
REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – ASPECTOS CONSTITUCIONAIS CONTROVERSOS

*PENSION SCHEME OF THE FEDERAL PUBLIC SERVER -
CONSTITUTIONAL CONTROVERSIAL ISSUES*

*Adriano Cardoso Henrique
Procurador Federal*

*Especialista em Processo Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL
Coordenador-Geral de Estudos e Normas da Procuradoria Federal junto a Previc*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves notas acerca do regime constitucional de Previdência Complementar; 2 Das linhas gerais do Regime de Previdência Complementar do Servidor Público; 3 Da natureza pública da entidade fechada de Previdência Complementar - FUNPRESP; 4 Do Plano de Benefícios na modalidade de contribuição definida; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo possui por objetivo abordar dois aspectos constitucionais do novel regime de previdência complementar do servidor público federal e verificar a ocorrência de eventuais controvérsias jurídicas decorrentes da implantação do novo regime. Deste modo o presente texto introduzirá, ainda que de forma sucinta, os principais aspectos constitucionais do regime de previdência complementar previsto no art. 202 da Constituição Federal e seus reflexos jurídicos. Feita a abordagem geral, será examinada a natureza pública da EFPC-Funpresp e sua adequação ao caráter jurídico privado das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Na sequência, discutir-se-á a modelagem do plano de benefícios administrado pela entidade fechada de previdência complementar – Funpresp, principalmente no tocante ao regulamento do plano de benefícios ofertado e sua eventual ilegalidade em face da Lei nº 12.618 de 30 de abril de 2012.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência Complementar. Servidor Público. Aspectos Constitucionais. Natureza Jurídica da EFPC. Modelagem do Plano de Benefícios Ofertado.

ABSTRACT: This article has aimed to address two aspects of the novel constitutional scheme pension of federal public servants and verify the occurrence of any legal disputes arising implementation of the new regime. Thus this text will introduce, albeit briefly, the main aspects of the constitutional scheme pension provided for in art. 202 of the Federal Constitution and its legal consequences. After the general approach, it will be examined the public nature of CPF-Funpresp and its suitability for private legal character of Closed Pension Funds. Following discuss will be the modeling of the benefit plan administered by a closed pension – Funpresp, particularly with regard to the regulation of benefit plans offered and may be unlawful in light of Law No. 12,618 of April 30, 2012.

KEYWORDS: Pension. Public Servant. Constitutional Aspects. Legal Nature of CVET. Modeling the Benefits Plan Offered.

INTRODUÇÃO

O presente texto aborda alguns aspectos jurídicos do novel regime de previdência complementar do servidor público federal com foco específico no arcabouço constitucional, em especial na modalidade do plano de benefícios¹ determinado pela Carta Magna, bem como a natureza pública da entidade fechada de previdência complementar que irá administrar e executar o plano de benefícios do servidor público que aderir ao novo regime jurídico.

O regime de previdência complementar possui assento constitucional no artigo 202² da Carta Magna. No dispositivo constitucional há princípios e diretrizes estruturantes do regime que é operado por entidades de previdência abertas e fechadas. No artigo em tela, trataremos especificamente do segmento das entidades fechadas, ao qual se vincula o regime de previdência complementar dos servidores públicos federais.

1 “Plano de benefícios, em linhas gerais, consiste no rol de benefícios previdenciários ofertados ao participante, permeado por direitos e obrigações das partes envolvidas, materializadas no regulamento de tais planos”. ROCHA, Leonardo Vasconcelos (Coord.). *O Patrocínio Público na Previdência Complementar Fechada*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p.28.

2 Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Em face do advento da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998³, possibilitou-se a implantação do regime de previdência complementar para servidores titulares de cargo efetivo dos quatro entes federativos, com algumas nuances próprias decorrentes das regras e princípios de direito administrativo que regem a relação laboral do servidor público. Destarte, ao arcabouço constitucional da previdência complementar já previsto no art. 202, agregam-se os dispositivos que tratam especificamente da aplicação deste regime previdenciário aos servidores públicos.

Deve, portanto, o novo cenário constitucional da previdência complementar para o servidor público ser avaliado e analisado sob a ótica da teoria da unidade da constituição, buscando uma leitura uniforme e uníssona com os preceitos constitucionais que o antecederam.

Em decorrência da necessidade da leitura acima indicada, certos aspectos da relação previdenciária complementar do novel regime para o servidor deve ser objeto de uma análise mais detida.

Assim, como primeiro ponto, abordar-se-á a inusitada natureza pública da entidade de direito privado que administrará e executará o plano de benefícios ofertados àqueles servidores optantes pelo regime de previdência.

Num segundo momento, avaliar-se-á a questão do plano de benefícios ofertado ao servidor público que se torna participante⁴, o qual a Constituição Federal determinou a adoção da modalidade de Contribuição Definida para tais planos. Neste ponto, além das razões

3 Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

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

§ 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).

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).

4 "Participante é a pessoa física ou jurídica que adere a um plano de previdenciário privado, por meio de contrato de adesão, devendo se submeter ao regulamento específico do plano. É o equivalente ao segurado da Previdência Social". WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos. *Previdência Privada – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 90.

que levam a adoção de tal modalidade, mais importante dar-se-á na verificação da correta adequação da lei e do próprio regulamento do plano de benefícios ao comando constitucional.

1 BREVES NOTAS ACERCA DO REGIME CONSTITUCIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

O regime de previdência complementar veio a obter disciplinamento constitucional analítico tão somente com o advento da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que modificou o regime de previdência complementar.

Anteriormente a previdência privada possuía esteio constitucional tão somente em alguns esparsos dispositivos constitucionais. Conforme apontamentos de Daniel Pulino⁵, a própria posição topográfica do dispositivo constitucional indicava previdência privada como integrante do sistema financeiro nacional, o que por vezes poderia dar azo a um disciplinamento legal oposto à configuração jurídica atual. De sorte que o constituinte derivado corrigiu o equívoco, a meu ver, quanto à natureza ontológica da previdência privada, realocando-a devidamente no Título da Ordem Social e no capítulo concernente à Seguridade Social. Tal mudança abranda o caráter privatístico e contratual da previdência complementar, indicando claramente seu viés social, todavia, sem descuidar da natureza privada do regime e sua subsunção a aspectos regulatórios.

Assim, com o advento da art. 202 da Constituição Federal, as características do regime foram claramente delimitados no plano constitucional: complementariedade, autonomia em relação ao regime geral de previdência social, facultatividade, contratualidade e regulação por lei complementar.

A primeira característica, complementariedade, diz respeito à própria essência do regime previdenciário privado que vem a assegurar, de forma securitária, as necessidades ou riscos sociais não albergados pelo regime geral de previdência - RGPS. Deste modo, aqueles que possuam níveis salariais ou remuneratórios que excedam o teto máximo de benefícios que o RGPS, podem buscar na previdência complementar uma maior cobertura social para os eventos programados ou de riscos. Nos dizeres de Juliano Sarmento Barra⁶:

A Previdência Privada nasce com o escopo de atender àqueles trabalhadores que, com seus esforços, conseguiriam se situar acima

5 PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011. p.100.

6 BARRA, Juliano Sarmento. *Fundos de Pensão Instituídos na Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 2008. p. 100-101.

das faixas mínimas de proteção social, requerendo uma segunda cobertura social, a qual, ainda que de caráter privado, é balizada pelos limites regulatórios e fiscalizadores do Estado.

Quanto à autonomia entre o regime complementar e os regimes oficiais de previdência (RGPS e RPPS), este princípio indica desnecessidade de vinculação entre os regimes previdenciários, principalmente no que concerne ao custeio e a concessão dos benefícios. Nas lições de Luís Carlos Cazetta⁷:

A autonomia do regime de previdência privada compreende não só a segregação das suas relações jurídicas e patrimoniais das que são atinentes ao regime geral de previdência, como também daquelas que decorrem dos contratos de trabalho: o regime previdenciário complementar não guarda relação de dependência com o regime geral de previdência social (inclusive, em regra, quanto à atribuição e gozo de benefícios), assim como não se subordina ou se vincula às regras que disciplinam o contrato de trabalho mantido entre o empregado (participante) e o empregador (patrocinador), cuja disciplina jurídica não altera em qualquer aspecto.

Destarte, conforme apontado acima, e trazendo para a realidade da relação laboral/estatutária do servidor público, a autonomia do regime complementar não se altera por força das normas de direito público aplicáveis ao servidor. Todavia, digno de nota se faz a previsão legal do art. 12 da Lei 12.618⁸, de 30 de maio de 2013, que vincula a concessão de benefícios não programados (aposentadoria por invalidez, pensão

7 CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência Privada – O regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 27-28.

8 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.

§ 3º Os benefícios não programados serão definidos nos regulamentos dos planos, observado o seguinte:

I - devem ser assegurados, pelo menos, os benefícios decorrentes dos eventos invalidez e morte e, se for o caso, a cobertura de outros riscos atuariais; e

II - terão custeio específico para sua cobertura.

§ 4º Na gestão dos benefícios de que trata o § 3º deste artigo, as entidades fechadas de previdência complementar referidas no art. 4º desta Lei poderão contratá-los externamente ou administrá-los em seus próprios planos de benefícios.

§ 5º A concessão dos benefícios de que trata o § 3º aos participantes ou assistidos pela entidade fechada de previdência social é condicionada à concessão do benefício pelo regime próprio de previdência social.

por morte, etc.) no regime de previdência complementar à concessão de iguais benefícios no regime próprio de previdência do servidor público. De imediato a leitura açodada do dispositivo pode levar a conclusão da inexistência ou mitigação da autonomia entre os regimes previdenciários complementar e próprio. Entretanto, tal regra se faz necessária em virtude do componente atuarial de tais benefícios, que indicam a necessidade de sincronia quando da concessão destes benefícios em particular. Ademais, tal previsão legal repete a já existente determinação do art. 3º da Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001⁹.

No que diz respeito à facultatividade do regime previdenciário complementar esta decorre diretamente da própria natureza supletiva do regime, bem como da natureza privada/contratual do regime complementar, ao contrário dos regimes oficiais (RGPS e RPPS) cuja vinculação é obrigatória por lei. Desta forma, aquele que deseja ingressar no RPC o fará com a plena autonomia de decidir sua vinculação, não havendo qualquer obrigatoriedade legal.

Assim, a adequada natureza contratual da previdência complementar, que a seguir será explicitado, por si só contribui para a facultatividade do regime. Daniel Pulino¹⁰ assim explica tal característica:

O princípio da facultatividade (ou voluntariedade, espontaneidade) é expressão, no regime de previdência privada, da livre iniciativa que fundamenta o campo das atividades econômicas, particularmente num de seus desdobramentos, que é a liberdade das pessoas para contratar ou não, ou seja, para vincularem-se, livremente e por contrato, com outrem.

Cuida-se de característica oposta ao caráter obrigatório, imperioso, dos regimes básicos de proteção previdenciária (RGPS ou qualquer RPPS), relativamente ao trabalhador, em nosso sistema previdenciário, considerado em sua totalidade.

9 Art. 3º Observado o disposto no artigo anterior, os planos de benefícios das entidades de que trata esta Lei Complementar atenderão às seguintes regras:

I – carência mínima de sessenta contribuições mensais a plano de benefícios e cessação do vínculo com o patrocinador, para se tornar elegível a um benefício de prestação que seja programada e continuada; e

II – concessão de benefício pelo regime de previdência ao qual o participante esteja filiado por intermédio de seu patrocinador, quando se tratar de plano na modalidade benefício definido, instituído depois da publicação desta Lei Complementar.

10 PULINO, op. cit., p.261.

A contratualidade é característica constitucional expressa do regime de previdência complementar e faz par com a facultatividade anteriormente delimitada. A opção do constituinte de deixar explícita tal natureza induz necessariamente que o contrato, com muito mais razão em decorrência de sua inserção na ordem social, observe e aplique indiscriminadamente o princípio da função social do contrato¹¹.

Destarte, as entidades fechadas de previdência complementar tem no contrato previdenciário o principal instrumento para viabilização de seu maior objetivo: a instituição e execução de planos de benefícios de caráter previdenciário. A previsão de natureza contratual da relação previdenciária privada albergada pela Constituição Federal já estava sedimentada na doutrina especializada. Neste diapasão Manoel S. Soares Póvoa¹² conceitua o contrato previdenciário privado:

Contrato previdenciário é ato jurídico bilateral pelo qual uma pessoa – o participante, querendo garantir-se e aos seus contra as consequências da materialização de certos riscos sociais, acorda com pessoa legalmente autorizada a efetuar, no domínio privado, a compensação desses riscos – a entidade, mediante o pagamento (único ou continuado) de uma importância – a contribuição, recebe por ele ou pelas pessoas que designou como beneficiário a respectiva compensação ou reparação, na forma de benefícios pecuniários ou de serviços previdenciários. [...] A bilateralidade tem sido objeto de especulação intelectual, pois se afirma que, como em muitos casos, se só o sujeito ativo tem sempre obrigações, o contrato não é bilateral. Em nosso entender, a bilateralidade é *sui generis* e está em harmonia com a qualidade *sui generis* dele; se o fundamento da instituição seguradora é a compensação dos riscos a que um conjunto de pessoas está sujeito, compensação essa que é feita por uma organização específica, com personalidade jurídica, chamada entidade, a obrigação desta, não tem qualquer equivalência com a obrigação do sujeito ativo. Ambos os sujeitos têm direitos e obrigações, só que o direito do sujeito ativo, só

11 "Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas. [...] Combinado aos demais princípios [...], o princípio da função social importa redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto à liberdade contratual." NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.208.

12 PÓVOA, Manoel S. Soares. *Previdência Privada – Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*. FUNENSEG, 1985. p.203-4.

se objetiva com a materialização do risco, ou mais explicitamente no caso do contrato previdenciário, com a verificação do evento que, nos termos contratuais, dá ao sujeito ativo o direito de receber o benefício, e ao sujeito passivo a obrigação de o proporcionar.

Por fim, como característica derradeira trazida pelo texto constitucional temos a necessária regulação¹³ deste regime pelos parâmetros e determinações contidas nas duas leis complementares específicas, as quais a própria emenda constitucional nº 20, de 1998, determinou a edição das mesmas¹⁴.

Desta forma, temos na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, o arcabouço jurídico geral do regime de previdência complementar, operado tanto por entidades abertas, como por entidades fechadas de previdência. O referido diploma legal traz ainda os princípios aplicáveis ao regime, estrutura de governança, formas de intervenção do órgão fiscalizador, processo administrativo sancionador dentre outros temas estruturantes do regime.

No que diz respeito à outra Lei Complementar de nº 108¹⁵, de mesma data, aqui nós temos um diploma voltado especificamente para as nuances próprias da relação jurídica do Estado, por meio dos entes que compõem a administração direta e indireta, enquanto patrocinadores de planos de benefícios administrados por entidades fechadas de previdência complementar. Grande parte das disposições desta lei se aplica ao novo regime previdenciário do servidor público, sendo certo que, por força constitucional, o novel regime possui nas leis complementares as balizas legais de observância obrigatória.

Ademais, repisando novamente a característica privada e contratual do regime de previdência complementar, não se pode olvidar de todo a cenário de normas de regulação expedidas pelo órgão regulador¹⁶ do regime aplicável às entidades fechadas.

13 Digno de nota se faz destacar que a regulação a que faz alusão o texto constitucional não se confunde com o poder normativo do Poder Executivo em editar diplomas normativos por agências reguladoras e de observância obrigatória por determinado setor regulado.

14 Art. 7º - Os projetos das leis complementares previstas no art. 202 da Constituição Federal deverão ser apresentados ao Congresso Nacional no prazo máximo de noventa dias após a publicação desta Emenda.

15 Art. 1o A relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar, e suas respectivas entidades fechadas, a que se referem os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal, será disciplinada pelo disposto nesta Lei Complementar.

16 Art. 13. O Conselho de Gestão da Previdência Complementar, órgão da estrutura básica do Ministério da Previdência Social, passa a denominar-se Conselho Nacional de Previdência Complementar, que exercerá a função de órgão regulador do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar. (Lei Nº 12.154, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2009).

Além das características insculpidas no caput do art. 202 da Carta Magna, outros princípios como a transparência nas informações e a paridade contributiva no patrocínio público são temas importantíssimos, todavia, foge ao escopo do presente trabalho uma abordagem específica dos mesmos.

2 DAS LINHAS GERAIS DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDOR PÚBLICO

Feitos os apontamentos iniciais no tocante ao regime de previdência privada estabelecido no art. 202 da Constituição Federal, passa-se a tratar especificamente do regime aplicável ao servidor público e inaugurado com o advento da lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012.

Inicialmente, há que se destacar que o regime de previdência complementar para o servidor público federal deve necessariamente observar os parâmetros e diretrizes legais estatuídos nas duas leis complementares que regulam o regime. Desta maneira, acaso haja qualquer antinomia entre a lei ordinária e a lei complementar esta deve se sobrepor, seja em razão do princípio da hierarquia, seja em face da especialidade conforme ensina a hermenêutica jurídica.

Importante ressaltar que a adoção do regime complementar acarreta dupla vinculação previdenciária, pois aos servidores que ingressarem após a instituição deste, ou fazerem a opção pelo regime no casos dos servidores antigos, a concessão de benefícios até o limite máximo dos benefícios concedidos pelo RGPS fica a cargo do regime próprio, e além deste teto, o novel RPC passa a realizar cobertura previdenciária destes servidores.

Pois bem, o primeiro destaque para os contornos deste diploma legal diz respeito ao objetivo da instituição do regime para o servidor, que difere das necessidades que justificaram a previdência complementar para os demais trabalhadores do setor privado. Na origem¹⁷, a previdência privada resultava da busca pela complementação da renda e cobertura de riscos não contemplados no regime geral, sendo este o motivo ensejador para criação da previdência privada. No caso do regime aplicável aos servidores públicos federais a busca pelo equacionamento do déficit

17 “No Brasil, a instituição do sistema legal baseado na Lei 6.435 de 15 de julho de 1977 correspondeu, em primeiro lugar, a uma necessidade disciplinadora, pois a liberdade com que se atuava neste domínio, sobretudo por parte de alguns responsáveis pelas sociedades mútuas abertas, ameaçava acabar, como de resto vinha acontecendo, com as expectativas dos respectivos associados, e, em segundo lugar, a uma necessidade estrutural, na medida em que o desinteresse por parte das seguradoras pelo seguro de vida individual, deixava abandonado um vasto campo, que só um novo quadro de operadoras, tinha possibilidade de ocupar, em termos efetivos e produtivos, isto é, com real interesse para todos os envolvidos no processo previdenciário privado.” PÓVOA, op. cit. p.34.

da previdência própria dos servidores ensejou a criação do regime. A própria leitura do dispositivo constitucional deixa claro que a instituição do regime, com plano de benefícios na modalidade contribuição definida, possibilitava aos entes federativos adotar o limite máximo para os benefícios concedidos pelo regime geral de previdência.

Buscando albergar a situação de eventuais servidores públicos que queiram aderir ao novo regime foi criado o instituto do benefício especial¹⁸. Tal benefício nada mais é que proporcionalização do benefício programado principal (aposentadoria) baseado nas contribuições vertidas anteriormente ao regime próprio, até a efetiva adesão deste servidor ao novo regime previdenciário voluntário. Assim, o servidor receberá do RPPS: um benefício limitado ao teto do RGPS e o benefício especial referente às contribuições efetuadas por este e pela União até a data citada.

O diploma legal também determinou a criação de três entidades fechadas¹⁹, uma para cada Poder da República, ou seja, uma entidade para os servidores do Executivo, outra para o Legislativo e uma terceira para o Judiciário. No projeto original havia a previsão de somente uma EFPC, tendo em vista o ganho de escala e a diminuição de custos decorrente da centralização em uma única EFPC.

A natureza jurídica das entidades também inovou o ordenamento jurídico, e como veremos a frente, acarretou um hibridismo jurídico

18 Art. 3º Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei no 10.887, de 18 de junho de 2004, aos servidores e membros referidos no caput do art. 1º desta Lei que tiverem ingressado no serviço público:

[...]

§ 1º É assegurado aos servidores e membros referidos no inciso II do caput deste artigo o direito a um 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, observada a sistemática estabelecida nos §§ 2º a 3º deste artigo e o direito à compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição Federal, nos termos da lei.

19 Art. 4º É a União autorizada a criar, observado o disposto no art. 26 e no art. 31, as seguintes entidades fechadas de previdência complementar, com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário nos termos das Leis Complementares nos 108 e 109, de 29 de maio de 2001:

I - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Executivo, por meio de ato do Presidente da República;

II - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas da União e para os membros deste Tribunal, por meio de ato conjunto dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; e

III - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo e para os membros do Poder Judiciário, por meio de ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

justificado, segundo os debates anteriores à aprovação da lei, como necessário para colmatação de interesses públicos e o viés privatístico característicos do Fundos de Pensão.

Também no que concerne ao plano de benefícios, um dos objetos centrais do presente estudo, houve inovações técnicas ao criar o Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários (FCBE). Tal artifício contábil permite o pagamento de benefícios de forma diferenciada a determinadas classes de participantes (mulheres, professores, policiais e etc), inserindo desta forma, como também veremos a frente, um mutualismo²⁰ característico de planos classificados como de contribuição variável.

3 DA NATUREZA PÚBLICA DA ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - FUNPRESP

Um dos pontos mais controvertidos que o novo regime de previdência complementar, diz respeito à natureza jurídica das EFPC – Funpresp Executivo, Legislativo e Judiciário.

A controvérsia foi gerada em decorrência da atribuição de natureza pública determinada pela Constituição, em contraponto com a natureza privada que ostentam todas as entidades fechadas de previdência complementar, inclusive aquelas com patrocínio público e regidas pela LC nº 108/2001.

Desta maneira, necessário demonstrar o panorama histórico das entidades fechadas desde o advento da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977 até a lei que instituiu a Funpresp. Assim já preconizava a antiga lei orgânica da previdência privada:

Art. 1º Entidades de previdência privada, para os efeitos da presente Lei, são as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.

[...]

Art. 5º As entidades de previdência privada serão organizadas como:

²⁰ “O mutualismo objetiva, também, a compensação dos efeitos do acaso sobre o patrimônio das pessoas, só que considera essa compensação dentro de um critério de interesses recíprocos, com força suficiente para levar essas pessoas a estabelecerem, entre elas, um pacto, em que se obrigam a indenizar aquela ou aquelas atingidas pela materialização dos riscos nele considerados, tomando cada um, portanto, ao mesmo tempo, a posição de segurador e a de segurado.” PÓVOA. op. cit. p. 314.

I - sociedades anônimas, quando tiverem fins lucrativos;

II - sociedades civis ou fundações, quando sem fins lucrativos. (Destaquei)

Pois bem, as entidades de previdência complementar, sejam fechadas ou abertas, sempre ostentaram a natureza jurídica privada enquanto pessoas jurídicas que desenvolvem como atividade principal a administração de planos de benefícios. Desta maneira, a revogada Lei nº 6.435/77 apenas distinguia as modalidades de entidades no aspecto da busca de lucro, sendo as fechadas organizadas nas formas de sociedades civis ou fundações.

Tal cenário jurídico perdurou durante quase 25 anos até o advento das Leis Complementares nº 108 e 109 de 2001, que passaram a reger o regime de previdência complementar. A responsável pelas linhas gerais do regime, LC nº 109/2001, assim definiu as entidades fechadas:

Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e

II - aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

§ 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos. (Destaquei)

Verifica-se que a atual legislação manteve a modalidade jurídica de fundação ou sociedade civil para as entidades fechadas.

Como já dito acima, a Emenda Constitucional nº 20/1998 determinou no texto do § 15 do art. 40 que as entidades fechadas terão “natureza pública”. Portanto, coube ao diploma legal de criação da Funpresp a especificação da característica singular destas novas entidades.

Antes de adentrar especificamente na lei do Funpresp, torna-se indispensável analisar o projeto de lei que originou o diploma no ponto específico da natureza pública destas EFPCS. O Projeto de Lei nº 1.992 de 2007, em sua redação original, assim dispunha:

Art. 8º A natureza pública das entidades fechadas a que se refere o § 15 do art. 40 da Constituição consistirá na:

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

II - realização de concurso público para a contratação de pessoal;

III - publicação anual, na imprensa oficial ou em sítio oficial da administração pública certificado digitalmente por autoridade para esse fim credenciada no âmbito da Infra- Estrutura 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 do plano de benefícios e ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, na forma das Leis Complementares nos 108 e 109, de 2001.

Após todos os debates travados quando da tramitação do projeto de lei acima, o texto legal adotou a seguinte redação:

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.

Comparando os dois textos, tanto da propositura inicial quanto da redação legislativa final, verificamos que não houve alterações substanciais nos incisos que caracterizam a natureza pública das entidades. Entretanto, a redação final foi mais incisiva quanto a imperatividade de submissão da EFPC às outras normas de direito público decorrentes de sua instituição como fundação de direito privado. Desta forma além de verificarmos pontualmente cada característica trazida pelos incisos do dispositivo legal, imperativo ainda delimitar quais seriam eventualmente as demais normas que se aplicam em virtude da Funpresp ser uma fundação de direito privado integrante da administração indireta da União.

As fundações de direito privado instituídas pelo poder público são objeto de regulamentação pelo Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com redação dada pela Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987:

II - o art. 5º fica acrescido de um inciso e um parágrafo, a serem numerados, respectivamente, como inciso IV e § 3º, na forma abaixo:

Art. 5º

.....

IV -Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

.....

§ 3º As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.

Comentando o conceito legal acima, José dos Santos Carvalho Filho²¹ tece esclarecimentos acerca do dispositivo normativo:

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 2012. p.518.

Não parece haver dúvida de que o legislador tinha em mente a já consolidada ideia relativa às fundações instituídas pelo Poder Público, como pessoas jurídicas de direito privado, dotada de muitos pontos de assemelhação com as fundações criadas pela iniciativa privada, inclusive quanto à aquisição da personalidade jurídica através do registro do ato constitutivo. Desse modo, é indiscutível que as entidades introduzidas na Administração Indireta se caracterizam como fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado e com sua configuração estrutural básica regulada pelo Direito Civil.

A Constituição de 1988 por várias vezes se referiu às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, mas em nenhum momento tratou de sua personalidade jurídica. Sendo assim, tem-se que as fundações públicas de direito privado, previstas no Decreto-lei nº 200/1967, não guardam qualquer incompatibilidade com as regras constitucionais, o que permite inferir que a regra que as definiu tem inteira eficácia.

Afiliando-me à corrente doutrinária²² acima, parece-me então não remanescer dúvidas quanto à possibilidade de uma fundação pública ostentar a condição de pessoa jurídica de direito privado.

Apesar de posicionamentos defendendo a necessidade de a “natureza pública “da Funpresp ser traduzida no formato de autarquia, entendo que a construção legal introduzindo a EFPC como fundação pública de direito privado e submetidas a rigorosas regras de direito público atende ao comando constitucional. Não se pode olvidar que os dispositivos constitucionais referentes ao RPC do servidor público deve necessariamente serem lidos numa leitura sistêmica com as disposições

²² Em sentido contrário: “*em rigor as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias às quais foi dado a designação correspondente à base estrutural que têm. É que, como se sabe, as pessoas jurídicas sejam elas de direito público, sejam de direito privado, são classificáveis em dois tipos, no que concerne ao “substrato básico” sobre que assentam: pessoas de base corporativa [corporações, associações, sociedades] e pessoas de base fundacional [fundações]. Enquanto as primeiras tomam como substrato uma associação de pessoas, o substrato das segundas é, como habitualmente se diz, um patrimônio personalizado ou, como mais corretamente dever-se-ia dizer, a personalização de uma finalidade.*” [Prossegue] ...” a Constituição referiu-se às Fundações Públicas em paralelismo com as Autarquias, portanto, como se fossem realidades distintas porque, simplesmente existem estes nomes diversos, utilizados no direito brasileiro para nominar pessoas estatais. Seus objetivos foram pragmáticos. Colhê-las seguramente nas dições a elas reportadas, prevenindo que, em razão de discussões doutrinárias e interpretações divergentes pudessem ficar à margem dos dispositivos que as pretendiam alcançar.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: RT, 1995. p. 226.

constitucionais do art. 202 da Constituição Federal e demais dispositivos das leis complementares nº 108 e 109 de 2001.

Desta forma, a adoção do modelo autárquico para Funpresp, como defendem alguns, acarretaria distorção no próprio modelo de fiscalização das entidades fechadas. Assim determina a LC nº 109/2001:

Art. 72. Compete privativamente ao órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas zelar pelas sociedades civis e fundações, como definido no art. 31 desta Lei Complementar, não se aplicando a estas o disposto nos arts. 26 e 30 do Código Civil e 1.200 a 1.204 do Código de Processo Civil e demais disposições em contrário.

Como claramente se observa na norma, a tutela das EFPC instituídas como fundações ou sociedades civis compete, atualmente, tendo em vista a cisão entre regulação e fiscalização, ao órgão fiscalizador - Previc. Acaso se outorgasse a roupagem jurídica de fundação de direito público (fundação autárquica) ou autarquia propriamente dita, tal EFPC afrontaria o comando da norma legal complementar, bem como, traria distorções jurídicas à sua submissão ao poder regulatório do Conselho nacional de Previdência Complementar – CNPC. O tema foi objeto de análise jurídica judiciosa por parte de Daniel Pulino²³, que dessa maneira dissertou:

Finalmente, ainda quanto às hipóteses de patrocínio governamental, cumpre ao menos registrar – [...] – que mesmo nos casos em que o patrocinador seja a própria Administração direta, autárquica ou fundacional, estabelecendo plano de benefícios da chamada previdência complementar do servidor público – leia-se: servidores públicos titulares de cargos efetivos ou os chamados membros de Poder -, prevista particularmente nos §§ 14 a 16, do art. 40 da Constituição, entendemos que, em que pese à referência feita pontualmente no art. 40, § 15 (com a redação imposta pela Emenda Constitucional n. 41, de 2003), a entidades fechadas “de natureza pública”, tais entidades haverão de apresentar personalidade jurídica de direito privado, submetendo-se, inclusive, essencialmente ao regime jurídico privado (não se podendo, portanto, apreender em sentido técnico-jurídico a citada expressão “natureza pública”) imposto pelo art. 202 da Constituição e disciplinado pelas Leis Complementares ns. 108 e 109, de 2001, como, em geral, ocorre com as demais entidades fechadas já existentes e que se acham sob a

²³ PULINO, op. cit. p.226.

disciplina da Lei Complementar n. 108, 2001, ainda que uma ou outra diferença de regime possa vir a ser estabelecida para a disciplina dessas entidades (p. ex., a exacerbação das regras de transparência e a incidência de alguns princípios do art. 37 da Constituição, como os da publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência).

Desta feita, entendo que, neste ponto, em que pese argumentos contrários, não há nenhum vício de inconstitucionalidade ou antinomias com o regime jurídico das entidades fechadas ao atribuir-se natureza jurídica de direito privado à Funpresp, ressalvadas, notadamente, os requisitos que a caracterizam como de “natureza pública”.

4 DO PLANO DE BENEFÍCIOS NA MODALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO DEFINIDA

A reforma constitucional da previdência, no aspecto de criação do regime de previdência complementar para os servidores públicos, teve como objetivo principal, anteriormente já mencionado, a contenção do déficit das contas públicas com pagamento de benefícios previdenciários aos trabalhadores do setor público²⁴. Tanto assim se comprova que a própria redação do § 14 inicia o comando constitucional impondo como condição para estabelecimento do teto previdenciário do regime geral aos benefícios previdenciários concedidos aos servidores públicos, que seja instituído o regime complementar de previdência para tais trabalhadores públicos.

Porém, não bastava tão somente a limitação ao teto do RGPS. Conforme veremos adiante, há modalidades de planos de benefícios que podem gerar déficits previdenciários, surgindo assim a responsabilidade pelo equacionamento destes tanto por patrocinadores quanto por participantes e assistidos. Destarte, necessário seria que a própria Constituição determinasse especificamente a adoção da modalidade de contribuição definida para os planos de benefícios a serem ofertados aos integrantes do novo regime, afastando assim a responsabilidade do patrocinador (entes públicos).

A Constituição Federal assim determina a adoção da modalidade do plano de benefícios:

²⁴ 2. O objetivo básico do Projeto de Lei é implementar o regime de previdência complementar para o servidor público federal, dando sequência à reforma da previdência iniciada com a aprovação da Emenda Constitucional n° 41, de 19 de dezembro de 2003, viabilizando a recomposição do equilíbrio da previdência pública e garantindo sua solvência no longo prazo, isto é, a existência dos recursos necessários ao pagamento dos benefícios pactuados. (Exposição de Motivos - EMI n° 00097/2007/MP/MPS/MF).

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 20, de 15/12/98)

§ 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 n° 41, 19.12.2003) (Destaquei)

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 20, de 15/12/98)

No art. 202, também da Carta Magna, não há menção às modalidades de planos de benefícios que possam ser adotados. Somente na Lei complementar n° 109, de 2001, coube determinar expressamente quais as modelagens destes planos e a expressa necessidade de normatização destes pelo órgão regulador, senão vejamos:

Art. 6º As entidades de previdência complementar somente poderão instituir e operar planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo as normas aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador, conforme disposto nesta Lei Complementar.

Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas *modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável*, bem como outras formas de planos de

benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar.

A princípio, o diploma legal complementar definiu três modalidades de planos de benefícios: benefício definido, contribuição definida e contribuição variável. De forma salutar ainda fez constar cláusula legal aberta no sentido de possibilitar a normatização de outras modelagens que venham a surgir, permitindo desta maneira a evolução constante do regime previdenciário.

Atendendo ao comando legal acima transcrito, o então órgão regulador editou a Resolução CGPC nº 16, de 22 de novembro de 2005, definindo normativamente cada modalidade:

Art. 1º As entidades fechadas de previdência complementar deverão observar, na identificação da modalidade dos planos de benefícios de caráter previdenciário que administram e executam, o disposto na presente Resolução.

Art. 2º Entende-se por plano de benefício de caráter previdenciário na *modalidade de benefício definido* aquele cujos benefícios programados têm seu valor ou nível previamente estabelecidos, sendo o *custeio determinado atuarialmente*, de forma a assegurar sua concessão e manutenção.

Parágrafo único: Não será considerado para fins da classificação de que trata o caput o benefício adicional ou acréscimo do valor de benefício decorrente de contribuições eventuais ou facultativas.

Art. 3º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na *modalidade de contribuição definida* aquele cujos benefícios programados têm seu valor permanentemente *ajustado ao saldo de conta mantido em favor do participante*, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos.

Art. 4º Entende-se por plano de benefícios de caráter previdenciário na *modalidade de contribuição variável* aquele cujos benefícios programados apresentem a *conjugação das características* das modalidades de contribuição definida e benefício definido. (Destaquei)

Conforme se percebe acima, a resolução é direta e clara ao apontar quais as características principais que definem a modalidade do plano de benefícios adotado. Deste modo, podemos de forma introdutória indicar que a modalidade de benefício definido (BD) possui aspectos atuariais inerentes à composição do custeio do plano e definição do valor do benefício previdenciário a ser concedido. Para melhor fixação colaciona-se as seguintes definições doutrinárias:

BD é a modalidade de plano em que o benefício complementar é estabelecido no momento da adesão do participante ao plano com base em valores pré-fixados ou em fórmulas de cálculo previstos em regulamento. Para proporcionar o benefício acordado o plano recolhe contribuições, determinadas atuarialmente, que podem variar no curso do tempo.²⁵

Como a própria denominação sugere, os planos de benefício definido (ou “planos BD”, como costumam ser chamados) são aqueles em que se conhecem previamente os valores dos benefícios futuros de aposentadoria. As contribuições dos participantes e das pessoas jurídicas são capitalizadas em padrões pré-fixados, de forma a alcançar os benefícios futuros.

Porém, eventualmente, as metas fixadas para capitalização dos recursos do participante podem não ser alcançadas, o que acaba gerando descompasso financeiro para o plano estruturado nesta modalidade. Nestes casos, o plano poderá apresentar déficit que, em médio prazo, pode comprometer os benefícios assegurados aos participantes.”²⁶

Na modalidade de contribuição definida (planos CD) não há vetores atuariais determinantes, tendo em vista que o valor do benefício reflete diretamente os valores constantes no saldo de conta individualizado de cada participante. Desta maneira, o participante contribui para a formação de uma reserva, que irá variar de acordo com a rentabilidade dos investimentos efetuados, para ao final do período contributivo e início do período de percepção do benefício previdenciário, este se reverta

²⁵ CONDE, Newton Cezar; ERNANDES, Ivan Sant’Ana. *Atuária para Não atuários*. São Paulo, ICSS-SINDAPP, 2007. p. 34.

²⁶ BALERA, Wagner (Coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada – LC 109/2001*. SÃO PAULO: Quartier Latin, 2005. p. 69.

em prestações periódicas conforme estipulado no regulamento do plano. Nas lições de Newton C. Conde²⁷:

É a modalidade de plano em que o benefício complementar é estabelecido no momento da sua concessão, com base no montante das contribuições previamente fixadas e vertidas ao plano durante a fase contributiva.

Ilustrativo o posicionamento doutrinário²⁸ acerca da diferença entre os planos CD e BD:

Tais planos diferem dos anteriormente descritos (planos BD), em razão de o participante não conhecer, previamente, a renda a ser paga a título de aposentadoria, no futuro. O que há, nestes planos, é uma expectativa de renda, que será determinada apenas quando alcançado o período de gozo do benefício, ou seja, a base de cálculo do valor do benefício de aposentadoria programável corresponderá à totalidade das contribuições vertidas para o plano de benefícios.

Nos planos CD, em geral, a reserva é individualizada por participante, de forma que as provisões técnicas de um não impliquem diminuição ou majoração das provisões técnicas mantidas para outro participante do mesmo plano.

Por fim, encerrando a tríade das modalidades de planos, regulados até o momento, aplicáveis ao regime de previdência complementar, temos os chamados plano de contribuição variável ou plano misto.²⁹ Nesta modalidade há um sincretismo ou hibridismo dos modelos anteriores, gerando assim uma combinação de características de um ou outro modelo. Felinto Sernache³⁰ assim define a modalidade de contribuição variável:

Os planos de contribuição variável conjugam as características encontradas nos planos de contribuição definida e benefício definido.

²⁷ CONDE, op. cit. p. 34.

²⁸ BALERA, op. cit. p.78.

²⁹ CONDE, op. cit.

³⁰ COELHO FILHO, Felinto Sernache. Planos de Benefícios: Características, Equilíbrio e Custeio. In: *Seminário – A Previdência Complementar Fechada no Brasil: perspectivas e aspectos legais*. Colégio Permanente de Presidentes de tribunais de Justiça do Brasil. Foz do Iguaçu, 2010. p.36.

Em geral, são planos com característica de contribuição definida durante a fase de atividade do participante, mas que se convertem em benefício definido quando este se aposenta, pois oferecem rendas vitalícias como uma das formas de pagamento de benefícios previstas no regulamento.

Neste sentido, os planos CV respeitam o princípio do mutualismo somente a partir da data de aposentadoria, caso o participante tenha optado por receber benefício mensal de renda vitalícia.

Pois bem, feitos os apontamentos doutrinários, necessários para o correto entendimento de cada modalidade de plano, passa-se a verificar na lei de criação da Funpresp e respectivo regulamento a adequação da modalidade do plano à determinação constitucional. Antes porém, vale ressaltar que tomar-se-á como objeto de análise o regulamento do plano de benefícios do Funpresp-EXE. Assim determina a Lei nº 12.618/2012:

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.

§ 3º Os benefícios não programados serão definidos nos regulamentos dos planos, observado o seguinte:

I - devem ser assegurados, pelo menos, os benefícios decorrentes dos eventos invalidez e morte e, se for o caso, a cobertura de outros riscos atuariais; e

II - terão custeio específico para sua cobertura.

§ 4º Na gestão dos benefícios de que trata o § 3º deste artigo, as entidades fechadas de previdência complementar referidas no art. 4º desta Lei poderão contratá-los externamente ou administrá-los em seus próprios planos de benefícios.

§ 5º A concessão dos benefícios de que trata o § 3º aos participantes ou assistidos pela entidade fechada de previdência social é condicionada à concessão do benefício pelo regime próprio de previdência social.

Art. 13. Os requisitos para aquisição, manutenção e perda da qualidade de participante, assim como os requisitos de elegibilidade e a forma de concessão, cálculo e pagamento dos benefícios, deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, observadas as disposições das *Leis Complementares nºs 108 e 109, de 29 de maio de 2001*, e a regulamentação do órgão regulador das entidades fechadas de previdência complementar.

Da leitura do dispositivo legal acima, constata-se que, no plano formal, a lei seguiu a determinação constitucional. Todavia, no campo do regulamento do plano de benefícios, contrato previdenciário por excelência, a criação de fundos mutualistas e a previsão de pagamento de benefício de renda vitalícia, distorceu a modelagem do plano de benefícios de contribuição definida, tornando-o plano de benefícios na modelagem de contribuição variável. Vejamos as principais cláusulas do regulamento que sustentam a tese ora esposada:

Art. 1º. O presente Regulamento tem por finalidade dispor sobre o plano de benefícios previdenciários denominado Plano Executivo Federal, doravante designado Plano, estruturado na modalidade de contribuição definida, destinado aos servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Executivo Federal e seus respectivos beneficiários.

[...]

Art. 2º. Para os fins deste Regulamento, as expressões, palavras, abreviações ou siglas a seguir indicadas deverão ser grafadas com a primeira letra maiúscula e correspondem aos seguintes significados:

[...]

XIII - CONTRIBUIÇÃO DEFINIDA: Modalidade deste plano de benefícios, em que os benefícios programados têm seu valor permanentemente ajustado ao saldo de conta mantido em favor do Participante, inclusive na fase de percepção de benefícios, considerando o resultado líquido de sua aplicação, os valores aportados e os benefícios pagos.

[...]

Art. 18. As contribuições destinadas ao custeio dos benefícios do Plano serão convertidas em cotas e segregadas nas seguintes reservas, contas e fundos:

[...]

VIII - Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários – FCBE, *de natureza coletiva*, a ser contabilizado no âmbito das Provisões Matemáticas de Benefícios a Conceder e das Provisões Matemáticas de Benefícios Concedidos, conforme o caso, correspondente aos compromissos do Plano relativos ao:

[...]

Art. 20. O Plano oferecerá aos seus Participantes e Beneficiários os seguintes Benefícios, observadas as condições estabelecidas neste Regulamento:

I - Aposentadoria Normal;

II - Aposentadoria por Invalidez;

III - Pensão por Morte do Participante Ativo Normal e do Participante

Autopatrocinado;

IV - Pensão por Morte do Participante Assistido;

V - *Benefício por Sobrevivência do Assistido*;

VI - Benefício Suplementar.

Art. 25. O Benefício por Sobrevivência do Assistido será concedido ao Assistido que sobreviver ao prazo de pagamento da Aposentadoria Normal, da Aposentadoria por Invalidez, da Pensão por Morte do Participante Ativo Normal e do Participante Autopatrocinado ou da Pensão por Morte do Participante Assistido, conforme o caso.

§ 1º O Benefício por Sobrevivência do Assistido corresponderá a uma *renda vitalícia*, baseada em parcela do FCBE, com valor inicial equivalente a 80% (oitenta por cento) da última prestação mensal percebida pelo Assistido relativa à respectiva Aposentadoria Normal, Aposentadoria por Invalidez, Pensão por Morte do Participante Ativo Normal e do Participante Autopatrocinado, ou Pensão por Morte do Participante Assistido, conforme o caso.

Como dito acima, e agora com a previsão contratual demonstrando, podemos perceber que a inserção de renda vitalícia em benefício programado, aliado ao fundo de natureza coletiva, implanta cláusula mutualista típica de planos de contribuição variável. Se não temos o benefício definido, temos todavia um benefício (renda vitalícia) que carece de estudos atuariais complexos para manutenção do custeio deste por período indeterminado, contrariamente ao previsto para os planos de contribuição onde o prazo de recebimento do benefício é plenamente identificado.

Ademais, a inserção da renda vitalícia induz necessariamente que o benefício torna-se definido, pois corresponderá, no caso do benefício por sobrevivência, a 80% (oitenta por cento) do benefício programado de aposentadoria, e ainda por período incerto (característica básica da vitaliciedade).

Neste diapasão, podemos constatar que a modelagem do plano de benefícios da Funpresp utiliza-se de características de plano de contribuição definida na fase cumulativa (porte de contribuições para formação de reserva) e na fase de percepção do benefício temos um plano de benefício definido haja vista a inserção do benefício de renda vitalícia e valor fixo.

A questão fulcral, portanto, que se põe em discussão, e já dito alhures, é que a inserção do mutualismo, utilizando-se de readequações sucessivas do plano de custeio para cobrir eventuais déficits (ausência de cobertura para pagamento de benefícios) que venham a surgir, irá sobrecarregar tão somente os participantes. O patrocinador do plano, União, estará isento de também colaborar de forma extraordinária

(observada, em evidente, a paridade contributiva) com eventuais distorções atuariais decorrentes da concessão de renda vitalícia. Tal modelagem, em face do arranjo técnico-atuarial, transferiu para tão somente os participantes o ônus social de arcar com riscos sociais que deveriam ser compartilhados com o Estado, ou no mínimo, ser alocado em seguradoras que, mediante pagamento de anuidades, poderiam suportar o risco da longevidade dos assistidos.

Logo, ainda que não se possa falar em inconstitucionalidade da Lei do Funpresp, tendo em vista que esta replicou a determinação constitucional da modalidade de contribuição definida, temos, a meu ver uma flagrante ilegalidade do regulamento do Funpresp por afronta à lei e não observância do disposto em resolução do órgão regulador das EFPCs.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como escopo maior possibilitar um debate jurídico acerca de possíveis soluções para as controvérsias, apontadas acima e outras decorrentes, no novel regime de previdência complementar do servidor público.

Todos nós sabemos da importância do equilíbrio fiscal das contas públicas, e a própria ideologia de isonomia dos trabalhadores públicos e privados. Todavia, a criação de um regime previdenciário e sua devida instrumentação jurídica deve necessariamente pautar-se por uma aparato jurídico técnico escorreito, observando estritamente as determinações constitucionais.

As controvérsias neste artigo discutidas devem, portanto, ensejar um debate jurídico que possa apresentar soluções que contemplem as reais necessidades de adequações à realidade jurídica presente, não podendo ser olvidada a missão do Estado quanto à tutela de participantes e assistido do regime previdenciário complementar.

REFERÊNCIAS

- BALERA, Wagner (Coord.). *Comentários à Lei de Previdência Privada – LC 109/2001*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*. São Paulo: RT, 1995.
- BARRA, Juliano Sarmento. *Fundos de Pensão Instituídos na Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência Privada – O regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

COELHO FILHO, Felinto Sernache. Planos de Benefícios: Características, Equilíbrio e Custeio. In: *Seminário – A Previdência Complementar Fechada no Brasil: perspectivas e aspectos legais*. Colégio Permanente de Presidentes de tribunais de Justiça do Brasil. Foz do Iguaçu, 2010.

CONDE, Newton Cezar; ERNANDES, Ivan Sant’Ana. *Atuária para Não atuários*. São Paulo: ICSS-SINDAPP, 2007.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PÓVOA, Manoel S. Soares. *Previdência Privada – Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*. FUNENSEG, 1985.

PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito, 2011.

ROCHA, Leonardo Vasconcelos (Coord.). *O Patrocínio Público na Previdência Complementar Fechada*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos. *Previdência Privada – doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.