

REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA NOS MUNICÍPIOS E O PAGAMENTO DE COMPLEMENTAÇÕES DE APOSENTADORIA: UM EXEMPLO DAS DISTORÇÕES DO MODELO FEDERATIVO BRASILEIRO?

Gerson dos Santos Sicca

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Sumário: 1. Introdução. 2. Resenha histórica. 3. Regime próprio de previdência dos servidores públicos e os Municípios: a questão da complementação das aposentadorias. 4. Considerações finais. 5. Bibliografia.

1. Introdução

O sistema de proteção previdenciária dos servidores públicos tem sofrido constantes alterações no decorrer da história constitucional brasileira. Passou-se de uma escassa previsão de cobertura financeira da inatividade a uma proteção substancial do servidor público, especialmente com as regras da integralidade dos proventos e da paridade entre ativos e inativos, além da instituição de um sistema próprio de previdência.

A ampliação dos direitos previdenciários dos servidores ocorreu, não raras vezes, dissociada de regras de contribuição para o sistema, o que se deu em situações específicas, *e.g.*, na hipótese de pensões para ex-combatentes, e para a generalidade dos servidores, como na admissibilidade da aposentadoria por tempo de serviço, independentemente de contribuição. Outra situação ilustrativa foi a inclusão, de forma imediata e

com todos os direitos daí decorrentes, dos servidores celetistas federais ao regime estatutário, alteração radical operada pela Lei nº 8.112/90.

O processo de reforma da previdência iniciado nos anos noventa propôs uma redefinição do regime previdenciário dos servidores públicos. Este passou a ter como um dos seus parâmetros fundamentais o caráter contributivo, a fim de evitar o desequilíbrio decorrente, entre outros fatores, da previsão e concessão de benefícios sem suporte financeiro para tanto, geralmente custeados por recursos do Tesouro desvinculados da contribuição previdenciária.¹ No intento de modificar esse cenário, a Emenda Constitucional nº 20/98 reconheceu aos servidores ocupantes de cargo público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o direito a um regime próprio de previdência, de caráter contributivo, o que representa a necessi-

1. Outro fator determinante para o desequilíbrio das contas da Previdência dos servidores públicos foi o desvio dos recursos arrecadados para outras finalidades consideradas relevantes pelos governos: "Um dos maiores problemas da Previdência Social é o emprego da arrecadação para outros fins, em razão do fato de que havia muito dinheiro nos institutos de aposentadorias e pensões (IAPs), decorrentes das contribuições dos segurados, mas ele não era usado, pois eram poucos os aposentados. O numerário foi empregado em 1956 para construir Brasília, mas, ao que sabe, não foi devolvido ao sistema.

Estima-se que os institutos de aposentadorias tenham gasto em torno de US\$ 3 bilhões para construir Brasília.

O dinheiro da previdência ainda financiou a ponte Rio-Niterói e sedes luxuosas de clubes em Brasília.

Os valores da Previdência Social foram, ainda, usados para: a constituição e aumento de capital de várias empresas; a manutenção de saldos na rede bancária como compensação pela execução de serviços de arrecadação de contribuições e de pagamento de benefícios" (Sérgio Pinto Martins, *Direito da Seguridade Social*, 21ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 307).

dade de os entes públicos criarem em seu âmbito de competência o aludido regime, de modo que garanta a proteção previdenciária aos seus servidores efetivos.

Houve, portanto, um reforço considerável da proteção do equilíbrio financeiro do sistema previdenciário, ponto cuja importância era minorada em tempos pretéritos. Nessa lógica, passa a conviver ao lado do direito fundamental à proteção previdenciária, garantido pelo art. 6º da Constituição Federal, um verdadeiro dever de contribuição para a manutenção do regime de previdência.

A nova configuração constitucional da previdência dos servidores não se ajusta de forma indene à prática previdenciária, devido à opção recorrente em vários Municípios de inscrever seus servidores no regime geral de previdência social, no intento de evitar a criação de um regime próprio,² em tese inviável economicamente. Com isso pode surgir um descompasso entre as regras do benefício previdenciário para os servidores efetivos e os parâmetros do regime geral, eventualmente desfavoráveis para aqueles cuja aposentadoria seja protegida pela integralidade, o que reclama uma solução apta a satisfazer a preservação das regras do art. 40 da Constituição.

A alternativa concebida para a manutenção da integralidade dos proventos aos servidores que possuem este direito e estão vinculados ao regime geral tem sido a instituição de uma complementação de aposentadoria suportada pelos cofres municipais, equivalente à diferença entre o valor pago pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e aquele que representaria a

integralidade. Não se tem discutido com acuidade, no entanto, a conciliação entre a instituição de complementações na esfera municipal e o princípio contributivo, devido à constatação de que o servidor efetivo, ao ser vinculado ao regime geral, contribui no limite do teto, sem apor recursos à garantia de proventos integrais.

Indubitável, diante dessa evidência, um aparente conflito entre o imperativo de manutenção da integralidade e o paradigma contributivo, decorrente da simples instituição de complementações de aposentadoria sem fonte de custeio assentada na contribuição previdenciária. Colocada a controvérsia, descortina-se o objeto deste texto, que procura refletir sobre o sentido das regras do regime próprio de previdência dos servidores e a convivência entre o regime de trabalho estatutário e o regime geral de previdência social.

2. Breve resenha histórica

A leitura dos Textos Constitucionais brasileiros demonstra a definição do regime de aposentadoria dos servidores públicos conforme as circunstâncias de cada época. Ao comparar-se a Carta monárquica com a atual Constituição percebe-se o quanto a questão previdenciária tornou-se relevante no País,³ seguramente em razão do aumento do quadro de pessoal da Administração Pública e o conseqüente impacto orçamentário-financeiro gerado com a crescente obrigação de arcar com benefícios de amplitude considerável. Para ilustrar o raciocínio desenvolvido, significativa é a referência aos preceitos das Constituições pátrias que trataram da previdência dos servidores públicos.

2. Lei nº 8.213/91: "Art. 12. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social" (grifo nosso).

3. A previdência, como se sabe, não adquiriu grandes proporções apenas no Brasil. Na verdade, o País seguiu uma tendência internacional. Eric Hobsbawm sublinha a importância dos modernos sistemas previdenciários para neutralizar possíveis agitações sociais durante o período de crise econômica dos anos oitenta, ao contrário do que ocorreu no período da grande depressão, na década de 30. Afirma o autor: "Isso se deveu[a ausência de agitações], em grande parte, a outra medida profilática tomada durante, depois e em conseqüência da Grande Depressão: a instalação de modernos sistemas previdenciários. Como surpreender-se por terem os EUA aprovado a Lei de Seguridade Social em 1935? Estamos de tal modo acostumados à predominância de abrangentes sistemas de bem-estar nos Estados desenvolvidos do capitalismo industrial – com algumas exceções, como o Japão, Suíça e EUA – que esquecemos como havia poucos Estados do Bem-Estar no sentido moderno antes da Segunda Guerra Mundial. Mesmo os países escandinavos apenas começavam a desenvolvê-los. Na verdade, nem o termo Estado de Bem-estar (*welfare state*) havia entrado em uso antes da década de 1940" (*A Era dos Extremos*, 2ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2006, p. 100).

A Constituição de 1824 não fez previsão sobre manutenção financeira de servidores na inatividade.⁴ Por sua vez, a Constituição Republicana de 1891 apenas previu a aposentadoria “aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação” (art. 75).⁵ A limitação da inatividade dos servidores públicos à hipótese de invalidez foi justificada pelo constitucionalista gaúcho Carlos Maximiliano Pereira dos Santos a partir do argumento de que os cofres públicos não poderiam arcar com os custos da aposentadoria de quem apenas pretendesse afastar-se da Administração Pública para ceder suas forças à iniciativa privada. Nas palavras do mestre, quando analisou a primeira Constituição Republicana,

“A aposentadoria é um instituto de previdência social creado para evitar que a miséria surpreenda os velhos servidores do Estado, quando impossibilitados de trabalhar. Constitue abuso o concedel-a aos que apenas pretendem empregar a propria actividade e intelligencia em serviços remunerados melhor, bem como aos desejosos de prematuro repouso e rendosa inacção. O Thesouro soccorre o necessitado; não favoneia a indolência, nem a ambição desacompanhada de civismo. Dá-se a aposentadoria só em caso de invalidez, oficialmente verificada; admitte-se apenas a possibilidade de se achar o individuo incapaz de exercer um cargo e apto para outro, em que o serviço é differente do primeiro. O ex-funcionario percebe tantas trigésimas partes dos vencimentos quantos foram os annos de serviço effectivo prestado ao paiz, excepto nos casos em que a inactividade se concede mais cedo com vencimentos integraes”.⁶

Contudo, o art. 6º das disposições transitórias da Carta de 1891 estatuiu a passagem para a inatividade com integralidade dos vencimentos, específica para os magistrados com mais de trinta anos de serviço que não fossem aproveitados na nova organização judiciária republicana. Aos magistrados não aproveitados que possuíssem menos de trinta anos de serviço era assegurado o pagamento dos ordenados, até que fossem utilizados ou, então, aposentados “com ordenados correspondentes ao tempo de exercício”. De acordo com o mesmo art. 6º, as despesas com aposentadorias correriam por conta do Governo Federal.

A Constituição de 1934 foi a primeira a aproximar-se do modelo de Constituição conhecido na atualidade. O legislador preocupou-se em regular de forma detalhada uma gama de matérias que nos textos anteriores ocupavam poucos artigos ou até mesmo não mereciam tratamento normativo. A novidade decorreu, em grande parte, do modelo de Constituição de Estado Social importado pelo Brasil das experiências européias e de uma crescente regulação da vida administrativa do poder público, o que se mostrou premente em virtude do crescimento da máquina estatal. Nesse contexto, a primeira Carta Constitucional promulgada após a queda da república velha dedicou um título inteiro aos funcionários públicos, inclusive com regras para a concessão de aposentadorias. Dispunha o art. 170 da Carta de 1934:

Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

.....

4. Contudo, durante o Império surgiram as primeiras regras de aposentadoria: “No Brasil, as formas de montepio foram as manifestações mais antigas de assistência. Pode-se citar o Montepio Geral da Economia dos Servidores do Estado (MONGERAL), entidade de previdência privada.

Apesar de um Decreto de 1º de outubro de 1821 ter previsto a aposentadoria aos mestres e professores após 30 anos de serviço, foi no fim do Império que se notaram algumas medidas legislativas tomadas para proporcionar aos empregados públicos certas formas de proteção, como a aposentadoria aos empregados dos Correios, aos 30 anos de serviço e aos 60 anos de idade (Decreto nº 9.912-A, de 26/3/1888) e aposentadoria dos empregados da Estrada de Ferro Central do Brasil (Decreto nº 221, 26/2/1890), posteriormente estendida aos demais ferroviários do Estado (Decreto nº 565, de 12/07/1890” (Marina Vasquez Duarte, *Direito Previdenciário*, 2ª ed., Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2003, p. 13).

5. Dispositivo cuja referência provável tenha sido a Constituição francesa de 1799. Cf. Daniel Machado da Rocha, *O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 52.

6. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, fac-similar, Brasília, Senado Federal, 2005, p. 769.

3º) salvo os casos previstos na Constituição, serão aposentados, compulsoriamente os funcionários que atingirem 68 anos de idade;

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;

5º) o prazo para a concessão da aposentadoria com vencimentos integrais, por invalidez, poderá ser excepcionalmente reduzido nos casos que a lei determinar;

6º) o funcionário que se invalidar em consequência de acidente ocorrido no serviço será aposentado com vencimentos integrais, qualquer que seja o seu tempo de serviço; serão também aposentados os atacados de doença contagiosa ou incurável, que os inabilite para o exercício do cargo;

7º) os proventos da aposentadoria ou jubilação não poderão exceder os vencimentos da atividade.

Digno de nota em relação à Constituição de 1934 é a inserção de uma previsão genérica de limitação de criação de despesas a serem suportadas pelo erário, tendo disposto o art. 183 que “Nenhum encargo se criará ao Tesouro sem atribuição de recursos suficientes para lhe custear a despesa”.

A Constituição de 1946 considerou como requisito temporal para a aquisição do benefício da aposentadoria voluntária integral o tempo de serviço de trinta e cinco anos para os funcionários públicos (art. 195, §1º) e trinta anos para os Juízes (art. 95, § 1º). Manteve a aposentadoria compulsória, permitiu a contagem recíproca do tempo de serviço prestado em âmbito federal, estadual ou municipal (art.192) e atribuiu à União competência para legislar sobre direito previdenciário, conferindo aos Estados poder para suplementar a legislação emitida pelo ente federal. Dessa forma, “A competência legislativa em matéria previdenciária passou a ser concorrente,

possibilitando aos Estados e Municípios a criação de regimes próprios de previdência para seus servidores, caso em que esses ficaram excluídos do regime geral”.⁷

Já a Constituição de 1967 definiu a distinção entre homens e mulheres para efeito de aposentadoria, ao prever para aqueles trinta e cinco anos como tempo mínimo de serviço para a aposentadoria integral e trinta anos para as funcionárias públicas (art.101, I, b), tendo mantido para os magistrados o tempo previsto na Constituição anterior. Admitiu, contudo, a redução da idade prevista para a aposentadoria compulsória (70 anos) até o limite mínimo de 65 anos e do tempo de serviço, até o limite de vinte e cinco anos, para atividades consideradas pela lei como de natureza especial (art.100, § 2º).

Com a Constituição Federal de 1988 fixou-se na esfera constitucional outra forma de concessão de aposentadoria com tempo reduzido (art. 40, III, b), agora para os professores (trinta anos de serviço) e professoras (vinte e cinco anos de serviço). Manteve para os demais servidores o tempo exigido para a aposentadoria integral pela Constituição de 1967 e remeteu para a lei complementar a regulação da inatividade de servidores cujas atividades são consideradas insalubres, penosas ou perigosas (art. 40, § 1º). Para a aposentadoria proporcional o servidor deveria cumprir o requisito idade, de 65 anos para o servidor e 60 para a servidora.

A pequena digressão histórica denota que nenhuma das Constituições brasileiras preocupou-se com o sistema previdenciário. Apenas foram definidas regras de aposentadoria com um progressivo incremento da proteção dos servidores públicos, que passaram de uma completa omissão no tratamento da matéria pelo legislador constitucional para, ao final, assentar-se um plexo de regras fundadas no tempo de serviço como requisito central para a concessão da aposentadoria, além da aceitação de regras de inatividade para servidores que desempenhassem atividades especiais ou que fossem professores. Em outras palavras, os Textos Constitucionais estatuíram os direitos, sem prever um regime

7. Daniel Machado da Rocha, ob. cit., p. 63.

específico para a garantia financeira das prestações, o que, por via de consequência, ficava a cargo do orçamento geral do poder público.

As Constituições, ao tratarem da aposentadoria, concebiam-na como um direito do servidor desvinculado da ideia de sistema previdenciário de caráter contributivo, que nem sequer era previsto expressamente pelo legislador constituinte. Dessa maneira, a proteção do direito deveria ocorrer na forma prevista na legislação ordinária, que poderia, ou não, prever um sistema contributivo. Em síntese, o regime próprio, com conta e contribuição específica, não tinha um nexo essencial com o direito à aposentadoria. Nas precisas palavras de Daniel Machado da Rocha:

“Ao longo de sua trajetória evolucionista, a previdência forjou políticas distintas para o regime geral e para os regimes próprios dos servidores. Em suma, podemos afirmar que, enquanto o primeiro foi moldado sob uma perspectiva contributiva, para os servidores públicos o conjunto de benefícios previdenciários era um direito que decorria do exercício do cargo, inclusive sendo a previdência disciplinada no próprio estatuto do servidor, desde o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, de 28 de outubro de 1939, e não um direito propriamente previdenciário, pois as contribuições vertidas eram destinadas ao custeio da assistência médica e do benefício de pensão. A criação de regimes próprios para os servidores públicos não é em si um problema ou uma anomalia, como vem sendo apresentado. Ainda hoje são muitos os países que possuem sistemas específicos para os servidores, em especial para os exercentes de funções típicas de Estado. Como exemplo, podemos destacar Alemanha, Canadá, França, Áustria e Bélgica. O grave, no caso brasileiro, foi: a) a ocupação predatória dos cargos públicos, decorrente do patrimonialismo brasileiro tão bem retratados na já referida

obra de Raymundo Faoro; b) a extensão inadequada dos regimes próprios; e c) a falta de uma preocupação financeira e atuarial”.⁸

A compreensão do direito à aposentadoria sob uma ótica isolada, desvinculado da adoção de mecanismos institucionais capazes de dar suporte financeiro ao atendimento da pretensão dos servidores, fez com que o orçamento geral dos poderes públicos passasse a ser o grande financiador das aposentadorias e pensões, de modo que a totalidade dos contribuintes teve de arcar com a satisfação de um direito concedido a uma parte da população que, por seu turno, em geral possuía capacidade econômica para suportar o pagamento de contribuições destinadas ao pagamento futuro dos benefícios. Houve, portanto, uma transferência de renda da maioria para uma minoria que não pode ser considerada excluída do sistema econômico, o que não se compatibiliza com a lógica de transferência de recursos pelo Estado para suprir desequilíbrios decorrentes do processo de exclusão inerente ao sistema capitalista.⁹

Nesse cenário, a reforma da previdência dos servidores públicos iniciada nos anos noventa fez parte de um contexto de reforma do Estado dirigida aos objetivos de redução do déficit e do endividamento público.

A Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, previu pela primeira vez um sistema de previdência assentado no princípio contributivo, cuja cobertura passou a ser limitada aos servidores efetivos, o que exclui de sua abrangência os comissionados, detentores de mandato eletivo e quaisquer outros que estejam no desempenho de funções públicas e não sejam efetivos, como contratados sob o regime de contratação temporária de excepcional interesse público, na forma do art. 37, IX, da Constituição Federal.

Com a Emenda nº 20/98, o regime de previdência de caráter contributivo passou a ser um direito do servidor efetivo, tendo o constituinte

8. Ob. cit., pp. 78/79.

9. Certas políticas do *welfare state* elucidam essa lógica distributiva, e.g., o seguro-desemprego, que pretende atender ao exército de reserva de mão-de-obra criado pela economia de capital, e o benefício assistencial, que garante rendimento mínimo a pessoas não atendidas pelo regime geral de previdência e que não possuem condições laborais ou rendimento necessário para garantir seu sustento.

reformador incluído no âmbito desse direito não apenas a garantia da prestação pecuniária de cunho individual a ser adimplida ao servidor após a sua inatividade, como também a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do regime próprio. A previsão do direito à aposentadoria, portanto, transcendeu a dimensão meramente individual, em virtude da constatação de que a concessão de qualquer benefício ao servidor pressupõe a viabilidade financeira do órgão que possui a incumbência de suportar a prestação.

Nesses termos, não tem o servidor efetivo apenas direito à aposentadoria. O legislador, consciente dos obstáculos reais à garantia de direitos cuja concretização dependa de aporte significativo de recursos financeiros, conferiu ao direito à aposentadoria, de forma expressa, uma dimensão que transcende a individualidade e o atrela umbilicalmente a uma definição coletiva. Em outros termos, o direito individual do servidor depende de uma estrutura que considere as condicionantes reais de sua concessão. Afora isso, o beneficiário do direito, pela própria natureza das prestações destinadas a proteger os riscos decorrentes do afastamento da atividade laboral, possui importante função na viabilização de sua pretensão individual, já que ele e seu empregador serão os responsáveis por verter contribuições que confirmam suporte financeiro capaz de suportar o dispêndio futuro.

Finalmente, a Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.03, fez nova modificação na redação do *caput* do art. 40 da Constituição Federal para afirmar o caráter solidário do regime próprio de previdência e prever a contribuição do ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas.

3. Regime próprio de previdência dos servidores públicos e os Municípios: a questão da complementação das aposentadorias

O regime constitucional em vigor, mesmo com as alterações efetuadas pelas Emendas nºs 20/98 e 41/03, manteve para os servidores públicos efetivos regras próprias de concessão de benefícios. A novidade foi a ênfase no caráter contributivo, no intento de evitar que a sociedade em geral tenha de arcar pesadamente com benefícios concedidos a uma pequena parcela da população.

Depreende-se da leitura da Constituição que o legislador não previu eventual necessidade de regime diferenciado para entes menores dotados de diminuta capacidade financeira, especialmente os Municípios. O Texto Constitucional não trata do tema e define regras gerais e uniformes para o regime próprio de previdência, independentemente de sua dimensão, o que pode gerar problemas decorrentes do choque entre o imperativo da sustentabilidade e as normas jurídicas que concedem benefícios previdenciários.

A propósito, a Emenda Constitucional nº 41/03 previu alíquotas diversas de contribuição previdenciária dos servidores da União, de um lado, e dos Estados e Municípios, de outro. A inovação foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105,¹⁰ relator para o acórdão Ministro Cezar Peluso, considerou atentatória ao princípio da igualdade a distinção operada, embora não tenha analisado o tema sob a ótica do regime jurídico-administrativo dos servidores públicos, e sim conforme os princípios que regem a tributação. Com isso, reafirmou-se a uniformidade de tratamento no que concerne ao regime previdenciário.

10. ADIn. nº 3105–DF, Tribunal Pleno, j. em 18.8.04, DJ de 18.2.05, p. 4. Dispôs a Ementa: "(...) 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda constitucional (EC nº 41/03, art. 4º, parágrafo único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões 'cinquenta por cento do' e 'sessenta por cento do', constantes do art. 4º, parágrafo único, I e II, da EC nº 41/03. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, c/c arts. 5º, *caput* e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões 'cinquenta por cento do' e 'sessenta por cento do', constantes do parágrafo único, incs. I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.03, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma emenda".

Contudo, o principal obstáculo à concretização do modelo preconizado pela Constituição é a frágil capacidade de autofinanciamento dos entes federativos. A realidade nacional, todavia, indica que, na prática, boa parte dos entes municipais não instaurou um regime próprio de previdência destinado a cobrir os custos com a inatividade dos servidores efetivos. Veja-se, por exemplo, o caso de Santa Catarina, em que dos 293 Municípios apenas 71 possuíam regime próprio,¹¹ e outros sete estavam extinguindo seus regimes, conforme dados do Ministério da Previdência e Assistência Social.

A alternativa apresentada aos Municípios, considerada a realidade desses entes, a maioria deles de pequeno porte e vários inviáveis do ponto de vista financeiro, foi a aceitação da filiação dos servidores efetivos ao regime geral de previdência social, tendo o Ministério da Previdência, contudo, sugerido aos prefeitos que considerassem a criação de um regime complementar nessa hipótese.¹² Além disso, a Lei nº 9.717/98 fixou um critério mínimo de aceitabilidade dos regimes próprios, ao dispor, no art. 6º, parágrafo único, com a redação conferida pela Medida Provisória nº 2.187-13/01, que, “No caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, constitui requisito adicional, para organização e funcionamento de regime próprio de previdência social dos servidores públicos e dos militares, ter receita diretamente arrecadada ampliada, na forma estabelecida por parâmetros legais, superior à proveniente de transferências constitucionais da União e dos Estados”.

A abertura do regime geral de previdência para os servidores efetivos não filiados a regime

próprio é acolhida por determinados autores, que privilegiam a reconhecida limitação fática encontrada em vários Municípios para a criação de um mecanismo de proteção previdenciária específico para seus servidores efetivos. Marcos Antônio Rios da Nóbrega analisa a alteração da redação do art. 149, § 1º, da Constituição Federal e afirma que:

“Antes do advento da EC nº 41/03, prevalecia a idéia de que era facultado aos municípios instituir, ou não, regimes próprios de previdência. Tal interpretação baseava-se, por óbvio, na autonomia administrativa que o Estado federal confere aos municípios, além da análise do disposto na antiga redação do § 1º do art. 149 que dizia: ‘os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *poderão instituir* contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social’.

(...)

A nova redação do citado dispositivo parece então apontar para a obrigatoriedade dos estados e municípios instituírem, a partir da publicação da EC nº 41/03, os regimes próprios de previdência para os seus servidores titulares de cargo efetivo. Embora essa interpretação encontre adeptos, entende-se não ser a mais correta. Na verdade, a implantação de um RPPS continua uma faculdade para os municípios. Isso é dito com base, em primeiro lugar, no princípio magno da Federação que confere ao município competência para dispor sobre assuntos administrativos e financeiros. Ademais (...), a im-

11. Dados referindo-se até 25.7.06. Fonte: http://www.previdencia.gov.br/docs/excel/rpps_extincao.xls. Capturado em 26.3.07. No Brasil há 2.120 Municípios com regime próprio, o que representa menos da metade dos entes municipais brasileiros.

12. “Feito o diagnóstico, a municipalidade poderá optar pelas seguintes alternativas, conforme as peculiaridades locais:

1. Extinguir o regime próprio de previdência, filiando seus servidores ao INSS, ou mantê-los filiados ao INSS, caso não exista regime próprio. nessa hipótese, poderá também considerar a criação de um esquema de previdência complementar para os servidores cujos salários sejam superiores ao teto de benefício do Regime Geral de Previdência Social;

2. Instituir regime próprio de previdência ou reformá-lo, de modo a compatibilizar o plano de benefícios com o plano de custeio, com vistas ao equilíbrio financeiro e atuarial. Nessa hipótese, deve ser considerada a possibilidade de criação de um fundo integrado de bens, direitos e ativos, com finalidade previdenciária” (Marcelo Viana Estevão de Moraes, *A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Previdência dos Servidores Públicos Municipais*, 2ª ed., Coleção Previdência Social, vol. 2, Série Estudos, Brasília, MPAS, p. 9).

plantação de um regime próprio, em algumas circunstâncias pode-se caracterizar como mais onerosa e antieconômica do que a adesão ao RGPS. Dessa forma, haveria incontestemente afronta ao princípio da economicidade e, mais ainda, ao princípio da eficiência e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema”.¹³

Entretanto, o autor, conquanto defenda a facultatividade na implantação de regimes próprios, adverte para a violação do caráter contributivo preconizado pelo art. 40, *caput*, da Constituição Federal na hipótese em que o ente possua muitos servidores com remuneração superior ao teto do RGPS. Afirma Nóbrega:

“Ocorre que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional garantem ao servidor titular de cargo efetivo remuneração conforme cálculo estabelecido em lei (Lei nº 10.887/04). Logo, é possível que os proventos que o servidor fará jus sejam superiores ao teto do INSS. Nesse caso, a complementação deverá ser feita pelo Erário municipal, e o que é mais grave, sem ter obtido contribuições ao longo do tempo. Com base nisso, pode argüir a inconstitucionalidade da adesão ao RGPS sob o argumento de afronta ao disposto no *caput* do art. 40 que reza que a previdência deve apresentar caráter contributivo e, repetimos, no caso, não haveria contribuições suficientes. Também macularia o equilíbrio atuarial porque o servidor estaria contribuindo com relação a um determinado valor e percebendo, quando da aposentadoria, outro montante. Sendo assim, caso o município apresente uma grande quantidade de servidores percebendo remuneração acima do limite do INSS, ou ainda, apresente política de reajuste salarial acima dos índices do RGPS, não será interessante a extinção do

regime próprio e a migração para o regime geral de previdência social”.¹⁴

No mesmo sentido, Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo defendem a facultatividade na instituição de regime próprio pelos entes federativos, principalmente os Municípios:

“Indaga-se se a Constituição Federal, em seu art. 40, *caput*, teria assegurado Regime Próprio de Previdência Social para todos os servidores titulares de cargo efetivo. Noutros termos: quem ocupar cargo efetivo estará submetido obrigatoriamente às normas do art. 40 da CF? O art. 12, *caput*, da Lei 8.213/1991 deixa claro que o ocupante de cargo efetivo pertencerá ao Regime Geral de Previdência Social se o ente para o qual trabalha não instituir Regime Próprio de Previdência Social. Como a instituição e a manutenção de Regime Próprio de Previdência Social têm de obedecer aos ditames da Lei 9.717/98 (Lei Geral da Previdência Pública, não é todo ente federativo (principalmente municípios), em função da necessária preservação do equilíbrio financeiro e atuarial, que terá condições de criar Regime Próprio de Previdência Social para os servidores titulares de cargo efetivo, motivo pelo qual entende-se que a adoção de regime de trabalho estatutário não implica a obrigatoriedade de criação de Regime Próprio de Previdência Social. O art. 12, *caput*, da Lei nº 8.213/91, neste particular, tem caráter de norma geral, nos moldes do art. 24, XII, da CF”.¹⁵

De outra parte, há quem preconize a necessidade de instituição de regimes próprios de previdência, o que se defende em razão de uma possível conveniência administrativa relacionada à autonomia municipal,¹⁶ ou porque o art. 40,

13. *Previdência dos Servidores Públicos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, pp. 175/176.

14. *Idem*, pp. 177/178.

15. *Nova Previdência Social do Servidor Público*, 2ª ed., São Paulo, Método, 2006, p. 37.

16. Maurílio N. A. Arruda defende a instituição de regimes próprios de previdência para que os recursos auferidos com as contribuições sejam investidos pelo próprio ente, o contato próximo entre o gestor e os servidores, o que permitiria o acesso mais rápido aos direitos previdenciários, e uma maior possibilidade de transparência administrativa (*Previdência Social do Servidor Público*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, pp. 195/197).

caput, da Constituição Federal impõe uma obrigação aos entes federativos. Essa posição é a mais acertada sob a ótica constitucional, eis que o referido preceito é claro ao prever que “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” (grifo nosso).

De todo modo, caso admitida a facultatividade na implantação de regimes próprios de aposentadoria, duas alternativas são viáveis. A primeira é a aceitação da filiação dos servidores municipais ao regime próprio dos Estados. Com isso, restaria respeitada a determinação de instituição de regime próprio para servidores efetivos. Não bastasse isso, a leitura do *caput* do art. 40 da Constituição Federal não impede expressamente que um regime de previdência abarque servidores de uma pluralidade de entes federativos. A dificuldade está na engenharia de um regime com essa conjunção de esforços entre entes autônomos.

A segunda alternativa é a filiação dos servidores efetivos ao regime geral. Nessa hipótese, o ente que tenha optado por não organizar um regime próprio de previdência terá de complementar as aposentadorias de servidores cujo valor exceda o teto do regime geral da previdência.

A previsão de complementações de aposentadoria é uma exigência decorrente das regras constitucionais que garantem ao servidor o direito à aposentadoria e ao recebimento de proventos calculados nos termos previstos pela Constituição. Logo, na eventualidade de haver descompasso entre o valor do benefício a que tem direito o servidor e aquele adimplido pelo regime geral de previdência, o ente público tem a obrigação de impedir o prejuízo financeiro sofrido pelo beneficiário. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas de Santa Catarina, que no Processo nº CON-06/00378659, relator Conselheiro Luiz Roberto Herbst, julgado em 2.4.07, decisão que embasa o Prejulgado nº 1856 da Corte, decidiu o seguinte:

“1. Os servidores estatutários ocupantes de cargo efetivo que estejam vinculados ao

regime geral de previdência social, para requererem o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, devem preencher os requisitos do inc. I do § 7º do art. 201 da Constituição da República.

2. Os servidores estatutários ocupantes de cargo efetivo que estejam vinculados ao regime geral de previdência social têm direito à complementação de seus proventos por meio de regime previdenciário complementar de natureza fechada, nos termos dos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição da República e das Leis Complementares federais nºs 108/01 e 109/01.

3. O Município que não tenha criado regime previdenciário complementar de natureza fechada tem o dever de complementar com recursos de seu orçamento os proventos dos servidores públicos estatutários ocupantes de cargos efetivos, pagando a diferença apurada entre o montante que o servidor percebia na ativa e o valor dos proventos recebidos do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, considerando-se regular a despesa efetuada pelo Município: 3.1. para ter direito à complementação da diferença entre os vencimentos do cargo efetivo e o valor dos proventos ou da pensão pagos pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, é necessário que o servidor, no momento do ato aposentatório, perceba remuneração acima do teto do regime geral de previdência social e cumpra as regras para aposentação típicas do regime próprio previstas no art. 40 da Constituição da República e nas Emendas Constitucionais nºs 41 e 47. Se cumpridos apenas os requisitos para aposentadoria no regime geral, o servidor não terá direito à complementação; 3.2. a averbação de tempo de serviço em atividade rural pela Administração Pública, para efeito de aposentadoria, só pode se dar considerando o tempo de contribuição a ele relacionado”.

Cabe ressaltar que a Corte de Contas já havia manifestado esse entendimento, tendo, inclusive, alertado os entes públicos sobre os problemas decorrentes da omissão na criação de

um fundo previdenciário de natureza complementar.¹⁷ Não atrelou, entretanto, o pagamento da complementação à fixação de contribuição por parte dos servidores, de modo que a despesa, que assume nítido caráter previdenciário, foi compreendida unicamente como parte da despesa com pessoal, sem se compreenderem as especificidades decorrentes na reestruturação do sistema de previdência dos servidores operada a partir da Emenda Constitucional nº 20/98.

A sustentabilidade não tem sido considerada seriamente pelos estudiosos do direito, que costumam menosprezar o aspecto da existência de recursos para a realização de um direito e a asseverar o dever jurídico de proteção, o que acarreta um descompasso entre a teoria normativa, construída para garantir um grau satisfatório de efetividade do direito, e a eficácia social da promessa feita pelo legislador. Nesse contexto, a reflexão do jurista deve ordenar-se no sentido da conciliação do postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais com a base social e econômica garantida pela própria Constituição, que legitima o funcionamento de um sistema que pressupõe a finitude dos recursos e até mesmo um grau não

desprezível de restrição do acesso ao âmbito de um direito frente a determinadas circunstâncias.

Diante desse cenário, não se pode simplesmente considerar regular o pagamento de complementações de aposentadoria pelo administrador público, sem qualquer exigência de contribuição. Ainda que obrigatório o atendimento do direito em prol do beneficiário, o administrador público deverá ser responsabilizado pelas quantias pagas, quando comprovada sua omissão na instituição de um regime próprio ou na vinculação dos servidores a um regime dessa natureza, ou quando ausente regime complementar.

O que não é possível admitir é o mero pagamento de complementações sem qualquer respeito ao princípio contributivo, paradigma que se tornou salutar para o regime previdenciário após a Emenda nº 20/98. Logo, a omissão do administrador deve ser prontamente refutada, inclusive com a recomendação de rejeição das suas contas.

4. Considerações finais

O texto teve por intento traçar um histórico do regime previdenciário dos servidores públi-

17. **Prejulgado nº 1699:** "A não-instituição de regime próprio por parte do município traz prejuízo, pois, em vez de contribuir com 20% (vinte por cento) para o regime geral de previdência social (art. 22, inc. I, da Lei Federal nº 8.212/91) e ter de instituir regime complementar, com o regime próprio a contribuição poderia ser de 11% (onze por cento), caso houvesse equilíbrio financeiro e atuarial, nos termos dos arts. 3º da Lei Federal nº 9.717/98, na redação dada pelo art. 10 da Lei Federal nº 10.887/2004, e 4º da Lei Federal nº 10.887/2004, tudo isso, aliado ao fato de que os recursos permaneceriam no município.

Por força da Emenda Constitucional nº 20, o servidor estatutário ocupante de cargo efetivo que ingressou no regime geral de previdência social após a data de 16 de dezembro de 1998 não terá direito à aposentadoria proporcional (§ 7º, inc. I, do art. 201 da Constituição da República).

O servidor estatutário ocupante de cargo efetivo que ingressou no regime geral de previdência social antes da Emenda Constitucional nº 20, que comprovar idade mínima de 53 anos, se homem, ou 48 anos, se mulher, e acrescentar 40% no tempo que faltava em 16 de dezembro de 1998 para preencher os requisitos dos arts. 52 e 53 da Lei Federal nº 8.213/91, poderá receber a aposentadoria proporcional do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e terá direito à complementação da aposentadoria na mesma proporção em que se deu a aposentadoria no regime geral" (Processo nº CON-05/00866422, rel. Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall, j. em 14.9.05, *DOE* de 28.10.05).

Prejulgado nº 1525: "Não constitui ilegalidade de despesa o pagamento de complementação de benefício previdenciário a fim de garantir a integralidade dos proventos dos servidores ocupantes de cargos efetivos do Município, que pode instituir sistema de previdência complementar, nos termos da Lei Complementar nº 108, de 30 de maio de 2001, visando ao custeio e à garantia de integralidade dos vencimentos dos servidores aposentados" (Processo nº CON-03/07784509, rel. Conselheiro Moacir Bertoli, j. em 19.4.04, *DOE* de 9.6.04).

Prejulgado nº 0860: "A complementação de aposentadoria e pensão com base na totalidade da remuneração, salvo nos casos em que a própria Constituição Federal prevê proventos proporcionais, deverá ser efetivado através do sistema vigente adotado pelo Município. Enquanto não se implantar o novo sistema previsto pela Emenda Constitucional 20/98 (art. 10), nos termos do art. 40, e §§ 2º, 3º, 7º e 8º da Constituição Federal, o Município arcará com tais despesas, sem que incorra em ilegalidade de despesa" (Processo nº CON-TC 6555001/97, rel. Conselheiro Antero Nercolini, j. em 24.7.00).

cos, a fim de demonstrar o processo evolutivo das Constituições brasileiras, que culminou com a consolidação do princípio contributivo. Nesse contexto, procurou-se tratar do problema atinente à dificuldade para a instituição de regimes próprios de previdência em pequenos Municípios e, em especial, à ameaça que essa situação pode representar para o paradigma contributivo.

Após a Emenda Constitucional nº 20/98 não há abertura para o pagamento de benefícios aos servidores sem a devida contribuição. Não obstante, Municípios que vinculam seus servidores ao regime geral de previdência social em certos momentos têm sido obrigados a arcar com complementações de aposentadoria, pagas com o orçamento geral. Essa situação afronta o princípio contributivo, por representar uma válvula de escape ao mandamento constitucional.

Não é possível admitir alternâncias que minimizem a importância do princípio contributivo para o regime previdenciário dos servidores públicos. A Emenda Constitucional nº 20/98 foi categórica ao redimensionar a previdência dos agentes efetivos da Administração Pública, de modo que qualquer interpretação baseada em pressupostos distantes dos pilares consagrados a partir de então destoaria do ideário constitucional.

Assim, o primeiro aspecto a ser considerado é que se deve assegurar o regime próprio de previdência a todos os servidores públicos, independentemente da esfera em que atuam. Por outro lado, a Constituição não veda arranjos institucionais que permitam a filiação de servidores de um ente no regime próprio de outros entes, solução que, a fim de possuir alguma operacionalidade, certamente dependeria de legislação federal que definisse parâmetros mínimos para sua adoção.

Fora dessa opção para os entes de menor porte financeiro, há aquela assentada pelo legislador federal que admite a filiação de servidores no regime geral de previdência social. Com isso, eventual diferença entre aquilo que é pago pelo INSS e o valor do benefício pelas regras de aposentadoria do regime próprio deve ser coberta pela Administração mediante regime complementar de caráter fechado. Decorre daí que o pagamento de complementações sem qualquer con-

trapartida, na hipótese em que venha a ocorrer, deve ser levado à responsabilidade do administrador público, inclusive com julgamento pela irregularidade de suas contas. O pequeno porte do ente federativo não serve de excludente para a aplicação da regra maior do dever de criação de um regime próprio e, no mínimo, em qualquer circunstância, do respeito ao princípio contributivo.

Contudo, a questão colocada é sintoma de um vício da funcionalidade do sistema federativo brasileiro. A desconfiança no bom funcionamento da esfera política e, além disso, na capacidade de os entes locais produzirem soluções consideradas adequadas ou no mínimo consentâneas com objetivos de real interesse público fez com que se utilizasse da Constituição para restringir a ação local e vinculá-la a objetivos considerados maiores pelo poder central. Decorre daí o alto grau de detalhamento do Texto Constitucional, o que não representa uma anomalia, e sim um traço característico de um sistema federativo que apresenta dificuldades para produzir consensos políticos.

Por isso, o poder central tenta utilizar de sua força junto ao Congresso Nacional em determinado momento para dar um mínimo de estabilidade aos projetos considerados prioritários, tornando-os regra constitucional. O “drama” dessa utilização da Constituição como mecanismo de vinculação intensa dos poderes locais é justamente a “subversão”: como o preceito maior pode trazer dificuldades ao ente local, há uma tendência a criarem-se regras infraconstitucionais que conferem uma interpretação “maleável” da Constituição, ou um comportamento rebelde dos operadores do direito, que simplesmente ignoram o princípio da supremacia constitucional.

Em síntese, exige-se que a Constituição retire do legislador ordinário grande parte das matérias que por ele deveriam ser tratadas, inclusive para que especificidades pudessem ser avaliadas (no caso em análise, o arranjo do regime próprio dos servidores). Como à Constituição reservou-se a tarefa de salvar o federalismo das mazelas do sistema político, restou ao constituinte tratar todos os entes como se fossem iguais, frente à impossibilidade de tratar todas as diferenças em um texto que por sua natureza possui alto grau de generalidade.

5. Bibliografia

ARRUDA, Maurílio N. A. *Previdência Social do Servidor Público*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Nova Previdência Social do Servidor Público*, 2ª ed., São Paulo, Método, 2006.

DUARTE, Marina Vasquez. *Direito Previdenciário*, 2ª ed., Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2003.

HOBSBAWM, Eric. *A Era dos Extremos*, 2ª ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, 21ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.

MORAES, Marcelo Viana Estevão de. *A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Previdência dos Servidores Públicos Municipais*, 2ª ed., Coleção Previdência Social, vol. 2, Série Estudos, Brasília, MPAS.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. *Previdência dos Servidores Públicos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*, fac-similar, Brasília, Senado Federal, 2005.