

"Repercussão Geral e o Futuro da Previdência Complementar para Servidores Públicos: Uma Análise do Tema 1071 no STF"

Rudi Cassel¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Função das teses de repercussão geral. 3 O Tema 1071. 4 Síntese histórica. 5 Que tiver ingressado no serviço público. 6 Ente federativo diverso. 7 Princípio da isonomia. 8 Julgados sobre a questão do Tema 1071. 9 Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: a partir da demonstração da função da repercussão geral no ordenamento processual brasileiro, percebe-se a relevância da questão discutida no Tema 1071 do Supremo Tribunal Federal, ainda sem julgamento de mérito, o que impactará em todas as esferas da Administração Pública, notadamente quanto aos efeitos da superveniência do regime de previdência complementar para servidores públicos que tiverem ingressado antes de sua instituição. O presente artigo pretende demonstrar, com suporte no § 16 do artigo 40 da Constituição da República de 1988, qual a interpretação mais adequada, desenhada pela legislação, doutrina e outros julgados que discutiram a matéria.

Palavras-chave: servidor público; regime próprio de previdência; regime de previdência complementar; Tema 1071 do STF.

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral a um recurso extraordinário que interessa a servidores e gestores de todas as esferas da Administração Pública. Numerado como Tema 1071, nele se analisa qual o significado de serviço público para a aplicação dos efeitos limitadores da previdência complementar àquele que tiver ingressado antes de sua instituição.

Na questão apresentada, discute-se a possibilidade de se diferenciar entes federativos, ainda que o § 16 do artigo 40 da Constituição da República não tenha feito essa

¹ Advogado, especialista pela pós-graduação *lato sensu* LLM em Processo e Recurso nos Tribunais e mestrando em Constituição e Sociedade pelo IDP-DF.

distinção.

Ao longo do desenvolvimento que integra os próximos capítulos, apresentam-se o contexto que desencadeou o Tema 1071, a importância da tese a ser fixada, bem como o complexo normativo e doutrinário que contornam o tema, a partir de pesquisa legislativa e doutrinária.

Também integram a análise a decisão administrativa do Supremo Tribunal Federal sobre o mesmo tópico, apontada na manifestação que reputou constitucional e reconheceu repercussão geral ao recurso extraordinário, e julgados de primeiro e segundo graus que discutiram a tese.

Ao final, sem a pretensão de esgotar o tema e as múltiplas abordagens possíveis, a conclusão apresenta a proposta de resolução de mérito que parece mais adequada ao caso e à regra constitucional que disciplina a matéria.

2 FUNÇÃO DAS TESES DA REPERCUSSÃO GERAL

O artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil², vincula as decisões de juízes e tribunais aos acórdãos produzidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário, que somente é admitido quando – além de reputada a questão constitucional – há o reconhecimento da repercussão geral³ da matéria, sob a perspectiva econômica, política, social ou jurídica⁴.

Embora seja criticável a subsunção da *ratio decidendi* a uma tese simples, consideradas as complexidades fáticas e jurídicas de cada caso, é evidente a importância que o tema adquire no sistema processual brasileiro (que empresta ao *civil law* procedimentos do

² Código de Processo Civil: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;”

³ Constituição da República de 1988: “Art. 102 [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

⁴ Código de Processo Civil: “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.”

sistema de precedentes do *common law*), por isso “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida”.⁵

Analisada a questão, os efeitos se estendem aos processos em tramitação que versarem sobre questão idêntica. Aos tribunais, por exemplo, impõe-se a negativa de seguimento a recurso excepcional que discuta questão constitucional com recusa preexistente de repercussão geral ou se oponha a “acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral”⁶. Por outro lado, devem encaminhar “o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação”, quando o acórdão recorrido divergir da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal⁷.

Isso não dispensa ao intérprete a demonstração do enquadramento da hipótese em julgamento aos contornos apresentados pela Corte Constitucional, fundamentando adequadamente sua aplicação ao caso concreto. Para tanto, não pode se limitar à invocação da tese, sem a comprovação de que o processo apresenta as mesmas premissas que levaram à conclusão analisada sob a repercussão geral⁸. Tal apresentação – aderência, distinção ou superação -, por se tratar de precedente vinculante e sob pena de nulidade⁹, deve restar evidente na justificação da decisão – sentença ou acórdão – que orientar-se pela tese assentada pelo Supremo Tribunal Federal, consoante o artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do Código de Processo Civil.¹⁰

⁵ Código de Processo Civil: “Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.”

⁶ Código de Processo Civil: “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;”

⁷ Código de Processo Civil: “Art. 1.030. [...] II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;”

⁸ VIANA, Antonio Aurélio de Souza. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁹ Código de Processo Civil: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

¹⁰ Código de Processo Civil: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência

A função substancial dessas formalidades não é a supressão do livre convencimento do juiz, mas atribuir ao ordenamento a unidade e a segurança jurídica que decisões conflitantes não permitem (em temas julgados pelas cortes de vértice), em prejuízo da confiança do jurisdicionado na coerência no sistema de justiça e na previsibilidade do provimento judicial.

É nesse cenário que se insere o Tema 1071.

2 O TEMA 1071

O Tema 1071 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal tem por *leading case* o Recurso Extraordinário nº 1050597. Na origem (processo nº 5001263-63.2016.4.04.7116), o autor propôs ação de procedimento comum - em maio de 2016 - contra o Instituto Federal de Educação Tecnológica do Rio Grande do Sul e a União, distribuída à 1ª Vara Federal de Cruz Alta e convertida em procedimento do Juizado Especial Cível na Seção Judiciária do referido estado.

Em síntese inicial, relatou ter ingressado no serviço público estatutário municipal em 22 de agosto de 2008 e nele permaneceu até 16 de maio de 2013. Em 17 de maio de 2013, tomou posse no cargo efetivo federal, mas foi surpreendido com a limitação da base de cálculo de sua contribuição - do regime próprio de previdência social (RPPS) - ao valor equivalente ao teto de benefício do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

A razão para tanto, segundo se discute no processo, foi a desconsideração do tempo de ente federativo diverso da União para os fins do § 16 do artigo 40 da Constituição da República de 1988, na redação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998. Em outras palavras: a ressalva dirigida aos servidores que tenham ingressado no serviço público antes da instituição do Regime de Previdência Complementar (no caso do Poder Executivo, antes de 4 de fevereiro de 2013) não contempla mudança de ente federativo, a exemplo da migração do município para a União.

Os réus justificaram a exclusão do tempo de serviço público em outro ente

ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

federativo, ainda que sem interrupção, pelo que consta dos artigos 1º, §1º, e 2º, inciso II e parágrafo único, da Orientação Normativa nº 8, de 1º de outubro de 2014, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 2 de outubro de 2014, da Secretária de Gestão Pública (SEGEP) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG)¹¹, assim redigidos:

Art. 1º Ficam estabelecidas orientações aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração federal (SIPEC) quanto ao correto entendimento a ser adotado no que tange ao regime de previdência complementar instituído pela Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, especificamente quanto ao ingresso de servidores públicos oriundos de outros entes da federação e servidores públicos egressos de carreiras militares.

§ 1º Consideram-se servidores egressos de outros entes da federação, para os fins de que trata esta Orientação Normativa, aqueles oriundos de órgãos ou entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios que passaram a ocupar cargo público federal do Poder Executivo federal. [...]

Art. 2º Estão sujeitos ao regime de previdência complementar de que trata a Lei nº 12.618, de 2012, e conseqüentemente, terão suas contribuições previdenciárias submetidas ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social:

I - os servidores públicos federais que ingressaram ou ingressarem em cargo público efetivo no Poder Executivo federal a partir de 4 de fevereiro de 2013;

II - os servidores públicos federais egressos de órgãos ou entidades de quaisquer dos entes da federação mencionados no § 1º art. 1º desta Orientação Normativa que ingressaram ou ingressarem em cargo público efetivo do Poder Executivo federal a partir de 4 de fevereiro de 2013; [...]

Parágrafo único. O disposto nos incisos II e III deste artigo aplica-se inclusive aos servidores que tenham tomado posse e entrado em exercício no respectivo órgão ou entidade federal sem solução de continuidade com o vínculo anterior.

Após os trâmites regulares do feito, os pedidos foram julgados improcedentes em sentença de setembro de 2016. Em recurso inominado, a sentença foi mantida pela 5ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio Grande do Sul, em dezembro do mesmo ano.

Inconformado, o autor interpôs recurso extraordinário, admitido e remetido ao Supremo Tribunal Federal, sendo designado como relator o Ministro Edson Fachin. Em 31 de outubro de 2019 (acórdão publicado em 12 de outubro de 2020), seguido à unanimidade, o relator reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral, sob as

¹¹ A Orientação Normativa SEGEP/MPOG nº 8, de 2014, foi revogada pela Orientação Normativa SEGP/MPOG nº 2, de 13 de abril de 2015, publicada no DOU de 17 de abril de 2015, mas a disciplina quanto ao ponto permaneceu idêntica.

premissas seguintes:

A controvérsia em tela consiste na definição do termo “ingressado no serviço público”, à luz do art. 40, § 16, do Texto Constitucional, para fins de definição do direito de opção do servidor público federal, oriundo de cargo público de outro ente da federação, ao novo regime de previdência complementar ou pela permanência no antigo, visto que não há referência expressa no dispositivo constitucional a qualquer ente federado.

Em outras palavras, trata-se de se definir o alcance da expressão “ingressado no serviço público”, para fins de opção quanto ao regime de previdência a ser adotado, considerando-se ou não o vínculo anterior com o serviço público distrital, estadual ou municipal.

Registre-se que esta Suprema Corte já enfrentou a situação dos autos em sessão administrativa realizada em 29.11.2017, nos autos do Processo Administrativo 353.844, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, ocasião em que se reconheceu a “possibilidade de manutenção do regime previdenciário dos servidores oriundos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, sem interrupção, ingressaram no Supremo Tribunal Federal após a criação da FUNPRESP-JUD”.

Na manifestação que reconheceu a repercussão geral, entre outras abordagens próprias ao caso, o Ministro Edson Fachin faz referência à posição administrativa da Corte, adotada em 2 de novembro de 2017, em sentido contrário ao julgado recorrido, ou seja, considerando o ingresso nos entes federativos diversos como tempo de serviço público para a finalidade do § 16 do artigo 40 da Constituição da República.

Para se compreender esse cenário constitucional, é necessária uma visão breve das alterações da Lei Maior e do seu significado.

4 SÍNTESE HISTÓRICA

O regime próprio de previdência social do servidor público (RPPS), previsto no artigo 40 da Constituição da República de 1988, passou por várias mudanças, desde sua redação original¹². Embora se esteja na versão da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, os aspectos que importam ao conhecimento do plano normativo se mantêm desde 1998.

¹² O regime próprio de previdência do servidor público foi objeto das emendas constitucionais nº: 3, de 1993; 20, de 1998; 41, de 2003; 47, de 2005; 70, de 2012; 88, de 2015; e 103, de 2019.

Com efeito, a possibilidade de instituição de regime de previdência complementar (RPC) aos servidores públicos foi estabelecida pela Emenda Constitucional 20, de 1998, que inseriu os §§ 14 e 15¹³ no artigo 40 da Constituição da República de 1988¹⁴.

Nesse caminho, os servidores que ingressassem no serviço público (em sentido lato) antes da publicação do ato de instituição do RPC, não seriam submetidos à disciplina dos §§ 14 e 15, pois foram imunizados pelo § 16 do artigo 40¹⁵.

Como se constata desse contexto normativo, o limitador de benefício (e consequente base de cálculo da contribuição previdenciária) foi autorizado, desde que em funcionamento o regime suplementar, garantindo-se aos que tivesse ingressado no serviço público a manutenção das regras anteriores, a menos que optassem expressamente pelo novo regime. Essa a razão da ressalva do § 16 à aplicação dos §§ 14 e 15 aos servidores antigos.

A Lei 12.618/2012, que em nenhum dos seus artigos contrariou essa orientação¹⁶, autorizou a criação das fundações de previdência complementar do servidor público federal encarregadas de administrar os planos de previdência complementar dos servidores, denominadas Funpresp-Exe, Funpresp-Leg e Funpresp-Jud (art. 4º). No seu artigo 26¹⁷, estabeleceu o prazo de 240 dias para o início do seu funcionamento, após a publicação da aprovação pelo órgão fiscalizador; no artigo 31¹⁸, determinou que em até 180 dias seriam criadas as fundações.

¹³ O § 15 sofreu alteração com a EC 41/2003.

¹⁴ Constituição da República de 1988: “Art. 40 [...] § 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 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)”

¹⁵ Constituição da República de 1988: “Art. 40 [...] § 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)”

¹⁶ Nesse sentido o parágrafo único do artigo 1º e o artigo 3º inciso II, da Lei 12.618/2012.

¹⁷ Lei 12.618/2012: “Art. 26. A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud deverão entrar em funcionamento em até 240 (duzentos e quarenta) dias após a publicação da autorização de funcionamento concedida pelo órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar.”

¹⁸ Lei 12.618/2012: “Art. 31. A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud deverão ser criadas pela União no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da publicação desta Lei, e iniciar o seu funcionamento nos termos do art. 26.”

Esclarecendo o momento em que a opção do parágrafo único do artigo 1º se tornaria realidade, o artigo 30 da referida lei considerou a data de publicação - pelo órgão fiscalizador - da autorização de aplicação dos regulamentos dos planos de benefícios.

No caso do Poder Executivo, o teto do RGPS passou a ser aplicado a partir de 4 de fevereiro de 2013, data da publicação no Diário Oficial da União da Portaria MPS/PREVIC/DITEC nº 44, de 31 de janeiro de 2013.

O que parecia simples para os servidores que ingressaram antes da publicação mencionada no parágrafo acima, considerando a clareza do § 16 do artigo 40 da Constituição, tornou-se sujeito a interpretações divergentes quanto à amplitude da ressalva aos servidores egressos de entes federativos diversos da União. Disso resulta o Tema 1071, em análise pelo Supremo Tribunal Federal.

5 QUE TIVER INGRESSADO NO SERVIÇO PÚBLICO

Para se compreender o alcance da ressalva do § 16 do artigo 40 da Constituição, é preciso conhecer a sua literalidade, que afirma:

Art. 40. [...]

§ 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.

Nos §§ 14 e 15 do artigo 40, na redação (vigente na época da instituição do regime complementar) da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, consta:

Art. 40. [...]

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam 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.

§ 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.

A regra é clara, não se submete aos efeitos limitadores de contribuição e benefício, equivalente ao teto do RGPS, o servidor “que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”.

A omissão em qualificar onde se deu o ingresso, portanto sem diferenciar entes federativos, não representa lacuna carente de interpretação. Antes, define que essa diferenciação não é possível.

Tanto é verdade que, ao decidir o processo administrativo nº 353.844 em sessão plenária de 29 de setembro de 2017, portanto antes da afetação do Recurso Extraordinário nº 1050597 (Tema 1071), o Supremo Tribunal Federal aplicou a ressalva constitucional para seus servidores egressos dos estados, municípios e do Distrito Federal.

Do voto do relator, extraem-se os seguintes trechos, constantes da ata da referida sessão administrativa:

A redação do caput do art. 40 da Carta Política constitui um norte interpretativo inicial. Um topos dentro do sistema jurídico argumentativo.

Referido dispositivo, ao instituir, para os servidores titulares de cargos efetivos, um regime de previdência de caráter contributivo e solidário mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, o faz, de maneira indistinta, para os integrantes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. E, em nenhum dos vinte e um parágrafos, se indica, de forma veemente, se esses servidores deverão ser tratados diferenciadamente a depender do ente federativo a que se encontrem vinculados.

Pelo contrário. Após indicar, na cabeça do art. 40, que estava a se referir aos servidores da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, o texto constitucional somente volta a se referir aos indivíduos atingidos pela norma como “servidores públicos”, o que permite compreender que em momento algum o legislador pretendeu fazer distinção entre entes da Federação para esse fim. [...]

Como se vê, o termo “serviço público” é empregado, tanto por um como por outro, de forma genérica, donde se tira que, inexistindo restrição clara ou específica exigência de vinculação a determinado ente federativo, o sentido a ser conferido à expressão em comento deverá ser o mais largo possível.

Ante todo o exposto, alinho-me à manifestação lançada nos autos pelo saudoso Ministro Teori Zavascki para assentar que os servidores ocupantes de cargo efetivo egressos de outros entes da Federação – estados, Distrito Federal e municípios – que ingressarem no Supremo Tribunal Federal, sem solução de continuidade, depois de implantado o Funpresp-Jud, cujo marco temporal é a publicação da Portaria PREVIC nº 559 (DOU de 14/10/2013), que regulamenta o Plano de Benefícios do Judiciário da União, do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público, devem ser mantidos no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) sem a limitação ao teto do regime geral, sendo-lhes facultado, entretanto, exercer a opção do art. 40, § 16, da Constituição Federal para aderir ao regime de previdência complementar.

Qualquer dúvida remanescente sobre esse procedimento parece ficcional, porque as regras constantes da esfera infraconstitucional são igualmente evidentes.

De fato, a combinação legislativa sobre os limites temporais não deriva de alternativas sutis à leitura do § 16 do artigo 40 da Lei Maior, que é de redação fácil; se outros passos fossem necessários, combinam o artigo 4º, inciso I, da Lei 10.887/2004¹⁹, com os artigos 1º, § 1º, 3º, inciso II, e 30 da Lei 12.618/2012²⁰.

Os destaques - nas regras acima - esclarecem: o servidor, que tenha ingressado no serviço público antes da instituição do respectivo Regime Complementar, não será submetido ao teto contributivo e de benefício do RGPS (regime do artigo 201 da Constituição).

¹⁹ **Lei 10.887/2004** (alterada pelo artigo 29 da Lei 12.618/2012): **Art. 4º**. A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de **11% (onze por cento)**, incidentes sobre: I - a totalidade da base de contribuição, em se tratando de servidor que tiver ingressado no **serviço público** até a data da publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo e não tiver optado por aderir a ele;”

²⁰ **Lei 12.618/2012**: “Art. 1º. É instituído, nos termos desta Lei, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União. 1º Os servidores e os membros referidos no caput deste artigo que tenham ingressado no **serviço público** até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar poderão, mediante prévia e expressa opção, aderir ao regime de que trata este artigo, observado o disposto no art. 3º desta Lei. (...) 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**: I - a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, independentemente de sua adesão ao plano de benefícios; e II - até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, e nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e que exerçam a opção prevista no § 16 do art. 40 da Constituição Federal. [...] **Art. 30**. Para os fins do exercício do direito de opção de que trata o parágrafo único do art. 1º, considera-se instituído o regime de previdência complementar de que trata esta Lei a partir da data da publicação pelo órgão fiscalizador da autorização de aplicação dos regulamentos dos planos de benefícios de qualquer das entidades de que trata o art. 4º desta Lei.”

É o caso do paradigma do Tema 1071, pois o servidor ingressou no serviço público estatutário municipal em 22 de agosto de 2008 (sem previdência complementar), portanto antes de 4 de fevereiro de 2013, momento vinculativo aos efeitos do regime de previdência complementar (RPC) na esfera federal. No município ele permaneceu até 16 de maio de 2013 e foi empossado em 17 de maio do mesmo ano, sem interrupção do vínculo efetivo, no cargo estatutário do Instituto Federal de Educação Tecnológica do Rio Grande do Sul.

A expressão “correspondente” inserida no § 16 do artigo 40 da Carta Magna apenas confirma a proteção ampla, porque resguardou todos os que entraram para o serviço público quando não havia correspondente Regime de Previdência Complementar. A relação de correspondência não é com a existência ou não da previdência suplementar para o cargo federal, quando da posse neste, mas da existência ou não para o cargo em que “tiver ingressado” (passado); do contrário, a proteção do § 16 restaria esvaziada.

Veja-se que o art. 4º da Lei 10.887, de 2004, em aplicação conjunta com os artigos 1º e 30 da Lei 12.618, de 2012, não deixa dúvida de que o teto do Regime Geral será obrigatoriamente aplicado àqueles que ingressarem no serviço público **após** a data de funcionamento da fundação de previdência.

Em outras palavras: somente os novos servidores públicos, assim como aqueles que manifestem expressamente a adesão ao novo regime, ficam sujeitos a um limite nas suas contribuições sociais para a previdência, podendo, facultativamente, realizar recolhimentos complementares para as entidades fechadas de previdência complementar, cuja criação foi autorizada pela Lei 12.618, de 2012.

É dizer: na submissão do servidor aos efeitos dos §§ 14 e 15 do artigo 40 da Constituição, sem observar o ingresso anterior no serviço público estatutário municipal como cláusula protetora, viola-se diretamente o § 16 do mesmo artigo da Lei Maior.

6 ENTE FEDERATIVO DIVERSO

A Administração Pública, nos termos dos artigos 18 e 37 da Constituição Federal, abrange a Administração Direta e Indireta, que compreende os Poderes da União, Estados,

Distrito Federal e Municípios²¹. A Lei Maior ainda dispõe que é vedado aos entes federativos criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si, de forma que todos devem ser tratados como iguais.²²

Os servidores públicos sujeitos a estatuto próprio são submetidos a algumas regras previstas na Constituição, devendo obedecer, entre outras, às exigências de concurso público para ingresso (37, II) e à proibição de acumular cargos, empregos e funções. Por fim, o artigo 40 da Constituição da República dispôs de Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) para os titulares de cargo efetivo de cada ente federativo. Dessa forma, o tempo estatutário junto aos órgãos de outros entes federativos é formalmente qualificado como serviço público.

Na redação que importa à solução do Tema 1071, o § 9º do artigo 40 (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, vigente até a Emenda Constitucional nº 103, de 2019), afirmava que “o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria”.

Em outro plano, o artigo 103, inciso I, da Lei nº 8.112, de 1990, não deixa dúvida de que o tempo em estados, municípios e Distrito Federal é contabilizado inteiramente “para efeito de aposentadoria e disponibilidade”, ou seja: em matéria previdenciária não há qualquer divergência legislativa, mesmo no plano infraconstitucional, sobre a impossibilidade de exclusão da filiação anterior ao RPPS.

Não se trata de mero cômputo, mas de averbação de tempo de serviço público contínuo para aposentadoria, com base na totalidade da remuneração contributiva. Nesse sentido, afirma Ivan Barbosa Rigolin:

Pelo inc. I, conta-se assim, para disponibilidade e aposentadoria, o tempo de serviço público estadual e distrital. Tal não é mais que mera repetição do § 3º do artigo 40 da Constituição Federal de 1988. Significa que todo e qualquer tempo, sob qualquer regime jurídico, prestado por qualquer atual servidor federal, será necessariamente computado em favor deste para efeito de aposentadoria ou concessão de disponibilidade remunerada, às expensas da

²¹ Constituição da República de 1988: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

²² Constituição da República de 1988: “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”

União. Trata-se de um dispositivo nesses termos incondicionado, e que, portanto, não poderá sofrer restrições do corpo da lei – a L. 8112 – ou de outras leis, e menos ainda em regulamentos.²³

Ao tratar da questão, o Parecer GM nº 13, expedido pela Advocacia-Geral da União e aprovado pelo Presidente da República, com publicação no Diário Oficial da União do dia 13 de dezembro de 2000, por isso vinculante da Administração Pública, fixou que a mudança de cargos, sem perda de vínculo, resguarda os direitos previdenciários dos servidores de quaisquer dos entes federativos. No referido parecer, adotado pelo então Advogado-Geral da União, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, acerca da interpretação do art. 40 da Constituição Federal, restou consignado que:

21. O constituinte utilizou a expressão – servidores públicos – e o termo – servidores – de maneira a abranger o pessoal de quaisquer segmentos da Federação, até porque os tempos de serviço são contados reciprocamente para efeito de aposentadoria (cfr. o § 3º e o § 9º do art. 40 da Carta, nas redações atribuídas pelas Emendas Constitucionais ns. 3/93 e 20/98). É prescindível desenvolver esforços interpretativos com o intuito de demonstrar a juridicidade dessa assertiva, porquanto é de fácil percepção e deveras remansosa.

22. O Art. 3º tem a finalidade de preservar direitos daqueles que, na data da promulgação da Emenda Constitucional n. 20, que integra, detinham a qualidade de servidores públicos, diferenciando-os no respeitante ao pessoal que venha a ingressar no serviço público depois de tal marco, o qual se submete à nova disciplina, de ordem constitucional, menos benéfica que a então vigente.

Vê-se que o Parecer GM nº 13/2000, ao interpretar o art. 3º da Emenda Constitucional nº 20, definiu que a expressão “servidores públicos” englobaria os servidores públicos *lato sensu*, ou seja, abrangeria os servidores públicos de todos os entes da Federação. Assim, pode-se inferir que o termo “serviço público” constante no § 16 do art. 40 da Constituição Federal (redação dada pela mesma emenda) também deve ser interpretado de forma ampla.

Logo, ainda que uma visão sistemática seja desnecessária à resolução da causa veiculada pelo Tema 1071, ela conforta a tese vertida no recurso extraordinário, admitido sob o rito da repercussão geral.

²³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

7 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A igualdade aparece como garantia individual fundamental, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição da República de 1988²⁴. Ainda que sua dimensão se desdobre em interpretações complementares, especialmente quanto ao critério de distinção entre desiguais, há convergência na conclusão de que ao intérprete não é dado instituir *discrimen* quando a lei não o faz²⁵.

Na concepção de Ruy Samuel Espíndola²⁶, os princípios constitucionais “expressam opções políticas fundamentais, configuram eleição de valores éticos e sociais como fundantes de uma ideia de Estado e Sociedade”.

E no enunciado de Robert Alexy²⁷, “se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório”.

Elevada a princípio, a isonomia vincula a exegese das regras constitucionais e se revela à Administração Pública também pelo dever de impessoalidade da gestão, previsto no *caput* do artigo 37 da Carta Política²⁸.

Comentando o princípio da impessoalidade, Celso Antonio Bandeira de Mello²⁹ afirma que:

19. Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. (...) O princípio em causa não é senão o princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição.

Sobre a juridicidade que deve pautar os atos do Poder Público, o Supremo Tribunal

²⁴ Constituição da República de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 2ª ed. São Paulo: RT, 1984, p. 59.

²⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: RT, 1999, p. 75.

²⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 408.

²⁸ Constituição da República de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

²⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 102.

Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/DF, reconheceu a constitucionalidade da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça contra o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, ao argumento do atendimento dos princípios do *caput* do artigo 37, entre eles o da impessoalidade.

Diz a ementa do julgado, nos trechos que interessam ao momento (e refletem a discussão ocorrida no acórdão):

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. [...] A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e atratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo *caput* do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado.³⁰

Sob esse enfoque, a leitura do § 16 do artigo 40 da Constituição, em análise no Tema 1071, evidencia a inexistência da distinção na regra, ainda que em uma leitura superficial. Por isso, o afastamento dos egressos dos estados, Distrito Federal e municípios significa impor

³⁰ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADC nº 12/DF, Ministro Relator Carlos Britto, julgado em 16/02/2006, publicado no DJ de 1º/09/2006, p. 15.

limitação arbitrária não prevista, em desequiparação ilegítima.

8 JULGADOS SOBRE A QUESTÃO DO TEMA 1071

Em paralelo, a questão envolvida no Tema 1071 foi discutida em várias ações judiciais suscitadas pela resistência de vários órgãos da União, para os quais o cargo estatutário de ente federativo diverso não atende a expressão “que tiver ingressado no serviço público” do § 16 do artigo 40 da Constituição, apta a afastar os efeitos automáticos da superveniência do regime de previdência complementar.

Houve o deferimento de tutelas de urgência (Varas Federais do DF e TRF1 em agravos de instrumento) e subsequentes sentenças de procedência, para manter os servidores nessas condições com a garantia de terem ingressado no serviço público antes do correspondente RPC.

A título de exemplo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob a relatoria do Desembargador Federal Néviton Guedes, deferiu o pedido de tutela antecipada recursal no agravo de instrumento nº 0066208-44.2013.4.01.0000, em decisão de 12 de fevereiro de 2014, cujos principais trechos seguem abaixo³¹:

Segundo se extrai da redação do art. 3º da Lei n. 12.618/2012, a aplicação do limitador máximo para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União indica expressamente que ele atinge apenas os servidores que tiverem ingressado no serviço público (sem qualquer referência à esfera de poder), a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, independentemente de sua adesão ao plano de benefícios e até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, e nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e que exerçam a opção prevista no § 16 do art. 40 da Constituição Federal.

Assim postos os fatos, evidencia-se que a lei não fez qualquer distinção a respeito da origem do vínculo com o serviço público para efeito de aplicação de suas disposições legais, não havendo plausibilidade jurídica para a Administração promover essa interpretação restritiva. [...]

³¹ No mesmo sentido, do TRF1, as decisões proferidas no: Agravo de Instrumento nº 0004118-63.2014.4.01.0000/DF, relator convocado Juiz Federal Cleberson José Rocha; Agravo de Instrumento nº 0051276-51.2013.4.01.0000/DF, relator Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam

Em face do exposto, estando presentes os pressupostos autorizadores da medida postulada, defiro, em parte, o pedido de antecipação de tutela, para determinar à União que, provisoriamente, até que seja proferida sentença nos autos principais, ou julgado o presente recurso, proceda aos recolhimentos devidos a título de seguridade social pelos atuais e futuros Procuradores da Fazenda Nacional filiados ao Sindicato agravante, por ele substituídos, que tomaram posse (ou venham) tomar posse após 04 de fevereiro de 2013 na Procuradoria-Geral da Fazenda e que já eram servidores públicos (com vínculo ininterrupto) de outras esferas da Federação, portanto, sem distinção de origem do vínculo anterior (União, Distrito Federal, Estados e Municípios), de acordo com o regime de previdência anterior à edição da Lei 12.618/2012.

Em superveniente sentença no processo 0056428-65.2013.4.01.3400, origem da decisão colacionada, os pedidos foram julgados procedentes para manter os servidores egressos de entes federativos diversos da União na ressalva do § 16 do artigo 40 da Constituição da República.

9 CONCLUSÃO

No sistema de precedentes brasileiro, com suas peculiaridades processuais, o Tema 1071 tem o potencial de resolver questão fundamental que afeta todos os servidores públicos que ingressaram no serviço público antes do correspondente regime de previdência complementar.

Para tanto, considerando a ausência de distinção no § 16 do artigo 40 da Constituição da República, não importa para a interpretação da regra que o servidor tenha ingressado em cargo estatutário dos municípios, estados ou Distrito Federal, para depois ingressar na União.

Logo, os pedidos vertidos no Recurso Extraordinário nº 1050597, em que veiculado o Tema 1071 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, devem ser providos, com a consequente reforma do acórdão recorrido, oriundo de Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para o julgamento de procedência do quanto requerido na petição inicial constante do processo 5001263-63.2016.4.04.7116.

A tese a ser fixada deve refletir, inequivocamente, que não cabe distinguir entre entes federativos para a finalidade do § 16 do artigo 40 da Constituição da República,

importando para tanto a data de ingresso no primeiro cargo estatutário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL, Constituição da República Federativa (1988). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 14 de agosto de 2022.

BRASIL, Lei nº 8.112, de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em 14 de agosto de 2022.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 14 de agosto de 2022.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática de igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1984.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017.

MORAIS, Michel Martins de. **Reforma da previdência: o RPPS da União à luz da EC nº**

103/19: teoria e prática. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

NÓBREGA, Tatiana. Maurício Roberto de Souza. **O regime previdenciário do servidor público.** 2ª ed. São Paulo: Foco, 2022.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial – limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIANA, Antonio Aurélio de Souza. **Precedentes: a mutação do ônus argumentativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Title: *Proposal of merit to Theme 1071 of the Federal Supreme Court*

Abstract: *from the demonstration of the function of the general repercussion in the Brazilian procedural system, the relevance of the issue discussed in the Theme 1071 of the Federal Supreme Court is perceived, still without judgment on the merits, which will impact on all spheres of Public Administration, notably regarding the effects of the supervenience of the supplementary pension scheme for public servants who have joined before its institution. This article intends to demonstrate, based on § 16 of article 40 of the Constitution of the Republic of 1988, which is the most appropriate interpretation, drawn by legislation, doctrine and other judgments that discussed the matter.*

Keywords: *public server; own pension scheme; supplementary pension scheme; Theme 1071 of the STF.*