



Parecer

Brasília, 13 de julho de 2017.

Ementa: Constitucional e Previdenciário. Servidor Público Federal. Art. 40, §§ 14, 15 e 16, da Constituição da República. Lei 12.618/2012. Instituição do Regime de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp). Nomeação tardia em concurso público. Análise da possibilidade do direito de opção à Funpresp pelos servidores nomeados após o início da vigência do Regime de Previdência Complementar. RE 629.392. Ausência de arbitrariedade flagrante por parte da Administração Pública. Impossibilidade.

Consulta-nos o **Sindicato Nacional dos Peritos Federais Agrários – SindPFA** acerca da viabilidade de pleitear o enquadramento dos servidores que, apenas por intervenção judicial, ingressaram no serviço público federal após o início da vigência do Regime de Previdência Complementar do Poder Executivo Federal – Funpresp-Exe (04/02/2013).

Em decorrência de problemas na aplicação em algumas provas do Concurso do INCRA de 2010, fora ajuizada a Ação Civil Pública nº 0021137.61.2010.4.01.3900, que suspendeu parcialmente o certame, apenas para aqueles cargos que foram afetados pelo erro na realização do exame, e determinou que fossem aplicadas novas provas para os candidatos atingidos pelo erro da prova anterior. Assim, foram realizadas novas provas e, no dia 28 de novembro de 2011, publicou-se a homologação do novo resultado do concurso.

O edital do certame previa o prazo de validade de 1 (um) ano, podendo ser prorrogado por igual período, o que foi feito no dia 13 de novembro de 2012. Assim, o novo prazo de expiração do concurso passou a ser o dia 28 de setembro de 2013. Durante esse período, no dia 26 de fevereiro de 2013 – portanto, **dentro do prazo de validade** –, houve a nomeação daqueles que foram aprovados no certame apenas após a reaplicação das provas (afetados pela decisão judicial), 22 dias após o início da vigência do regime de previdência complementar dos servidores públicos federais.

Para melhor compreensão do cenário normativo que atravessa o período em análise, tenha-se que o artigo 40, §§ 14 a 16, da Constituição da República de 1988, modificado pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, e pela Emenda Constitucional nº 14, de 2003, estabeleceu a possibilidade de os entes federativos limitarem os valores de aposentadoria e pensão de seus servidores ao teto do Regime Geral de Previdência Social, desde que instituem regime de previdência complementar:



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) (grifou-se)

O Poder Executivo, em setembro de 2007, apresentou o Projeto de Lei nº 1.992, convertido na Lei Ordinária 12.618/2012, que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais¹ e autorizou (artigo 4º)² a criação de entidades fechadas de direito privado (Funpresp-Exe, Funpresp-Leg

¹ 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.”

² Lei 12.618/2012: “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. § 1º A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud serão estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado, gozarão de autonomia administrativa, financeira e gerencial e terão sede e foro no Distrito Federal.”



e Funpresp-Jud), fixando o teto de benefícios do RGPS aos que ingressassem depois da aprovação do regulamento do plano de benefícios das fundações.

Com advento da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, que incluiu os §§ 14, 15 e 16 no artigo 40 da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido, no § 16, que o regime de previdência complementar somente pode ser aplicado aos servidores que ingressaram no serviço público antes do início de sua vigência mediante sua **prévia e expressa opção**.

Corroborando o disposto na Constituição Federal, a Lei 12.618/2012, no artigo 1º, §1º e artigo 3º, consagra o direito de opção ao Regime de Previdência Complementar e consequente limitação ao teto do Regime Geral de Previdência Social:

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.

§ 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. [...] [grifou-se]



Portanto, nos termos da Constituição Federal e na Lei 12.618/2012, aqueles servidores que ingressaram no serviço público até o início da vigência do Regime de Previdência Complementar podem optar por contribuir à Funpresp, sobre o valor que exceder o teto do RGPS ou, então, continuar contribuindo ao RPPS sobre o valor integral da remuneração.

Em contrapartida, aqueles servidores que ingressaram após o início da vigência da Funpresp, se tencionarem receber proventos de aposentadoria não limitados ao teto do RGPS, deverão contribuir para a previdência complementar, referente ao valor que exceder o teto, conforme disposto no artigo 16 da Lei 12.618/2012³ e no artigo 4º da Lei 10.887/2004⁴.

O governo, por meio da Portaria 44, de 31 de janeiro de 2013, da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), publicada no Diário Oficial da União no dia 4 de fevereiro de 2013, aprovou os planos de benefícios e o Convênio de Adesão da União à Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal.

Portanto, todos aqueles que ingressaram no serviço público federal, a partir de 4 de fevereiro de 2013, terão sua contribuição ao Regime Próprio de Previdência Social limitado ao teto do RGPS e, se desejarem uma aposentadoria com valor superior, deverão aderir à previdência complementar. Já aqueles servidores que entraram no serviço público até a data de publicação da Portaria nº 44 no DOU, poderão aderir à previdência complementar ou permanecer contribuindo sobre a totalidade de sua remuneração, sem submeter sua contribuição ao RPPS ao teto do regime geral e à previdência complementar.

Visto o cenário normativo, passa-se a sua prospecção sobre o caso em análise, que se refere a Peritos Federais Agrários que prestaram concurso para o INCRA em 2010, mas que, em razão de decisão proferida na Ação Civil Pública nº

³ Lei 12.618: “Art. 16. As contribuições do patrocinador e do participante incidirão sobre a parcela da base de contribuição que exceder o limite máximo a que se refere o art. 3º desta Lei, observado o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. § 1º Para efeitos desta Lei, considera-se base de contribuição aquela definida pelo § 1º do art. 4º da Lei no 10.887, de 18 de junho de 2004, podendo o participante optar pela inclusão de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência do local de trabalho e do exercício de cargo em comissão ou função de confiança. § 2º A alíquota da contribuição do participante será por ele definida anualmente, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios. § 3º A alíquota da contribuição do patrocinador será igual à do participante, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios, e não poderá exceder o percentual de 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento). § 4º Além da contribuição normal, o participante poderá contribuir facultativamente, sem contrapartida do patrocinador, na forma do regulamento do plano. § 5º A remuneração do servidor, quando devida durante afastamentos considerados por lei como de efetivo exercício, será integralmente coberta pelo ente público, continuando a incidir a contribuição para o regime instituído por esta Lei.”

⁴ Lei 10.887/2004: “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: [...]”



0021137.61.2010.4.01.3900, pela 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Pará, tiveram sua nomeação obtida tardiamente em razão da reaplicação das provas.

No dia 19 de setembro de 2011, foi publicado o edital para aplicação de nova prova aos candidatos afetados pela decisão judicial e, em 28 de novembro do mesmo ano, foi publicado o edital de homologação do resultado final do concurso. Os candidatos afetados foram nomeados apenas no dia 26 de fevereiro de 2013, ainda dentro do prazo de validade do certame, que havia sido prorrogado até o dia 28 de novembro de 2013 – conforme previsto no edital. Esses servidores, portanto, foram nomeados 22 dias após o início da vigência da Funpresp, e consultam-nos acerca da possibilidade de exercerem o direito de opção previsto no artigo 40, § 16, da Constituição Federal e no artigo 1º da Lei 12.618/2012, optando, portanto, por contribuir sobre a totalidade dos seus proventos ao RPPS, sem se submeter ao teto do RGPS.

Convém ressaltar que, no julgamento do Recurso Extraordinário 629.392, o Supremo Tribunal Federal decidiu que um candidato aprovado em concurso público e nomeado tardiamente, devido a um ato judicial, não tem direito a promoção ou progressão funcional retroativa.

No caso discutido no Recurso Extraordinário referido, os candidatos foram aprovados em concurso para o cargo de defensor público, mas só foram nomeados, por conta de uma decisão judicial, **após o prazo de validade do concurso**. Não obstante, quando o processo ainda tramitava no Superior Tribunal de Justiça, os ministros entenderam ser devido o cômputo de tempo de serviço, a partir da expiração da data de validade do concurso, além de indenização equivalente à quantia que os servidores teriam recebido daquela data até o momento da nomeação. Não se reconheceu, entretanto, o direito às promoções funcionais.

No Supremo Tribunal Federal, discutiu-se tão somente a questão das promoções funcionais. Nessa oportunidade, o Plenário do STF entendeu, como já referido, que os candidatos não possuem direito à promoção funcional, visto que existem outros fatores que devem ser levados em consideração para a promoção além do tempo de serviço. Nesse sentido, o Informativo do STF nº 868:

A Corte pontuou, ainda, que a promoção ou a progressão funcional – a depender do caráter da movimentação, se vertical ou horizontal – não se resolve apenas mediante o cumprimento do requisito temporal. Pressupõe a aprovação em estágio probatório e a confirmação no cargo, bem como o preenchimento de outras condições indicadas na legislação ordinária.

Diante disso, asseverou que, uma vez empossado no cargo, cumpre ao servidor atentar para todas as regras atinentes ao respectivo regime jurídico, incluídas as concernentes ao estágio probatório e as específicas de cada carreira. Assim, somente considerado o desempenho do agente, por meio de atuação concreta a



partir da entrada em exercício, é possível alcançar a confirmação no cargo, bem como a movimentação funcional, do que decorreriam a subida de classes e padrões, eventual alteração na designação do cargo ou quaisquer outras consequências funcionais.

A controvérsia discutida nessa ocasião limitou-se a discutir a pertinência ou não da promoção funcional, independentemente da submissão e do sucesso do servidor no estágio probatório, em se tratando de candidatos aprovados em concurso público que tiveram sua nomeação, com efeitos retroativos, assegurada por uma decisão judicial. Não se discutiu, portanto, se os atos do Poder Público foram lícitos ou ilícitos, se os candidatos teriam direito à nomeação bem como à indenização devida pelo tempo de serviço retroativo.

Por conseguinte, o julgamento do Recurso Extraordinário 629.392 demonstra a inclinação do Tribunal em se posicionar contra a concessão de benefícios e promoções a servidores nomeados tardiamente por conta de decisão judicial.

Ademais, apesar do infortúnio de os Peritos Federais Agrários em questão terem sido nomeados apenas 22 dias após a publicação da Portaria nº 44/2013, tais nomeações foram feitas dentro do prazo de validade do certame, não se podendo afirmar que tenha havido alguma ilegalidade na atuação da Administração Pública.

As novas provas foram realizadas com base na decisão judicial da Ação Civil Pública que liminarmente suspendeu o concurso e reconheceu a existência de um problema na sua realização, fazendo com que aqueles que se sentiram lesados tivessem seu direito reconhecido. A partir da homologação do resultado deste novo exame, os aprovados foram nomeados.

A mera aprovação em concurso público, todavia, não gera ao candidato direito subjetivo à nomeação e, sim, apenas uma expectativa de direito, podendo a Administração nomear os aprovados ao tempo que melhor lhe convier, dentro de sua margem de discricionariedade, desde que dentro do prazo de validade do concurso, não sendo devido ao candidato aprovado nenhuma espécie de indenização. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO PARA O CARGO DE ASSISTENTE ADMINISTRATIVO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. NOMEAÇÃO TARDIA OCORRIDA NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VERBAS DEVIDAS A PARTIR DA HOMOLOGAÇÃO DO CONCURSO ATÉ A DATA DA NOMEAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. A pretensão autoral busca compelir ao município réu ao pagamento de indenização por danos materiais e morais à aprovada em concurso público, nomeada tardiamente, durante o prazo de



validade do certame. 2. **Compete à Administração, atuando com discricionariedade, nomear os candidatos aprovados de acordo com sua conveniência e oportunidade, não provocando, in casu, danos materiais e morais à aprovada.**

(TJ-BA - APL: 00003913520108050051 BA 0000391-35.2010.8.05.0051, Relator: José Edivaldo Rocha Rotondano, Data de Julgamento: 10/12/2013, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 12/12/2013) [grifou-se]

Portanto, observa-se que não existiu irregularidade gritante no que se refere à data da nomeação dos aprovados no concurso e afetados pela decisão judicial, posto que eles foram nomeados ainda dentro do prazo de validade, mas, por um infortúnio, esse fato ocorreu poucos dias após o início da vigência da Funpresp.

Ademais, é necessário ressaltar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 724.347, que consolidou o entendimento de que não é devida indenização, sob a alegação de que deveria ter sido empossado em momento anterior, ao servidor que teve posse em cargo público determinada por uma decisão judicial – **a não ser nos casos de arbitrariedade flagrante**. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL.

1. Tese afirmada em repercussão geral: **na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante.**

2. Recurso extraordinário provido.

(RE 724347, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-088 DIVULG 12-05-2015 PUBLIC 13-05-2015) [grifou-se]

Com base no julgamento do Recurso Extraordinário 724.347 é necessário ressaltar que, no caso sob consulta, não se observa a possibilidade de utilizar como fundamentação para uma possível ação o fato de ter ocorrido arbitrariedade flagrante por parte da Administração Pública, posto que em nenhum momento esse fato é verificado na atuação dos administradores.

O que ocorreu – como já mencionado – foi um erro na aplicação da prova e, após a realização de uma nova prova e a homologação deste novo resultado, os candidatos aprovados foram nomeados dentro de prazo de validade previsto pelo edital do certame.

Ademais, nessa mesma oportunidade, o ministro Luís Roberto Barroso, ao longo do seu voto, exemplificou que é possível entender por arbitrariedade flagrante nos casos em que há descumprimento de ordens judiciais,



litigância meramente procrastinatória, má-fé, e outras manifestações de desprezo ou mau uso das instituições, situações que não se verificam no caso concreto em consulta.

Poderia haver dúvida no que se refere à possibilidade de pleitear o reconhecimento de tempo de serviço retroativo, assim como concedido pelo Supremo Tribunal Federal no caso do RE 629.392. Entretanto, naquele caso, os aprovados foram nomeados após o prazo de validade do certame, sendo considerado, nessa situação, apenas o tempo do momento de expiração da validade do concurso até o momento da nomeação.

A situação dos Peritos Federais Agrários, entretanto, é diversa da apresentada no supracitado Recurso Extraordinário, visto que, como já referido, a nomeação se operacionalizou dentro do período de validade do concurso.

Poderia se discutir a possibilidade, por exemplo, se a data de expiração da validade do certame fosse anterior a 4 de fevereiro de 2013 (data de início da vigência do Regime de Previdência Complementar para os servidores do Poder Executivo Federal).

Nessa hipótese, os servidores teriam sido nomeados em um momento posterior ao prazo de validade do concurso, sendo possível, portanto, a proposição de ação que visasse a reconhecer o tempo de serviço retroativo a partir do final da validade do concurso até o momento da nomeação e, por consequência, sustentar, ainda, a possibilidade desses servidores exercerem o direito de opção previsto no § 16, do artigo 40 da Constituição Federal.

Todavia, a tese apresentada pelo Recurso Extraordinário 629.392 foi formulada a partir do fato de que a promoção funcional não prevê como único requisito o tempo de serviço, mas também, conforme já demonstrado, devem ser considerados outros fatores como aprovação no estágio probatório, a confirmação no cargo, bem como a observância a outras exigências específicas de cada carreira.

Naquela oportunidade os ministros observaram que não teria como verificar ou presumir o cumprimento desses outros requisitos sem a efetiva nomeação e atuação dos servidores no cargo, visto que os pressupostos só poderiam ser observados após a posse e o efetivo trabalho exercido.

A pretensão dos peritos, em contrapartida, é apenas para se reconhecer o direito de opção, em razão da nomeação tardia, não havendo a necessidade de preencher quaisquer outros requisitos senão o do tempo em que sobreveio a nomeação dos aprovados. Esse argumento, apesar de frágil, poderia ser usado como fundamento para uma possível demanda judicial.



Ante o exposto, observa-se uma relutância da jurisprudência em conceder benefícios, indenizações e promoções aos servidores nomeados tardiamente por conta de ato judicial. Ademais, a nomeação ocorreu dentro do prazo de validade do certame, não sendo identificável nenhuma arbitrariedade ou ilegalidade por parte da Administração Pública. Assim, aconselha-se a não judicialização da demanda.

É a opinião.

Aracéli A. Rodrigues
OAB/DF 26.720

Jean P. Ruzzarin
OAB/DF 21.006

Marcos Joel dos Santos
OAB/DF 21.203

Rudi M. Cassel
OAB/DF 22.256