

CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA “NOTA TÉCNICA” EXARADA EM 14 DE NOVEMBRO DE 2022 REFERENTE AO TC 036.627-4

“Avaliar os critérios a serem aplicados aos proventos recebidos e aos benefícios instituídos por servidores que migraram para o Regime de Previdência Complementar”.

O Tribunal de Contas da União, por ser a última instância validadora dos atos de pagamento de pessoal e de benefícios sociais, em especial as aposentadorias e pensões dos servidores públicos da União, promoveu estudo interno com relação a concessão do denominado “Benefício Especial – BE ou Benefício Diferido”, que é devido ao servidor público que realizou a opção para o RPC, e que tenha contribuições efetivamente pagas a Regimes Próprios de Previdência Social e que quando tenha ingressado na União, o seu ente federativo de origem não tinha sistema de previdência complementar.

Quando da publicação da Lei 12.618/2012, a questão do BE, ficou com diversas lacunas que amplificou os constrangimentos à tomada de decisão dos servidores com relação a opção pela migração ao RPC, passando os seus proventos sob a responsabilidade do Regime Próprio da União limitados ao teto do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

O seu status legal, a segurança jurídica e a forma de atualização monetária, são que apresentam maior destaque.

A “Nota Técnica”, estabelece basicamente, ao arripio do que determina a Lei 14.463/2022, que cabe ao Benefício Especial a contribuição previdenciária de forma *sui generis*; limita o somatório da renda aferida entre o teto do RGPS e o valor do BE ao qual o servidor tem direito, ao teto de remuneração do serviço público, hoje em R\$ 39.293,32, e limita ao cargo de origem.

Sem desprezar o entendimento dado pela área técnica deste Parquet, e considerando que os estudos técnicos (peça 06 do processo) não foram disponibilizados para uma análise pormenorizada, verifica-se que há um erro de premissa básico no estabelecimento da hermenêutica legislativa dado pela área técnica, incluindo a possibilidade de contribuição previdenciária sob está “rubrica” afrontando diretamente o diploma legal que regula a matéria.

O BE tem a característica de ser uma verba de caráter indenizatória, remuneratória, com imunidade previdenciária e reajuste anual nos mesmos moldes oferecidos ao RGPS.

Inicialmente cabe uma explicação, histórica, porque a mesma é caracterizada como verba indenizatória: abordo a questão com a experiencia na participação da construção da proposta de criação do FUNPRESP com vistas a regulamentar o parágrafo 15 do artigo 40 da Constituição, pois estava exercendo, a época, o cargo de Coordenador Geral de Seguridade Social e Benefícios do Servidor Público Civil Federal do antigo Ministério do Planejamento, sendo afeta diretamente a minha área. É o que poderíamos dizer “intenção do legislador”.

O BE é uma sem sombra de dúvidas uma verba indenizatória, pois a União, ao limitar o valor de contribuição do servidor que optou pela migração do sistema e vincular os seus proventos futuros ao teto do RGPS, fica caracterizado que houve contribuição a maior por parte do servidor público, e estes valores devem ser devolvidos, uma vez que poderia se caracterizar como apropriação indébita devida pelo Estado (mesmo que de forma não intencional), podendo de maneira rasa afrontar os artigos 884 e 885 da Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. E para se

valer do benefício legal do artigo 886 do mesmo Código, foi estipulado a devolução destes recursos por meio da instituição do BE. Tanto foi caracterizado como verba indenizatória que a responsabilidade de seu pagamento é do tesouro nacional e não do RPPS da União.

LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, entidade análoga de previdência social, possui um rito administrativo específico e amplamente divulgado para devolução de contribuições indevidas, com jurisprudência ampla estabelecida pelo Superior Tribunal de Justiça – Tema 979 e regulado pelo Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932.

Assim quando da efetivação da opção – direito constitucional do servidor público, o excesso de contribuição passou a ter caracterização de contribuição indevida e deve ser devolvida. Esta devolução deveria ocorrer em parcela única com os valores vertidos ao sistema devolvidos ao servidor público – tanto a contribuição patronal como a do servidor. Ocorre que tal volume de recursos é impossível de precificar com a devida acurácia e seus impactos junto as contas nacionais, o que poderia afrontar a Lei de responsabilidade Fiscal e as Leis Orçamentárias, o que impulsionou a União criar a figura do BE, com o objetivo de devolver tais recursos ao contribuinte original, de forma parcela, com possibilidade de promover os devidos estudos de impacto da devolução destes recursos na dívida pública ou na sustentabilidade do Regime Próprio de Previdência da União.

A criação do BE, seria a aplicação do artigo 886 do Código Civil. Assim verifica-se de forma plena a aderência a característica de VERBA INDENIZATÓRIA.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

A VERBA possuindo caráter INDENIZATÓRIO, não cabe a aplicação de contribuição previdenciária, pois por premissa a contribuição vertida tornou-se indevida. Mas a origem da verba é remuneratória (salarial), assim os valores que foram retidos de forma indevida, devem compor a faixa de incidência do Imposto de Renda de Pessoa Física, e agora o servidor passa a ser devedor junto a Receita Federal – por isso não há imunidade tributária.

Se aplicarmos o princípio da isonomia aos servidores que já estão sob o crivo do teto do RGPS, o que ultrapassa este valor sofre apenas a incidência do IRPF. Por que haveria tratamento diferenciado entre servidores sob a mesma égide legal?

A aplicação de contribuição previdenciária sob verba que não pertence ao Estado e não compõem o Regime Próprio de Previdência da União pode ser caracterizada no mínimo como uma forma de empréstimo compulsório.

Assim o valor do BE tem-se a garantia da segurança econômica e após a vigência da Lei nº14.463/2022, a segurança jurídica, *in verbis*:

Art. 2º.

§ 6º O benefício especial:

...

IV – não está sujeito à incidência de contribuição previdenciária.

O segundo entendimento dado pela área técnica, de que o somatório do teto do RPPSU e o valor do BE não pode ultrapassar o teto remuneratório da administração pública. É possível verificar aqui uma incoerência metodológica de fundo, e que indica que tal entendimento afronta novamente o servidor de ser indenizado nos valores devidos.

O servidor público, quando contribuiu acima do teto do RGPS, já estava subordinado ao teto do serviço público. Assim a linha de corte foi preteritamente estabelecida, quando da ocorrência da contribuição, hoje pela migração, considerada indevida.

Os valores do BE devem ser reajustados pelo mesmo índice de correção do RGPS, com vistas a proteção contra a perda do poder de compra, diferentemente do reajuste do funcionalismo público da União, que obedece a lógica própria e não se preserva o poder de compra de seus servidores. Isto posto, em havendo uma política remuneratória que não repõem a inflação, certamente poderá em algum momento do tempo, haver que o somatório das “duas rubricas” de proventos ultrapasse o valor do teto remuneratório da administração pública.

Exemplo prático pode ser vivenciado com os servidores que aposentaram sem paridade e os com paridade. Os servidores sem paridade têm a garantia legal de preservação de seu poder de compra, enquanto os com paridade não é lhes facultado este direito. Já é comum a diferença de proventos nominais de servidores com e sem paridade, onde mesmo aposentando com vencimentos até relativamente menores os servidores sem a paridade tem proventos, hoje, superiores aos dos servidores com paridade. Fruto real de uma política de não valorização do servidor público.

Conclusão.

Tem-se que primeiramente a Lei nº14.463/2022, não excepcionaliza nenhuma situação em que se possa cobrar a contribuição previdenciária, pois a lei é taxativa: o BE *não está sujeito à incidência de contribuição previdenciária*. Não há mais nem menos. O entendimento técnico do TCU, na prática elimina a determinação de comando do poder legislativo, ao qual está vinculado, como órgão de controle, tornando a letra morta. Não está em sua alçada de competência eliminar direito estabelecido em lei, mas sim verificar se os condicionantes que os diplomas legais impõem estão sendo cumpridos pelo poder concedente (no caso das aposentadorias). A adjetivação *sui generis*, não se aplica em nenhuma hipótese, pois o comando legal é cristalino.

O limite ao teto do funcionalismo público já estabelecido na política salarial do servidor enquanto contribuinte, e os seus proventos serão no caso limitados ao teto do RGPS, sendo que a parcela do BE, não pode ser caracterizada como provento, mas verba indenizatória com caráter reparador (devolução da União aquilo que “tomou” de forma indevida”, sem perda monetária) e como esta tem origem no salário, trata-se de verba remuneratória e portanto deve ser aplicado o IRPF.

Assim verifica-se, sem ter acesso pormenorizado a metodologia e as premissas utilizadas para que a área especializada exarasse tal entendimento, que não há amparo nas premissas legais estabelecidas, vigentes, as duas orientações dadas para atuação do TCU sobre a matéria, criando constrangimentos em plena fase final da janela de opção pela migração.

Ms. Eng. Luiz Roberto Pires Domingues Junior

Brasília, 22 de novembro de 2022