes federativos, que detêm competência ampla para legislar sobre pensão por morte.

A LC 1.354/2020 prevê, por fim, quanto aos dependentes, no parágrafo 8º do artigo 14, que “será excluído definitivamente da condição de dependente aquele que tiver sido condenado criminalmente por sentença com trânsito em julgado, como autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, ou de tentativa desse crime, cometido contra a pessoa do servidor, ressalvados os inimputáveis”.

Permite, ainda, o artigo 15 da nova Lei Complementar estadual, à semelhança da lei federal¹⁶, a **suspensão provisória da pensão por morte quando houver fundados indícios de autoria, coautoria ou participação de dependente nesse crime contra o legador do benefício**, novamente ressaltando os inimputáveis.

A implementação dessa suspensão tem por base o **princípio da autotutela administrativa**, considerando a natureza alimentar do benefício, e deverá ser precedida de regular procedimento administrativo, por meio do qual deverá ser garantida a ampla defesa e o contraditório. Evidentemente, em caso de absolvição, deverão ser pagas retroativamente todas as parcelas devidas desde a data da suspensão, corrigidas monetariamente.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, constata-se que, no tocante ao rol de dependentes previsto no novo diploma, não houve alteração significativa em relação à legislação anterior, especialmente após as alterações promovidas a partir das Leis Complementares estaduais nºs 1.010 e 1.102, ambas de 2007.

No entanto, especialmente no tocante às regras de pensão, várias disposições previstas na nova Lei Complementar estadual nº 1.354/2020

16 Lei nº 8.213/1991: Art. 77. (...) § 7º - Se houver fundados indícios de autoria, coautoria ou participação de dependente, ressalvados os absolutamente incapazes e os inimputáveis, em homicídio, ou em tentativa desse crime, cometido contra a pessoa do segurado, será possível a suspensão provisória de sua parte no benefício de pensão por morte, mediante processo administrativo próprio, respeitados a ampla defesa e o contraditório, e serão devidas, em caso de absolvição, todas as parcelas corrigidas desde a data da suspensão, bem como a reativação imediata do benefício.” (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019.)

dependem de **regulamentação pelo Poder Executivo para seu efetivo cumprimento.**

Conforme se verifica, o artigo 14 acima transcrito estabelece que a **comprovação da invalidez ou da deficiência intelectual, mental ou grave (§ 3º), da dependência econômica (§ 6º) e da união estável (§ 7º), para possibilitar a habilitação como dependente previdenciário, deverá ser feita nos termos estabelecidos em regulamento.**

Portanto, indiscutível a **necessidade urgente da edição de um decreto para o efetivo exercício dos direitos previstos nos referidos dispositivos que dependem desta regulamentação.**

Ademais, aguarda-se ainda a edição de outros atos normativos pela autarquia previdenciária paulista (São Paulo Previdência – SPPrev) dispondo a respeito do procedimento relativo à concessão do benefício da pensão por morte concedida pelo Regime Próprio de Previdência do Estado de São Paulo.

Enquanto não editados tais decretos servem de parâmetro os decretos já existentes, em especial o Decreto nº 52.859/2008, sob pena de restar inviabilizado o exercício do próprio direito à pensão garantido pela norma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDONE, Igor Volpato. FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. **Direito previdenciário público: Regime Próprio de Previdência do Estado de São Paulo.** Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário.** 25. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Filipe Mêmolo Portela; MAIA, Maurício; KAUAM, Miguel Cabrera. **Reforma Previdenciária.** São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

ROSA, Conrado Paulino. **Direito de Família Contemporâneo.** 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO CÁLCULO DA PENSÃO POR MORTE PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.354/2020

*The changes promoted in the calculation of the pension for death
by the State of São Paulo complementary law nº 1.354/2020*

Sabrina Ferreira Novis de Moraes¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. Cálculo; 2.1. Base de Cálculo; 2.2. Cotas dos dependentes; 2.3. Valor mensal mínimo; 2.4. Rateio; 2.5. Pagamento; 3. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO A Emenda à Constituição Federal nº 103, de 12 de novembro de 2019, atribuiu aos entes federativos a competência para legislar sobre o cálculo de pensão no âmbito de seus regimes próprios de previdência. No estado de São Paulo, a Lei Complementar nº 1.354/2020 buscou reproduzir localmente as regras de cálculo de pensão fixadas para os servidores federais e para o Regime Geral de Previdência Social.

Palavras-chave: Direito Previdenciário. Reforma Previdenciária. Regime Próprio. Pensão por morte. Cálculo. Reajuste. Lei Complementar estadual nº 1.354/2020.

ABSTRACT The Amendment to Federal Constitution nº 103, of November 12th, 2019, conferred on the federal entities the power to legislate on the calculation of pensions under their own social security systems. In the State of São Paulo, Complementary Law nº 1.354/2020 sought to reproduce locally the pension calculation rules set for federal public servants and the General Social Security System.

Keywords: Social Security Law. Social Security Survivors Benefit. Pension. Calculation and readjustment. Complementary Law nº 1.354/2020.

1 Procuradora do estado de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Escola de Direito da FGV Direito - SP.

1. INTRODUÇÃO

A chamada Reforma da Previdência, promovida pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, atribuiu aos entes federativos a competência para, por meio de lei, estabelecer as regras para a concessão do benefício de pensão por morte no âmbito de seus regimes próprios de previdência.

Assim, no estado de São Paulo, a pensão dos servidores públicos titulares de cargos efetivos foi regulada pela Lei Complementar nº 1.354/2020, que promoveu profundas alterações no regime anteriormente existente, as quais já são aplicáveis a todos os benefícios legados pelos servidores falecidos a partir de sua entrada em vigor.

O presente artigo cuidará de analisar o novo regime jurídico aplicável ao cálculo das pensões por morte legadas pelos servidores paulistas.

2. CÁLCULO

2.1. Base de Cálculo

O cálculo da pensão por morte mudou significativamente com a reforma promovida pela Lei Complementar nº 1.354/2020.

Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019, o parágrafo 7º do artigo 40 já estabelecia o cálculo do benefício de pensão por morte, da seguinte forma:

Art. 40 (...)

§ 7º - lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

I - ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a esse limite, caso aposentado à data do óbito; ou (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

II - ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a esse

limite, caso em atividade na data do óbito. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003)

Desse modo, na redação anterior, estabelecida pela Lei Complementar nº 1.012/2007, o artigo 144 da Lei Complementar nº 180/1978 repetia a norma constitucional e determinava que o valor inicial da pensão por morte seria igual à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o óbito, ou aos proventos do inativo na data do óbito, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, de que trata o artigo 201 da Constituição Federal, acrescido de 70% (setenta por cento) da parcela que exceder esse limite.

Após a chamada Reforma da Previdência de 2019, o parágrafo 7º do artigo 40 passou a atribuir à lei do respectivo ente federativo toda a disciplina da concessão de pensão por morte, inclusive sua forma de cálculo, como segue:

Art. 40 (...)

§ 7º - Observado o disposto no § 2º do art. 201, quando se tratar da única fonte de renda formal auferida pelo dependente, o benefício de pensão por morte será concedido nos termos de lei do respectivo ente federativo, a qual tratará de forma diferenciada a hipótese de morte dos servidores de que trata o § 4º-B decorrente de agressão sofrida no exercício ou em razão da função. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019.)

No estado de São Paulo, o cálculo da pensão está agora previsto no artigo 17 da Lei Complementar nº 1.354/2020, nitidamente coincidente com o estabelecido para as pensões dos segurados do Regime Geral de Previdência Social e dos servidores federais no artigo 23 da Emenda Constitucional nº 103/2019. Assim, certamente, o cálculo passou a ser muito mais complexo, resultando, ao final, em valores de benefícios significativamente mais baixos.

Para aqueles que falecerem na atividade, a base de cálculo da pensão deixou de ser a totalidade da remuneração no cargo efetivo em que se deu o óbito para ser equivalente à que o servidor teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito.

Isso significa que, para as pensões legadas pelo servidor na atividade, a base de cálculo da pensão será equivalente a 60% (sessenta por cento)

da média aritmética simples das remunerações adotadas como base para as contribuições aos regimes de previdência a que o servidor esteve vinculado, atualizadas monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo, desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência, com acréscimo de 2 (dois) pontos percentuais para cada ano que exceder o tempo de 20 (vinte) anos de contribuição (artigo 7º, *caput* e § 2º, da Lei Complementar nº 1.354/2020).

2.2. Cotas dos dependentes

Estabelecida a base de cálculo, segundo o artigo 17 da Lei Complementar nº 1.354/2020, a pensão será composta de uma cota familiar correspondente a 50% (cinquenta por cento) desse valor, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

Sendo assim, o instituidor que tiver deixado, por exemplo, sua esposa e um filho legará uma pensão de 70% (setenta por cento) da base de cálculo, correspondendo à cota familiar de 50% (cinquenta por cento), acrescida de duas cotas de 10 (dez) pontos percentuais. Cada pensionista receberá, inicialmente, 35% (trinta e cinco por cento) da base de cálculo da pensão (exemplo 1).

Caso os dependentes do servidor sejam sua esposa e três filhos, o valor da pensão corresponderá a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) mais quatro cotas de 10% (dez por cento), resultando em 22,5% (vinte e dois e meio por cento) para cada beneficiário (exemplo 2).

Ainda que haja dois núcleos familiares, a cota familiar sempre será de 50% (cinquenta por cento). Assim, se houver dois filhos de primeira relação conjugal e esposa e terceiro filho de segundo relacionamento, cada um dos beneficiários receberá igualmente 22,5% (vinte e dois e meio por cento) (exemplo 3).

Perdendo a qualidade de pensionista, as cotas por dependente cessarão e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% (cem por cento) da pensão por morte, quando o número de dependentes remanescentes for igual ou superior a cinco (artigo 17, § 1º).

No exemplo 1 supra, quando o filho único do servidor atingir a maioridade para efeitos previdenciários, a pensão da esposa do servidor deverá ser recalculada, preservando-se a cota familiar de 50% (cinquenta por cento), acrescida de apenas 10% (dez por cento). Passará a pensionista remanescente a receber 60% (sessenta por cento) da pensão.

No segundo exemplo acima, se a esposa contrair novo matrimônio, sua cota se extinguirá. A pensão será, assim, composta pela cota familiar de 50% (cinquenta por cento) e por três cotas de 10% (dez por cento). O valor, correspondente a 80% (oitenta por cento), será repartido pelos três filhos do falecido servidor.

No entanto, caso algum dependente seja inválido ou tenha deficiência intelectual, mental ou grave, de acordo com o § 2º do artigo 17, o valor da pensão será de 100% (cem por cento) da aposentadoria recebida pelo servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Para o que ultrapassar esse valor, será calculada uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento).

Desse modo, verifica-se que, apesar de ser uma norma destinada a beneficiar os dependentes inválidos ou com deficiência, também os demais pensionistas terão suas cotas calculadas de forma mais benéfica. Somente quando o dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave perder a condição de pensionista, nos termos do § 3º do artigo 17, o valor da pensão dos demais será recalculado, deixando de corresponder a 100% (cem por cento) da aposentadoria recebida pelo servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Por determinação expressa na Constituição Federal (art. 40, § 7º) e na Constituição do Estado de São Paulo (art. 126, § 7º), o § 4º do artigo 17 da Lei Complementar estadual nº 1.354/2020 estabelece que os dependentes dos integrantes das carreiras de Policial Civil, Polícia Técnico-Científica, Agente de Segurança Penitenciária e Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária, quando esses falecerem em decorrência do

exercício ou em razão da função, farão jus a uma pensão equivalente ao salário de contribuição.

2.3. Valor mensal mínimo

Ainda, quanto ao cálculo da pensão, o benefício não poderá ter valor mensal inferior a um salário mínimo quando se tratar da única fonte de renda formal auferida pelo dependente, de acordo com o disposto no parágrafo 7º do artigo 40.

A norma constitucional não define o que se considera “única fonte de renda formal auferida pelo dependente”. Nesse aspecto, enquanto não definida, caberá a cada um dos entes a regulamentação.

Pela Portaria SEPRT nº 936, de 6/8/2019, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, será considerada renda formal, para esse fim, o somatório dos rendimentos recebidos mensalmente igual ou superior a um salário mínimo (art. 1º). Esse valor deverá, a princípio, ser aferido no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, enquanto não estabelecido um sistema integrado de dados relativos a segurados e beneficiários de regimes de previdência, de militares, de programas de assistência social ou de prestações indenizatórias (parágrafo único do art. 1º).

É interessante notar que basta que um beneficiário não tenha renda formal mensal para que a pensão tenha que corresponder a, no mínimo, um salário mínimo.

E, ainda, competirá aos órgãos gestores acompanhar a evolução da renda dos beneficiários de pensão ao longo do tempo, de forma a sempre atualizar o valor mínimo do benefício de acordo com a existência ou não de renda formal.

A eleição do critério “única fonte de renda formal auferida pelo dependente” pelo constituinte reformador, para a atribuição do direito ao piso de um salário mínimo para a pensão, é questionável, especialmente em um mercado de trabalho que caminha para a informalidade.²

2 Segundo os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua, no trimestre móvel encerrado em setembro de 2019: “A categoria dos empregados sem carteira de trabalho assinada no setor privado (11,8 milhões de pessoas) foi recorde na série histórica e cresceu nas duas comparações: 2,9% (ou mais 338 mil pessoas) em relação

Para a melhor adequação à finalidade da norma, como “renda formal”, não se deve considerar unicamente a renda proveniente de empregos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, do serviço público estatutário, da previdência oficial ou de programas de assistência social, mas também devem ser considerados, por exemplo, os honorários recebidos pelos profissionais liberais, o *pro labore* de diretores ou administradores de sociedades, a renda proveniente de aluguéis de imóveis etc.

2.4. Rateio

No tocante ao rateio da pensão, deve ser em partes iguais entre todos os pensionistas habilitados, ressalvada a pensão do ex-cônjuge, ex-companheiro ou ex-companheira, cujo valor do benefício permanece limitado ao valor da pensão alimentícia recebida do servidor na data do seu óbito (artigo 18).

Essa forma de rateio, de quotas equivalentes para todos os beneficiários, já havia sido estabelecida pela Lei Complementar estadual nº 1012/2007³, que deu nova redação ao artigo 140 da Lei Complementar estadual nº 180/1978, alterando a regra antiga, que concedia ao cônjuge cota de 50% (cinquenta por cento), com inspiração no direito civil sucessório.

2.5. Pagamento

O pagamento do benefício será devido a contar da data do óbito, quando requerido em até 180 (cento e oitenta) dias após o falecimento, para os filhos menores de 16 (dezesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes (art. 19, incisos I). Caso ultrapassado esse prazo, a pensão será devida a partir do requerimento (art. 19, inciso II). Já na hipótese de pensão por morte presumida ou ausência, a pensão será devida a contar da data da decisão judicial (art. 19, inciso III).

ao trimestre anterior e 3,4% (mais 384 mil pessoas) ante o mesmo trimestre de 2018. A categoria dos trabalhadores por conta própria chegou a 24,4 milhões de pessoas, novo recorde na série histórica, crescendo 1,2% (mais 293 mil pessoas) frente ao trimestre anterior e 4,3% (mais 1,0 milhão de pessoas) em relação ao mesmo período de 2018.” Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br>>. Consultado em 13 de outubro de 2020.

3 Artigo 148 - Com a morte do servidor a pensão será paga aos dependentes, mediante rateio, em partes iguais.

Claramente, o legislador buscou, com essa alteração da regra antes disposta nos parágrafos 2º e 3º do artigo 148⁴, equiparar os prazos do Regime Próprio paulista aos estabelecidos pela Lei federal nº 13.846/2019 para o Regime Geral de Previdência Social.

Não se pretende aqui dispor a respeito da natureza jurídica desse prazo. No entanto, a lei aqui descuidou dos preceitos protetivos da criança e do adolescente ao inclui-los, ainda que com um prazo estendido, na regra do artigo 19.

A jurisprudência já se mostrava contrária à prescrição das parcelas anteriores ao requerimento caso ultrapassado o prazo definido na lei para os menores de 16 (dezesesseis) anos, como segue:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA DE DEPENDENTE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. ARTS. 79 E 103 DA LEI Nº 8.213/1991. IMPRESCRITIBILIDADE. EXCEÇÃO. DUPLO PAGAMENTO DA PENSÃO PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

1. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que, comprovada a absoluta incapacidade do requerente da pensão por morte, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor da pensão, ainda que não postulado administrativamente no prazo de trinta dias, uma vez que não se sujeita aos prazos prescricionais, salvo se o benefício já tenha sido pago a outro dependente previamente habilitado.
2. Não sendo o caso de habilitação tardia de menor com cumulação de dependentes previamente habilitados, o Acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência do STJ no sentido de que o termo inicial da pensão por morte deve retroagir à data do óbito.
3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.767.198/RS, rel. ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 8/10/2019, DJe 18/10/2019.)

⁴ Artigo 148. (...) § 2º - O pagamento do benefício retroagirá à data do óbito, quando requerido em até 60 (sessenta) dias depois desse. § 3º - O pagamento do benefício será feito a partir da data do requerimento, quando ultrapassado o prazo previsto no § 2º deste artigo.

Pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, trata-se de prazo prescricional, não aplicável aos incapazes por força do inciso II do artigo 198 do Código Civil⁵, exceto se o benefício tenha sido concedido anteriormente a outro membro da família, sob pena de condenar a autarquia previdenciária ao pagamento dobrado (REsp 1.664.036⁶).

- 5 Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos estados ou dos municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.
- 6 PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. HABILITAÇÃO TARDIA DE DEPENDENTE. FILHO MENOR DE 16 ANOS. ART. 76 DA LEI Nº 8.213/1991. OUTROS BENEFICIÁRIOS. EFEITOS FINANCEIROS. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária proposta por dependente de segurado falecido que requer o pagamento de cota de pensão por morte não percebida desde o óbito do instituidor (genitor da autora da ação) em virtude de ter-se habilitado tardiamente para o recebimento da prestação previdenciária. Alega que na data do óbito (10/11/1998) ainda não contava 16 (dezesesseis) anos, razão pela qual teria direito subjetivo ao recebimento das prestações mensais relacionadas ao período de 10/11/1998 a 14/6/2012, quando passou a receber cota de pensão por morte e procedeu ao requerimento administrativo perante o INSS, benefício de pensão por morte dividido com outros três dependentes do falecido. Os demais pensionistas foram citados e fizeram parte da relação processual. 2. O íncrito min. Og Fernandes apresentou voto-vogal, divergindo do min. Herman Benjamin, para negar provimento ao Recurso Especial do INSS. Sendo mister destacar: “Entretanto, outra é a situação em que os dependentes compõem núcleos familiares distintos, caso dos autos, contexto em que não haveria compartilhamento do benefício. Nessa hipótese, vota o e. relator pela não retroação do benefício à data de óbito do instituidor da pensão, mas, apenas, à data do requerimento administrativo, sob o fundamento de que, assim, estar-se-ia dando cumprimento ao art. 76 da Lei nº 8.213/1991 e preservando a autarquia previdenciária do indevido pagamento em dobro. (...) O fato de o INSS ter concedido o benefício de pensão a outro dependente, de forma integral, a meu ver, não afasta o direito do incapaz à sua cota-parte, pois não se pode imputar a ele a concessão indevida de sua cota a outro dependente”. 3. O catedrático ministro Mauro Campbell Marques, em seu primoroso voto-vista, deu parcial provimento ao Recurso Especial do INSS, a fim de reconhecer o direito à cota-parte da pensão a partir do requerimento administrativo. Acompanhou, assim, o ministro relator. Transcrevem-se trechos do retromencionado voto: “Ainda que a autora possa em tese ter se prejudicado com a inércia de sua representante legal, por outro lado, não é razoável imputar à autarquia previdenciária o pagamento em duplicidade. Menos razoável, ainda, no meu modo de sentir, é imputar o pagamento a outros cotistas da pensão, pois legitimados ao benefício, requereram na data legal e de boa-fé. Comprovada a absoluta incapacidade do requerente da pensão por morte, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor da pensão, ainda que não postulada administrativamente no prazo de 30 dias, uma vez que não se sujeita aos prazos prescricionais, salvo se o benefício já tenha sido pago a outro dependente previamente habilitado, como no caso. Penso deva ser vedado o pagamento em duplicidade, mesmo que a habilitação tardia seja de um menor absolutamente incapaz, considerando a existência de outro(s) prévio(s) dependente(s) habilitado(s). Entendo como melhor caminho para o caso o proposto pelo ministro relator, reconhecendo o direito à pensão por morte, apenas a partir do requerimento administrativo. (...) Ante o exposto, conheço do recurso especial do INSS e lhe dou parcial provimento, a fim de reconhecer o direito à cota-parte da pensão a partir do requerimento administrativo e julgar o pedido inicial improcedente, invertendo o ônus da sucumbência. Acompanho nesses termos o ministro relator, pedindo respeitosa vênica ao ministro Og Fernandes.”

TERMO INICIAL DO PAGAMENTO DA PENSÃO POR MORTE

4. A Lei 8.213/1991 dispõe que a pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado falecido, desde a data do óbito, se tiver havido habilitação perante o INSS até noventa dias, prazo esse que era de trinta dias até a edição da Lei 13.183/2015; ou a partir da data do requerimento administrativo, quando não exercido o direito no referido prazo (art. 74). 5. É que, consoante afirmado pelo art. 76 da Lei 8.213/1991, “A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação”. 6. Ocorre que a própria “lei de benefícios” do RGPS afasta a prescrição quinquenal do art. 103 para os casos em que o pensionista for menor, incapaz ou ausente (art. 79). Assim, haveria que se empreender interpretação sistemática da legislação previdenciária, de modo a assegurar o direito subjetivo dos segurados descritos no art. 79, mas também evitar que a Previdência Social seja obrigada a pagar em duplicidade valores que compõem a dimensão econômica de um único benefício previdenciário de pensão por morte.

PENSÃO POR MORTE JÁ PAGA A OUTROS DEPENDENTES

7. Não se desconhece a jurisprudência do STJ no sentido de que, comprovada a absoluta incapacidade do requerente da pensão por morte, faz ele jus ao pagamento das parcelas vencidas desde a data do óbito do instituidor do benefício, ainda que não postulado administrativamente no prazo fixado pela legislação. Vejamos: REsp 1.405.909/AL, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 9/9/2014; AgRg no AREsp 269.887/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 21/3/2014; REsp 1.354.689/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11/3/2014. 8. Contudo, a questão ora controvertida está relacionada à habilitação tardia de dependente incapaz para receber pensão por morte que já estava sendo paga regularmente a outros dependentes.

AVANÇO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

9. O STJ iniciou realinhamento de sua jurisprudência na direção de que o dependente incapaz que não pleiteia a pensão por morte no prazo de trinta dias a contar da data do óbito do segurado não tem direito ao recebimento do referido benefício a partir da data do falecimento do instituidor, considerando que outros dependentes, integrantes do mesmo núcleo familiar, já recebiam o benefício. Evita-se, assim, que a Autarquia previdenciária seja condenada duplamente a pagar o valor da pensão. 10. De acordo com o art. 76 da Lei 8.213/1991, a habilitação posterior do dependente somente deverá produzir efeitos a contar do requerimento administrativo, de modo que não há falar em efeitos financeiros para momento anterior à inclusão do dependente. 11. A concessão do benefício para momento anterior à habilitação do autor, na forma estipulada pelo acórdão recorrido, acarreta, além da inobservância dos arts. 74 e 76 da Lei 8.213/1991, prejuízo à autarquia previdenciária, que seria condenada a pagar duplicadamente o valor da pensão. A propósito: REsp 1.655.424/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017; REsp 1.655.067/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017; AgInt no REsp 1.590.218/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 8/6/2016; AgRg no REsp 1.523.326/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/12/2015; REsp 1.479.948/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/10/2016.

CONCLUSÃO

12. *Permissa venia* ao paráclito Ministro Og Fernandes, para não acatar seu Voto-vogal. Nesse sentido, ratifica-se o entendimento original do relator, corroborado pelo pensamento do emérito Ministro Mauro Campbell Marques. 13. Recurso Especial do INSS parcialmente provido para considerar como devidos os valores pretéritos do benefício a partir do requerimento administrativo. (REsp 1.664.036/RS, relator(a) ministro HERMAN BENJAMIN (1132), SEGUNDA TURMA, Data do julgamento 23/5/2019, DJe 6/11/2019)

Por sua vez, o parágrafo 1º do artigo 19 apresenta redação idêntica à do artigo 76 da Lei federal nº 8.213/1990, dispondo que “a concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente e a habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a partir da data da publicação do ato de concessão da pensão ao dependente habilitado”.

Isso significa que um dependente não poderá ser prejudicado pela falta de habilitação dos demais e que as inclusões e exclusões de pensionistas ocorridas tardiamente somente produzirão seus efeitos a partir da publicação do ato de concessão.

Trata-se de regra de proteção ao RPPS, que evita o pagamento da mesma pensão em duplicidade, e do pensionista, ao proibir a retenção de cota a espera de novas habilitações.

A retenção da cota somente será permitida no caso da habilitação provisória prevista no parágrafo 2º do artigo 19, a qual traz essa possibilidade para quando o reconhecimento da condição de dependente for objeto de ação judicial até seu trânsito em julgado. Se a autarquia previdenciária for parte dessa ação, essa habilitação “provisória” ou “excepcional”, como denomina a lei, poderá ser feita de ofício, conforme dispõe o parágrafo 3º do mesmo artigo.

Se o pedido de reconhecimento da condição de dependente for julgado improcedente, o valor retido deverá ser pago aos demais dependentes, corrigido monetariamente e de forma proporcional ao cálculo de suas cotas e tempo de duração de seus benefícios (parágrafo 4º do artigo 19).

O parágrafo 5º do artigo 19 assegura à São Paulo Previdência – SPPrev a cobrança dos valores indevidamente pagos em função de nova habilitação. Mais uma vez, trata-se de norma inspirada na Lei federal nº 8.213/1990, que decorre da vedação ao enriquecimento sem causa prevista o artigo 884 do Código Civil.

De se lembrar que a efetividade da norma encontra limitação no entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que são irrepetíveis as prestações previdenciárias, quando percebidas de boa-fé, em razão de sua natureza alimentar, como se verifica da ementa transcrita a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DEVOLUÇÃO. NATUREZA ALIMENTAR. IRREPETIBILIDADE. 1 - São irrepetíveis, quando percebidos de boa-fé,

as prestações previdenciárias, em função da sua natureza alimentar. Precedentes. 2 - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.350.692/RS, rel. ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 5/2/2013, DJe 25/2/2013.)

Por fim, de acordo com o artigo 21, o reajuste da pensão será na mesma data utilizada para fins de reajuste dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, com base no Índice de Preços ao Consumidor - IPC, apurado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - Fipe. Para os óbitos ocorridos na vigência da Lei Complementar nº 1.354/2020, o reajuste se dará dessa forma ainda que a pensão decorra do falecimento de servidor aposentado com direito à paridade com os servidores em atividade.

3. CONCLUSÃO

Em conclusão, a Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, atribuiu aos entes federativos a competência para legislar sobre o cálculo de pensão por morte de seus respectivos regimes próprios. Nesse sentido, a Lei Complementar nº 1.354/2020 adotou, para os servidores titulares de cargos efetivos do estado de São Paulo, as mesmas regras estabelecidas, pela reforma da Constituição Federal, para o cálculo da pensão dos servidores federais.

Pelas novas normas, já aplicáveis para as pensões legadas por servidores falecidos a partir da publicação da nova lei estadual, a pensão passará a ser constituída por uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento). Essa fração será aplicada sobre a base de cálculo, a qual corresponderá ao valor da aposentadoria recebida pelo servidor ou, no caso de falecimento em atividade, daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito. O resultado dessa operação deverá ser rateado igualmente entre os beneficiários habilitados, com exceção apenas do ex-cônjuge e ex-companheiro.

A sistemática de reversão das cotas dos benefícios extintos anteriormente existente também foi alterada. Agora, as cotas extintas não mais se reverterem integralmente aos demais beneficiários. Diferentemente, deve-se

realizar um novo cálculo de benefício para os pensionistas remanescentes, pois a parcela referente à cota familiar deverá ser redistribuída, mas será excluída a cota individual do benefício extinto.

Por fim, a profundidade das medidas adotadas pelo legislador estadual no cálculo da pensão por morte do Regime Próprio do estado de São Paulo e nas demais disposições da Lei nº 1.354/2020 sobre o tema deve contribuir para o saneamento do sistema em um contexto atual de grave desequilíbrio financeiro e atuarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDONE, Igor Volpato; e FERREIRA, Juliana de Oliveira Duarte. **Direito previdenciário público**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

KERTZMAN, Ivan et al. **Estudos aprofundados sobre a reforma da previdência**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LEAL, Bruno Bianco et al. **Reforma Previdenciária**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma da Previdência**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS IMPACTOS DA EC 103/2019 SOBRE O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS

*Notes about the impacts of EC 103/2019 on the public servers
complementary pension scheme*

Dânae Dal Bianco¹

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. As mudanças nos §§ 14 e 15 do artigo 40 da CF; artigo 202, §§ 4º e 6º, da CF; artigo 33 da EC 103/2019; 3. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO O artigo trata das principais alterações que a Emenda Constitucional nº 103/2019 trouxe ao regime de previdência complementar dos servidores públicos, abordando a obrigatoriedade de instituição desse regime por todos os entes federados e a possibilidade de operação desse regime por entidades de previdência aberta.

Palavras-chave: Previdência complementar. Servidores Públicos. Benefício previdenciário. Entidades fechadas de previdência complementar. Entidades abertas de previdência complementar.

ABSTRACT The article deals with the main changes that Constitutional Amendment nº 103/2019 brought to the public servants supplementary pension scheme, addressing the mandatory institution of this scheme by all federated entities and the possibility of operating this scheme by insurance companies.

Keywords: Supplementary pension. Public Servants. Social security benefit. Pension funds. Insurance companies.

¹ Procuradora do estado de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo e em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas - SP.

1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, trouxe alterações pontuais ao regime de previdência complementar dos servidores públicos. Em essência, permanece inalterada a limitação dos proventos e pensões a serem concedidos, pelo Regime Próprio de Previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo, ao mesmo teto aplicado ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, no caso de instituição, pelo respectivo ente público, de regime de previdência complementar para tais servidores.

Continua, também, inalterada a possibilidade de tais servidores aderirem, facultativamente, a plano de previdência complementar patrocinado pelo respectivo ente público, que oferecerá benefícios unicamente na modalidade contribuição definida.

As principais inovações trazidas pela mais recente Reforma da Previdência quanto ao tema dizem respeito à exigência de instituição de regime de previdência complementar pelos entes federados e à permissão de operação desse regime por entidades abertas de previdência complementar. É o que passaremos a abordar.

2. AS MUDANÇAS NOS §§ 14 E 15 DO ARTIGO 40 DA CF, NO ARTIGO 202, §§ 4º E 6º, DA CF, E O ARTIGO 33 DA EC 103/2019

Com a publicação da Emenda, foram alteradas as redações dos §§ 14 e 15 do art. 40 da Constituição Federal, que passaram a vigorar com a seguinte dicção:

§ 14 - A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios instituirão, por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, observado o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social para o valor das aposentadorias e das pensões em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto no § 16.

§ 15 - O regime de previdência complementar de que trata o § 14 oferecerá plano de benefícios somente na modalidade contribuição definida, observará o disposto no art. 202 e será efetivado por intermédio de en-

tidade fechada de previdência complementar ou de entidade aberta de previdência complementar.

De acordo com o texto constitucional até então vigente, o § 14 do art. 40 facultava aos entes públicos instituir regime de previdência complementar e fixar, para o valor das aposentadorias e pensões, o mesmo teto do RGPS. Com a Emenda, a instituição do regime de previdência complementar passa a ser obrigação constitucional, aplicável a todos os entes públicos.

Ainda que obrigatória a instituição pelo ente, a adesão ao regime complementar, pelo servidor, permanece facultativa. Não aderindo, a base de cálculo de suas contribuições previdenciárias fica limitada ao valor do teto de benefícios aplicado pelo RGPS, e seu futuro benefício previdenciário estará sujeito aos critérios de elegibilidade e cálculo previstos na Constituição e normas regulamentares do RPPS ao qual vinculado, e terá seu valor também limitado ao teto do RGPS. Esse benefício, estruturado na modalidade benefício definido,² estará sob a gestão e responsabilidade do ente estatal ao qual vinculado o servidor.

Por outro lado, o servidor que aderir à previdência complementar, além de contribuir para o RPPS nas exatas mesmas condições que os demais servidores, contribuirá também ao plano de previdência complementar na forma prevista no respectivo Regulamento do Plano. O benefício previdenciário futuro será composto por duas parcelas: uma que lhe será paga pelo RPPS, sob a gestão e responsabilidade do respectivo ente estatal, cujo valor estará limitado ao valor máximo dos benefícios concedidos pelo RGPS; e outra oriunda da entidade de previdência complementar, calculada e paga nos termos do Regulamento do Plano.

O benefício complementar deverá ser estruturado exclusivamente na modalidade contribuição definida, ou seja, o valor do benefício que o participante receberá será resultado direto do montante das contribuições efetuadas ao longo do período contributivo (tanto as contri-

2 Um plano previdenciário na modalidade benefício definido é aquele em que o benefício futuro do participante é calculado com base em uma fórmula previamente definida que, usualmente, leva em consideração a última remuneração ou a média dos salários de contribuição de determinado período.

buições do participante quanto a contrapartida do patrocinador) adicionadas da rentabilidade dos investimentos. Mesmo durante a fruição do benefício pelo participante não pode haver a conversão desse em benefício definido, já que isso transmudaria o plano para modalidade misto (contribuição definida na fase de acumulação e benefício definido na fase de recebimento). A responsabilidade do Estado perante o regime de previdência complementar se limita a efetuar as contribuições devidas.

Não houve alteração ao § 16 do art. 40 da Constituição Federal, mantendo-se a previsão de que somente mediante prévia e expressa opção o regime de previdência complementar poderá ser aplicado ao servidor que houver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime complementar.

No que tange ao § 15, a principal alteração foi a retirada da determinação de que os planos de previdência de servidores públicos deveriam ser oferecidos por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar “*de natureza pública*”, passando a ser possível a operação dos mesmos mediante entidades fechadas ou abertas de previdência complementar (EFPC e EAPC, respectivamente).

Foram, ainda, feitas alterações nos parágrafos 4º a 6º do artigo 202 da Constituição Federal, que traz princípios e regras aplicáveis aos regimes de previdência complementar, aplicáveis tanto aos servidores públicos quanto a trabalhadores da iniciativa privada. A redação então vigente desses dispositivos era dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 e as alterações foram no sentido de adequar as previsões desses parágrafos às alterações efetuadas nos parágrafos 14 e 15 do artigo 40, em especial no que tange à possibilidade de operação de planos tanto por entidades fechadas de previdência complementar – EFPC, quanto por entidades abertas de previdência complementar – EAPC.

As EAPC se assemelham a seguradoras, oferecem planos de benefícios que podem ser contratados por qualquer pessoa, independentemente de filiação ao RGPS ou ao RPPS, e estão sujeitas à regulação e fiscalização pela Superintendência de Seguros Privados - Susep. São as entidades abertas que operam planos nas modalidades PGBL e VGBL, por exemplo. As EAPC devem ser constituídas unicamente

sob a forma de sociedades anônimas e, via de regra, têm finalidade lucrativa.

Já as entidades fechadas – também conhecidas como Fundos de Pensão - atuam sob a forma de fundações de direito privado ou de sociedade civil e não possuem fins lucrativos (§ 1º do art. 35 da Lei Complementar nº 109/2001). Têm a finalidade de administrar e operar planos de benefícios previdenciários criados por empresas (patrocinadores) para seus empregados (participantes) ou por pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial (instituidores) para seus associados (participantes). Cada EFPC tem no mínimo um patrocinador (terminologia empregada quando se trata de empresa ou ente público) ou instituidor (quando se trata de associação ou sindicato), e os empregados e servidores dos patrocinadores, ou associados dos instituidores, poderão voluntariamente se filiar ao plano de benefícios respectivo. São reguladas e fiscalizadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc.

Ambos os tipos de entidade são regulados pela Lei Complementar nº 109/2001, que tem capítulos específicos para cada tipo de entidade, bem como regramento específico para os planos de benefícios que podem ser oferecidos pelos tipos de entidades. Observados os requisitos e parâmetros previstos na referida lei complementar, as regras aplicáveis a cada tipo de plano de benefício são determinadas pelas respectivas entidades regulamentadoras (Susep e Previc).

A Lei Complementar nº 109/2001 garante o direito à portabilidade³ para todos os tipos de plano, sejam eles operados por EAPC ou EFPC. No entanto, somente os planos operados por EFPC são obrigados a fornecer ao participante, além do direito à portabilidade, também o

3 “Portabilidade: é a possibilidade de transferência dos valores acumulados na conta do participante para outra entidade de previdência. Com a portabilidade, há o desligamento do participante do plano e extinguem-se as obrigações da entidade para com ele e seus beneficiários. Na portabilidade, os recursos são transferidos de entidade para entidade, sem transitar pelo participante (LC 109/01, art. 15, inc. II), não havendo incidência de tributação na pessoa física (LC 109/01, art. 69, § 2º). A portabilidade somente pode ocorrer quando há o término do vínculo do participante com o patrocinador.” (DAL BIANCO, Dânae. **Resumo de Direito Previdenciário de Servidores Públicos: atualizado até a EC 70/2012**, p. 126).

direito ao benefício proporcional diferido⁴, ao resgate⁵ e ao autopatrocínio.⁶

As regras da Lei Complementar nº 109/2001 quanto à equalização de deficit em planos de benefícios, bem como quanto à utilização do resultado superavitário, somente se aplicam aos planos operados por EFPC.

A relação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar é objeto de regulamentação pela Lei Complementar nº 108/2001. No entanto, essa regulamentação foi concebida tendo em vista o relacionamento dos entes e entidades públicos com EFPC, uma vez que, conforme normativa constitucional até então vigente, os planos patrocinados por essas entidades deveriam ser operados unicamente por EFPC. Dadas as distintas peculiaridades aplicáveis a cada tipo de entidade de previdência (EFPC x EAPC), bem como as distintas características dos planos por eles oferecidas, não se pode afirmar que as regras ali determinadas valerão para o relacionamento

-
- 4 “Benefício Proporcional Diferido – BPD: é o instituto que faculta ao participante, em razão da cessação do vínculo com o patrocinador antes da aquisição do direito à aposentadoria, continuar vinculado ao plano e receber, em tempo futuro, benefício do plano (LC 109/01, art. 14, inc. I). O participante que optou pelo BPD é denominado participante vinculado. Optando pelo BPD, cessa a obrigação de contribuir ao plano, exceto em relação às contribuições para despesas administrativas e, se o plano permitir e o participante assim optar, para a cobertura dos benefícios de risco, permanecendo a possibilidade de o participante fazer contribuições facultativas. Esse participante terá direito a receber benefício do plano quando cumpridos requisitos de elegibilidade previstos no regulamento.” (*Ibid.*, p. 125).
- 5 “Resgate: é o instituto que faculta ao participante que se desvinculou do patrocinador o recebimento de valor decorrente do seu desligamento do plano de benefícios (totalidade ou parcela de seu saldo de conta, conforme previsto no regulamento do plano). Não é exigida carência e o resgate pode ser feito a qualquer momento antes do início do gozo de benefícios. Com o resgate, cessam os compromissos do plano em relação ao participante e seus beneficiários. O valor do resgate deverá corresponder, no mínimo, à totalidade das contribuições efetuadas pelo participante, exceto as destinadas ao custeio administrativo (LC 109/01, art. 14, inc. III) e as destinadas a benefícios de risco. Sobre o valor do resgate há incidência do imposto de renda na pessoa física (Decreto nº 3.000/99, art. 43, XIV).” (*Ibid.*, p. 125).
- 6 “Autopatrocínio: é a possibilidade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração (LC 109/01, art. 14, inc. IV). O participante que optou pelo autopatrocínio é chamado participante autopatrocinado.” (*Ibid.*, p. 125).

que vier a ser entabulado entre o ente público e uma EAPC, inclusive tendo em vista as características estruturais e de governança distintas entre as entidades.

Tanto isso é fato que a EC 103/2019 previu expressamente que, até que a relação entre os entes ou entidades públicas e as EAPC seja disciplinada em lei complementar federal, a previdência complementar de servidores públicos somente poderá ser administrada por EFPC, conforme art. 33 da Emenda.⁷

Outra alteração trazida pela EC 103/2019 foi a retirada do texto constitucional a obrigação de que as EFPC gestoras de benefícios de servidores públicos tivessem “*natureza pública*”. Desde a introdução dessa dicção no texto constitucional (com a EC 20/98), nunca houve consenso sobre o que significaria tal expressão. Fábio Zambitte Ibrahim a caracterizou como um “*ornitorrinco na previdência complementar*”.⁸ No estado de São Paulo, essa “natureza pública” restou caracterizada na Lei nº 14.653/2011, como (art. 4º, parágrafo único):

- 1 – submissão à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos na atividade-meio;
- 2 – realização de concurso público para a contratação de pessoal, exceto aqueles de provimento por livre nomeação;
- 3 – criação de empregos e fixação dos quantitativos e dos salários nos termos do artigo 47, inciso XII, da Constituição do Estado de São Paulo;
- 4 – publicação anual, na Imprensa Oficial do Estado de São Paulo - Imesp e em sítio oficial da administração pública, dos seus demonstrativos contábeis, atuariais, financeiros e de benefícios, sem prejuízo do fornecimento de informações aos participantes e assistidos do plano de benefícios previdenciários complementares e ao órgão re-

⁷ Art. 33. Até que seja disciplinada a relação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios e entidades abertas de previdência complementar na forma do disposto nos §§ 4º e 5º do art. 202 da Constituição Federal, somente entidades fechadas de previdência complementar estão autorizadas a administrar planos de benefícios patrocinados pela União, estados, Distrito Federal ou municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente.

⁸ Curso de Direito Previdenciário, p. 815.

gulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, na forma das leis complementares federais nºs 108 e 109, ambas de 29 de maio de 2001.

Com a possibilidade de operação da previdência complementar por entidades abertas de previdência complementar, que detêm personalidade jurídica de direito privado e finalidade lucrativa (via de regra), submetidas ao regramento determinado pela Susep, e o afastamento, do texto constitucional, da qualificação “natureza pública” para a gestora da previdência complementar, essa discussão fica prejudicada. No entanto, no caso específico do estado de São Paulo, isso não significaria afirmar que a SP-Prevcom estaria dispensada de observar as regras e diretrizes determinadas pelo parágrafo único do art.4º de sua lei de criação.

3. CONCLUSÃO

Neste momento, dois desafios se descortinam à novel sistemática constitucional da previdência complementar de servidores públicos. Primeiro, se até então era uma decisão do ente político a instituição de regime de previdência complementar para seus servidores titulares de cargos efetivos, com a EC 103/2019 passa a ser um dever constitucional, a ser cumprido no prazo de 2 (dois) anos a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional (13/11/2021), conforme exigido em seu art. 9º, § 6º.⁹

Outro desafio relevante diz respeito à permissão de operação do regime por entidades abertas de previdência complementar. Poder-se-ia, nesse momento, fazer algum juízo de valor sobre tal abertura; no entanto, parece-me que tal avaliação seria de ordem política, e não jurídica. Somente após a regulamentação de tal relação em lei complementar federal, que venha a traçar os contornos e limites da organização de tais planos – inclusive sobre eventual possibilidade de coexistência de planos junto à EFPC e à EAPC, cabendo ao servidor a escolha pelo que

9 Art. 9º. (...) § 6º - A instituição do regime de previdência complementar na forma dos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal e a adequação do órgão ou entidade gestora do regime próprio de previdência social ao § 20 do art. 40 da Constituição Federal deverão ocorrer no prazo máximo de 2 (dois) anos da data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional.

entender mais adequado – é que poderemos avaliar a juridicidade desse aspecto do novo regime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DAL BIANCO, Dânae. **Resumo de Direito Previdenciário de Servidores Públicos: atualizado até a EC 70/2012**. São Paulo: LTr, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. Niterói: Editora Impetus, 2015.



| Procuradoria-Geral do Estado