

Revista Eleitoral

O REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS EFETIVOS BRASILEIROS E DE MEMBROS DE PODER APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 12.618/2012 E A INSTITUCIONALIZAÇÃO NORMATIVA DAS FUNPRESPS – (FUNPRESP-EXE, FUNPRESP-LEG E FUNPRESP-JUD)

LUNAS DA SILVA MACHADO

Técnico em Turismo pelo IFCE. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará, UFC. Mestre em Direito-Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará, UFC. Especialista em Direito Administrativo pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá (FIJ). Foi Técnico Judiciário e Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Ceará - TJCe. Foi Professor Adjunto das disciplinas Introdução a Ciência do Direito, Hermenêutica Jurídica, Deontologia Jurídica e Estágios Supervisionados III e IV na Graduação em Direito na Universidade de Fortaleza, UNIFOR. Técnico Judiciário do quadro efetivo do TJRN lotado em Angicos-RN. Email: lunasdasilvamachado@gmail.com e lunas@ojooo.com.

RESUMO: Este trabalho faz uma análise tópica e crítica da recente lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012 na qual a União foi autorizada a criar a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo(Funpresp-Exe), a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo(Funpresp-Leg), bem como a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário(Funpresp-Jud). Serão abrangidos pelo novo perfil previdenciário os servidores públicos efetivos federais bem como os membros dos órgãos que menciona que tiverem seus atos de ingresso (nomeados, pois, pela administração pública a partir de 01 de fevereiro de 2013) após a publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar ou aqueles que vierem a fazer opção pelo mesmo. As justificativas de criação da nova norma foram expressas midiaticamente e explanadas como uma necessidade inexorável de atacar o crescente déficit previdenciário da União, e regulamentar dispositivos positivados nas Emendas Constitucionais n.º 41/2003 e n.º 20/1998. Ocorreu, por meio de uma lei ordinária, uma reforma previdenciária disfarçada, pois dentre várias outras inovações, os sistemas do regime geral de previdência social (RGPS) e do regime próprio de previdência social (RPPS) passaram a ter similares tetos e condições com vistas a benefícios. Haverá uma consequente desoneração no tangente às obrigações previdenciárias da União, pois a mesma patrocinará as contribuições do Regime Próprio de Previdência Social até o valor do teto do RGPS com consequências neste momento inimagináveis, mas, possivelmente, pernósticas para os abrangidos pela nova norma. Ademais, este trabalho visa a explicar que os planos de benefícios instituídos serão estruturados na modalidade de contribuição definida, bem como as consequências desta escolha normativa. Este trabalho, por derradeiro, aponta a inconstitucionalidade material presente na nova lei pois que as fundações, previstas e estabelecidas com o fito de gerenciar a previdência complementar dos servidores públicos, foram criadas como sendo personalidade jurídica de direito privado afrontando de forma clara a Carta da República.

PALAVRAS-CHAVE: Servidores públicos federais efetivos. Membros do Poder Judiciário da União, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União. Criação das entidades Funpresp-Exe, Funpresp-Leg e Funpresp-Jud. Fundos de pensão e volatilidade dos mercados. Seguridade Social. Benefícios de aposentadoria. Contribuição definida. Lei ordinária n.º 12.618/2012. Teto do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) agora válido para o Regime Próprio da Previdência Social (RPPS). Inconstitucionalidade material da lei em comento em decorrência da necessária natureza pública das entidades fechadas de previdência complementar.

SUMÁRIO: 1. UMA INTRODUÇÃO; 2. O REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS EFETIVOS BRASILEIROS E DE MEMBROS DE PODER APÓS O AD-

VENTO DA LEI Nº 12.618/2012 E A INSTITUCIONALIZAÇÃO NORMATIVA DAS FUNPRESPTS (FUNPRESPT-EXE, FUNPRESPT-LEG E FUNPRESPT-JUD). 2.1 Dos regimes previdenciários aplicáveis aos agentes públicos; 2.2. A reforma previdenciária disfarçada presente na lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012 que estabelece os fundos de pensão dos agentes públicos strictu sensu; 2.3. Os reais objetivos da lei nº 12.618/2012 e os motivos de preocupação para os atuais servidores públicos federais efetivos; 3. O QUE SÃO OS PLANOS DE “CONTRIBUIÇÃO DEFINIDA” E DA RAZÃO PELA QUAL OS PLANOS DE BENEFÍCIOS DA FUNPRESPT-EXE, DA FUNPRESPT-LEG E DA FUNPRESPT-JUD SERÃO ESTRUTURADOS EM TAL MODALIDADE E AS INSEGURANÇAS DAÍ RESULTANTES. 4. A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL NO TANGENTE À ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PARA AS ENTIDADES FUNPRESPT-EXE, FUNPRESPT-LEG E FUNPRESPT-JUD NO ÂMBITO DA LEI Nº 12618/2012.; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. UMA INTRODUÇÃO

Os servidores públicos efetivos, bem como os membros do Poder Judiciário da União, Ministério Público da União e Tribunal de Contas da União tiveram uma substancial modificação em seu regime previdenciário, com as novidades inauguradas por meio da lei 12.618, publicada em 30 de abril de 2012. A própria Ementa da nova lei já introduz a magnitude de alguma destas transformações:

“Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona; fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal; autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud); altera dispositivos da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004; e dá outras providências.”

Os servidores públicos efetivos federais bem como os membros dos órgãos que menciona, que tiveram seu ingresso após a publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar terão suas aposentadorias e respectivas pensões limitadas ao teto do RGPS, salvo se algum antigo servidor fizer uma expressa opção pelo regime complementar, o que bem sabemos será de difícil ocorrência, mas pode ser que algum desavisado venha a fazê-lo.

Neste trabalho não estaremos fazendo referência aos particulares em colaboração com o Poder Público, nem tampouco aos militares, que são agentes submetidos ao regime estatutário, como os administrativos, mas não fazem parte dos servidores públicos, ou agentes administrativos, os quais são, por força da Emenda Constitucional 18/98, outra categoria de agentes públicos, e que não vieram a ser abrangidos enquanto agentes públicos pelas modificações previdenciárias carreadas pela lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, sendo tais modificações direcionadas com o objetivo de instituir o regime de previdência complementar para os servidores públicos civis federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros do Poder Judiciário, Ministério Público da União (MPU) e Tribunal de Contas da União (TCU), ou seja, estes últimos, mesmo enquanto membros de Poder, também foram alcançados pelo novo estatuto normativo.

2. O REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS EFETIVOS BRASILEIROS E DE MEMBROS DE PODER APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 12.618/2012 E A INSTITUCIONALIZAÇÃO NORMATIVA DAS FUNPRESPTS - (FUNPRESPT-EXE, FUNPRESPT-LEG E FUNPRESPT-JUD)

2.1 Dos regimes previdenciários aplicáveis aos agentes públicos

Como explica, Ivan Kertzman, em seu Curso Prático de Direito Previdenciário, três são os regimes previdenciários previstos constitucionalmente, aplicáveis a todos os que desenvolvem atividades de trabalho remuneradas: há o regime geral de previdência (RGPS), previsto nos arts. 40, § 13 e 201 da

Lex Magna e outro, o qual é o Regime Próprio de Previdência (RPPS), previsto no art. 40 da Constituição, sendo estes dois primeiros, RGPS e RPPS, regimes públicos e obrigatórios.

Como dito, existem três regimes previdenciários públicos diferenciados, o RGPS e o RPPS, no ordenamento jurídico brasileiro, além do complementar, já estabelecido para o setor privado. **O RGPS direciona-se ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, bem como servidores temporários e empregados públicos, e aos obreiros em geral**, em regra vinculados à iniciativa privada e regidos pela legislação trabalhista (CLT), além dos ocupantes de mandato eletivo. **Já o RPPS é direcionado ao servidor público strictu sensu, ou seja, aos agentes públicos ocupantes de cargos efetivos da União, Estados, Municípios e suas respectivas Autarquias e Fundações Públicas.**

Há o regime de previdência complementar, privado e facultativo, administrado por entidades abertas de previdência complementar e entidades fechadas de previdência complementar.

Ora, os servidores públicos federais efetivos brasileiros e membros de Poder, elencados na nova lei n.º 12.618/2012 (Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas da União) não estão insertos no RGPS, que é o Regime Geral da Previdência Social, próprio dos trabalhadores do âmbito privado. Estão inseridos no RPPS.

As previdências de cunho complementar, até o advento da Emenda Constitucional n.º 20/98, eram previstas apenas para complementar a proteção previdenciária concedida pelo Regime Geral de Previdência Social, pois que, até então, a proteção dos servidores públicos tinha correspondência com a sua última remuneração, não havendo limite de proteção, como ocorre no RGPS, Regime Geral de Previdência Social.

Com base em justificativas de uma alegada necessidade urgente de atacar o crescente déficit previdenciário da União, deu-se em 2003, a aprovação da Emenda Constitucional n.º 41, que veio a fixar, dentre outras determinações, limites de idade mínima para a aposentadoria dos servidores públicos efetivos e membros de Poder, na norma elencados, e retirar a integralidade e a paridade das garantias aos proventos e pensões.

2.2 A reforma previdenciária disfarçada presente na lei n.º 12.618, de 30 de abril de 2012 que estabelece os fundos de pensão dos agentes públicos strictu sensu

A criação normativa das Fundações de Previdência Complementar do Servidor Público Federal aconteceu por meio da lei ordinária n.º 12.618 de 30 de abril de 2012, estabelecendo uma nova estrutura jurídica para a previdência do servidor público federal. Com a nova lei abre-se margem para que no mercado possa ser comprado o benefício de uma precária aposentadoria.

Com o fim de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, nos termos do artigo 4º, incisos I, II e III e seus parágrafos foi a União autorizada a criar a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo(Funpresp-Exe), a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo(Funpresp-Leg), bem como a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário(Funpresp-Jud).

Com o advento normativo da lei ordinária n.º 12.618/2012, veio a ser fixado para todos os servidores de cargo efetivo, e que vierem a ser admitidos no serviço público a partir de seu funcionamento, o teto do Regime Geral da Previdência Social (INSS), hoje, abril de 2013, no valor de R\$ 4.159,00 (Quatro mil, cento e cinquenta e nove reais).

No *caput* do artigo 3º da já referida lei ordinária n.º 12.618/2012, fixa-se o limite para todos os servidores e membros de Poder que vierem a ser admitidos no serviço público a partir do funcionamento das entidades fechadas de previdência complementar, Funpresp-Exe, Funpresp-Leg e Funpresp-Jud, do estimulante limite máximo para os benefícios do regime geral de previdência social(RGPS), qual seja, em valores de agora, fixados em R\$ 4.159,00(Quatro mil, cento e cinquenta e nove reais). Este é, portanto, em valores de agora, o teto para concessão de aposentadorias e pensões pelo regime próprio de previdência social (RPPS), positivado no artigo 40 da Magna Carta.

Qual o fim objetivado pela nova lei? Conforme preceitua o art. 40, §§ 14 a 16, da Constituição, tais entidades devem ser criadas para que os regimes próprios de previdência de servidores – RPPS – possam adotar o mesmo limite máximo de pagamento do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Com a nova lei, portanto, os sistemas do regime geral de previdência social (RGPS) e do regime próprio de previdência social (RPPS) passaram a ter idênticos tetos e condições concessivas de benefícios.

Assim, os sistemas do regime geral de previdência social (RGPS) e do regime próprio de previdência social (RPPS) passaram a ter similares tetos e condições com vistas a benefícios.

No entanto, os que adentraram no serviço público antes de janeiro de 2004, tinham e tem normativamente direito adquirido a vencimentos integrais com paridade de reajuste aos ativos.

A aposentação para os agentes públicos *strictu sensu* e membros de Poder ingressos no serviço público após janeiro de 2004 passou a se dar pela média das 80% maiores remunerações, levando-se em conta no período de cálculo até o que for desempenhado no setor privado, desde julho de 1994.

É verdade que a reforma previdenciária atual começou com a Emenda Constitucional nº 20/98 tendo continuidade, com a Emenda Constitucional n.º 41/2003, já na era Lula, e que a lei n.º 12.618/2012 está apenas dando o consectário lógico legislativo às reformas advindas com as antes referidas Emendas Constitucionais, contudo esta positivação legislativa não está se dando na forma como prevista em âmbito constitucional.

O fato é que houve uma reforma previdenciária finalizada por meio da lei ordinária n.º 12.618/2012. A verdade é que esta revolução previdenciária mesmo silenciosamente já está vigendo, pois os servidores nomeados pela administração pública a partir de 01 de fevereiro de 2013 que ganharem acima do teto da Previdência R\$ 4.159,00 (Quatro mil, cento e cinquenta e nove reais) estarão submetidos ao regime das Fundações de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (as três fundações).

Já foi inclusive regulamentada a nova norma, conforme Decreto n.º 7808, de 20 de setembro de 2012. Esta lei, portanto, já vige plenamente. Os servidores públicos e membros de Poder elencados na norma ingressos após tal data já estão automaticamente por ela abrangidos mas os que ingressaram antes de tal data, 01 de fevereiro de 2013, participarão do novo regime mediante prévia e expressa opção, a teor do disposto no artigo 40, parágrafo 16 e a mesma, qual seja, a opção deve se dar em até 24(vinte e quatro) meses a partir do início de vigência da nova lei, em caráter irrevogável e irretratável, a teor do normatizado nos parágrafos 7º e 8º do artigo 3º da nova lei.

Passa a ocorrer, com o novo regime, uma desoneração das obrigações previdenciárias da União, uma vez que a mesma tão somente patrocinará as contribuições do Regime Próprio de Previdência Social - RPPS até o valor do teto do RGPS, já referido no parágrafo anterior.

Como exposto, uma das decorrências da Emenda Constitucional n.º 41/2003 foi que as aposentadorias e as pensões no serviço público passaram a ser calculadas com base na média das remunerações, e não mais pela última remuneração do servidor na ativa. Já com a ordinária n.º 12.618/2012 buscou-se dar continuidade às reformas da previdência iniciadas com a aprovação das Emendas Constitucionais n.º 20 de 15 de dezembro de 1998 e n.º 41 de 19 de dezembro de 2003.

2.3. Os reais objetivos da lei n.º 12.618/2012 e os motivos de preocupação para os atuais servidores públicos federais efetivos

A afirmativa midiática quando da aprovação da nova lei era que a previdência dos servidores públicos houvera chegado a um estágio de dolorosa agonia na sua saúde financeira, decorrente de um total ou quase total desequilíbrio entre a receita e as despesas previdenciárias.

Entretanto, com as novidades presentes na Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012 que estabelece os fundos de pensão dos agentes públicos *strictu sensu* e membros de Poder nela elencados, tal lei vem a atender aos interesses do grande capital e ao fortalecimento do movimento privatizante dos direitos à proteção previdenciária dos servidores públicos, dentro do paradigma de um Estado subsidiário e regulamentador.

O que está a ocorrer é uma solução normativa que mercantiliza e coisifica tal conjunto de direitos, sendo postos os mesmos ao alvedrio das forças oscilantes dos mercados financeiro no Brasil e no exterior, e do fluxo de capitais especulativos internacionais.

O Estado, o poder público, adotou uma solução de cunho mercantil, colocando em risco, sob a ótica da seguridade social, os servidores públicos federais efetivos brasileiros e membros de Poder elencados na lei.

A nova lei vem a se concretizar com a institucionalização normativa das Funpresps e a transferência da proteção social previdenciária dos agentes públicos do âmbito do Estado para o mercado e a liberalização financeira que vem a passar pela privatização de parte dos benefícios da seguridade social.

Um problema preocupante que se dá com a nova lei é que foi noticiado que esse regime complementar só será aplicado aos servidores que entrarem no serviço público após a sua instituição. E que será facultativo. Como já explanado, tais assertivas são verdadeiras. Mas também se propala que não acarretará quaisquer consequências para os atuais servidores efetivos por ela abrangidos.

Entretanto a questão que ousamos por neste artigo é como isto se dará, pois se foi instituída a previdência complementar e os benefícios que uma geração de servidores percebe tem seus custos financiados solidariamente pela geração vindoura, as contribuições dos atuais servidores efetivos e membros do Poder Judiciário da União, Ministério Público da União e Tribunal de Contas da União já foram e estão sendo usadas para pagamento de proventos e pensões de outros servidores, de onde advirão os recursos para pagamento dos proventos, quando se der a aposentadoria dos atuais?

Ademais, há uma outra razão com possibilidade de gerar preocupação: é óbvio que a União, enquanto ente patronal, também contribui para o regime próprio, mas em relação aos novos servidores, que solidariamente financiarão os atuais servidores efetivos da União no tangente a aposentação e pensões, a alíquota de contribuição da União somente incidirá sobre a parcela remuneratória deles, e claro que a incidência se dará no limite do teto do RGPS.

Ocorrerá, é lógico, redução da receita do RPPS, regime próprio de previdência social, pois como já explanado outrora, desonerar-se-ão as obrigações previdenciárias da União, pois a mesma tão só patrocinará as contribuições do Regime Próprio de Previdência Social até o valor do teto do RGPS.

3. O QUE SÃO OS PLANOS DE “CONTRIBUIÇÃO DEFINIDA” E DA RAZÃO PELA QUAL OS PLANOS DE BENEFÍCIOS DA FUNPRESP-EXE, DA FUNPRESP-LEG E DA FUNPRESP-JUD SERÃO ESTRUTURADOS EM TAL MODALIDADE E AS INSEGURANÇAS DAÍ RESULTANTES.

De acordo com o artigo 12 da Lei nº 12.618/2012 os planos de benefícios da Funpresp-Exe, da Funpresp-Leg e da Funpresp-Jud serão estruturados na modalidade de contribuição definida.

Perfazendo uma análise do perfil dos planos de previdência complementar, Wladimir Novaes Martinez, em seu Curso de Direito Previdenciário deixa claro que, no plano de benefício definido, de forma antecipada, é possível saber-se o valor das prestações, mas no de contribuição definida esta, a prestação, é sabida, mas não o nível do quantum que há de receber-se mensalmente.

Como explicita o artigo 12 da Lei nº 12.618/2012, em análise intra-sistemática com o § 2º da referida lei, o valor do benefício programado será calculado de acordo com o montante do saldo da conta acumulado pelo participante. Senão vejamos o artigo 12 da lei em comento de forma literal:

Art. 12. Os planos de benefícios da Funpresp-Exe, da Funpresp-Leg e da Funpresp-Jud serão estruturados na modalidade de contribuição definida, nos termos da regulamentação estabelecida pelo órgão regulador das entidades fechadas de previdência complementar, e financiados de acordo com os planos de custeio definidos nos termos do art. 18 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, observadas as demais disposições da Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001.

§ 1º A distribuição das contribuições nos planos de benefícios e nos planos de custeio será revista sempre que necessário, para manter o equilíbrio permanente dos planos de benefícios.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 18 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, o valor do benefício programado será calculado de acordo com o montante do saldo da conta acumulado pelo participante, devendo o valor do benefício estar permanentemente ajustado ao referido saldo.

Atentando para o conteúdo normativo do § 2º do art. 12 da lei nº 12.618/2012 não há garantia de aposentações vitalícias, de cunho complementar. A lei oferece uma aposentação complementar facultativa, de contribuição definida e benefício livre, um produto financeiro, na verdade uma poupança, sem um real componente previdenciário.

O valor do benefício será advindo da rentabilidade ou prejuízo possibilitado pelas aplicações financeiras. Não vem a existir qualquer garantia de rentabilidade. Espera-se que tudo venha a dar certo e que haja renda. E em havendo (e no regime de mercado pleno ou regulado sempre haverá), oscilações mercadológicas, advirão graves consequências no âmbito da qualidade de proteção social que em geral se busca na idade mais propecta. Nesta idade é que se busca mais segurança, naturalmente.

A famigerada lei ordinária n.º 12.618/2012 implementa, destarte, um regime de capitalização. O obreiro do setor público, portanto, em sua fase ativa, gera o montante que é preciso com vistas ao suporte dos benefícios de sua aposentadoria dita complementar, incorrendo solidariedade entre gerações.

É essa forma de capitalização que se dá nos planos de “contribuição definida”: o servidor saberá com quanto contribuirá, mas não terá como saber qual será o quantum que advirá como aposentadoria complementar. É intrínseco e peculiar à modalidade de contribuição definida a impossibilidade de determinar-se antecipadamente o valor do benefício a ser auferido.

Tal modalidade é a única que a Constituição Federal admite no âmbito dos regimes de previdência complementar de servidores titulares de cargo efetivo (art. 40, § 15) e o pior é que é constitucional, não há possibilidade explícita de se atacar a norma no tangente a sua inconstitucionalidade, senão vejamos na textualidade do art. 40, § 15 o que se emana:

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Não há que se argüir neste ponto qualquer inconstitucionalidade, embora eventualmente se possa criticar a norma como sendo cruel, pois como aponta Leonardo Costa Schüler em relação ao tema em análise em artigo publicado na rede mundial de computadores:

“regime de previdência proposto não assegura renda vitalícia. Em outras palavras, caso os recursos em nome do assistido se esgotem, ele deixará de receber benefícios pelo regime complementar. Como o § 2º do art. 12 determina que o valor do benefício seja permanentemente ajustado ao saldo da conta do participante, o que tende a ocorrer é a redução progressiva de seu valor até que esse se torne irrisório quando o assistido permanecer vivo por tempo muito superior ao estatisticamente previsto por ocasião da concessão do benefício.”

Não existe, portanto, garantia tanto de conservação quanto de vitaliciedade em se tratando de previdência complementar, principalmente na modalidade contribuição definida.

A Carta Magna brasileira de 1988 autoriza uma normatização previdenciária diferenciada aos agentes públicos ocupantes de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Mu-

nicípios, bem como os das autarquias e fundações públicas, tecendo e autorizando a necessidade de implantação de um regime previdenciário próprio, o qual também se aplica aos agentes públicos ocupantes de cargos vitalícios, quais sejam, magistrados, membros do Ministério Público e de Tribunais de Contas.

Os ganhos auferidos pelos agentes públicos por ocasião da aposentação passam a ser incertos, pois a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, opera uma mutação profunda no funcionamento da previdência do servidor público. Cria-se normativamente um sistema de previdência complementar, operante em regime de capitalização, ou seja, a aposentadoria de cada servidor passa a depender com a nova norma, da sua contribuição, da contribuição do Estado enquanto empregador e dos ganhos resultantes da aplicação financeira desses recursos.

No caput do artigo 3º da lei ordinária n.º 12.618/2012, fixa-se o limite para todos os servidores e membros de Poder que vierem a ser admitidos no serviço público a partir do funcionamento das entidades fechadas de previdência complementar, Funpresp-Exe, Funpresp-Leg e Funpresp-Jud, do extremamente estimulante limite máximo para os benefícios do regime geral de previdência social (RGPS), qual seja, em valores de agora, abril de 2013, fixados em R\$ 4.159,00 (Quatro mil, cento e cinquenta e nove reais). Este é, portanto, em valores de hoje, o teto para concessão de aposentadorias e pensões pelo regime próprio de previdência social (RPPS), positivado no artigo 40 da Magna Carta.

A aposentação para os agentes públicos ingressos no serviço público após janeiro de 2004 passou a se dar pela média das 80% maiores remunerações, levando-se em conta no período de cálculo até o que for desempenhado no setor privado, desde julho de 1994.

E agora no sequenciamento legislativo das reformas via Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03 advém esta novidade legislativa trazendo perspectivas sombrias para a proteção social de servidores da União que venham a se aposentar, abrangidos por tais normas, uma lei que prevê em seu § 2º do art. 12 que o valor do benefício venha a ser permanentemente ajustado ao saldo da conta do participante.

Ora, a inevitável e cruel consequência será a redução progressiva de valor do saldo até que esse se torne de valor ínfimo quando o assistido vier a viver tempo muito superior ao previsto, de acordo com os critérios atuariais, estabelecidos por ocasião da concessão do benefício complementar. O azar maior será de quem viver mais, pois o mesmo verá os valores de complementação minguarem ano após ano, mês após mês, até findarem, restando, após, tão só os recursos garantidos pelo regime próprio de previdência social, o RPPS.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL NO TANGENTE À ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PARA AS ENTIDADES FUNPRES-EXE, FUNPRES-LEG E FUNPRES-JUD NO ÂMBITO DA LEI Nº 12.618/2012

Normatiza-se no § 1º do artigo 4º da Lei 12.618/2012 que as fundações (Funpresp-Exe, Funpresp-Leg e Funpresp-Jud), previstas nos incisos I, II e III da referida regra, estabelecidas com o fito de gerenciar a previdência complementar dos servidores públicos, venham a ter **personalidade jurídica de direito privado**. Entretanto, ocorre uma antinomia com a Carta Magna, a ser solucionada pelo critério hierárquico, pois o § 15 do art. 40 da Constituição Federal é positivado desta forma:

“§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).”

A natureza pública das entidades fechadas de previdência complementar é determinada, destarte, constitucionalmente. Não cabe, e não caberia, portanto, ao legislador infra-constitucional definir tal aspecto ou contorno, pois este já se encontra delineado na Carta da República.

Buscando assim fazer uma máscara legislativa e tentando harmonizar normativamente a personalidade jurídica de direito privado atribuída às três entidades fechadas de previdência complementar, Funpresp-Exe, Funpresp-Leg e Funpresp-Jud, com o § 15 do art. 40 da Lex Magna, que estabelece a natureza jurídica pública das entidades referidas, a lei ordinária 12.618/2012, em seu art. 8º cristaliza a seguinte falácia normativa:

“Art. 8º Além da sujeição às normas de direito público que decorram de sua instituição pela União como fundação de direito privado, integrante da sua administração indireta, a natureza pública das entidades fechadas a que se refere o § 15 do art. 40 da Constituição Federal consistirá na:

I - submissão à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos;

II - realização de concurso público para a contratação de pessoal, no caso de empregos permanentes, ou de processo seletivo, em se tratando de contrato temporário, conforme a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;

III - publicação anual, na imprensa oficial ou em sítio oficial da administração pública certificado digitalmente por autoridade para esse fim credenciada no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP Brasil), de seus demonstrativos contábeis, atuariais, financeiros e de benefícios, sem prejuízo do fornecimento de informações aos participantes e assistidos dos planos de benefícios e ao órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, na forma das Leis Complementares nºs 108 e 109, de 29 de maio de 2001.”

A falácia normativa se caracteriza no sentido de que ocorre afronta à Constituição Federal, pois a natureza pública das entidades, previstas na lei ordinária em comento, não haveria de se configurar no atendimento de um artigo de legislação de caráter ordinário, qual seja, o art. 8º da referida lei. Tal preceito, portanto, em seus incisos busca estabelecer os contornos do que seja juridicamente a natureza pública das três entidades fechadas de previdência complementar, Funpresp-Exe, Funpresp-Leg e Funpresp-Jud.

Ora, a imposição de procedimento licitatório, de acordo com o inciso I do artigo 8º, antes de conferir à entidade uma natureza pública, constitui imposição constitucional a todo ente que seja destinatário de verbas públicas, bem como a determinação de contratação de pessoal, no caso do inciso II do mesmo artigo, por meio de concurso público ou processo seletivo também não há de transformar, por si só, a natureza jurídica de uma entidade de privada para pública.

Verifiquemos que o Banco do Brasil é uma sociedade anônima que apenas contrata por meio de concurso público em razão de ter a União como acionista e nem por isto tem o mencionado banco comercial natureza jurídica pública. Também a obrigação, estabelecida no inciso III de publicação anual de seus demonstrativos contábeis, atuariais e financeiros também não teria o condão de conferir a natureza jurídica pública exigida pela Constituição. É notório, e qualquer acionista sabe disto, que as sociedades anônimas publicam os seus balanços e demonstrativos e isto não lhes confere natureza jurídica pública.

A maneira pela qual se positivou a lei n.º 12.618/2012 a torna inconstitucional, na parte em que atribui personalidade jurídica de direito privado para as fundações criadas, quais sejam, Funpresp-Exe, Funpresp-Leg e Funpresp-Jud, ocorrendo uma afronta claríssima e gritante ao § 15 do art. 40 da Constituição Federal. A lei ordinária em análise intenta, assim, modificar falaciosamente o significado de norma constitucional.

Há que invalidar-se a lei em comento em decorrência de inconstitucionalidade material ou, interpretar-se a mesma conforme a lei para que as Funpresp-Exe, Funpresp-Leg e Funpresp-Jud sejam criadas como pessoa jurídica de direito público.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É em meu entender quase inevitável o reconhecimento da inconstitucionalidade material da Lei 12.618/2012, em decorrência da personalidade de direito privado anunciada no § 1º do seu artigo 4º.

Mostra-se, destarte, inviável a personalidade jurídica de direito privado para uma entidade de natureza pública.

A verdade é que houve uma reforma previdenciária finalizada por meio da lei ordinária n.º 12.618/2012, pois a aposentadoria complementar do servidor abrangido ficará restrita a uma conta individualizada, com recursos que serão administrados pelo sistema financeiro, numa conta individualizada submetida às volatilidades do Sr. Mercado. Criou-se uma regulamentação que aporta soluções de cunho mercantil, pondo em risco, sob a ótica da seguridade social, os servidores públicos federais efetivos brasileiros e membros de Poder, que compõem as carreiras estruturantes do Estado brasileiro, essenciais ao seu funcionamento.

É oferecida assim uma aposentadoria complementar facultativa, de contribuição definida e benefício livre, que se submeterá às oscilações dos mercados financeiros, gerando uma grande insegurança na idade em que há mais necessidade de proteção social. Essa será a recompensa final aos servidores que, de maneira tão abnegada, deram o melhor de suas vidas ativas prestando um bom serviço à sociedade brasileira, muitas vezes em regiões e rincões fronteiriços ou longe demais das capitais.

Esta mutação normativa e muitas outras que, por certo advirão, ocorrem em decorrência de um novo quadro paradigmático das relações entre o público e o privado, no qual o Estado teria uma atuação secundária e a iniciativa privada seria a protagonista na condução de certas atividades.

A pergunta que devemos nos fazer é se realmente devemos continuar a observar tais mutações normativas prejudiciais, tal qual a lei ordinária n.º 12.618/2012, sem esboçar qualquer reação, como se não tivesse tal quadro normativo qualquer relação, incidência ou efeito sobre nossas vidas cotidianas.

REFERÊNCIAS

1. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério da Previdência Social; Ministério da Fazenda. **Exposição de Motivos Interministerial n.º 97/2007/MP/MPS/ME, do Projeto de lei n.º 1.992**, de 2007. Brasília: MP, MPS, ME, 2007.
2. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
3. BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm. Acesso em: 02 abril 2013.
4. BRASIL. **Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato20112014/2012/Lei/L12618.htm. Acesso em: 05 janeiro 2013.
5. BRASIL. **Decreto n.º 7808, de 20 de setembro de 2012**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011/2014/2012/Decreto/D7808.htm. Acesso em: 05 janeiro 2013.
6. BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSS, William. **Direito Previdenciário na Visão dos Tribunais - Doutrina e Jurisprudência** - 2ª ed. 2010. Editora: Método.
7. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012
8. DIAS, Maurício. **Sob o domínio do mal**. Carta Capital, v. 14, n. 403, p. 36-37, jul. 2008
9. IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
10. KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2011.
11. MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3.edição. São Paulo: LTr, 2010.
12. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. 1.032 p.
13. SCHÜLER, Leonardo Costa. **O implacável regime de previdência complementar dos servidores públicos federais**. http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/11535/implacavel_regime_schuler.pdf?sequence=1 Acesso em: 05 janeiro 2013