

RECEBIDO EM: 18/01/2019

APROVADO EM: 09/04/2019

**ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS  
CONTROVERSOS RELACIONADOS AO  
BENEFÍCIO ESPECIAL PREVISTO NA LEI  
Nº 12.618/2012**

***ANALYSIS OF THE LEGAL ASPECTS OF DISPUTES  
RELATED TO THE SPECIAL BENEFIT PROVIDED IN LAW  
Nº 12.618/2012***

*Igor Lins da Rocha Lourenço*  
*Pós-graduado em Direito Público. Procurador Federal*

SUMÁRIO Introdução; 1. Do Benefício Especial previsto no art. 3º da Lei nº 12.618/2012; 1.1. Da Natureza Jurídica; 1.2. Da Segurança Jurídica; 1.3. Do Cálculo de Benefício Especial; 2. Conclusão; 3. Referências.

**RESUMO:** A Lei nº 12.618/2012 instituiu o Regime de Previdência Complementar para os servidores públicos federais, permitindo que aqueles já estavam no serviço público realizassem, mediante opção irretratável e irrevogável, a escolha pelo novo regime previdenciário. Para estes servidores, a lei previu o pagamento de um benefício especial, sob um conjunto de regras estabelecidas em seu texto. Este estudo visa analisar a principais implicações desta alteração de regime e os aspectos mais sensíveis e controversos do benefício especial, a fim de viabilizar uma melhor compreensão do tema e subsidiar os servidores públicos envolvidos, assim como os demais juristas dedicados ao tema. Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, a fim de elucidar questões essenciais relacionadas ao Benefício Especial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Regime de Previdência Complementar. Lei nº 12.618/2012. Benefício Especial. Aspectos Controversos.

**ABSTRACT:** Law nº 12.618/2012 established the Supplementary Pension Scheme for federal civil servants, allowing those who were already in the public service to perform, through an irreversible and irrevocable option, the choice of the new social security regime. For these servants, the law provided for the payment of a special benefit, under a set of rules established in its text. This study aims at analyzing the main implications of this regime change and the more sensitive and controversial aspects of the special benefit, in order to make possible a better understanding of the subject and to subsidize the public servants involved, as well as other jurists dedicated to the topic. To this end, doctrinal and jurisprudential positions on the subject are addressed in order to elucidate essential issues related to the Special Benefit.

**KEYWORDS:** Administrative Law. Complementary Pension Scheme. Law nº 12.618/2012. Special Benefit. Controversial Aspects.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar os aspectos jurídicos relacionados ao benefício especial previsto no art. 3º da Lei nº 12.618/2012, com vistas às perspectivas polêmicas e que geram mais dúvidas aos servidores públicos federais.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, a fim de elucidar questões essenciais relacionadas ao Benefício Especial.

A União, através da Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargos efetivos da União e fixou o teto do Regime Geral de Previdência Social (doravante “teto do RGPS” ou simplesmente “teto”) para a concessão de aposentadorias e pensões por seu Regime Próprio de Previdência Social (doravante “RPPS” ou “regime próprio”).

Ao instituir o Regime de Previdência Complementar previsto no art. 40, §§ 14, 15 e 16 da CF, a Lei 12.618/2012, portanto, inaugurou o novo modelo previdenciário para os servidores ingressos no serviço público após 04.02.2013<sup>1</sup> e facultou – conforme previsto no texto constitucional – àqueles servidores que já exerciam cargos públicos efetivos a opção pela alteração do regime previdenciário.

Outrossim, o art. 3º da Lei nº 12.618/2012 previu a aplicabilidade do limite máximo às aposentadorias e pensões pagas pelo RPPS o valor do teto do RGPS, estabelecendo o pagamento de um benefício especial para aqueles servidores públicos que, mesmo ingressos no serviço público antes da vigência do RPC, realizassem a opção prevista no §16 do art. 40 da Constituição Federal com edição de suas regras. Tratar-se-á deste tema em tópico específico.

Este complexo de regras, pode-se dizer, é o berço das diversas dúvidas dos servidores públicos federais, coletadas e sintetizadas no presente artigo.

Num primeiro momento, busca-se identificar a verdadeira natureza jurídica do benefício especial, avaliando as diversas possibilidades e concluindo-se pela natureza cível compensatória.

---

1 Data de publicação no DOU da Portaria MPS/PREVIC/DITEC nº 44, de 31 de janeiro de 2013, que aprovou o Regulamento do Plano Executivo Federal, administrado pela Funpresp-Exe.

Em seguida, aprofunda-se a pesquisa quanto à segurança jurídica da alteração do regime previdenciário promovida pelos servidores públicos federais, sendo necessário analisar as características do negócio jurídico a ser firmado e suas consequências jurídicas.

Por fim, destrincha-se as principais nuances relacionadas à forma de cálculo do benefício especial, seu detalhamento e a fixação de parâmetros dúbios ou omissos para a devida adequação ao ordenamento jurídico pátrio.

A fim de elucidar as principais dúvidas sobre o tema, adota-se uma abordagem qualitativa e explicativa, de modo a se valer da bibliografia pertinente ao tema em apreço, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a tese.

## **1 DO BENEFÍCIO ESPECIAL PREVISTO NO ART. 3º DA LEI Nº 12.618/12**

### **1.1 DA NATUREZA JURÍDICA**

Ao se analisar o citado art. 3º, da Lei nº 12.618/12, o primeiro questionamento que exsurge é sobre qual a natureza desse benefício e suas repercussões. Seria um benefício previdenciário ou teria natureza civil?

Talvez, em análise apressada, a primeira impressão, estando encartado em lei que versa sobre regime previdenciário, seria de que se trata de benefício previdenciário.

Porém, para se alcançar a devida compreensão sobre o tema, deve-se aprofundar os estudos sobre a própria Previdência Social, seus benefícios, características e princípios.

Em síntese, pode-se definir a Previdência Social como espécie *sui generis* de seguro público que tem como função/objetivo garantir que as fontes de renda do trabalhador e de sua família sejam mantidas diante da perda da capacidade laboral, temporária (doença, acidente, maternidade) ou definitiva (morte, invalidez, velhice), através do pagamento de benefício específico (prestação) para cada tipo de evento.

A Previdência Social, como se sabe, comporta dois regimes básicos: o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, voltado para os profissionais de ordem geral; e os Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS, voltados aos servidores públicos titulares de cargos públicos efetivos e militares. Em paralelo, existe o Regime de Previdência Complementar – RPC.

A natureza jurídica dos regimes previdenciários não é contratual, mas sim, institucional ou estatutária, na medida em que o Estado, por meio de lei – utilizando o Poder de Império – impõe as regras de vinculação (obrigatória) ao sistema, assim como, os requisitos mínimos para a fruição de suas prestações.

As prestações previdenciárias, comumente chamadas de *benefícios previdenciários*, pois, constituem o resultado da intervenção estatal para proteção dos chamados riscos ou necessidades<sup>2</sup> sociais. Ou seja, constituiria a formalização da cobertura securitária dos sinistros.

Assim, os benefícios previdenciários podem ser conceituados como o resultado da prestação protetiva dos Estados para a cobertura de eventos sociais previamente concebidos.

A Previdência Social, portanto, é constituída de um conjunto de normas, regras e princípios que estabelece a aplicação, vigência, natureza e requisitos dos bens juridicamente tutelados e das respectivas prestações estatais.

Então, *a primeira conclusão que se pode apontar é que um benefício, para ter natureza previdenciária, deve ser oriundo desse sistema e objetivar a proteção de riscos sociais previamente estabelecidos.*

Aprofundando um pouco mais, vê-se que tanto o Regime Geral de Previdência Social quanto os Regimes Próprios da Previdência Social possuem regras, conceitos, requisitos e institutos específicos.

Logo, e focando no RPPS da União em virtude do escopo do artigo, tem-se que estas regras básicas constituem os vieses de sustentação do próprio sistema, onde estão estabelecidas as regras de contribuição, de vinculação, de carência, de concessão, dentre outras.

As principais regras de funcionamento do RPPS estão previstas no art. 40 da Constituição Federal, o qual já foi alterado por emendas constitucionais (20/98,41/03 e 47/05).

De acordo com o texto constitucional, percebe-se que o servidor público possui três formas de aposentadorias, quais sejam: por invalidez,

<sup>2</sup> Grandes doutrinadores adotam a expressão necessidades sociais especialmente diante do benefício salário-maternidade, que acoberta o período inicial da maternidade, o qual não poderia ser conceitualmente designado “risco”.

compulsória ou voluntária. Além desses benefícios, tem-se a previsão de pagamento de pensão em função do falecimento do servidor público a algum dependente legalmente habilitado, se houver.

Para além desses benefícios, leis infraconstitucionais previram outras espécies de prestações para a cobertura de diversos riscos sociais, como doença, maternidade ou reclusão, dentre as quais a Lei nº 8.112/91 encontra grande destaque.

É de se observar que os Regimes Próprios de Previdência Social não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no RGPS, salvo disposição em contrário da Constituição Federal, ficando restritos àqueles previstos na Lei nº 8.213/91. Esta informação está expressamente estabelecida no art. 5º, da Lei nº 9.717/98, *in verbis*<sup>3</sup>:

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.* (grifo nosso)

Portanto, parece forçoso concluir que o rol de benefícios previdenciários pagos nos RGPS e RPPS é taxativo, o que significa que nenhum outro benefício poderá ser pago, a título previdenciário, além daqueles previstos nas leis e na Constituição Federal.

*Esta, pois, é a segunda conclusão obtida até o momento.*

Seguindo o estudo, vê-se que a Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 40, um complexo de regras previdenciárias para a concessão dos respectivos benefícios. Então, indicou critérios e requisitos para concessão, contribuição, limites remuneratórios e gozo de benefícios.

Ou seja, a própria Constituição Federal estabeleceu regras de elegibilidade, de carência, de vinculação obrigatória, de reajustes, de vedações e de concessões, além das especificidades, constituindo o verdadeiro arcabouço normativo e principiológico do regime jurídico previdenciário dos servidores públicos.

---

3 Neste mesmo sentido, o art. 25 do Decreto nº 3.048/99 – que regulamenta o Regime Geral de Previdência Social – estabelece o rol taxativo dos benefícios previdenciários.

Retornando um pouco no conceito de Previdência Social, a proteção previdenciária tem por escopo a cobertura de determinados riscos sociais eleitos pelo legislador como relevantes, de modo a merecer atenção do Estado.

Nesse sentido, tem-se que, para cada risco social eleito (doença, invalidez, morte, redução da capacidade laboral, proteção à maternidade, idade avançada), há uma prestação previdenciária correspondente, destinada à cobertura da situação que, implicando em afastamento do segurado de atividade laboral, lhe garanta a sobrevivência ou o amparo a seus dependentes.

Daí a instituição dos diversos benefícios, cada um tendo como pressuposto um evento específico, de modo que, por princípio, cada situação de risco corresponderia a um único benefício, uma vez que a concessão de mais de um benefício para a mesma situação é contrária à lógica da proteção previdenciária, com sérios riscos à sustentabilidade financeira e atuarial do sistema.

Vê-se, pois, que para cada espécie de “risco existe uma cobertura específica. Para a sobrevivência ou invalidez permanente, há a aposentaria; para a morte, a pensão; para a reclusão, o auxílio, etc.

*Têm-se claro, pois, que, para cada evento social previamente identificado, haverá exclusivamente um único benefício para cobertura, oriundo do mesmo vínculo previdenciário.*

É o que a doutrina mais especializada costuma identificar como (sub)princípio da unicidade, pelo qual é vedado a concessão de mais de um benefício, oriundo do mesmo vínculo previdenciário, para proteger o mesmo bem jurídico tutelado. Em outras palavras, não é permitido o pagamento de mais de um benefício para cobertura de um único risco social, advindo do mesmo vínculo previdenciário<sup>4</sup>.

Nas palavras do douto professor Wladimir Novas Martinez<sup>5</sup>:

---

4 Não é simplesmente a vedação de cumulação de benefícios, o que é possível em determinados casos. Mas sim, a proibição de, a partir do mesmo vínculo previdenciário, se pagar mais de um benefício em virtude do único evento social. Não se confunde, portanto, com acumulação de aposentadoria e pensão por morte, por exemplo, que exurgem de proteção sociais distintas: uma, protege a sobrevivência, a outra, o dependente, em virtude do falecimento do titular. Da mesma maneira, não se confunde com a acumulação de aposentadoria de dois regimes diferentes que, por óbvio, não são oriundos do mesmo vínculo previdenciário.

5 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 172/173.

A relação previdenciária é ‘intuito personae’. Logo, esse vínculo é único e, como consequência, o benefício substituidor deve ser apenas um. Daí a regra da inacumulabilidade de prestações.

Esta conclusão é válida dentro de um sistema, devendo-se cogitar de estendê-la à multiplicidade de regimes, isto é, adotá-la em um sistema verdadeiramente nacional.

Quem exerce duas ou mais atividades sujeitas ao RGPS tem direito a apenas um benefício, operando-se o cálculo com base nas diferentes contribuições. Porém, se a pluralidade de atividades se refere a dois ou mais regimes distintos, é preciso considerar a possibilidade de pôr à disposição das pessoas tantos benefícios quantos regimes existentes. Certamente, as situações de fato são distorções do regime político, econômico e laboral e devem ser combatidas.

Por outro lado, é fácil perceber do texto constitucional que, cada um dos benefícios lá previstos (aposentadorias e pensão por morte) possuem requisitos para carência, elegibilidade, contribuição, concessão e beneficiários próprios, os quais formalizam um grupo de atributos necessários para sua subsunção à norma.

Feitas estas considerações, impende analisar o chamado Benefício Especial, previsto no art. 3º da Lei nº 12.618/12, e suas especificidades.

Desta forma, o §5º do art. 3º, da citada Lei, prevê expressamente que:

*O benefício especial será pago pelo órgão competente da União, por ocasião da concessão de aposentadoria, inclusive por invalidez, ou pensão por morte pelo regime próprio de previdência da União, de que trata o art. 40 da Constituição Federal, enquanto perdurar o benefício pago por esse regime, inclusive junto com a gratificação natalina. (grifo nosso)*

O texto legal estabelece claramente que o Benefício Especial será pago pela União POR OCASIÃO da concessão de aposentadoria ou de pensão por morte pelo Regime Próprio de Previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal.

Parece óbvio que, ao prever que o Benefício será pago quando da concessão de benefícios previdenciários específicos (aposentadorias e pensões previstas no art. 40, da CF), a lei estabelece um claro *distinguish* entre eles. *Ou seja, a lei demonstra que aquele benefício não se confunde com os benefícios previdenciários, sendo estes, na verdade, seus fatos geradores.*

Além disso, o mesmo parágrafo legal determina ainda que o Benefício Especial será pago pela União, quando da concessão de benefício específico do regime próprio. Aqui, há mais uma sinalização da distinção entre a natureza previdenciária – própria dos benefícios previsto no art. 40 da CF – e a natureza jurídica prevista para o Benefício Especial.

É consabido que, na União, o RPPS é atualmente administrado por órgão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, em regime de repartição simples, porém, nada impede que a União, assim como já acontece em alguns Estados e Municípios, transfira a uma autarquia, por exemplo, a gestão do regime.

Parece claro, contudo, que há impedimento legal em se imputar ao RPPS da União a responsabilidade pelo custeio do Benefício Especial, em razão, especialmente, das restrições contidas no art. 1º, inciso III, da Lei nº 9.717/98, transcrito abaixo:

Art. 1º

.....

III - as contribuições e os recursos vinculados ao Fundo Previdenciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e as contribuições do pessoal civil e militar, ativo e inativo, e dos pensionistas, somente poderão ser utilizadas para pagamento de benefícios previdenciários dos respectivos regimes, ressalvadas as despesas administrativas estabelecidas no art. 6º, inciso VIII, desta Lei, observado os limites de gastos estabelecidos em parâmetros gerais;

O citado diploma prevê, expressamente, que os recursos previdenciários somente poderão ser empregados para o pagamento de benefícios previdenciários do respectivo regime. Isto, aliados ao citado art. 5º da mesma Lei – o qual veda o pagamento de benefícios distintos dos previstos no RGPS – parece conclusivo.

Esclarecedora, assim, a distinção expressa em lei no sentido de que o Benefício Especial será pago pela União, e não pelo Regime Próprio de Previdência Social, o que corrobora o argumento de não se tratar, portanto, de benefício previdenciário.

Há mais, porém. Ainda na análise gramatical do texto legal, percebe-se que, ao se referir aos benefícios previdenciários (aposentadoria e pensão), a lei

se vale da expressão “*CONCESSÃO*”, transparecendo nítida a necessidade de preenchimento de requisitos e condições estabelecidas em lei ou na Constituição Federal. Enquanto isso, no momento em que se refere ao Benefício Especial, a mesma lei se utiliza da expressão “*SERÁ PAGO*”, o que demonstra apenas a necessidade de adimplemento de obrigação civil típica.

Diante de mais esta distinção, aumentam os argumentos no sentido de não possuir natureza previdenciária, tendo em vista que a lei não criou quaisquer requisitos para o pagamento do Benefício Especial, apenas a concessão, pelo RPPS, de aposentadoria ou pensão.

Isto é, a concessão de aposentadoria ou pensão pelo RPPS da União é o único fato gerador para o pagamento do “benefício” pela União, sendo nítida a distinção entre as suas naturezas. Resta, pois, analisar qual o bem jurídico ou risco social seria tutelado pelo Benefício Especial.

Bom, parece óbvio que o Benefício Especial não pretende acobertar ou proteger os riscos sociais da sobrevida (velhice) ou da morte, tendo em vista que, em relação a estes, os servidores públicos já farão jus à aposentadoria ou pensão.

Assim, o bem jurídico a que se presta tutelar o Benefício Especial está relacionado aos direitos privados de patrimônio, encabeçado pela vedação do enriquecimento sem causa por parte do Estado, e não propriamente a um risco social. Bem ou mal, a aposentadoria ou pensão por morte concedidas pelo RPPS da União farão frente à essas proteções.

Não fosse tudo isso suficiente, analisando o processo de elaboração da Lei nº 12.618/2012 – a qual estabeleceu o pagamento do benefício especial, como visto – através da tramitação do PL nº 1.992/2007 –, tem-se que o citado projeto recebeu mais de 150 emendas, dentre as quais se destaca a Emenda nº 20/2007 CTASP, de autoria da então Deputada Andrea Zito, que expressamente equiparava o benefício especial aos proventos a que o servidor teria direito no regime que se encontrava.

O Parecer aprovado na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, datado de 27.06.2011, de relatoria do Deputado Silvio Costa, rejeitou a citada proposta, afirmando que o benefício especial se prestava a compensar o servidor público<sup>6</sup>. Transcrevo *ipsis litteris* no que importa:

---

6 Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=892694&file\\_name=PRL+2+CTASP+%3D%3E+PL+1992/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892694&file_name=PRL+2+CTASP+%3D%3E+PL+1992/2007).

A proposta de equiparar o benefício especial aos proventos que seriam devidos ao servidor pelo regime próprio de previdência, até o limite dos benefícios do RGPS, é evidentemente equivocada. O benefício especial se destina a compensar o servidor pela supressão da parcela dos proventos excedente ao apontado limite, posto que, até tal valor, o benefício do RGPS seria integralmente preservado. Forçoso, portanto, rejeitar essa proposta, consubstanciada na Emenda nº 20.<sup>7</sup> (grifo nosso)

Nesta hipótese, a chamada *mens legislatoris*<sup>8</sup> resta clara e expressa no sentido de que este benefício especial foi criado com natureza distinta dos demais benefícios previdenciários a que o servidor público detinha direito antes de realização da opção de regime previdenciário, não sendo permitido ao interprete elucubrar sobre outras possibilidades, especialmente quando corroboradas pelas demais razões já expostas.

Ou seja, o legislador rechaçou expressamente qualquer tentativa de afastar sua natureza compensatória em relação aos valores contribuídos sob um patamar superior ao que seria devido, em virtude da limitação de suas rendas previdenciárias de aposentadoria e pensão por morte ao teto do RGPS.

Destarte, firme nos argumentos supramencionados, resta forçoso concluir que o Benefício Especial, previsto no art. 3º da Lei nº 12.618/12, *não possui natureza previdenciária, mas sim compensatória.*

*Em suma, o Benefício Especial corresponde a uma compensação pelas contribuições vertidas ao Regime Próprio de Previdência Social pelo servidor público, no período anterior a alteração do regime previdenciário (opção prevista no art. 40, §16, da CF), em função de contribuições realizadas sob um patamar superior à proteção que será disponibilizada quando da ocorrência dos riscos sociais tutelados.*

Portanto, possui nítida natureza obrigacional civil (compensatória), que visa recompor o patrimônio do servidor público (bem jurídico tutelado) em função de contribuições realizadas em patamar superior ao necessário, tendo em vista o limite legal dos benefícios concedidos pelo sistema (vedação de enriquecimento ilícito pelo Estado).

Se fosse possível um paralelo ao modelo securitário tradicional, seria uma forma de compensar o valor do prêmio pago a maior pelo servidor em

7 P. 28 do Parecer.

8 Expressão que, em língua portuguesa, significa o pensamento, a vontade, a intenção do legislador.

relação à cobertura, que, por força de alteração de regime, está limitada ao valor do teto do RGPS.

Por fim, reitere-se que a única exigência para o pagamento do Benefício Especial é a concessão, pelo Regime Próprio da União, dos benefícios de aposentadorias ou pensão, o que se justifica porque, diante das regras constitucionais em vigor, apenas farão jus à citada compensação aqueles que ultimarem sua vida laborativa vinculados à Administração Pública.

Isto porque a regra previdenciária vigente, antes da alteração de regime, já seguia este rito, na medida em que o servidor apenas faria jus a qualquer contrapartida do RPPS, independentemente do tempo e valor de contribuição, caso ultimasse sua vida laborativa vinculado à Administração Pública.

A lei, portanto, apenas manteve o mesmo tratamento do regime anterior para aqueles que optaram pela migração de regime, limitando o valor de suas aposentadorias e pensões ao valor do teto do RGPS, e fazendo jus à compensação pelos valores contribuídos anteriormente sob a base de cálculo superior, desde que se mantendo sua vinculação ao regime até o final.

## 1.2 DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como explicitado, aos servidores públicos que entraram antes da instituição do regime de previdência complementar no âmbito da União – em 04.02.2013 – é facultado exercer a opção prevista no art. 40, §16, da Constituição Federal, a qual resultará na limitação dos valores das aposentadorias e das pensões pagas pelo RPPS ao teto dos valores pagos no RGPS.

Para tanto, a Lei nº 12.618/2012 – que instituiu o regime de previdência complementar – previu o pagamento, para os servidores que exerçam a opção constitucional – do Benefício Especial como forma de compensar/ressarcir, como visto acima, pelas contribuições vertidas a maior para o Regime.

Nada obstante, surgem dúvidas relacionadas à segurança jurídica desta migração de regime previdenciário e às possibilidades das alterações das regras advindas da citada Lei.

Como visto, a alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 20/98, a qual autorizou a instituição do chamado

Regime de Previdência Complementar, exigiu no art. 40, §16, da Carta Constitucional, que todos aqueles já ingressos no serviço público até o ato de instituição do novo regime apenas teriam suas aposentadorias e pensões limitadas ao teto do RGPS mediante sua prévia e expressa opção.

Ou seja, a Constituição Federal facultou a este grupo de servidores a possibilidade de alterar ou não seu regime previdenciário.

Por sua vez, a mesma Lei nº 12.618/2012 previu a mesma condição (art. 1º, §1º), acrescentando que, caso realizada a opção, a mesma se tornaria irretratável e irrevogável (art. 3º, §8º).

Em compensação, o art. 3º estabeleceu o pagamento de benefício especial, proporcional às contribuições vertidas ao RPPS em patamar superior ao teto do RGPS.

Nada disso parece novo, porém, qual tipo de relação é firmado entre o servidor público e a Administração e quais as garantias extraídas desta relação?

De início, ao prever este conjunto de regras, a lei parece estabelecer uma espécie de transação ou algo de natureza contratual, na medida em que delimita obrigações e direitos mútuos, mediante regras e condições próprias.

Nessa toada, precisa-se, então, analisar se a migração de regime previdenciário constitui espécie de contrato administrativo.

Filho-me à doutrina que reconhece na expressão “Contratos Administrativos” um gênero, de onde se extrai diversas espécies<sup>9</sup>. Neste sentido, é possível identificar, dentro deste gênero, os acordos de vontade Administração (convênios públicos, termos de parceria, acordos de leniência, etc.), os contratos administrativos próprios (contratos de delegação, de colaboração, etc.) e os contratos de direito privado realizados pela Administração Pública.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 2º, traz uma definição de contratos administrativos em sentido amplo, estabelecendo que se considera contrato *“todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”*.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 301.

Portanto, para a caracterização de contrato, para os fins da lei, são necessárias as presenças de todos estes requisitos: ajustes entre a Administração Pública e particulares, acordo de vontades, estipulação de obrigações recíprocas e irrelevância da denominação utilizada.

Cotejando estas informações com a Lei nº 12.618/2012, a qual – como visto – instituiu o RPC na União e previu aos servidores públicos federais, já ingressos no serviço público antes dessa vigência, o pagamento de benefício especial pela União quando da concessão de aposentadorias ou pensão por morte no RPPS, parece fácil chegar à conclusão de que a opção de alteração (migração) de regime previdenciário constitui contrato administrativo (em sentido amplo), na medida em que detém todos os requisitos necessários exigidos em lei. Vejamos:

Ajustes entre Administração Pública e particulares – o Estado, através da lei, oferta, faculta, a determinado grupo de servidores públicos (particulares) a alteração de regime previdenciário, mediante o pagamento de benefício adicional (benefício especial) em troca da limitação do valor devido à título de aposentadorias e pensões;

Acordo de vontades - o próprio Estado oferece a possibilidade de alteração de regime, mediante a ocorrência de ato formal, prévio, expresso, irretratável e irrevogável.

Estipulação de obrigações recíprocas – por um lado, a obrigatoriedade de ultimateção da vida laboral vinculado à Administração Pública e limitação do valor dos benefícios previdenciários; por outro, em contrapartida, o pagamento de benefício adicional mediante um conjunto de regras próprias, de conhecimento prévio, que influencia diretamente na confluência das vontades.

Irrelevância da denominação utilizada – migração, alteração, opção, benefício especial, etc. Tudo isso não é relevante para a caracterização do contrato administrativo.

O ilustre doutrinador Marçal Justen Filho prefere definir contrato administrativo, em sentido amplo, como *“o acordo de vontades destinados a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”*<sup>10</sup>.

---

10 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 302.

Em suma, a aceitação da opção prevista pela Constituição Federal e pela Lei nº 12.618/2012, consubstanciada no termo formal de migração, tem nítido caráter contratual (*sui generis*) entre o servidor público e o Estado (Administração Pública), abarcando todos os requisitos legais para a caracterização de contrato administrativo em sentido amplo.

Neste mesmo sentido, o Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, em recente Parecer Jurídico<sup>11</sup>, reafirmou a natureza contratual do termo de migração, nos seguintes termos:

Assim, como existem regras expressamente dispostas em lei sobre o assunto, não há como negar que o termo de migração caracteriza-se por uma forma de contrato de adesão (*sui generis*) entre a Administração Pública e o segurado. Fala-se natureza *sui generis*, pois, não se está propriamente firmando um contrato ou acordo com a Administração, mas simplesmente aderindo a um determinado plano de benefícios previdenciários, mediante opção expressa do servidor. Ou seja, uma vez identificada a liberalidade do servidor em aderir ao plano, constata-se a existência de um negócio jurídico que por tudo se assemelha a um contrato de natureza administrativa decorrente de uma relação jurídica previdenciária.

É desse caráter negocial, contratual, que se extraem as obrigações e direitos sinalagmáticos oriundos da alteração de regime previdenciário, através da efetivação da opção constitucional (art. 40, §16). *De um lado, a redução do valor máximo para aposentadoria e pensão; de outro, a necessidade de pagamento compensatório pelos valores vertidos a maior anteriormente.*

Assim, o instrumento utilizado para efetivar a opção de alteração constitucional, consubstanciado em um termo, se reveste dos efeitos de ato jurídico perfeito, na medida em que, realizada a opção, a mesma se torna irretroatável e irrevogável por força de lei.

Portanto, ao homologar a opção constitucional, são transferidos ao patrimônio jurídico do servidor público os direitos e as obrigações previstos em lei, sob os quais se fundou a decisão pessoal de alteração de regime previdenciário, incluídas, por óbvio, as regras de cálculo estabelecidas no art. 3º, da Lei nº 12.618/2012, constituindo-se em verdadeiro direito adquirido.

11 Parecer Jurídico da lavra do Advogado e Consultor Jurídico Gilson Dipp, em resposta à consulta formulada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – UNAFISCO, datado de 21 de fevereiro de 2018.

É sempre bom lembrar que a Carta Magna, assim como previsto na Lei de Introdução às Normas Brasileiras, instituiu a impossibilidade de lei posterior prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Ou seja, não é possível que eventual alteração legal realizada neste conjunto de direitos e obrigações estabelecidos entre Administração Pública e servidor, por força do exercício da opção constitucional e mediante a aceitação de regras previamente conhecidas, tenha impactos prejudiciais àquele grupo que já exerceu sua opção.

Isto porque o princípio geral que rege o sistema jurídico brasileiro, em relação à aplicabilidade da lei no tempo, é o da irretroatividade normativa, indicando que lei nova produz efeitos aos fatos pendentes e futuros na data de sua vigência. Ou seja, a regra geral é no sentido de que as normas não devem emanar efeitos aos fatos pretéritos.

Nada obstante, a doutrina reconhece que a irretroatividade não é absoluta, podendo-se extrair efeitos a fatos pretéritos. Daí é que exsurge parte da insegurança de alguns servidores públicos.

Por outro lado, a mesma doutrina apenas admite a retroatividade da lei desde que, cumulativamente, exista expressa disposição na norma e tais efeitos não atinjam o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

O art. 6º do Decreto-Lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – acompanhando o que a própria Constituição Federal institui em seu art. 5º, inciso XXXVI, alicerça este entendimento, prevendo, expressamente, que as normas em vigor possuem efeitos imediatos e gerais, desde que respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Neste sentido, o professor Flávio Tartuce sintetiza bem a posição da doutrina moderna, sendo oportuna a transcrição de trecho de sua obra<sup>12</sup>:

A norma jurídica é criada para valer ao futuro, não ao passado. Entretanto, eventualmente, pode uma determinada norma atingir também os fatos pretéritos, desde que sejam respeitados os parâmetros que constam da Lei de Introdução e da Constituição Federal. Em síntese, ordinariamente, a irretroatividade é a regra, e a retroatividade,

12 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 36.

a exceção. Para que a retroatividade seja possível, como primeiro requisito, deve estar prevista em lei.

Valendo para o futuro ou para o passado, tendo em vista a certeza e a segurança jurídica, determina o art. 5.º, XXXVI, da CF/1988 que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A norma constitui outro requisito para a retroatividade.

O art. 6.º da Lei de Introdução, além de trazer regra semelhante pela qual “a lei nova terá efeito imediato e geral respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, procura conceituar as categorias acima, da seguinte forma:

Direito adquirido: é o direito material ou imaterial incorporado no patrimônio de uma pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado. Pela previsão do § 2.º do art. 6.º da Lei de Introdução, “*consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ela, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha tempo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem*”. Como exemplo pode ser citado um benefício previdenciário desfrutado por alguém.

Ato jurídico perfeito: é a manifestação de vontade lícita, emanada por quem esteja em livre disposição, e aperfeiçoada. De acordo com o que consta do texto legal (art. 6.º, § 1.º, Lei de Introdução), o ato jurídico perfeito é aquele consumado de acordo com lei vigente ao tempo em que se efetuou. Exemplo: um contrato anterior já celebrado e que esteja gerando efeitos.

Cosa julgada: é a decisão judicial prolatada, da qual não cabe mais recurso (art. 6.º, § 3.º, Lei de Introdução).” (Grifo nosso)

Corroborando esta conclusão, o ilustre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, em sua clássica obra, intitulada *Direito Civil Brasileiro*<sup>13</sup>, consigna:

Na doutrina, diz-se que é justa a retroatividade quando não se depara, na sua aplicação, qualquer ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada; e injusta, quando ocorre tal ofensa. A retroatividade pode ser máxima, média e mínima. A primeira atinge o direito adquirido e afeta os negócios jurídicos perfeitos; a segunda faz

13 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Volume I: parte geral*. 6. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008.

com que a lei nova alcance os fatos pendentes, os direitos já existentes, mas ainda não integrados no patrimônio do titular; a terceira se confunde com o efeito imediato da lei e sujeita à lei na vigência da lei anterior. Todas essas situações são de retroatividade injusta, porque com ela se verifica lesão, maior ou menor, a direitos individuais.<sup>14</sup>

E conclui:

Pode-se resumidamente dizer que o sistema jurídico brasileiro contém as seguintes regras sobre a matéria: a) são de ordem constitucional os princípios da irretroatividade da lei nova e do respeito ao direito adquirido; b) esses dois princípios obrigam ao legislador e ao juiz; c) a regra, no silêncio da lei, é a irretroatividade; d) pode haver retroatividade expressa desde que não atinja direito adquirido; e) a lei nova tem efeito imediato, não se aplicando aos fatos anteriores.<sup>15</sup>(grifo nosso)

Logo, qualquer alteração legal, ainda que no conjunto de regras de cálculo, apenas emanaria efeitos para os servidores que realizasse a opção constitucional após sua vigência, tendo em vista a consolidação do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (consubstanciado no termo de migração) no momento da alteração de regime previdenciário.

Quanto ao ato jurídico perfeito, insta destacar que o Supremo Tribunal Federal, analisando questões judiciais que buscavam a anulação do Termo de Adesão previsto nos arts. 4º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, reconheceu a sua validade, sob pena de ofensa à garantia constitucional, editando a Súmula Vinculante 1, de 30 de maio de 2007, nos seguintes termos:

Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.

Observe-se que o caso específico, em que se baseou a Suprema Corte para firmar sua primeira súmula vinculante, em tudo se aproxima ao tema ora analisado<sup>16</sup>.

14 GONÇALVES, op. cit., p. 60.

15 Ibidem, p. 62.

16 O caso versa justamente sobre a autorização legal para que a empresa pública (Caixa Econômica Federal) creditasse nas contas vinculadas do FGTS do trabalhador, que aderisse ao Termo de Adesão previsto

Portanto, pode-se facilmente comparar o caso do precedente com o presente, sendo destacável o prestígio, concedido pelo Supremo Tribunal Federal, através do manejo de seu instrumento vinculante e uniformizador, às transações realizadas entre o Estado e os particulares, resguardando a garantia do termo de transação (ato jurídico perfeito).

Ademais, é bom lembrar que, nos termos do art. 60, §4º, da CF/88, os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal – especialmente os previstos em seu artigo 5º –, são considerados cláusulas pétreas, sendo inalcançáveis, inclusive, pelas emendas constitucionais.

Destarte, partindo-se do pressuposto de que a opção de alteração de regime previdenciário realizada pelo servidor público constitui ato de livre manifestação, irretratável e irrevogável, as condições fixadas em lei são inalteráveis por ato administrativo, por lei ou, até mesmo, por emenda constitucional, restando consolidada a situação jurídica do servidor público.

Tem-se, pois, que, no momento em que for homologada sua opção constitucional, cristaliza-se o conjunto de obrigações e direitos e transfere-se imediatamente ao patrimônio jurídico do servidor.

Pensar de forma diferente, rogando as máximas vênias, ensejaria uma situação de instabilidade e insegurança ao servidor público insuportável e insustentável, na medida em que se imporia a obrigação de realizar uma opção hoje com efeitos futuros (longo prazo), sem qualquer confiabilidade no Estado Brasileiro, o que não é admissível no Estado Democrático de Direito sob a égide da Constituição Federal vigente.

Não se desconhece remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito não obstava a modificação ou a supressão de determinado instituto jurídico.

Em acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 94.020, o Ministro Moreira Alves assentou entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal:

---

em lei, valores referentes à complementação da atualização monetária, aceitando as regras e condições lá estabelecidas, mediante a assinatura de um termo, onde se reconhece o direito naqueles termos. Acontece que, com o surgimento dos Juizados Especiais Federais, alguns trabalhadores ingressaram com ações judiciais objetivando a anulação dos termos e o julgamento pelo Poder Judiciário, tendo em vista a celeridade e decisões favoráveis à época. Contudo, o STF estabeleceu o entendimento que os Termos de Adesão estão emanados dos efeitos da garantia constitucional do ato jurídico perfeito e, portanto, são impossíveis de serem anulados, exceto se, no caso concreto, fosse comprovado algum vício de consentimento da parte interessada.

[...] em matéria de direito adquirido vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes – *de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito*. Quer isso dizer que, se a lei nova modifica o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato” (grifo nosso)

Assim, à luz de tudo adrede sufragado, o regime jurídico previdenciário a qual está vinculado o servidor público não está acobertado pelo manto do direito adquirido, podendo ser alterado diversas vezes e estas eventuais alterações atingirão a todos, independentemente de se ter efetivada, ou não, a opção constitucional.

Nada obstante, os direitos e obrigações legalmente previstos, que serviram de substrato para a alteração do regime previdenciário, não se confundem com o próprio regime jurídico.

Regime jurídico, em se tratando de previdência social, refere-se ao plexo de regras e princípios que caracteriza o sistema previdenciário, ao qual estão submetidos os potenciais beneficiários, de forma que qualquer alteração nas suas regras (elegibilidade, concessão, carência, pagamento e benefícios)<sup>17</sup> atingirão indistintamente a todos os servidores públicos elegíveis pela norma.

Porém, ao conceder a aposentadoria – fato gerador – o servidor que realizou a opção constitucional no prazo legal terá direito ao Benefício Especial nos moldes em que a lei previu *na data da homologação do seu termo*, independentemente das alterações que, porventura, o regime jurídico previdenciário tenha sofrido até a concessão do benefício.

Portanto, como visto, regime jurídico se refere ao regime previdenciário; o direito adquirido se refere às regras ofertadas pela Administração Pública e aceitas pelo particular (servidor), na data em que foi homologada a sua opção de alteração de regime previdenciário, sob as quais lastreou a decisão de alteração de regime previdenciário, cristalizando-se seus efeitos jurídicos neste momento e os projetando para o futuro.

---

17 Por exemplo, caso haja alteração constitucional para impor aumento da idade mínima para concessão de aposentadoria voluntária, todos os servidores públicos – independentemente de terem efetivada a alteração de regime previdenciário, estarão submetidos à nova ordem.

Por fim, não fosse tudo isso suficiente para evidenciar a impossibilidade das alterações das regras previstas no art. 3º da Lei nº 12.618/2012, e culminante os argumentos expostos até agora, não há como deixar de salientar os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção à confiança.

Atualmente, estes três princípios (ou subprincípios) jurídicos, derivados do próprio Estado de Direito<sup>18</sup>, estão diretamente associados à missão de assegurar às pessoas a tranquilidade necessária para conduzir a vida sem surpresas extraordinárias (além daquelas inerentes à própria vida moderna).

Alguns doutrinadores não enxergam diferenças substanciais entre eles, porém, a maioria da doutrina aponta a existência de traços distintivos, os quais foram bem sintetizados por Francisco Falconi<sup>19</sup>, *in verbis*:

a) Princípio da boa-fé: impõe ao Poder Público os deveres de agir com certa previsibilidade e de respeitar às situações constituídas pelas normas por ele editadas e reconhecidas, de modo a trazer estabilidade e coerência em seu comportamento.

---

18 O douto professor português J. J. Canotilho ensina que: “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção de confiança – andam estritamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança um sub-princípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção de confiança exigem, no fundo: 1) confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; 2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida e segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção de segurança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial.

[...]

O indivíduo tem o direito de poder confiar aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: 1) relativamente a actos normativos – proibição de direitos ou interesses juridicamente protegidos; 2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; 3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.)

19 FALCONI, Francisco. In: *Princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção à confiança*. Blog Opus Iuris. <https://franciscofalconi.wordpress.com/2011/01/23/principios-da-seguranca-juridica-boa-fe-e-protacao-a-confianca/>

Embora tenha se desenvolvido no âmbito das relações de Direito Privado, é plenamente aplicável na seara das relações administrativas. Em seu sentido geral, a boa-fé impõe às pessoas, em suas relações, o dever de agir com lealdade, transparência e coerência, observando a palavra empenhada. Assim, tanto no âmbito das relações privadas como nas relações jurídicas com o Estado, incide um dos mais importantes deveres decorrentes da boa-fé: o ‘venire contra factum proprium’, que é a vedação do comportamento contraditório. Assim, não pode uma pessoa, durante certo período de tempo, gerar expectativas na outra e, subitamente, agir de forma oposta, criando uma contradição.

b) Princípio da segurança jurídica: está intimamente ligado à certeza do Direito, possuindo uma dimensão objetiva e uma dimensão subjetiva.

O aspecto objetivo da segurança jurídica relaciona-se com a estabilidade das relações jurídicas, por meio da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Na maior parte dos países democráticos, a proteção a essas situações jurídicas é meramente legal, no Brasil, cuida-se de matéria estritamente constitucional, dotada de fundamentalidade formal e material.

O aspecto subjetivo da segurança jurídica é o princípio da proteção à confiança. Segundo Maria Sylvania, “a proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros.” Na prática, esse princípio assegura às pessoas o direito de usufruir benefícios patrimoniais, mesmo quando derivado de atos ilegais ou leis inconstitucionais, exatamente em virtude da consolidação de expectativas derivadas do decurso do tempo.

Modernamente, o princípio da proteção à confiança é compreendido como uma norma autônoma em relação à segurança jurídica. Assim, a segurança jurídica tende a se restringir ao campo objetivo do respeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, ao passo que a proteção à confiança relaciona-se com componentes de ordem subjetiva e pessoal dos administrados.

Percebe-se, pois, que estes subprincípios estão diretamente relacionados ao tema ora analisado e visam garantir segurança e estabilidade

às relações jurídicas, especialmente àquelas enlaçadas com a Administração Pública, que tem o dever de sempre preservar a boa-fé, a confiança que o Estado deve propiciar nas pessoas e a perenidade das expectativas geradas.

Assim, trazendo ao caso em análise, parece óbvio que o servidor público, ao exercer sua opção constitucional, o faz motivado pelo conjunto de regras estabelecido pela Lei nº 12.618/2012, na expectativa da boa-fé da Administração Pública e na certeza que as condições lá estabelecidas se estenderão ao longo do tempo. Quaisquer alterações nestas balizas interfeririam diretamente na formação da convicção e, conseqüentemente, na manifestação da vontade.

*Ou seja, o próprio caráter irrevogável e irretratável, exigido por lei para os servidores públicos, acaba gerando, para a Administração Pública, o mesmo efeito – de imutabilidade.*

Impende destacar que o Supremo Tribunal Federal<sup>20</sup> e o Superior Tribunal de Justiça<sup>21</sup> já se posicionaram diversas vezes no sentido de preservar a relação de boa-fé e de confiança a partir das justas e consolidadas expectativas geradas pela Administração Pública.

Ante todos estes argumentos, ao que me parece, não é permitida, dentro do Estado Democrático de Direito, alteração legislativa que modifique as regras e as condições estabelecidas na Lei nº 12.618/12, as quais fundamentaram a decisão de exercício da opção constitucional prevista no art. 40, §16, que se tornou irretratável e irrevogável por força de lei.

### 1.3 DO CÁLCULO DO BENEFÍCIO ESPECIAL

Feitas estas considerações, e partindo-se das premissas anteriormente fixadas (natureza jurídica compensatória e imutabilidade das regras estabelecidas no momento da migração de regime previdenciário), resta analisar exatamente as regras fixadas para o cálculo do Benefício Especial, especialmente as previstas nos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 3º, da Lei nº 12.618/12.

O art. 3º da Lei nº 12.618/2012 estabeleceu as regras sobre o Benefício Especial. Destrinchando o transcrito artigo legal, verifica-se que o *caput* determina a aplicação máxima do teto dos benefícios do Regime Geral

20 MS 27.083/DF; AgR em MS 27006/DF, ambos da Relatoria do Min. Celso de Mello.

21 REsp nº 658.130/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 28.09.2006; ROMS nº 6.183/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 18.12.1995.

de Previdência Social às aposentadoria e pensões a serem concedidas aos servidores públicos que tiverem ingressado no serviço público: (i) a partir da vigência do regime de previdência complementar – ou seja, a partir de 04.02.2013<sup>22</sup>; (ii) até a instituição do regime de previdência complementar, permanecendo sem quebra de vínculo, e exercerem a opção prevista no art. 40, § 16, da Constituição Federal.

Nesta hipótese, como já comentado, a lei (art. 3º, §1º) assegurou o direito ao benefício especial “*calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da Constituição Federal*”, observadas as regras propostas e o direito à compensação financeira entre os regimes prevista no § 9º do art. 201 da CF/88.

O § 2º estabelece que o Benefício Especial equivale à:

*Diferença entre a média aritmética simples das maiores remunerações anteriores à data de mudança do regime, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo, 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, e o limite máximo a que se refere o caput deste artigo, na forma regulamentada pelo Poder Executivo, multiplicada pelo fator de conversão.*

Traduzindo-se em fórmula matemática, tem-se:

$$BE = [(MEDIAS80\% (RPPS - U, E, DF e M) - RGPS (teto)) \times FC] \therefore FC = Tc/Tt \leq 1$$

Esta equação representa o complexo de regras e direitos relacionados ao cálculo do Benefício Especial que é cristalizado e transferido ao patrimônio jurídico do servidor público no momento em que exerce a opção constitucional prevista no art. 40, §16, da Constituição Federal.

Portanto, este conjunto de regras e valores – inclusive no que pertine ao teto do Regime Geral de Previdência Social – deverá ser preservado

<sup>22</sup> Para os servidores do Executivo, a vigência do regime se deu a partir da publicação da Portaria PREVIC nº 44, em 04.02.2013. Para os servidores do Poder Legislativo, teve início em 07.05.2013 (Portaria PREVIC 239, em 07.05.2013), enquanto para os servidores do Poder Judiciário, a publicação da Portaria PREVIC se deu 14.10.2013.

durante o período compreendido entre a data que realizou a alteração de regime previdenciário e o efetivo pagamento do benefício.

Neste tópico, é de se destacar que, ainda que se ventile possibilidade de redução do teto do RGPS – o que, a meu ver, encontraria forte barreira constitucional – tal redução não poderia resultar em prejuízo ao servidor público, devendo o Benefício Especial levar em consideração este novo “teto” para fins do cálculo da diferença prevista no §2º do art. 3º da Lei nº 12.618/2012.

A dúvida que surge se refere ao conceito legal estabelecido para o “Tc” como:

Quantidade de contribuições mensais efetuadas para o regime de previdência da União de que trata o *art. 40 da Constituição Federal*, efetivamente pagas pelo servidor titular de cargo efetivo da União ou por membro do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público da União até a data da opção.

Numa primeira leitura, pode-se concluir que, para o cálculo do fator “Tc”, apenas se levaria em consideração as contribuições vertidas pelo servidor público ao RPPS da União, desprezando-se, assim, eventuais contribuições vertidas para os demais regimes próprios (Estados, Distrito Federal e Municípios).

Certamente, há quem defenda a legalidade desta conclusão, porém, não me parece acertada quando o compêndio normativo e constitucional é compreendido sistematicamente.

O §1º assegura o pagamento de benefício especial, calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da CF, observado o direito à compensação financeira de que trata o §9º do art. 201 da Carta Constitucional.

Depreende-se, pois, que a União, ao pagar o benefício especial de servidor público que contribuiu para regimes próprios distintos, se valerá da previsão constitucional e normativa para realizar as compensações necessárias, a fim de que não tenha prejuízo em detrimento de vantagem indevida de outro regime.

Pois bem. Diante disso, não parece razoável presumir que, apesar de se valer da correspondente compensação financeira, o tempo de contribuição será considerado apenas em relação ao período em que contribuiu para o RPPS da União.

Ocorreria então fenômeno inverso, onde a União, após realizada a devida compensação financeira sobre as contribuições recolhidas para outro regime próprio, desembolsaria o benefício compensatório referente apenas ao período em que o servidor público se manteve vinculado ao seu regime, diminuindo significativamente o valor do benefício especial, o que geraria um prejuízo ao servidor e uma vantagem indevida para si.

Ademais, o art. 22 da Lei nº 12.618/2012 previu, expressamente, esta contagem de tempo de contribuição para os regimes próprios dos Estados, Distrito Federal e Municípios para as hipóteses de servidores públicos que ingressarem no serviço público federal após a vigência do regime de previdência complementar, oriundos de entes que ainda não o tivesse instituído. Confira-se:

Art. 22. Aplica-se o benefício especial de que tratam os §§ 1o a 8o do art. 3o ao servidor público titular de cargo efetivo da União, inclusive ao membro do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, oriundo, sem quebra de continuidade, de cargo público estatutário de outro ente da federação que não tenha instituído o respectivo regime de previdência complementar e que ingresse em cargo público efetivo federal a partir da instituição do regime de previdência complementar de que trata esta Lei, considerando-se, para esse fim, o tempo de contribuição estadual, distrital ou municipal, assegurada a compensação financeira de que trata o § 9o do art. 201 da Constituição Federal.

O texto legal é claro e incisivo em garantir o direito ao recebimento do benefício especial àqueles servidores públicos federais que ingressarem em cargo efetivo da União após a vigência do RPC, oriundos de entes federativos que não o tenha estabelecido, considerando o tempo de contribuição estadual, distrital ou municipal, *assegurada a compensação financeira prevista no art. 201, §9º, da CF*.

Parece óbvio que, ao determinar a consideração de tempo de contribuição para os regimes próprios de outros entes federativos, a própria lei diz que o “Tc” não é obrigatoriamente referente às contribuições vertidas ao RPPS da União, mas na verdade, para os fins deste artigo, o “Tc” significará a quantidade de contribuições mensais efetuadas aos regimes de previdência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ou seja, a própria lei admite um conceito ampliado do fator.

Decerto, diante da previsão legal e do direito assegurado à compensação constitucional, não há como desconsiderar o período de

contribuição dos servidores públicos da União que anteriormente foram vertidas aos regimes próprios de Estados, Distrito Federal e Municípios, sob clara afronta ao princípio constitucional da isonomia.

Pensar diferente seria criar uma categoria de servidores públicos que, sem nenhuma razão admissível, teria contribuído sobre valores superiores ao teto máximo do RGPS, mas que, caso efetivem a opção constitucional de migração de regime previdenciário, não receberia a compensação por estes valores.

Ter-se-ia, assim, três “categorias de servidores públicos” elegíveis ao recebimento do Benefício Especial: a) os que sempre contribuíram para o RPPS da União; b) os que contribuíram para os RPPS de outros entes federativos, mas ingressaram no serviço público federal após a vigência do PRC; e c) os que contribuíram para os RPPS de outros entes federativos, mas ingressaram no RPPS da União antes da vigência do RPC.

Os dois primeiros teriam direito ao benefício especial considerando integralmente o tempo e os valores de contribuição, enquanto a última “categoria” apenas teria direito a considerar integralmente os valores das contribuições vertidas, porém, o tempo de contribuição seria apenas em relação ao período vinculado ao RPPS da União.

Parece óbvia que tal interpretação encontra forte restrição no próprio texto constitucional, na medida em que diferencia uma categoria de servidores, sem qualquer justificativa e sem prejuízos à Administração Pública (que exercerá a compensação financeira), diante do desprezo legal às contribuições efetivamente recolhidas aos demais regimes próprios.

Mais, geraria enriquecimento indevido da União quando o Benefício Especial foi criado justamente para evitar tal ilícito.

Portanto, a interpretação literal do conceito de “Tc” seria inconstitucional por afrontar diretamente os princípios da isonomia e da vedação do enriquecimento ilícito da Administração Pública, devendo-se considerar no “Tc” a quantidade de contribuições vertidas para os regimes próprios dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nada obstante, esta não é a única dúvida que cerca o famigerado “Tc”. Como visto, o seu conceito se refere à “*quantidade de contribuições mensais...*”, o que aparentemente não induz a qualquer dúvida.

Aparências enganam.

Surgem dúvidas se, no conceito de “contribuições mensais”, se inserem às contribuições vertidas sobre a gratificação natalina, que, na Administração Pública Federal, costuma ser paga nas competências de junho e novembro, com tais valores sendo acrescentados nas respectivas folhas mensais de pagamento.

Ou seja, efetivamente, os servidores públicos realizam 12 (doze) contribuições mensais referentes financeiramente à 13 (treze) remunerações. E por que estas informações influenciariam no cálculo do Benefício Especial?

*Como visto, o Fator de Conversão (FC) corresponde à divisão do “Tc” sobre o “Tt”, estando limitado a 1 (um) – art. 3º, §3º, da Lei nº 12.618/12.*

Porém, o legislador optou por definir expressamente estes fatores, deixando entender que o “Tc” se referiria ao tempo de contribuição já realizado, enquanto o “Tt” indicaria o tempo de contribuição necessário, no total, para a concessão de aposentadoria voluntária.

Isto porque, ao definir o “Tt” em números, indicando que seria 455, se homem, 390, se mulher ou professor de educação infantil e do ensino fundamental, e 325, se mulher e professora de ensino infantil e do ensino fundamental, a lei, sem falar, fez entender que estes seriam os tempos necessários que a própria Constituição Federal estabelece para a concessão de aposentadoria voluntária, observadas as especificidades de cada categoria.

Assim, o art. 40, III, da CF, estabelece, como tempo de contribuição necessário para a concessão de aposentadoria voluntária, 35 (trinta e cinco) anos, para homem, e 30 (trinta) anos, para a mulher; valores que, multiplicados por 13 (treze) competências (incluindo a gratificação natalina), alcançam as somas de 455 e 390, respectivamente.

Decerto, a lei quando estabeleceu os valores do “Tt”, considerou a gratificação natalina como contribuição mensal independente das demais, de forma que, somando todas, seria o equivalente aos valores lá estabelecidos.

Outrossim, a previsão contida no *caput* do §3º do art. 3º da Lei nº 12.618/2012, deixa claro que “O fator de conversão de que trata o §2º deste artigo, cujo resultado é limitado ao máximo de 1 (um), será calculado mediante a aplicação da seguinte fórmula”.

A fórmula indicada é a já comentada  $FC = Tc/Tt$ .

Ora, se fosse intencional a não inclusão das contribuições sobre as gratificações natalinas no rol de “contribuições mensais”, a afirmação de que o resultado da fórmula é limitado a 1 (um) seria totalmente inócua, na medida em que no item “Tc” apenas se considerariam 12 contribuições, de maneira que o resultado sempre seria inferior a 1.

Somando-se 12 contribuições mensais por 35 anos, ter-se-ia o valor equivalente a 420, sendo, portanto, o resultado daquela fórmula necessariamente inferior a 1 (um), já que  $420/455$  (se homem) seria igual a aproximadamente 0,92, por exemplo. O resultado seria igualmente inferior a 1 (um) nos cálculos das demais categorias estabelecidas na constituição.<sup>23</sup>

Ou seja, caso se admita outra interpretação, seria imposta a necessidade de maior período de contribuição para o servidor público alcançar, no cálculo do fator, o resultado 1 (um), o que encontraria impedimento na previsão contida no art. 40, §19, da Constituição Federal.<sup>24</sup>

Logo, a preocupação do legislador, a meu ver, em explicitar o limite de 01 (um) é no sentido de informar que, para o cálculo, apenas se levará em consideração a quantidade de contribuições suficientes para adquirir o direito à aposentadoria e, assim, as contribuições mensais para tanto, incluindo-se os incidentes sobre a gratificação natalina.

Por isso mesmo, seria possível um servidor público que já obteve o direito à concessão de aposentadoria voluntária, nos termos do art. 40, §1º, III, da CF, requerer a migração do regime previdenciário, porém não seria considerado, para fins do cálculo do Benefício Especial, o período em que permaneceu recebendo o abono (permanência) previsto no art. 40, §19, da CF.

Destarte, a gratificação natalina deverá ser contabilizada como contribuição mensal independente, de forma que, no momento do cálculo, cada ano trabalhado e contribuído equivalerá à 13 (treze) contribuições mensais.

---

23 No caso do servidor homem, necessitaria contribuir por 37 anos e 11 meses, ao invés de 35; se mulher, necessitaria contribuir por 32,5 anos, ao invés de 30; e, se servidor professor de educação infantil e do ensino fundamental, seria necessário contribuir por 27 anos e 1 mês, ao invés de 25, para se alcançar o resultado do fator igual a 1 (um).

24 O art. 40, §19, da CF, reconhece o direito ao recebimento de abono no valor equivalente à contribuição previdenciária ao servidor público que completar as exigências para aposentadoria e optar por permanecer em atividade – o chamado “abono de permanência”. Desta forma, durante este período o servidor não está efetivamente contribuindo para o regime previdenciário na medida que recebe o abono no mesmo valor.

## 2 CONCLUSÃO

Com o presente estudo, demonstrou-se que o chamado Benefício Especial, previsto no art. 3º da Lei nº 12.618/2012, corresponde a uma compensação pelas contribuições vertidas ao Regime Próprio de Previdência Social pelo servidor público, no período anterior a alteração do regime previdenciário (opção prevista no art. 40, §16, da CF), em função de contribuições realizadas sob uma base de contribuição superior à proteção que será efetivamente disponibilizada quando da ocorrência das necessidades sociais tuteladas.

Neste sentido, o Benefício Especial não tem natureza previdenciária e, portanto, não pode ser comparado às aposentadorias e pensões do regime próprio, de forma que não deverá haver incidência de contribuição previdenciária.

Em relação à possibilidade de eventuais alterações futuras nas regras e fórmula de cálculo do Benefício, demonstrou-se que não é permitida, dentro do Estado Democrático de Direito, alteração legislativa que venha a modificar as regras e as condições estabelecidas na Lei nº 12.618/12, as quais fundamentaram a decisão de exercício da opção constitucional prevista no art. 40, §16, que se tornou irretroatável e irrevogável, nos exatos termos da transação nominal firmada por cada servidor público, por força de lei.

Ou seja, o conjunto de regras e valores que rege o Benefício Especial – inclusive no que pertine ao teto do Regime Geral de Previdência Social – deverá ser preservado durante o período compreendido entre a data que realizou a alteração de regime previdenciário e o efetivo pagamento do benefício previdenciário, devendo o cálculo ser efetuado sob estas regras no momento do recebimento da aposentadoria ou pensão pelo RPPS da União.

Observou-se, ainda, a aceitação da opção prevista pela Constituição Federal e pela Lei nº 12.618/2012, consubstanciada no termo formal de migração, tem nítido caráter contratual (*sui generis*) entre o servidor público e o Estado (Administração Pública), abarcando todos os requisitos legais para a caracterização de contrato administrativo em sentido amplo.

É desse caráter negocial, contratual, que se extraem as obrigações e os direitos sinalagmáticos oriundos da alteração de regime previdenciário, através da efetivação da opção constitucional (art. 40, § 16). *De um lado, a redução do valor máximo para aposentadoria e pensão; de outro, a necessidade de pagamento compensatório pelos valores vertidos a maior.*

Assim, o instrumento utilizado para efetivar a faculdade constitucional, consubstanciado em um termo, se reveste dos efeitos de ato jurídico perfeito, na medida em que, realizada a opção, a mesma se torna irretratável e irrevogável por força de lei.

Portanto, ao homologar a opção constitucional, são transferidos ao patrimônio jurídico do servidor público os direitos e as obrigações previstos em lei, sob os quais se fundou a decisão pessoal de alteração de regime previdenciário, incluídas, por óbvio, as regras de cálculo estabelecidas no art. 3º, da Lei nº 12.618/2012, constituindo-se em verdadeiro direito adquirido, firmados sob os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da preservação da confiança.

No que concerne ao cálculo do Benefício Especial, destacou-se que, diante da previsão legal e do direito assegurado à compensação constitucional, não há como desconsiderar o período de contribuição dos servidores públicos da União que anteriormente foram vertidas aos regimes próprios de Estados, Distrito Federal e Municípios, sob clara afronta ao princípio constitucional da isonomia.

Do contrário, estar-se-ia constituindo três “categorias de servidores públicos” elegíveis ao recebimento do Benefício Especial: a) os que sempre contribuíram para o RPPS da União; b) os que contribuíram para os RPPS de outros entes federativos, mas ingressaram no serviço público federal após a vigência do PRC; e c) os que contribuíram para os RPPS de outros entes federativos, mas ingressaram no RPPS da União antes da vigência do RPC.

As duas primeiras teriam direito ao benefício especial considerando integralmente o tempo e os valores de contribuição, enquanto a última “categoria” apenas teria direito a considerar integralmente os valores das contribuições vertidas, porém, o tempo de contribuição seria apenas em relação ao período vinculado ao RPPS da União.

Portanto, a interpretação literal do conceito de “Tc” seria inconstitucional por afrontar diretamente os princípios da isonomia e da vedação do enriquecimento ilícito da Administração Pública, devendo-se considerar no “Tc” a quantidade de contribuições vertidas para os regimes próprios dos Estados, Distrito Federal e Municípios em todas as hipóteses.

Ademais, a gratificação natalina deverá ser contabilizada como contribuição mensal independente, de forma que, no momento do cálculo, cada ano trabalhado e contribuído equivalerá à 13 (treze) contribuições mensais.

**REFERÊNCIAS**

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 301.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 36.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Volume I*: parte geral. 6. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Cláusulas pétreas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). *Tomos*: 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/21/edicao-1/clausulas-petreas>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FALCONI, Francisco. In Princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção à confiança. Blog *Opus Iuris*. Disponível em: <https://franciscofalconi.wordpress.com/2011/01/23/principios-da-seguranca-juridica-boa-fe-e-protacao-a-confianca/>.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 35/36.

REIS, Adacir. Curso Básico de Previdência Complementar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pags. 70/71

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=892694&filename=PRL+2+CTASP+%3D%3E+PL+1992/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892694&filename=PRL+2+CTASP+%3D%3E+PL+1992/2007)

[www.previc.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/guias-de-melhores-praticas/melhores-praticas-em-licenciamento.pdf/view](http://www.previc.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/guias-de-melhores-praticas/melhores-praticas-em-licenciamento.pdf/view).

Fundos de Pensão: coletânea de normas. Brasília: MPS, SPPC, 2012.