



Estado do Rio Grande do Sul  
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da  
**PGGE**  
Procuradoria-Geral do Estado RS

v.34 n.71  
janeiro/junho de 2013

# **REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

**Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional**

**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 34	n. 71	p. 1 - 148	jan./jun. 2013
------	--------------	-------	-------	------------	----------------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) - . - Porto Alegre : PGE, 1979-

v.; 21 cm.

Semestral.

Publicação interrompida de 2008 a 2010.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n. 1-23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catologação na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

*Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.*

*Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.*

**Procuradoria-Geral do Estado do RS**  
**Procuradoria de Informação, Documentação e**  
**Aperfeiçoamento Pessoal**

Av. Borges de Medeiros, 1555 – 16. Andar  
90110-901 Porto Alegre/RS  
Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652  
E-mail: [conselho-editorial@pge.rs.gov.br](mailto:conselho-editorial@pge.rs.gov.br)  
Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Pede-se permuta  
Piedese canje  
We ask exchange  
On demande échange  
Wir bitten um autausch  
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

**TARSO FERNANDO HERZ GENRO**

Governador do Estado

**BETO GRILL**

Vice-Governador do Estado

**CARLOS HENRIQUE KAIPPER**

Procurador-Geral do Estado

**ROSELAINÉ ROCKENBACH**

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

**BRUNO DE CASTRO WINKLER**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

**PAULO ROBERTO BASSO**

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

**LUÍS CARLOS KOTHE HAGEMANN**

Corregedor-Geral da PGE

**ERNESTO JOSÉ TONIOLO**

Coordenador da Procuradoria de Informação,  
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

## **CONSELHO EDITORIAL**

Carlos Henrique Kaipper  
(Presidente)

Ernesto José Toniolo

Fabiana Azevedo da Cunha Barth

Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues

José Luis de Bolzan Morais

Max Möller

Ricardo Antônio Lucas Camargo

## **EQUIPE TÉCNICA**

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia

Secretária-Executiva

Bibliotecária crb 10/1343

**Corag**   
*Imprensa Oficial*  
*do Estado do Rio Grande do Sul*

Av. Cel. Aparício Borges, 2199

Fone: (51) 3288-9700

E-mail: [editora\\_tecnica@corag.com.br](mailto:editora_tecnica@corag.com.br)

[www.corag.com.br](http://www.corag.com.br)

# SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b> .....	7
------------------------	---

## **DOCTRINA**

Seguro e Seguridade Social: apontamentos acerca da evolução da proteção social

<b>José Guilherme Kliemann</b> .....	9
--------------------------------------	---

Descabimento de Incorporação de Vantagens para os Servidores Públicos que Possuam os Proventos de Aposentadoria Calculados nos Termos do art. 40, §§ 3º e 17 da Constituição Federal, com a Redação dada pela EC nº 41/03

<b>Marília Vieira Bueno</b> .....	33
-----------------------------------	----

Pode o ex-Presidente da República ser Convocado a Depor em uma CPI?

<b>Carlos Eduardo Thompson Flores</b> .....	41
---	----

Sobre a Competência Constitucional Concorrente do Estado-Membro em Matéria Previdenciária

<b>Leandro Augusto Nicola de Sampaio</b> .....	51
--	----

Breves Reflexões sobre a Adoção do Regime de Financiamento por Capitalização pelo Estado do Rio Grande do Sul

<b>Priscila Tahisa Krause</b> .....	69
-------------------------------------	----

## **TRABALHO FORENSE**

Recurso Inominado

<b>Luciane Fabbro</b> .....	105
-----------------------------	-----

## **PARECERES**

Parecer 15.991 - Cargo em comissão. Inativação pelo regime geral de previdência social. Permanência em atividade. Possibilidade. Revisão dos pareceres 13.948/04, 14.328/05 e 14.334/05.

<b>Adriana Maria Neumann</b> .....	131
------------------------------------	-----

Parecer 16.000 - Coexistência dos vínculos previdenciários geral e próprio, para o efeito da cumulação do benefício de pensão por morte devida a sucessores de policial militar que teve reconhecido, na justiça do trabalho, o vínculo juscontratual de emprego com pessoa jurídica de direito privado. Carência, pelo servidor militar,

dos atributos e da qualidade de segurado. Impossibilidade de manutenção do benefício por parte do regime próprio do Estado.

**Leandro Augusto Nicola de Sampaio**..... 137

## EDITORIAL

É com grande satisfação que apresentamos o volume nº 71 da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, que possui como eixo central “o regime dos agentes públicos e previdência”. Trata-se de tema ousado, especialmente considerando o entrelaçamento da farta legislação aplicável, aguçada pelas constantes reformas legislativas e constitucionais, que procuram dar conta da crescente ampliação das incumbências de um Estado minimamente social, além do envelhecimento da população, bem como das contingências impostas pelas limitações dos recursos públicos disponíveis.

Apesar da importância jurídica, econômica e social, o assunto recebe escassa abordagem doutrinária, praticamente anódina ao contemplarmos a crescente judicialização das relações previdenciárias dos agentes públicos. A lacuna doutrinária agrava-se ainda mais ao considerarmos a necessidade de interpretação da legislação peculiar a cada ente federado.

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado divide-se em três partes: a primeira é composta por artigos doutrinários; a segunda por um trabalho forense e a terceira por um parecer produzido pela Instituição. Concretiza-se, assim, um saudável intercâmbio dialético, no qual a teoria cumpre seu dever de servir à prática e a prática à teoria.

Com a publicação deste volume, a Revista da Procuradoria-Geral do Estado espera contribuir para o enfrentamento das principais questões relacionadas à previdência e ao regime dos agentes públicos.

Desejamos a todos uma boa leitura!

**Ernesto José Toniolo**

Procurador do Estado

Coordenador da Procuradoria de Informação

Documentação e Aperfeiçoamento Profissional - PIDAP.



# SEGURO E SEGURIDADE SOCIAL: APONTAMENTOS ACERCA DA EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL

**José Guilherme Kliemann<sup>1</sup>**

“A evolução histórica joga papel fundamental na vida do Direito Previdenciário.” (Wagner Balera)

## 1 INTRODUÇÃO

A vida humana em sociedade tem sido acompanhada, em todas as épocas, desde tempos imemoriais, de uma plêiade de necessidades dos indivíduos, seja as de pequena complexidade até aquelas que envolvem a própria conservação da existência.

A superação dessas necessidades é preocupação própria da condição humana, a dar razão e justificar a própria vivência junto aos demais, da mesma espécie. Almejam os indivíduos, em conjunto com seus semelhantes, proteção social, cujo estágio de desenvolvimento será reflexo das condições políticas, sociais, econômicas e culturais da sociedade em que se acham inseridos, bem como das transformações nela sempre verificadas.

Este texto aborda, com base em abalizada doutrina, a evolução do amparo, do ponto de vista do seguro e da seguridade social, às pessoas que, inseridas em uma comunidade, encontram-se em situação de privação de meios ou merecedoras, por diferentes razões, de proteção.

A passagem da tímida e limitada proteção aos indigentes e necessitados, através da atuação preponderante de entes ou grupos privados em relação à ação estatal, até a consolidação do conceito de universalidade, com base na solidariedade (institucionalizada) e forte presença do estado, inclusive no financiamento dos programas

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

sociais, é abordada através de três períodos distintos: o de a mera proteção aos pobres, o do surgimento do seguro social e o da expansão da noção de seguridade social.

## 2 A PROTEÇÃO SOCIAL

O homem movido pelo desejo de, mediante ajuda de seus semelhantes, reforçar ou criar meios de defesa contra contingências diante das quais se sentia impotente isoladamente, buscou mecanismos que aliviassem o ônus da sua própria proteção.

As conquistas no campo da proteção social são de longa maturação e os respectivos processos operacionais, porque dependem da capacidade econômica e da organização política que sustentam a comunidade, quase sempre complexos.

### 2.1 Primeira Fase – A Proteção aos Pobres ou Necessitados

As debilidades do homem foram amparadas inicialmente através de seu grupo, especialmente a família<sup>2</sup>. A assistência familiar, em sua expressão mais elementar, aparece como imperativo das leis da natureza à criança incapaz de garantir sua sobrevivência<sup>3</sup>. Em estágios mais evoluídos, adquire a feição de dever moral e, mais tarde, de dever jurídico<sup>4</sup>. Contudo, depende tal assistência diretamente das condições financeiras da família, sujeitas, de modo geral, aos ganhos (salário) do mantenedor e, portanto, à instabilidade própria do trabalho subordinado.

---

<sup>2</sup> *Pode-se dizer que a proteção social nasce da família, pois é nela que se desenvolvem os principais e elementares instrumentos de construção do ser humano. Sua importância é vital na medida em que é em seu seio que se absorvem os valores éticos e humanitários: é nela que se aprende e se exercita a solidariedade, seja no cuidado e atenção das gerações passadas, seja na preocupação das gerações futuras.* (MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada.** São Paulo: LTr, 2009, p. 26)

<sup>3</sup> Mas foi, e é, também uma necessidade política, no sentido de que a continuidade da civilização somente pode ser assegurada se os novos membros forem amparados e guiados no mundo preestabelecido.

<sup>4</sup> PEREIRA LEITE, João Antônio G. Curso Elementar de Direito Previdenciário. São Paulo: LTr, 1977, p. 19.

A intervenção estatal se deu primeiramente sob a forma de caridade: a assistência pública com objetivos de amparo social.

Em Roma, ações de proteção foram verificadas através das *leis frumentárias*, como e.g. a do ano de 123 AC, por proposta de Caio Graco, que fixava em valores inferiores aos do mercado o preço do trigo à população pobre, como também da *Lex Cassia Terentia frumentária*, de 70 AC, que obrigava o Estado a distribuir, à população pobre cadastrada, cinco medidas de trigo.

Verifica-se a existência de associações, em Roma e também na Grécia<sup>5</sup>, cujos membros contribuíam para um fundo, à conta do qual era prestado socorro aos contribuintes que viessem a ser atingidos pela adversidade<sup>6</sup>. As instituições de caridade, em Roma, eram chamadas *brephotropium* (para dar de comer a crianças e necessitados), *orphanotropium*, *gerontocomium*, *xenodochium*, *nosocomium*.

O imperador Trajano, no ano 100 da era cristã, criou mecanismo de financiamento para um plano assistencial consistente no pagamento de benefício mensal a cerca de trezentas crianças pobres da região de Veleia, o que vem a ser o mais antigo comprovante da existência de seguros públicos na Itália<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Escrevendo sobre Aristóteles e as esferas privada e pública da vida na Grécia antiga, observa Hannah Arendt que *somente a comunidade familiar se ocupava em manter-se viva como tal e enfrentar as necessidades físicas (anagkaía) inerentes à manutenção da vida e à garantia da sobrevivência da espécie. Em característico desacordo com o procedimento moderno, o cuidado com a preservação da vida, tanto do indivíduo como da espécie, pertencia exclusivamente à esfera privada da família, enquanto que na polis, o homem parecia 'kat arthmón', como uma personalidade individual, conforme diríamos hoje em dia. (Entre o passado e o futuro. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, p. 158-159).*

<sup>6</sup> O socorro mútuo se exterioriza com a formação das sociedades mútuas. Na Grécia, registra-se a existência de associações de mútua ajuda, conhecidas como 'éranoi'. Estas associações exigiram contribuições regulares de seus associados e tinham como finalidade a concessão de empréstimos sem juros aos participantes que se encontravam diante de situações de necessidade. Em Roma existiam as associações denominadas 'collegia' ou 'sodalitia', destacando-se dentre elas os 'collegia tenoiorum' que, mediante contribuições de seus associados, tinham por escopo assegurar sepultura e as despesas dos funerais dos sócios. Criavam entre seus membros uma solidariedade de interesses e necessidades. (HORVATH, Miguel Jr. **Direito Previdenciário**. 6ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 20)

<sup>7</sup> Relata Wagner Balera (**Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 61-62) que a tábua de bronze descoberta

Na Idade Média, guildas<sup>8</sup> profissionais e “sociedades beneficentes” mantinham cooperativas cujos membros contribuíam para um fundo, que amparava a família caso seu chefe morresse prematuramente.

Em 1413, a Constituição de Gênova, de forma pioneira, determinou a nomeação de “oficiais de misericórdia”.

Em 1498 foi fundada, pela Rainha D. Leonor, a primeira Misericórdia, em Lisboa. No Brasil, a primeira instituição assistencial, a Santa Casa de Misericórdia de Santos, surgiu em 1543, e, na mesma época, a de Olinda<sup>9</sup>.

O primeiro programa de proteção social permanente foi o *Act for the Relief of the Poor*, promulgado por Isabel I, na Inglaterra, em 1601 (e que tem raízes na Lei nº 27, de 1536, de Henrique VIII). Tratava-se, o *Poor Law Act*, de instrumento jurídico que impunha a arrecadação obrigatória de recursos de todos os habitantes para munir o Estado – através de sua administração, pelas paróquias – com fundos para socorrer estropiados, velhos, cegos e inválidos de um modo geral. Em 1696, dados coletados mostraram que metade da população da Inglaterra dependida da caridade e da assistência pública para sua manutenção. Também na Inglaterra foi estabelecido, em 1712, um sistema de aposentadorias para os funcionários públicos, deles sendo cobradas contribuições, em regime financeiro.

Em 1789, a Revolução Francesa – primeira manifestação violenta da revolução industrial<sup>10</sup> - denuncia vigorosamente a enorme dívida social, sendo efetuado levantamento acerca da situação dos pobres na França e sobre as instituições que lhes davam assistência à época<sup>11</sup>. Três decretos trataram a) da organização dos seguros

---

no ano de 1747, e que relata a metodologia para cumprimento da decisão do Imperador, está atualmente no Museu Arqueológico Nacional de Parma.

<sup>8</sup> Termo com origem no germânico antigo *gelth*: pagamento.

<sup>9</sup> A assistência privada aos necessitados ainda passou a contar com asilos, orfanatos, clubes de serviços, “cruzadas”, “chás beneficentes”, etc., com ampla discricionariedade do assistente. Posteriormente, a assistência estatal, chamada assistência social, irá adquirir caráter de direito subjetivo público do necessitado.

<sup>10</sup> A chamada fase primitiva da revolução industrial compreende o período de 1760 a 1860.

<sup>11</sup> *Ao longo de mais de mil anos de história, essas entidades foram formando considerável patrimônio e obtendo, de governantes, esporádicas e expressivas*

públicos; b) sobre a extinção da mendicância; e c) sobre a formação de um cadastro nacional de beneficência<sup>12</sup>.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1793, definia os socorros públicos com “uma dívida sagrada”<sup>13</sup>. A primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, garantia os *socorros públicos* (art. 179, XXXI). De acordo com João Antônio G. Pereira Leite, o *individualismo jurídico viu nos “socorros públicos” o meio de remediar a miséria criada pelo dogma da liberdade e da igualdade*<sup>14</sup>. Ficava patente, contudo, além da falta de efetividade da garantia genérica dos socorros públicos, pois que, na mais das vezes, ausente os meios legais para o exercício das prestações pelos indivíduos em necessidade, a *discrição e frequentemente o arbítrio por parte do assistente, relegando o assistido a plano dependente e humilhante*<sup>15</sup>.

O Capital, de Karl Marx, foi lançado em 1827.

## 2.2 Segunda Fase – a Proteção dos Trabalhadores – Seguro Social

### 2.2.1 O Seguro

Demonstrou a experiência e a observação, a partir da razão do homem, que os riscos que o ameaçam *nunca atingem, no seu vir a ser, todas as criaturas ao mesmo tempo. E mais, que muitos desses fatos perturbadores não atingem, fatalmente, todas as criaturas, senão a algumas*<sup>16</sup>. O enfrentamento dos riscos, fontes de insegurança e medo, não deveria, então, ocorrer de forma individualizada, mas ao “método de economia coletiva”, significa dizer, a partir do grupo

---

dotações. (BALERA, Wagner. *Op. cit.* p. 65).

<sup>12</sup> Frisa Wagner Balera (*Op. cit.* p. 64) o paradoxo da Revolução, que ao mesmo tempo em que implanta a falsa concepção da liberdade das forças econômicas e presta favor ao individualismo, denuncia as desigualdades sociais.

<sup>13</sup> Dispunha o art. 23: *a sociedade deve a subsistência aos cidadãos carentes, quer proporcionando-lhes trabalho, quer assegurando os meios de viver aos que não estão em condições de trabalhar.*

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 21.

<sup>15</sup> PEREIRA LEITE, João Antônio G. *Op.cit.*, p. 21.

<sup>16</sup> ASSIS, Armando de Oliveira. **Compêndio de Seguro Social**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963, p. 13.

das pessoas ameaçadas por determinado risco ou perigo (seleção de riscos), a fim de, unidas em esforços, melhor lidarem com os efeitos ou consequências dos eventos danosos.

A expansão marítima, com início no Mediterrâneo e nas repúblicas italianas no século XIV, aliada à noção de *risco* (com cálculos de probabilidades da ocorrência de fatos danosos, “casos favoráveis” e “casos possíveis”, e cálculos das necessidades a grupos específicos<sup>17</sup>), gerou o primeiro tipo de seguro: o seguro marítimo (o mais antigo data de 1347, lavrado num cartório de Gênova). Inicialmente era estipulado pessoa a pessoa, pois o segurador era individual. Mas já em 1424, na mesma Gênova, apareceu a primeira das companhias de seguros, que com o tempo dominariam o mercado.

O incremento do seguro marítimo acompanhou a notável expansão das navegações. A praxe passou a ser tão ligada ao comércio marítimo que logo os legisladores passaram a regular a matéria, como nas Ordenanças de Barcelona de 1435 e nos códigos franceses “Guidon de la mer” (1556) e “Ordonnance de la marine” (1681).

Em 1666 foi criada em Londres a primeira companhia de seguros contra incêndios, à qual se seguiram as de seguro de transporte terrestres, contra roubo, etc.

O seguro de vida foi o último a surgir, e teve que vencer grandes resistências. Primeiro, pela interpretação de envolver preço da vida humana; segundo, pelo baixo nível moral dos homens da época, que expunha o contratante de um seguro sobre a vida a ser assassinado. Com as primeiras “tabelas de mortalidade”, em 1693, puderam ser organizadas técnicas desse tipo de seguro, datando de 1762 a fundação, em Londres, da primeira companhia de seguros de vida em bases científicas. Ao depois, com as demais “tabelas biométricas” (morbidez, invalidez, nupcialidade, natalidade), o seguro de pessoas

---

<sup>17</sup> *Era esse o instrumento de que carecia o homem para obter decisiva vitória sobre o tempo, isto é, transformar o futuro-e-incerto em presente-e-certo, penhor de sua confiança e segurança. Reunidas as parcelas de economia de cada participante, a soma acumulada estaria em condições, desde logo, de acorrer em socorro daquele ou daqueles que se vissem, de inopinado, vitimados pelos acontecimentos ‘imprevistos’.* (ASSIS, Armando de Oliveira. *Op. cit.*, p. 13)

tomou impulso e desenvolveu-se<sup>18</sup>.

No Brasil, a primeira companhia de seguros foi a “Boa-Fé”, na Bahia, com carta de autorização expedida em 1808.

### 2.2.2 O Seguro Social

Trata-se, o *seguro social*, de uma especialização do seguro, ou de uma forma especial tomada do chamado seguro de pessoas. A técnica do seguro está presente, no sentido de que cada participante seja atendido, por ocasião de um evento danoso, segundo o volume de suas contribuições pessoais, mormente porque o seguro tem por essência indenizar na proporção do bem destruído ou perdido.

Na abordagem das relações entre os seguros sociais e o seguro privado, a lição de Paul Durand<sup>19</sup>:

Al igual que el Seguro privado, el Seguro social cumple una función consistente em la indemnización de riesgos. Ambos recurrem para ello a la misma técnica: la agrupación de riesgos y su dispersión em el colectivo. El seguro social consigue esa finalidad mejor que el privado, porque se extiende obligatoriamente a un gran número de personas. Es empresa prácticamente inútil intentar la de distinguir diferencias esenciales entre las dos formas de aseguramiento.

Existe, contudo – como reconhece e fundamenta Durand -, diversidade do seguro social em relação ao seguro tradicional, seja nos fins a que se propõe, seja nos fundamentos sócio-políticos, como adiante será exposto.

Com a introdução das máquinas no processo de produção, no

---

<sup>18</sup> *O seguro, em sua evolução, repartiu-se em dois grandes grupos: a mutualidade, ou seguro de mútuo, caracterizado pela ausência de lucro e pela gestão confiada aos componentes do grupo; e o seguro a prêmio (sociedade, companhia de seguros), cujas características residem no escopo lucrativo de um grupo de pessoas, em princípio estranhas aos riscos segurados, associadas para explorar economicamente a garantia contra os riscos, repartindo os ganhos e os prejuízos.* (PEREIRA LEITE, João Antônio G. *Op. cit.*, p. 23).

<sup>19</sup> **La política contemporânea de seguridad social.** Madrid: Ministerio de Trabajo e de Seguridad Social, 1991, p. 110.

início da era industrial, as empresas, que começavam e ganhavam vulto, passaram a recrutar trabalhadores mediante o pagamento de salário. Até então, o trabalho era basicamente artesanal, com cada trabalhador desempenhando atividades por conta própria, com seus próprios utensílios.

Os operários, que como empregados se concentravam nas cidades em franco processo de industrialização, não contavam com outros meios de subsistência além de seus parcos salários. Assim, a interrupção do trabalho significava a cessação do salário e, conseqüentemente, a inexistência de meios para a subsistência do trabalhador e de sua família.

No espírito liberal do séc. XIX, em que prevalecia a igualdade formal, destacavam-se os problemas sociais ligados ao trabalho, os quais deveriam ter enfrentamento, segundo o esquema do seguro, basicamente pelos próprios trabalhadores.

Expõe Mattia Persiani<sup>20</sup>:

A primeira manifestação do que mais tarde levaria à previdência social foi determinada pela iniciativa espontânea dos trabalhadores interessados. As organizações de mútuo amparo, associações voluntárias de operários, passaram a criar solidariedade entre associados, provendo, com suas contribuições, a concessão de benefícios a todos os que se encontrassem na condição de necessitados, devido à doença ou, às vezes, a infortúnio ou à invalidez, além de uma pensão aos associados que tivessem atingido determinada idade que os tornaria inaptos para um trabalho produtivo, ou a concessão de benefício 'in tantum' aos familiares dos associados falecidos.

O ambiente sociopolítico tornou propícias as crescentes reivindicações pelas melhorias das condições dos trabalhadores e por sua proteção, a causar inquietação na sociedade e preocupações aos homens de governo – **questão social**. Os socorros públicos mostraram-se claramente insuficientes, ainda que aliados à assistência ou caridade de cunho particular. Calha ao período o famoso paradoxo de Lacordaire: *entre o forte e o fraco, o rico e o pobre, o patrão e o*

<sup>20</sup> PERSIANI, Mattia. **Direito da Previdência Social**. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 25.

*operário, é a liberdade que oprime e a lei que liberta*<sup>21</sup>.

Pertinente a visão do período na letra de Boaventura de Sousa Santos<sup>22</sup>:

Nos finais do século XIX, este panorama jurídico e político alterou-se dramaticamente, sobretudo devido ao crescente domínio do modo de produção capitalista, não só sobre as relações econômicas, mas também em todos os aspectos da vida social. A concentração e centralização do capital industrial, comercial e financeiro, a proliferação dos cartéis e monopólios, e a separação entre propriedade jurídica e controle econômico ilustraram a extraordinária expansão do princípio do mercado, ao mesmo tempo em que puseram fim ao mercado competitivo e auto equilibrável. Além disso, o alargamento do direito de voto e a organização dos interesses sociais setoriais (muitas vezes antagônicos) em organizações patronais e sindicatos evidenciaram ainda mais o caráter classista sindical da dominação política. À medida que as práticas de classe se traduziram em política de classe, os sindicatos e os partidos operários entraram na cena política, até então exclusivamente ocupada pelos partidos oligárquicos e pelas organizações burguesas.

Otto von Bismarck-Schönhausen, primeiro ministro (chanceler) da Prússia em 1862, lançou as bases do 2º Império (Reich), que levou os estados germânicos, após guerras com vizinhos (Dinamarca, Império Austro-Húngaro e França), à unificação, em 1870. No ano seguinte, tornou-se chanceler do Império Alemão, nomeado pelo primeiro Kaiser, Guilherme I (até então Rei da Prússia).

A Alemanha, no séc. XIX, enfrentou um rápido processo de industrialização e de crescimento populacional, acompanhado de diversas reivindicações de cunho social pelo operariado, notadamente os trabalhadores dos centros urbanos.

Em 1881, com o partido conservador perdendo terreno aos sociais-democratas<sup>23</sup>, foi enviada ao Parlamento alemão (Reichstag)

<sup>21</sup> *Apud* PEREIRA LEITE, João Antônio G. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>22</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2011, p. 146-147.

<sup>23</sup> Pondera Celso Barroso Leite (**Um século de previdência social**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983, p. 19) *que, qualquer...que tenha sido a verdadeira*

a famosa Mensagem Imperial, que apresentava em linhas gerais os projetos de lei do seguro social. Houve grande oposição, até mesmo dentro do governo, mas existiam condições favoráveis, como a elevação do nível econômico e a melhoria do padrão de vida dos trabalhadores. A Lei do Seguro-Doença foi aprovada em 1883 (a primeira lei previdenciária), no ano seguinte a legislação de acidente do trabalho e, em 1889, a Lei do Seguro para o Cuidado (invalidez e velhice). Seguiu-se ainda o Seguro para a Aposentadoria e o Seguro Desemprego (1927). Tipos especiais de entidades autônomas foram criados para cada um desses ramos de seguros. A intervenção do Estado tornou-se marcante. O seguro doença e o de invalidez eram custeados por contribuições dos empregados e das empresas; o seguro de acidentes, apenas por contribuições das empresas.

A legislação alemã influenciou toda a Europa, foi repetidamente revista e, em 1911, coordenada e reunida no Código Nacional de Previdência Social, ou Código do Seguro Social alemão.

Ainda no séc. XIX tem início a doutrina social da Igreja, notável na conscientização do próprio homem sobre o seu papel no processo socioeconômico da comunidade a que pertence, afirmando o direito à garantia a um nível mínimo de subsistência. A Igreja denomina tais ações de “dignificação da pessoa humana”.

A Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa Leão XIII, obteve grande repercussão, sobretudo a partir do Tratado de Versailles (1919), após a Primeira Guerra, e a consequente criação da Organização Internacional do Trabalho<sup>24</sup>.

Em 1895, a França estabeleceu estatuto a que deveriam obedecer as caixas de aposentadoria de socorros mútuos. Em 1897, os seguros de acidentes do trabalho surgem na legislação inglesa e, no ano seguinte, na legislação francesa.

---

*motivação de Bismarck, o que no fundo nos deve interessar aqui é a sua extraordinária contribuição para o progresso social. Basicamente, seu maior mérito foi ter encontrado no seguro privado, que então se tornou também social, a solução para o problema crucial de executar a contento um programa, um serviço público, da natureza, complexidade e envergadura da previdência social.*

<sup>24</sup> A Encíclica *Quadragesimo anno* (1931), do Papa Pio XI, comemorativa dos quarenta anos de edição da *Rerum Novarum*, também alcançou projeção internacional ao qualificar a economia de *profundamente viciada*.

Atuando para remediar injustiças sociais, o seguro social teve o papel de apaziguar a insatisfação das classes trabalhadoras e aliviar a tensão que aquelas injustiças geravam para a sociedade como um todo. Assim, como poderoso fator de paz social, tornou-se uma notável arma de política social dos estados.

Caracteriza-se o seguro social por uma forte intervenção estatal, marcada pela obrigatoriedade (que se ajusta à “lei dos grandes números”<sup>25</sup>), pela pluralidade das fontes de receita – contribuições dos trabalhadores, das empresas e do Estado -, pela desproporção entre o prêmio (contribuição) e o risco, limitados os valores de suas indenizações, e pela ausência de lucro. São estabelecidas diversas formas de seguro, para o qual, ordinariamente, contribuem os trabalhadores, o patronato e o Estado.

En el Seguro Social se establecen relaciones jurídicas entre el empleador, la institución aseguradora e el trabajador independientemente de todo acto de consentimiento: se trata de una relación jurídica legal, impuesta por vía de autoridad, y no una relación contractual que se forma bajo da coacción de la ley.

Esta sujeción obligatoria há marcado profundamente toda la técnica del Seguro Social<sup>26</sup>.

A partir de então, o Estado não apenas intervém legislando, criando o seguro e tornando-o obrigatório, mas também atuando administrativa e financeiramente, na organização e participação de seu custeio<sup>27</sup>.

Objetiva tal seguro reduzir os riscos sociais, especialmente os mais graves: doença, velhice, invalidez, acidentes do trabalho e desemprego (e maternidade). Contudo, prevalece a percepção de que o seguro social existe para a reparação de danos.

<sup>25</sup> “Se um evento de probabilidade  $p$  é observado repetidamente em ocasiões independentes, a proporção da frequência observada deste evento em relação ao total número de repetições converge em direção a  $p$  à medida que o número de repetições se torna arbitrariamente grande.”

<sup>26</sup> DURAND, Paul. **La política contemporânea de seguridad social**. Madrid: Ministerio de Trabajo e de Seguridad Social, 1991, p. 110.

<sup>27</sup> PEREIRA LEITE, João Antônio G. *Op. cit.*, p. 24.

Ao seguro social e, depois, ao seguro social combinado com a assistência pública, passou-se a denominar de **previdência social**<sup>28</sup>.

### 2.3 Terceira Fase – A Proteção aos Cidadãos – Seguridade Social<sup>29</sup>

Tem-se como marco de uma nova etapa do desenvolvimento da proteção social a Primeira Guerra (1914-1918), que devastou sistemas protetivos, principalmente na Alemanha e na Áustria, constituindo-se em gravíssima contingência do início do sec. XX.

Ao final da Guerra, após seis meses de complexas negociações, o Tratado de Versailles, que restou assinado pelo Ministro do Exterior alemão em junho de 1919, estabeleceu o comprometimento com a implantação de um regime universal de justiça social.

A Parte XIII do Tratado (arts. 387 a 399) dispôs sobre a criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho, ou *Bureau International du Travail*, a qual terá decisiva e marcante presença na construção do arcabouço jurídico da seguridade social<sup>30</sup>.

Um pouco antes, a Constituição Mexicana de 1917 determinara a expedição de lei do seguro social, significando que o Estado assumia que o risco do trabalho não poderia ser suportado apenas pelo empregado, elevando o trato da questão social ao nível dos estatutos legais máximos<sup>31</sup>.

Firmando o constitucionalismo social, a Constituição de Weimar, também de 1919, promulgada em seguida ao término da Guerra (e à queda da monarquia alemã), contemplava a proteção

<sup>28</sup> Idem, p. 25

<sup>29</sup> A locução é corrente e equivalente em outras línguas: *security*, *securité*, *seguridad*, etc.

<sup>30</sup> BALERA, Wagner. *Op.cit.*, p. 94.

<sup>31</sup> Em curiosa passagem, aponta Ivan Lins, citando o Desembargador Florêncio de Abreu e Dario de Bittencourt, que a Constituição do Rio Grande do Sul de 1891 teria sido *cronologicamente a primeira, no novo mundo, a inserir normas em defesa do trabalhador*, ao suprimir, em seu art. 74, *quaisquer distinções entre funcionários públicos do quadro e simples jornalheiros, para estender a estes as vantagens de que gozavam aqueles*. A Carta gaúcha, com tal medida, *indisfarçavelmente revolucionária para a época*, precedeu as Constituições do México, da Rússia e a de Weimar na inserção de dispositivos em defesa do trabalho obreiro. (**História do Positivismo no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 185).

à maternidade, o direito à pensão por morte e à aposentadoria do servidor público; a proteção à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante seguros, com colaboração dos segurados, e o seguro desemprego. Previu em seu texto todas as convenções aprovadas pela então recém-criada OIT.

As Conferências Internacionais do Trabalho desde 1919 passaram a recomendar a adoção do seguro-desemprego, seguro-doença, extensão do seguro social aos trabalhadores da agricultura, proteção à velhice, invalidez e morte.

Nos Estados Unidos, a economia sofreu um colapso em 1929 (Grande Depressão), ao que respondeu o Presidente Franklin D. Roosevelt com uma série de programas conhecidos como *New Deal* (1933-1937). Neste plano de recuperação nacional, preconizou-se uma nova forma de intervenção do Estado na sociedade americana, em termos de condições e nível de vida mínimos, principalmente para os desempregados, idosos, deficientes, órfãos, etc. Tomou contornos o *Welfare State*, pioneira versão americana do Estado-providência europeu<sup>32</sup>. Salário mínimo e auxílio desemprego foram algumas das novidades no âmbito social, e a lei - *Social Security Act*, de agosto de 1935<sup>33</sup> – inaugurou o termo seguridade e se mantém em linhas gerais até o presente como a previdência social americana.

A politização da desigualdade social envolveu a intervenção do Estado na relação salarial e no consumo coletivo: segurança do emprego, salários mínimos, subsídios e indenizações aos trabalhadores, fundos de pensões, educação pública, saúde e habitação, ordenamento do território e planejamento urbanístico, etc. Estas medidas foram tão radicais e resultaram de um pacto social (entre o capital e o trabalho, sob a égide do Estado) tão inédito que conduziram a uma forma política nova: o Estado-Providência<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> A expressão Estado-providência, contudo, é muito anterior a *Welfare State*, tendo surgido na França ainda no segundo Império.

<sup>33</sup> *La Ley de Seguridad Social se caracterizó por tres rasgos fundamentales: la superación de los particularismos de los diversos estados, la organización de un Sistema bastante amplio de indemnización de Riesgos Sociales y la decisión de impedir que las nuevas instituciones alteraran el espíritu de iniciativa del Pueblo americano.* (DURAND, Paul. *Op. cit.*, p. 152).

<sup>34</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.* p. 148

No Brasil, a Lei Eloy Chaves<sup>35</sup>, o Decreto Legislativo n° 4.682, de 24.jan.1923 (posteriormente fixado Dia da Previdência Social), estabeleceu as bases legais e conceituais da posterior previdência social. A Constituição de 1934, pela primeira vez, previu a *instituição de previdência* (art. 121, § 1º, h).

A Segunda Grande Guerra lançou um alerta mundial para a necessidade de um sistema de proteção para o indivíduo, verificados os riscos crescentes e em novas dimensões, e que garantisse a paz. Ficou patente o dever de proteger qualquer pessoa, em diferentes estados de necessidade, em qualquer fase da vida.

A Carta do Atlântico – *Atlantic Charter* (1941) –, negociada pelo Primeiro Ministro Churchill e pelo Presidente Roosevelt a bordo do Cruzador Augusta, foi emitida como declaração de objetivos para o pós-guerra, com oito pontos, um dos quais pertinente à *cooperação econômica global e avanço do bem-estar social*.

É clara a influência das ideias de John Maynard Keynes – que à época ocupava a diretoria do Banco da Inglaterra - acerca do intervencionismo estatal e do pleno emprego.

Na Inglaterra foi formada uma comissão interministerial para estudos dos planos de seguro social e seguros afins, sendo presidida por *William Beveridge*. Os trabalhos tiveram início em 1941 – em plena Guerra, portanto – e o sistema protetivo foi largamente estudado, inclusive questões como o aumento da expectativa de vida e da redução das taxas de natalidade.

As conclusões apresentadas ao Parlamento, sob denominação de “Plano Beveridge”<sup>36</sup>, apontavam para as diversas lacunas do seguro social, limitado às pessoas vinculadas por um contrato de trabalho ou submetidas a certa remuneração quando em serviços não-manuais. Muitos, como trabalhadores por conta própria, pobres e necessitados, ficavam sem cobertura<sup>37</sup>. O Estado deveria assumir mais encargos, através de políticas públicas, com a colaboração do

---

<sup>35</sup> Eloy Chaves era deputado por São Paulo.

<sup>36</sup> Ou *Informe Beveridge*. Lançado em 1º.dez.1942, vendeu 70.000 exemplares em três horas.

<sup>37</sup> Beveridge apontou os “cinco males gigantes”: a indigência, as enfermidades, a ignorância, a sujeira e a ociosidade.

corpo social: o Plano Beveridge não propôs a supressão e a responsabilidades individuais com a intervenção do Estado, mas antes a colaboração entre os indivíduos, especialmente através da família, e o poder público.

O Plano sustentou a integração de setores ou pessoas até então excluídos do antigo sistema de seguro social, como os funcionários públicos, a polícia, ferroviários, etc., e a extensão da Seguridade ao maior número possível de riscos (ampliando ainda mais a já bastante completa legislação inglesa).

Sir William Beveridge sintetizou<sup>38</sup>:

La carta del Atlántico habla, entre otros fines, de conseguir para todos “mejores niveles de trabajo, prosperidade económica y seguridade social. El Plan de Seguridad de mi Informe es un plan para convertir las dos últimas palabras, “seguridade social”, en hechos, para conseguir en la Gran Bretaña que nadie dispuesto a trabajar mientras pueda, carezca de ingresos suficientes para hacer frente em todas as épocas de su vida a sus necesidades esenciales y las de su familia.

...

El Plan de Seguridad comprende tres partes. En primer lugar, un programa completo de seguros sociales en prestaciones em dinero. En segundo lugar, un sistema general de subsidios infantiles, tanto cuando el padre gana dinero como cuando no lo gana. Finalmente, un plan general de cuidados médicos de todas clases para todo el mundo.

O Plano Beveridge é o documento mais relevante na fixação dos novos contornos da proteção social: a seguridade social.

A eliminação das situações de necessidade, como qualquer outra, não pode ser concretizada por indivíduos que são seus titulares, mas deve ser garantida por toda a coletividade organizada no Estado, para a qual, portanto, essa libertação constitui fim a ser visado, recorrendo-se a uma solidariedade que é geral, na medida em que envolve todos os cidadãos. Tal concepção é largamente difundida, inclusive em razão da

---

<sup>38</sup> BEVERIDGE, William. **Bases de la Seguridad Social**. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1944, p. 66.

situação econômica e social determinada pela guerra, a qual influenciou, então, o ordenamento jurídico de vários países, alguns dos quais executaram significativas reformas em suas legislações previdenciárias. Cabe-nos mencionar, a propósito, a reforma inglesa, principalmente no que concerne à teorização que dela fez Lord Beveridge (1948). Por outro lado, é preciso ter presente como a inevitável conexão existente entre a situação econômica geral de um país e os níveis de tutela previdenciária determinou, por vezes, revisões dos sistemas previdenciários mais avançados<sup>39</sup>.

A partir de então, com a paulatina superação das estruturas jurídicas baseadas no individualismo e a emergência, como elemento subjacente de uma nova ordem social internacional, da solidariedade, os Estados assumiram a função de atuar como agentes do desenvolvimento social<sup>40</sup>.

Em 1944, a “Declaração de Filadélfia”, resultado da Conferência da OIT, redimensionou a Organização, com a recomendação de unificação dos sistemas de seguro social e extensão a todos os trabalhadores, inclusive rurais e autônomos, e suas famílias<sup>41</sup>. Foi formalizada como anexo à Constituição da OIT, e, a partir de então, o direito à seguridade social tem merecido reiterada declaração em documentos internacionais, *e.g.*:

– Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948 – *direito à segurança*;

– Convenção n° 102 da OIT, 1952, denominada *Norma Mínima* (cujos 87 artigos foram ratificados pelo Brasil através do Decreto Legislativo n° 269/2008 – DOU de 19.set.2008, tornando-se o 44° país a adotar a Convenção), que, na esteira das proposições do Plano Beveridge, define novas contingências sociais e condições de concessão da proteção. É documento de grande importância para a seguridade social;

– Carta Social Europeia, 1961, que assentou que os estados deveriam manter um regime adequado a um nível satisfatório de

<sup>39</sup> PERSIANI, Mattia. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>40</sup> BALERA, Wagner. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>41</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2004, p. 155

proteção, com aumento gradativo;

- Código Europeu de Seguridade Social, 1964;
- Recomendação da Conferência da OIT, Ottawa, 1966;
- Declaração de Querétaro, México, 1974.

Segundo Mattia Persiani<sup>42</sup>, *em meio à variedade dos modos de atuação, é possível, todavia, individualizar dois princípios fundamentais que, numa tendência uniforme e constante, bem podem representar os elementos característicos e determinantes da evolução dos sistemas jurídicos previdenciários relativamente à ideia de seguridade social.* E os princípios que representam tal evolução e marcam a seguridade social, conforme Persiani, são 1) a intervenção cada vez mais determinante do Estado, que agora assume diretamente, entre suas metas, a realização da tutela previdenciária; 2) a progressiva extensão desta a novas situações de necessidade e a novas categorias de indivíduos, inclusive, além do âmbito tradicional do trabalho subordinado.

Ao mesmo tempo, a antiga noção de previdência – reparadora de danos, indenizatória – não se mostrava adequada a certos acontecimentos que, embora planejados, desejados e até agradáveis, provocam desequilíbrio econômico na vida do trabalhador, que requer proteção.

A proteção dada pela seguridade é muito mais abrangente que a dos seguros sociais. O elemento aleatório perde relevo na ideia de ‘contingência’, justamente porque há ‘contingências’ desejadas que não causam dano, mas geram ‘necessidades’. É o caso da maternidade, que, normalmente, é desejada, e gera ‘necessidades’, sem causar dano. O conceito de ‘risco’ não se ajusta a essa hipótese, porque não há dano.<sup>43</sup>

Efetivamente, o risco, elemento que define o regime jurídico do seguro, foi substituído (ainda que não totalmente) pela noção de necessidade social. Ocorre que o risco, sendo um evento futuro e incerto, que causa prejuízo quando realizado, tem como elementos

---

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 32.

<sup>43</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social**. São Paulo: LTr, 2004, p. 161.

lógicos de seu conceito a *futuridade e a incerteza*, sendo o objeto da relação jurídica que antecede ao evento<sup>44</sup>.

Desta feita, o risco muda de configuração (quantitativa e qualitativamente) e deixa de ser objeto da relação jurídica (*risco-possibilidade*) para se transformar em causa eficiente, que dá lugar ao acontecimento produtor da consequência protegida (*risco-causa*), tornando-se, assim, um elemento accidental.

A amplitude da proteção autoriza que a relação jurídica seja estabelecida mesmo após a ocorrência do evento ou contingência, para reparar suas consequências, pois a proteção é estendida também a fatos preexistentes e certos, anteriores mesmo à formação da relação jurídica de previdência social.

Assim, tem-se a erradicação da necessidade como alvo da política social, mas transformada em direito subjetivo, como algo novo e distinto do seguro social. A seguridade social obedece a uma filosofia que impõe simplesmente a reparação em favor do necessitado, *sem perguntar-lhe quem é nem qual é a causa de sua desgraça ou de sua dificuldade, deixando em qualquer caso à sociedade a obrigação de manter o decoro da existência humana*<sup>45</sup>.

O adjetivo social importa que a escassez de bens – a necessidade, de um modo geral – mostra-se relevante não apenas para o indivíduo, mas também para a coletividade, residindo aí a solidariedade que fundamenta a proteção: ao grupo social interessa que nenhum de seus membros seja privado dos mínimos necessários a uma existência digna<sup>46</sup>.

É precisa a síntese de Maria Emília Rocha Azevedo<sup>47</sup>:

A transição desse sistema de seguro restrito para a Seguridade

<sup>44</sup> DERZI, Heloisa Hernandez. **Os beneficiários da pensão por morte**. São Paulo: Lex Editora, 2004, p. 63.

<sup>45</sup> Francisco de Ferrari, *Los Principios de La Seguridad Social*. Buenos Aires: Depalma, 1972, *apud* PEREIRA LEITE, *op. cit.*, p. 27.

<sup>46</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Op. cit.*, p. 162.

<sup>47</sup> AZEVEDO, Maria Emília Rocha. O ordenamento legal e a prática social da seguridade social. In CARVALHO FILHO, Celecino de (Org.). **Ciclo de Estudos sobre Seguridade Social**. v. 5. Seguridade Social – Conceito e Abrangência. Fortaleza: ANFIP, 1994, p. 10.

Social, em todo o mundo, partiu principalmente da constatação da existência de externalidades. Verificou-se que as necessidades individuais não atendidas repercutiam não só sobre o indivíduo ou sobre seu grupo familiar mais próximo, mas sobre toda a sociedade. Isso forçou a evolução do sistema de seguro restrito para um sistema mais amplo, integrando benefícios, seguro social e serviços sociais e envolvendo a noção de importância da universalidade na cobertura de um sistema de proteção social mais amplo.

A seguridade social firmou-se como um instrumento econômico de bem-estar (compulsório), a fim de garantir os mínimos necessários à subsistência dos indivíduos e, desta forma, reduzir as desigualdades resultantes da falta de ingressos financeiros, em prol da *justiça social*.

Contudo, a definição de necessidades protegidas é transitória e sempre considerada à luz do ordenamento jurídico específico, o que torna o conceito de seguridade social próprio de determinada realidade normativa.

É ordinário à noção de seguridade social que, faltando trabalho, em razão de desemprego ou impossibilidade de trabalhar por doença, invalidez ou (qualquer) outra causa, deixa o indivíduo de ter condições de prover o seu sustento e o de sua família, o que obriga o Estado a vir em socorro, por meio da seguridade.

### **2.3.1 A Integração da Seguridade Social no Direito Brasileiro**

No Brasil, o conceito de seguridade social foi albergado em 1988, através da Constituição, no Título VIII, Da Ordem Social, e Capítulo II, Da Seguridade Social. E a alteração não foi apenas semântica, mas no próprio alcance e nos valores da proteção social, composta por três áreas: a saúde, a previdência e a assistência sociais.

A evolução da Previdência profissional para o âmbito de uma responsabilidade social o mais abrangente possível tem, no Brasil, o seu marco institucional, sem dúvida nenhuma, na Constituição de 1988. É na Constituição, pelo menos em termos dos dispositivos legais, que está colocada a grande possibilidade de transformação do contrato de seguro para a segurança sem contrato, ou seja, de Previdência Social

para Seguridade Social. Realmente, no texto constitucional, o Capítulo dedicado à Seguridade Social é concebido de forma inovadora tanto na definição das funções que abrange quanto nos objetivos e nas diretrizes que estão colocados para a realização dessa Seguridade<sup>48</sup>.

E, no Título I da Carta de 1988, foram elevados a *Princípios Fundamentais*: a dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV); sociedade livre, justa e solidária; desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais; promoção do bem de todos (art. 3º, I, II, III e IV).

Pontos aproximam o modelo brasileiro de seguridade do modelo atlântico ou inglês, concebido por Beveridge. Por exemplo, o custeio não leva em conta o risco, mas a capacidade econômica dos contribuintes. A proteção, à luz do princípio da *universalidade da cobertura e do atendimento*, foi estendida a todos os cidadãos, inclusive na previdência social, não mais exclusiva dos trabalhadores (como ao segurado facultativo), limitada ao necessário a preservar a parte de bem-estar e justiça sociais que cabe à seguridade prover.

Pondera Marcelo Viana Estevão de Moraes<sup>49</sup>:

No caso brasileiro, é importante utilizar-se a experiência comparada também para se analisar a trajetória da construção do seu sistema previdenciário. De certa maneira, a inspiração é europeia e os módulos e sistemas europeus de proteção fundem-se em duas vertentes. A 'bismarquiana', contributiva, de natureza tripartite, e a inglesa que, de certa maneira, privilegia as necessidades dos cidadãos e a universalidade do acesso. Na verdade, todos os sistemas acabam conciliando aspectos dessas duas vertentes. No Brasil tem-se um modelo que expressa grande similitude com a experiência europeia. A grande diferença é que toda a construção do 'estado de bem-estar' europeu deu-se no decorrer dos gloriosos 30 anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial. Aqui, enfrentou-se um processo meio diferente. No momento em que foram lançadas

<sup>48</sup> AZEVEDO, Maria Emília Rocha. *Op. cit.* p. 11.

<sup>49</sup> MORAES, Marcelo Viana Estevão de. A reforma do sistema previdenciário. In CARVALHO FILHO, Celcino de (Org.). **Ciclo de Estudos sobre Seguridade Social. v. III.** Previdência Social. São Paulo: ANFIP, 1994, p. 26-27.

as bases do que deveria ser o “estado do bem-estar” brasileiro, e que coincide com a redemocratização do país, quando há espaço para que demandas sociais tradicionalmente reprimidas venham à tona, coincide também, sob o prisma de vista macroeconômico, com um processo de perdas de sinergias.

O “modelo” adotado, contudo, já estava em fase de redimensionamento em grande parte do mundo<sup>50</sup>. Assim, a partir de 1998 – com a Carta em seu décimo ano de vida – tem início uma série de reformas constitucionais acerca da Seguridade Social no Brasil: as Emendas nº 20, de dezembro de 1998; nº 41, de dezembro de 2003; nº 47, de julho de 2005; nº 70, de março de 2012, além de outras pertinentes ao sistema tributário nacional, com reflexos no financiamento da seguridade social.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exposição do trato da questão social revela, não obstante imperfeições e até mesmo retrocessos localizados, clara evolução no enfrentamento concreto da problemática das necessidades sociais, sobretudo pela inclusão do estado como agente múltiplo, e aperfeiçoamento na fundamentação teórica do thema, notadamente do ponto de vista dos valores e dos princípios que o orientam.

A passagem de um nível de proteção social meramente assistencialista, com ou sem a participação do estado, para, a partir das leis da Alemanha de Bismarck, difundir-se e consolidar-se o seguro social, representou significativo avanço, ainda que limitado do ponto de vista subjetivo e do alcance das prestações, na garantia dos direitos sociais mínimos que o estado passou a reconhecer face aos

---

<sup>50</sup> *Analisando o significado da ‘crise’ dos modelos de “proteção social” para os países centrais e conseqüentemente para os em via de desenvolvimento, percebemos que os ‘dilemas’ a serem enfrentados dizem muito menos da falência de um modelo e muito mais de questões como conteúdo e forma do padrão de proteção em face do aumento da demanda, das conquistas reais em termos de direitos sociais, do aumento do desemprego versus diminuição de horas necessárias para o processo produtivo, etc. Estamos diante de um cenário que aponta para a ‘crise do modelo de sociedade’ até aqui desenvolvida.* (CARBONE, Célia Opice. **Seguridade Social no Brasil: ficção ou realidade?**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 23)

riscos sociais da sociedade industrial capitalista que se desenvolvia.

O nível seguinte foi de aperfeiçoamento, atingido na primeira metade do século XX a partir dos ideais do *Welfare State* e do Estado-Providência, e levou a proteção social à dimensão da *seguridade social*, através de um amplo sistema protetivo voltado a toda a sociedade e à atenção de um número maior de riscos ou, modernamente, necessidades sociais.

Em seu estágio atual, contudo, os sistemas de seguridade social, fundados em bases econômica, sociológica e jurídica<sup>51</sup>, sentem os impactos das transformações recentes no panorama mundial, sobretudo de ordem demográfica e econômica (muitas das quais oriundas de países asiáticos), a exigir constante reavaliação dos meios de financiamento e no atendimento às necessidades ou contingências das populações, marcadamente em países nos quais persiste ainda um quadro de profunda desigualdade social.

Este um dos desafios colocados também ao Brasil, cujas reformas na área de Seguridade Social, em nível constitucional e infraconstitucional, devem guardar correspondência aos anseios da população mais necessitada e ao projeto nacional de desenvolvimento com justiça social.

## REFERÊNCIAS

ALMANSA PASTOR, José M. **Derecho de la Seguridad Social**. 7ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

AZEVEDO, Maria Emília Rocha. **O ordenamento legal e a prática social da seguridade social**. In CARVALHO FILHO, Celcino de (Org.). *Ciclo de Estudos sobre Seguridade Social*. v. 5. Seguridade Social – Conceito e Abrangência. Fortaleza: ANFIP, 1994.

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

ASSIS, Armando de Oliveira. **Compêndio de Seguro Social**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1963.

---

<sup>51</sup> ALMANSA PASTOR, José M. **Derecho de la Seguridad Social**. 7ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

- BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses. A Fascinante História do Risco**. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1997.
- BEVERIDGE, William. **Bases de la Seguridad Social**. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1944.
- CARBONE, Célia Opice. **Seguridade Social no Brasil: ficção ou realidade?**. São Paulo: Atlas, 1994.
- CARDOSO DE OLIVEIRA. Moacyr Velloso. **A doutrina social ao alcance de todos**. São Paulo: LTr, 1991.
- DERZI, Heloisa Hernandez. **Os beneficiários da pensão por morte**. São Paulo: Lex Editora, 2004.
- DURAND, Paul. **La política contemporânea de seguridade social**. Madrid: Ministerio de Trabajo e de Seguridad Social, 1991.
- HORVATH, Miguel Jr. **Direito Previdenciário**. 6ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LEITE, Celso Barroso. **Um século de previdência social**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.
- LINS, Ivan. **História do Positivismo no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.
- MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada**. São Paulo: LTr, 2009.
- MORAES, Marcelo Viana Estevão de. **A reforma do sistema previdenciário**. In CARVALHO FILHO, Celcino de (Org.). *Ciclo de Estudos sobre Seguridade Social*. v. III. *Previdência Social*. São Paulo: ANFIP, 1994.
- PEREIRA LEITE, João Antônio G. **Curso Elementar de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr, 1977.
- PERSIANI, Mattia. **Direito da Previdência Social**. 14ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência Privada**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social.** São Paulo: LTr, 2004.

# DESCABIMENTO DE INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS QUE POSSUAM OSPROVENTOS DE APOSENTADORIA CALCULADOS NOS TERMOS DO ART. 40, §§ 3º E 17 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 41/03

**Marília Vieira Bueno<sup>1</sup>**

A Emenda Constitucional nº 41/2003 trouxe profundas alterações no regime próprio dos servidores públicos civis estatutários, estabelecendo um novo paradigma no que concerne à aposentadoria.

Com efeito, até o advento da aludida Emenda, possuíam os servidores públicos estatutários direito à aposentadoria integral, bem como tinham direito à paridade, ou seja, os reajustes concedidos aos servidores ativos deveriam ser estendidos aos inativos, conforme a redação original do parágrafo 4º do artigo 40 e, posteriormente, do parágrafo 8º do mesmo artigo 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 20/98.

Como se verá a seguir, a EC nº 41/2003, ao alterar a redação dos parágrafos 3º e 17 do artigo 40 da Constituição Federal, fixou uma nova forma de cálculo dos proventos de aposentadoria. Senão vejamos:

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 equi-

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

lívrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

(...)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

(...)

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

(...)

§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

(...)

§ 17. Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Os servidores públicos estatutários que passam para a inatividade com base nos §§ 3º e 17 do art. 40 da Carta da República, com a redação dada pela EC nº 41/2003, têm seus proventos iniciais de aposentadoria calculados com base na média dos 80 (oitenta) maiores salários de contribuição, a contar de julho de 1994, devidamente atualizados, com o que se apura o vencimento médio, devendo ser observado o art. 1º, §5º, da Lei Federal 10.887/2004, que limita os proventos à remuneração do cargo efetivo.

Assim prevê a Lei Federal nº 10.887/2004:

“Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.

§ 2º A base de cálculo dos proventos será a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio.

§ 3º Os valores das remunerações a serem utilizadas no cálculo de que trata este artigo serão comprovados mediante documento fornecido pelos órgãos e entidades gestoras dos regimes de previdência aos quais o servidor esteve vinculado ou por outro documento público, na forma do regulamento.

§ 4º Para os fins deste artigo, as remunerações consideradas no cálculo da aposentadoria, atualizadas na forma do § 1º deste artigo, não poderão ser:

I - inferiores ao valor do salário-mínimo;

II - superiores ao limite máximo do salário-de-contribuição, quanto aos meses em que o servidor esteve vinculado ao regime geral de previdência social.

§ 5º Os proventos, calculados de acordo com o caput deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.”

Como acima referido, as reformas previdenciárias levadas a efeito pelas Emendas Constitucionais 20/98, 41/2003 e 47/2005 introduziram profundas modificações nas concessões e cálculos dos proventos de aposentadoria do regime próprio de previdência social dos servidores públicos estatutários.

Em assim sendo, as legislações infraconstitucionais que conce-

dem determinados benefícios aos servidores estatutários, quando da sua inativação, devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal.

Tendo em vista a constitucionalização do regime previdenciário dos servidores públicos, deve-se verificar a adequação ao regramento constitucional das leis dos entes federados que preveem, por exemplo, a incorporação de gratificações nos proventos de aposentadoria.

Válido, aqui, lembrar a lição de Luís Roberto Barroso ao discorrer sobre a aplicação da Constituição na interpretação das normas infraconstitucionais:

“Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

(...)

b) Indiretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não deverá fazê-la incidir; esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema”.

( BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional

Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 2ª ed., 2010, São Paulo, Editora Saraiva, p. 364)

Antes das reformas constitucionais, o sistema de previdência próprio do servidor público então previsto no art. 40 da Constituição Federal não tratava do tempo de exercício do servidor no cargo, nem cogitava de tempo de contribuição previdenciária. Independente de haver ou não contribuído para o regime previdenciário, e sem se perquirir sobre a idade, o servidor podia se aposentar com proventos integrais e paritários.

Nesse contexto constitucional, editou-se normas estatutárias que previam a incorporação aos proventos de aposentadoria de uma série de gratificações, desde que atendidos determinados requisitos, sendo o art. 103 da Lei Complementar nº 10.098/94, do Estado do Rio Grande do Sul, um exemplo dessas disposições legais, assim prevendo:

“Art. 103 - A função gratificada será incorporada integralmente ao provento do servidor que a tiver exercido, mesmo sob forma de cargo em comissão, por um período mínimo de 5 (cinco) anos consecutivos ou 10 (dez) intercalados, anteriormente à aposentadoria, observado o disposto no § 1º do artigo anterior.”

Após as alterações constitucionais do art. 40 da Carta da República, o regime próprio de previdência dos servidores públicos passou a ter caráter contributivo e solidário, com o cômputo do tempo de contribuição previdenciária. Os proventos, à exceção daqueles que se inativam com direito à integralidade e paridade, nos termos do art. 6º da EC 41/2003 e do art. 3º da EC 47/05, passaram a ser calculados, então, com base na média utilizada para as contribuições no regime geral do INSS e no regime próprio, nos termos do § 3º do art. 40, sendo os valores das remunerações consideradas para o cálculo do benefício devidamente atualizados, na forma da lei ( art. 40, § 17, da CF/88).

A Lei Federal nº 10.887/2004 regulamentou os parágrafos §3º e 17 do art. 40 da Constituição Federal, estabelecendo a forma de

cálculo dos proventos iniciais, considerando-se a média aritmética simples das maiores remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que estiver vinculado, correspondentes a 80% de todo o período contributivo, desde a competência de julho de 1994, ou desde a do início de contribuição, se posterior àquela competência.

Deve-se observar, portanto, que, na atual sistemática constitucional, os servidores públicos que não preencherem os requisitos das regras transitórias que asseguram o direito à integralidade e paridade dos proventos, estabelecidos nos artigos 6º da EC 41/2003 e 3º da EC 47/05, terão seus proventos calculados pela média dos 80 maiores salários de contribuição.

É de se frisar que os proventos são percebidos em parcela única, de modo que há uma total desvinculação com a remuneração dos servidores ativos, em razão do que não há paridade, ou seja, quando as parcelas que compõem a remuneração dos servidores em atividade forem reajustadas, não repercutirá nos proventos dos aposentados. Neste sentido, os proventos dos inativos sem paridade devem ser reajustados por lei própria, vez que lhes é inaplicável a lei que aumenta, por exemplo, o valor do vencimento básico dos ativos.

Verifica-se, assim, uma mudança de paradigma constitucional. Se, até o advento da EC nº 41/2003, eram as leis estatutárias dos entes federados que determinavam a forma de remuneração dos aposentados, bem assim das parcelas que comporiam os proventos de inatividade, as alterações introduzidas no art. 40 da Constituição Federal tiveram o condão de estabelecer um novo parâmetro para o cálculo dos proventos iniciais de aposentadoria, qual seja, o salário de contribuição.

Assim, para o cômputo dos proventos iniciais não importa a espécie de parcela remuneratória percebida pelo servidor, se vencimento básico, ou se adicionais por tempo de serviço, ou ainda se gratificações por função, mas, sim, se houve a correspondente contribuição previdenciária.

Claro é que o salário de contribuição será fixado pelas respectivas leis da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a matéria está

prevista no art. 18 da Lei nº 7.672/82, que inclui as funções gratificadas na base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Dessarte, uma vez que a gratificação por função compõe a base de cálculo da contribuição previdenciária, será computada no cálculo dos proventos iniciais de aposentadoria.

Tem-se, ainda, a questão da remuneração que servirá como limitador dos proventos iniciais, nos termos do art. 40, § 2º, da Constituição da República e do § 5º do art. 1º da Lei Federal nº 10.887/2004.

A citada Lei Federal, ao disciplinar o cálculo dos proventos iniciais, determinou fosse considerada a média aritmética simples das maiores remunerações. Quando a média das remunerações atualizadas ultrapassar o valor da remuneração do servidor no cargo efetivo em que ocorreu a aposentadoria, no entanto, esta última remuneração será o limite.

Não se pode perder de vista a dicção do art. 103 da LC nº 10.098/94 supracitado de que a função gratificada será incorporada integralmente aos proventos. Ora, nas hipóteses de aposentadoria calculada nos termos dos §§ 3º e 17 do art. 40 da Constituição Federal, não se há falar em incorporação de parcelas remuneratórias aos proventos, vez que estes são percebidos em parcela única, tendo como base de cálculo inicial as remunerações do servidor.

Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que, se não cabe a incorporação de parcelas remuneratórias aos proventos calculados com base na média aritmética simples dos 80 maiores salários de contribuição, não cabe a inclusão, para fins de se estabelecer a remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, de parcelas que não serão incorporadas aos proventos, mas somente aquelas percebidas na última remuneração do cargo.

Nessa esteira, à luz do disposto nos §§ 3º e 17 do artigo 40 da Constituição Federal, o parâmetro para o cálculo dos proventos de aposentadoria é a remuneração sobre a qual incidiu contribuição previdenciária, sendo irrelevante, para o seu cômputo, as normas estatutárias que preveem a incorporação de gratificações, as quais somente incidirão quando se tratar de inativação com proventos integrais.

E, como parâmetro limitador dos proventos iniciais, nos termos do art. 40, § 2º, da Constituição Federal e do art. 1º, § 5º, da Lei nº 10.887/2004, considera-se a última remuneração percebida pelo servidor em atividade.

Nesse compasso, impõe-se considerar, no cálculo da média das maiores remunerações do servidor, as parcelas que compõem o salário de contribuição definido na lei de cada ente da Federação, afastando-se a incidência das normas estatutárias atinentes às incorporações de gratificações nas aposentadorias concedidas nos termos dos §§ 3º e 17 do art. 40 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 41/03, sendo a última remuneração percebida pelo servidor ativo o limitador dos proventos iniciais.

# PODE O EX-PRESIDENTE DA REPÚBLICA SER CONVOCADO A DEPOR EM UMA CPI?

**Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz<sup>1</sup>**

“Deve ser óbvio, pois, que, se tem algum valor a doutrina da separação dos poderes e da independência da Presidência, deve ser igualmente aplicável a um Presidente depois de cumprido seu mandato, quando se trata de interrogá-lo sobre atos ocorridos durante sua Presidência. A doutrina se esboçaria e o Presidente, contrariamente à nossa teoria básica do governo constitucional, se converteria em mero braço dos ramos legislativos do Governo, se soubesse que, ao fim do seu mandato, cada um de seus atos poderia estar sujeito a uma investigação oficial e a uma possível deformação, para servir a propósitos políticos.”

Harry S. Truman, in *Public Papers of the Presidents of the United States*, 1973, pp. 638-9.

Dispõe o § 3º do artigo 58 da Constituição da República que o Poder Legislativo está autorizado a criar Comissões de Inquérito para apurar fato determinado, observados os requisitos ali traçados.

A investigação parlamentar somente pode ter por objeto fato determinado ou, como decorrência, acerca de fatos determinados que se encadeiem, ou se seriem.

A respeito, colha-se o ensinamento do Mestre Pontes de Miranda, em seus festejados Comentários à Constituição, *verbis*:

“3) COMISSÃO DE INQUÉRITO SÔBRE FATOS DETERMINADOS. — (a) Fato determinado é qualquer fato da vida constitucional do país, para que dele tenha conhecimento, preciso e suficiente, a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal; e possa tomar as providências que lhes couberem. Se fizerem funcionar tal regra jurídica, se lhe revelarem todo o conteúdo e a tornarem, na prática, o instrumento eficaz que o

---

<sup>1</sup> Desembargador Federal do TRF da 4ª Região

texto promete, ter-se-á conferido à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal relevante função no regime presidencial, ainda asfixiante, que a Constituição manteve, crendo tê-lo atenuado quanto devia.

(b) A investigação somente pode ser sobre fato determinado, ou, em consequência, sobre fatos determinados que se encaixem, ou se seriem. O estado permanente, em que se aponte, e. g., insolvência, comércio ilícito, é fato determinado; porém é preciso que se diga qual é. Se, por exemplo, alguma empresa de serviços ao público está a cobrar preços mais altos do que o preço fixado, há fatos determinados, que se repetem, mais ou menos frequentemente. Se o banco está a cobrar, por fora, juros ilegais, há fatos determinados, que se repetem, mais ou menos frequentemente. Se o Governo está a emitir sem lei, há fato determinado: aí, determinou-se fato, que pode ter sido único, ou ter-se repetido (pluralidade de fatos determinados por seus elementos componentes, isto é, emissão + carência de lei). O que se inquire é se, ou quando, ou onde, ou como; mas é preciso que se trate de fato determinado.”<sup>2</sup>

Embora o art. 58, § 3º, da Constituição Federal atribua amplos poderes à Comissão Parlamentar de Inquérito, acrescidos pela nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição de 1988, o fato é que, inclusive em homenagem ao princípio da separação e harmonia dos Poderes, insculpido no art. 2º da Lei Maior, a competência das Comissões de Inquérito não ultrapassa a própria competência do Poder Legislativo.

Dessa forma, o fato determinado sobre o qual pode se debruçar a Comissão Parlamentar de Inquérito é, única e exclusivamente, aquele que esteja dentro das atribuições da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal para servir de base à edição de nova legislação, ao seu controle, à sua aprovação ou rejeição, enfim, ao âmbito de sua fiscalização.

Demonstra-o lucidamente George B. Galloway, de maneira que se me afigura irretorquível, como que advertindo os parlamentares com estas palavras, verbis:

“Any analysis of congressional investigations must take ac-

<sup>2</sup> *In Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, 2ª edição, revista, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, t. III, p. 49.

count of their political motivation. (...) There exists a strong temptation to transcend the proper limits of a public inquiry and a great disposition to enter the domain of private life. The door is open to an indefinite search after evidence; and the suspension of the usual rules of evidence and of judicial procedure has often transformed the legislative committee into a tribunal of inquisition.”<sup>3</sup>

Em nosso país, de há muito encontra-se pacificado o entendimento de que o Poder Legislativo, inclusive por meio de seus órgãos fracionários como o são as comissões de inquérito, não tem o poder para convocar o Presidente da República.

E a pergunta que se impõe, até porque pouco versada na doutrina, é se pode o Parlamento convocar o ex-Presidente da República para se pronunciar sobre atos ou fatos ocorridos em seu governo? Atentaria tal proceder contra a letra e o espírito do princípio da separação dos Poderes previsto no artigo 2º da Lei Maior?

A resposta a essas indagações exige a exata compreensão do especial significado na vida institucional de uma Nação da grandeza e da peculiaridade do cargo de Presidente da República.

Quadra lembrar aqui a observação do Presidente Truman, que assim se pronunciou em suas consagradas memórias, verbis:

“No one who has not had the responsibility can really understand what is like to be President, not even his closest aides or members of his immediate family. There is no end to the chain of responsibility that binds him, and he is never allowed to forget that he is President.”<sup>4</sup>

Com efeito, nos Estados Unidos tem-se pacificado que o princípio da separação dos poderes, no que diz com a presidência da república, projeta-se àquele que já deixou o exercício do cargo, não se tratando de uma imunidade da pessoa, mas de *imunidade da função*, dela não podendo se despojar nem quando exerce esse elevado cargo, nem quando dele se retira.

<sup>3</sup> “Governmental Investigations”, in **Encyclopaedia of the Social Sciences**, The Macmillan Co., New York, 1937, v. 8, p. 256.

<sup>4</sup> In **Memoirs by Harry S. Truman**, Doubleday & Co., Garden City, N. Y., 1956, v. 2, p.1.

Como dizia o admirável jurista João de Oliveira Filho, *verbis*:

“O art. 37 da Constituição, em que se dispõe que a Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão Comissões de Inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros, não ultrapassa a competência do Poder Legislativo da União, não dá a tais comissões poder absoluto de pesquisa sobre tudo e sobre todos, nem poder de coerção sobre todos, cidadãos e autoridades, membros dos poderes estaduais e respectivos funcionários, órgãos da administração municipal e respectivos funcionários.

O fato determinado, sobre o qual a Comissão de Inquérito possa inquirir pessoas, sob comparecimento coercitivo, é o que esteja dentro das atribuições da Câmara dos Deputados ou do Senado para servir de base à legislação, ao seu controle, à sua aprovação, ou à sua desaprovação.

Nos Estados Unidos o princípio da separação dos poderes se estende aos que deixam o exercício dos cargos. Não se trata de imunidade de pessoa, mas de imunidade das funções, que as pessoas não podem dela se despojar, nem quando exercem os cargos, nem quando deles se retiram. A transitoriedade das pessoas não importa em se seccionar de uma em uma a independência dos poderes, de que elas foram detentoras. O compromisso, que assumem, cumprimento dos seus deveres, projeta-se além do término das suas funções. Se, como o Presidente Buchanan declarava, cada Presidente tem o dever de fazer com que "nunca sejam violados em sua pessoa" os direitos e prerrogativas na execução do seu mandato, mas "passá-los a seu sucessor inalterados por algum precedente perigoso", admitir que depois de terminado o mandato pudesse o ex-mandatário ser compelido a publicar aquilo que, como Presidente, não o estava, será quebrar o princípio do segredo de Estado, que, como o segredo profissional, só pode ser quebrado sob a responsabilidade do seu detentor, sem coação de quem quer que seja. O perjúrio é impulso natural, a inquisição será o resultado de uma fraqueza ante os sofrimentos.

O ex-Presidente Truman, nos Estados Unidos, sustentou que "se tem algum valor a doutrina da separação dos Poderes e independência da Presidência, deve ser igualmente aplicável a um Presidente depois de cumprido seu mandato, quando se trata de interrogá-lo sobre atos ocorridos durante sua Presidência"<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> *In Legislativo: Poder Autêntico*, 1ª edição, Forense, 1974, pp. 280/1.

Em 1953, após ter deixado a Presidência dos Estados Unidos, a Câmara dos Representantes convocou o ex-Presidente Truman para depor acerca de fatos ocorridos em seu governo.

O ex-Presidente recusou-se a comparecer, escrevendo uma longa e erudita carta ao Presidente da Comissão declinando os seus motivos, cujo teor merece ser reproduzido, *verbis*:

"Apesar de meu desejo pessoal de cooperar com sua Comissão - disse o ex-Presidente Truman - , vejo-me obrigado, por meu dever para com o povo dos Estados Unidos, a declinar do cumprimento da intimação.

"Ao fazê-lo, cumpro com as estipulações da Constituição dos Estados Unidos e sigo uma longa linha de precedentes, que começa com o próprio George Washington, em 1796.

"Desde essa data, os Presidentes Jefferson, Monroe, Jackson, Tyler, Polk, Fillmore, Buchanan, Lincoln, Grant, Hayes, Cleveland, Theodore Roosevelt, Coolidge, Hoover e Franklin D. Roosevelt se negaram a atender às intimações ou aos pedidos de informação de vários tipos, pelo Congresso.

"A razão que fundamenta esta doutrina constitucional, claramente estabelecida e universalmente reconhecida, foi apresentada sucintamente pelo Professor Charles Warren, uma de nossas principais autoridades constitucionais, da maneira seguinte:

"Nesta longa série de lutas do Poder Executivo para manter sua integridade constitucional, tiramos uma conclusão legítima de nossa teoria de governo ... Sob nossa Constituição, cada ramo do Governo está destinado a ser um representante, coordenado, da vontade do povo ... A defesa de seus direitos constitucionais pelo Poder Executivo se converte, portanto, e em verdade, na defesa dos direitos populares; defesa das faculdades que o povo lhe conferiu.

"Foi neste sentido que o Presidente Cleveland falou de seu dever para com o povo: o dever de não renunciar a nenhuma das faculdades de seu grande cargo. Ao mesmo se referia o Presidente Buchanan quando declarou que o povo tem direitos e prerrogativas na execução de seu mandato pelo Presidente, e cada Presidente tem o dever de fazer com "que nunca sejam violados em sua pessoa" mas "passá-los a seu sucessor inalterados por algum precedente perigoso".

"Ao manter seus direitos contra um Congresso que excede os limites de sua competência, o Presidente não se representa a si mesmo, mas o povo. "O presidente Jackson repeliu uma

tentativa do Congresso de anular a separação dos poderes, com estas palavras :

“Quanto a mim, repelirei todas as tentativas desse gênero como atentados contra a justiça, assim como contra a Constituição, e estimarei que é meu sagrado dever para com o povo dos Estados Unidos resistir, como resistiria ao estabelecimento da inquisição espanhola.”

"Poderia recomendar-lhe - continuou Truman - a leitura da opinião de uma das comissões da Câmara dos Deputados, de 1879, relatório 141, datado de 3 de março de 1879, 45.º Congresso, 3.ª Sessão, no qual a Comissão de Justiça da Câmara disse o seguinte:

"O Poder Executivo é independente de cada uma das Câmaras do Congresso, como cada Câmara do Congresso é independente do Executivo, e aqueles não podem exigir os arquivos da ação deste, nem tampouco de seus funcionários, contra seu consentimento, tal como o Poder Executivo não pode pedir nenhum dos arquivos ou as atas da Câmara ou do Senado".

"Deve ser óbvio para você, pois, que, se tem algum valor a doutrina da separação dos poderes e da independência da Presidência, deve ser igualmente aplicável a um Presidente depois de cumprido seu mandato, quando se trata de interrogá-lo sobre atos ocorridos durante sua presidência. A doutrina se esboroaria e o Presidente, contrariamente à nossa teoria básica do governo constitucional, se converteria em mero braço dos ramos legislativos do Governo, se soubesse que, ao fim de seu mandato, cada um de seus atos poderia estar sujeito a uma investigação oficial e a uma possível deformação, para servir a propósitos políticos.

"Não obstante, se sua intenção é investigar meus atos como indivíduo, seja antes ou depois de minha presidência, desde que não estejam relacionados com nenhum de meus atos como Presidente, com prazer comparecerei ante sua Comissão. Sinceramente, Harry S. Truman."<sup>6</sup>

Da mesma forma, durante o episódio conhecido como o “escândalo de Watergate”, o Congresso Americano chegou a cogitar de convocar o Presidente Nixon para depor.

No dia 07 de julho de 1973, o Presidente Nixon dirige uma correspondência ao Senado onde manifesta a sua recusa a uma eventual convocação para depor, expressa nestes termos, verbis:

<sup>6</sup> *In Public Papers of the Presidents of The United States – 1973*, Washington, 1975, pp. 638/9.

“The question of my own testimony, however, is another matter. I have concluded that if I were to testify before the Committee irreparable damage would be done to the Constitutional principle of separation of powers. My position in this regard is supported by ample precedents with which you are familiar and which need not be recited here. It is appropriate, however, to refer to one particular occasion on which this issue was raised.

In 1953 a Committee of the House of Representatives sought to subpoena former President Truman to inquire about matters of which he had personal knowledge while he had served as President. As you may recall, President Truman declined to comply with the subpoena on the ground that the separation of powers forbade his appearance. This position was not challenged by the Congress.

It is difficult to improve upon President Truman’s discussion of this matter. Therefore, I request that his letter, which is enclosed for the Committee’s convenience, be made part of the Committee’s record.

The Constitutional doctrine of separation of powers is fundamental to our structure of government. In my view, as in the view of previous Presidents, its preservation is vital. In this respect, the duty of every President to protect and defend the Constitutional rights and powers of his Office is an obligation that runs directly to the people of this country.”<sup>7</sup>

Realmente, como decorrência do princípio da separação e harmonia dos poderes, o Chefe do Poder Executivo, mesmo após o término do seu mandato, não está obrigado a comparecer perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito para depor sobre fatos relacionados ao seu governo.

Entendimento contrário, comprometeria, de maneira irremediável, a independência dos Poderes, consagrada no art. 2º da Constituição.

*Commodissimum est, id accipi, quo res de qua agitur, magis valeat quam pereat.*

Na república norte-americana, desde sempre se reconheceu ao Presidente da República a competência para determinar que funcionários diretamente a ele subordinados deixem de comparecer

---

<sup>7</sup> In **Public Papers of the Presidents of the United States – Richard Nixon** – 1973, United States Government Printing Office, Washington, 1975, pp. 637/8.

ao Legislativo para depor quando convocados, ou mesmo que não se disponibilizem documentos solicitados pelo Parlamento, principalmente em temas de segurança nacional e de política externa, constituindo tal prerrogativa no denominado “Executive Privilege”<sup>8</sup>.

De todo o exposto, apreende-se, à evidência, que o conjunto preceptivo do disposto no § 3º do artigo 58 da Constituição Federal tem o inequívoco sentido, quer por sua letra quer por sua função no contexto da Lei Maior, de ordenação, composição e competência da Comissão Parlamentar de Inquérito, de excluir do âmbito de sua abrangência o Presidente da República, mesmo após o término de seu mandato.

Consoa esse entendimento com a interpretação que José Wanderley Bezerra Alves, em alentada monografia sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, dá ao alcance do § 3º do artigo 58 da Carta da República, verbis:

“O princípio da separação dos Poderes, expresso no artigo 2º da Carta Política Nacional, também constitui um limitador às comissões de inquérito, no que diz respeito à pretensão de tomada de depoimento de autoridades.

No Brasil, está pacificado o entendimento de que o Congresso Nacional, suas Câmaras e comissões não têm poder para convocar o Presidente da República para depor, salvo em processo de impeachment em que este é denunciado, podendo fazê-lo

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, farta é a doutrina: Raoul Berger, in **Executive Privilege: A Constitutional Myth**, Harvard University Press, 1974, pp. 373 e seguintes; Philip Collins, “The Power of Congressional Committees to obtain information from the Executive Branch”, in **The Georgetown Law Journal**, v. 39, 1950-1951, pp. 563/598; Robert Kramer e Herman Marcuse, “Executive Privilege – A Study of the Period 1953-1960”, in **The George Washington Law Review**, v. 29, 1960-1961, pp. 898/909 e 914/916; Da mesma forma, os documentos constantes em **Public Papers of the Presidents – Harry S. Truman – 1950**, United States Government Printing Office, Washington, 1965, pp. 229/230 e 270/271; e **Public Papers of the Presidents – Richard Nixon – 1973**, United States Government Printing Office, Washington, 1975, pp. 184/7. Do Presidente Nixon, ainda, da mesma coleção, **Public Papers of the Presidents – Richard Nixon – 1974**, pp. 478/481. Importante referir, ainda, as seguintes obras: **Memoirs by Harry S. Truman**, Doubleday & Co., Garden City, N.Y., 1956, pp. 430/431 e 452/454; **The Memoirs of Richard Nixon**, Grosset & Dunlap Publishers, New York, 1978, pp. 896/903.

por escrito. Quanto às comissões de inquérito, o entendimento é o mesmo, reconhecendo-se que elas não têm poder para convocar o Chefe do Poder Executivo.

O Supremo Tribunal Federal, por reiteradas vezes, tem manifestado entendimento no sentido de que o Chefe do Poder Executivo não está obrigado a comparecer pessoalmente ao Legislativo para prestar informações, ainda que sob fato determinado.

Nos Estados Unidos, tem prevalecido o entendimento de que o Chefe do Poder Executivo, mesmo após o encerramento do mandato, não está obrigado a comparecer perante CPI para depor sobre fatos relacionados ao seu exercício, porque não se trata de imunidade de pessoa, mas de funções das quais seu ocupante não poderá se despojar nem mesmo após se retirar delas, compreensão que também deve ser aplicada no Brasil.”<sup>9</sup>

A seu turno, ao julgar o caso *Nixon v. Fitzgerald*, em 24 de junho de 1982, disse o *Chief Justice Warren Burger*, ao recusar o pretendido direito à indenização contra o ex-Presidente Nixon em razão de atos praticados durante o seu mandato como Presidente, verbis:

“The immunity of a President from civil suits is not simply a doctrine derived from this Court’s interpretation of common law or public policy. Absolute immunity for a President for acts within the official duties of the Chief Executive is either to be found in the constitutional separation of powers or it does not exist. (...) Exposing a President to civil damages actions for official acts within the scope of the Executive authority would inevitably subject Presidential actions to undue judicial scrutiny as well as subject the President to harassment.”<sup>10</sup>

E, noutro passo, consta do julgado da Suprema Corte, verbis:

“Former President of the United States was entitled to absolute immunity from damages liability predicated on his official acts as functionally mandated incident of his unique office...”<sup>11</sup>

<sup>9</sup> In **Comissões Parlamentares de Inquérito: Poderes e Limites de Atuação**, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2004, pp. 234/235.

<sup>10</sup> In **Supreme Court Reporter**, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1985, v. 102-A, p. 2707.

<sup>11</sup> In *Op. cit.*, p. 2.690.

À luz desses ensinamentos, recolhendo-se a experiência da Democracia Americana, pode-se concluir que, dentre os amplos poderes que a Constituição confere às Comissões Parlamentares de Inquérito, em seu artigo 58, § 3º, não está o de convocar para depor o Chefe do Poder Executivo, mesmo após o término do seu mandato, em razão do princípio da separação dos Poderes, insculpido no artigo 2º da Lei Maior.

Doutrinando a respeito do assunto na consideração do direito americano, manifestou-se o Justice Brandeis em célebre voto proferido na Suprema Corte, em 1920, por ocasião do julgamento do caso *Atherton Mills v. Johnston*, verbis:

“One branch of the Government cannot encroach upon the domain of another without danger. The safety of our institutions depends in no small degree on a strict observance of this salutary rule.”<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> *In The Unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis*, organizado por Alexander M. Bickel, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1957, p. 14.

# SOBRE A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

\*Leandro Augusto Nicola de Sampaio

## 1 INTRODUÇÃO

Concebido pelo gênio humano a partir da ideia racional de organização do Estado, cujo sentido teleológico Jellinek definiu como a associação soberana de um povo que de modo sistemático, centralizado e racional e com fundamento nos seus interesses solidários, individuais e gerais, busca a evolução progressiva e comum<sup>1</sup>, poder-se-ia com facilidade reconhecer uma federação naquele lugar (Estado) onde racionalmente distribui o seu povo (sociedade) as tarefas (competências) que em seu entendimento o levam a alcançar um objetivo comum e superior (finalidade), sob a luz do princípio da subsidiariedade, que se traduz no respeito primeiro às autonomias e capacidades individuais e comunitárias.

Em torno da inter-relação necessária e virtuosa desses conceitos é que se desenvolve o federalismo, propiciando a quem nele se debruçar não só pensá-lo doutrinariamente, mas também, sob uma perspectiva de reflexão e de busca de soluções e alternativas práticas, projetar seu desenvolvimento.

Não se desconhece que o sistema federativo atravessa fase aguda de seu ciclo já secular. A padronização em escala global da sociedade, fruto da interação já planetária, e das mudanças operadas no comportamento do Estado moderno na passagem do liberalismo econômico para o intervencionismo, o dirigismo e as formas mais amplas da atividade social e econômica do Estado, concentraram

---

\* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul

<sup>1</sup> JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 196.

na União o poder nacional. A União, guardando os instrumentos da intervenção e da direção nacional da economia e da política tende, então, a escantear as realidades e peculiaridades regionais, levando à sacralização da uniformidade, elevada a patamar do comportamento e, o que é mais grave, do próprio pensar. A federação, como obra da humanidade, sofre e aceita os influxos dos ventos da modernização, mas ao se ver sob a égide de perfis concentradores e centralizadores, corre o risco de tornar-se um monólito, passando a ter desafiada o que lhe é mais caro: sua racional versatilidade.

O Estado brasileiro não passa ao largo dessa perspectiva que se esparrama sobre as mais bem urdidas federações do planeta, para o que localmente contribui a tradição política, ingrediente de um sistema marcado pelo centralismo e pelo personalismo – não só técnico e administrativo – mas juspolítico, que repousa incontestado, levando de roldão as unidades federadas, quedadas inertes e sem iniciativa.

O ser humano é inquieto; assim como busca razão às suas mais intrínsecas singularidades, permanentemente questiona os tão duramente concebidos aparatos sobre os quais ergueu a civilização ocidental, desde os seus conceitos mais plurais até os sistemas que, com fundamento na solidariedade humana e na política, vêm servindo para a vida em sociedade e dentre os quais se destaca a federação – um de seus momentos culminantes – na medida em que resguarda a individualidade e, ao mesmo tempo, potencializa a capacidade criativa e de trabalho num ambiente de ordem e de racionalidade canalizado ao proveito geral.

A rigor um grande e intrincado sistema de repartição de competências, a federação se caracteriza, como entende Fernanda Dias Menezes de Almeida<sup>2</sup>, pela flexibilidade, plasticidade formal e capacidade de adaptação que a tornam apta a coexistir com múltiplas projeções de seu modelo. E tais peculiaridades a impedem de envelhecer, fazendo-a conservar a vitalidade a ponto de recriar-se na medida em que novos imperativos de ordem social, econômica e política se vão colocando na evolução natural das sociedades.

Sob essa inspiração se concebeu esse estudo, que procura

---

<sup>2</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**, 5.ed. São Paulo: Atlas. 2010. p.14 e 20.

abordar, em breve delineamento, o aspecto peculiar da competência do Estado-membro para a edição de normas não gerais de natureza previdenciária, mas que tem inspiração maior na efetividade federativa e na operacionalização de seu sistema, que não constitua apenas uma estrutura formal, mas uma ordem racional de partilha de poder, em prol da sociedade e da inteligência humana que o criou.

## 2 ORGANIZAÇÃO RACIONAL DAS COMPETÊNCIAS NO ESTADO FEDERATIVO

Federativo, em apertada síntese, é o Estado que de forma racional e proveitosa, organiza e distribui o poder institucional que a sociedade organizada lhe delega para a realização do bem comum. E o cerne do federalismo, ainda que muito relevantes sejam suas demais características, concentra-se exatamente nesse complexo sistema de concertação de poder, do qual emergem as competências de suas unidades parcelares.

De um modelo dual – que Carlos Eduardo Dieder Reverbel<sup>3</sup> prefere qualificar como competitivo – em que as competências não delegadas ao poder central remanescem com o Estado federado, emergiu o federalismo de cooperação, sob o pressuposto do compartilhamento das atribuições de forma concorrente pelos entes estatais, em atuação coordenada, conforme definido no ordenamento constitucional.

Anna Cândida da Cunha Ferraz<sup>4</sup> realça a delicada técnica constitucional de estabelecimento das competências federativas, que devem guardar as capacidades de auto-organização, de autogoverno, de autolegislação e de autoadministração de seus entes, intrínsecas à autonomia e sem uma das quais desfigura-se. Tradicionalmente, diz, guardada a ordem constitucional, o mínimo irreduzível e indispensável a uma ordem federal autêntica de competências exercidas pelos Estados por suas Constituições ou pelas leis que adotassem, se

---

<sup>3</sup> REVERBEL. Carlos Eduardo Dieder. **O Federalismo numa Visão Tridimensional do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 81-83.

<sup>4</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder Constituinte do Estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979, p. 63.

demarcava por exclusão daquelas deferidas à União e aos Municípios. Mas o constituinte de 1988, inspirado no modelo constitucional alemão, introduziu forma mais moderna de repartição cooperativa de competências, caracterizada por uma inter-relação concorrente de atribuições, num complexo mecanismo em que são geometricamente fracionadas em verticais, horizontais, privativas, remanescentes, sucessivas, exclusivas, numa multiplicidade que impressiona e até confunde.

Pois esse intrincado regime de competências tem desafiado os juristas, preocupados em trazer-lhe algum método e alguma sistematização, na tentativa de obter maior efetividade do modelo que, por sua complexidade, se vem desvirtuando, em grande parte pela inércia e acomodação dos próprios entes federados, não apercebidos das prerrogativas que detêm no federalismo de cooperação e que, assim, deixam de consolidar suas autonomias, agravadas pela dificuldade de custeio dos encargos federativos especialmente pela carência de recursos, cada vez mais concentrados na União.

### 3 COMPETÊNCIAS CONCORRENTES

A distribuição do poder institucional do Estado, portanto, se expressa por via das competências deferidas aos entes federados que, como visto, multifacetadas e desafiando a simplicidade, vêm a poder ser exercidas, em variados graus e contornos. Dentre essas, a noção de compartilhamento concorrente constitui, assinala Fernanda Dias Menezes de Almeida<sup>5</sup>, o traço que marca o tema de repartição de competências da Constituição de 1988, pela acentuada exploração das potencialidades da competência legislativa concorrente na tentativa de se dar maior peso às ordens parciais no relacionamento federativo.

Diogo Figueiredo Moreira Neto<sup>6</sup> reconhece a evolução do modelo de competências concorrentes moderno adotado na Cons-

---

<sup>5</sup> *Op.Cit.*, p.121.

<sup>6</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: O problema da conceituação das normas gerais. **Revista De Informação Legislativa**, Brasília, Ano 25, out/dez/1988, p. 131. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181992>. Acesso em 5 mar 2013.

tuição Federal de 1988 que, em contraste com a forma clássica de natureza cumulativa – pela qual a União, assim entendendo, dispunha ilimitadamente sobre a matéria até mesmo esgotá-la, remanescendo aos Estados apenas o poder de suplementação ou de complementação – sob inspiração da Constituição alemã as reparte e as procura distribuir lógica e racionalmente, assegurando aos Estados disporem sobre suas particularidades desde que as afeioem de forma não exaustiva ou integral à legislação federal de normas gerais.

E como observa com propriedade Raul Machado Horta<sup>7</sup>, sendo próprio da natureza da legislação de normas gerais a sua não exaustividade, natural seria a ampliação do campo legislativo do ente federado, que editaria as normas não gerais. Dessa forma, o modelo de distribuição concorrente de competências concebido na Constituição Federal de 1988, pelo qual à legislação estadual caberia introduzir em seu ordenamento as normas gerais editadas pela União por via da lei quadro ou lei moldura e, em seguimento, preencher os claros por via de normas particulares, mostrar-se-ia particularmente adequado ao federalismo de dimensão continental, como o brasileiro, no qual as unidades federadas não se apresentam homogêneas; ao contrário, exibem flagrantes disparidades de estrutura econômica, social financeira e administrativa e marcantes peculiaridades.

Certamente não se apercebia o constituinte que a imprecisão do conceito de normas gerais viria a se tornar mais um fator suficiente e bastante para que o Poder Central acumulasse maior gama de competências.

O ponto de relevo da concorrência constitucional de atribuições passa, então, pelo delineio conceitual de regras gerais. E, sem dúvida, inegável a importância dessa distinção, especialmente no sistema federativo brasileiro, marcado pelas reconhecidas diferenças e desigualdades entre os entes federado, aos quais se dota a competência de disporem particularmente nas matérias em que a União se deve limitar à generalidade. Nesse cenário, avulta a necessidade de um sistema coordenado e harmônico que delimite o campo próprio a cada ordenamento e impeça o nocivo conflito de competências.

---

<sup>7</sup> HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

## 4 NORMAS GERAIS E NORMAS NÃO GERAIS

Definido o modelo de competência concorrente adotado na Constituição da República, segundo o qual, nas matérias tipificadas em seu artigo 24, à União caberá editar normas gerais e aos Estados as normas particulares, parte-se em busca de um sentido de normas gerais que se mostre não apenas útil e seguro, como persegue a doutrina, mas, acima de tudo, funcional, de modo a que a partir dele se possa localizar a real competência do ente federado, definindo-se os limites efetivos de exercício da competência concorrential.

Não há dúvida de que a falta de critério preciso de normas gerais propicia a que a União vá ocupando pela via legislativa os espaços de normas reservadas aos entes federados pela própria Constituição, fazendo real – e jurídico – o já desenfreado processo de centralização, pois a exemplo do poder, não há vácuo de competência.

No federalismo, o sentido de normas gerais transcende a definição natural que delas emana, ligado a universalidade e generalidade, termos que denotam abrangência não desejada, por certo, pelo constituinte. Daí a relevância da delimitação objetiva e segura da noção de normas gerais para o efeito de delimitação da competência constitucional concorrente.

A noção que dá tonalidade genérica e abstrata às normas gerais tratadas nos parágrafos do artigo 24 da Constituição Federal tem marcado a doutrina. Segundo balizas apresentadas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>8</sup>, as normas gerais têm conteúdo principiológico e são editadas pela União para imprimirem as diretrizes a serem respeitadas pelos entes federados nas suas próprias legislações - estas restritas a normas específicas e particularizantes.

Alice Gonzalez Borges bem aponta esse espírito:

As normas gerais, leis nacionais, são necessariamente de caráter mais genérico e abstrato do que as normas locais. Constituem normas de leis, direitos sobre direitos, determinam parâmetros, com maior nível de generalidade e abstração, estabelecidos para que sejam desenvolvidos pela ação nor-

---

<sup>8</sup> *Op. Cit.*, p. 149.

mativa subsequente das ordens federadas. Não são normas gerais as que se preocupem de detalhamentos, pormenores, minucias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam. [...] São normas gerais as que contenham o mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos básicos<sup>9</sup>.

Nesse sentido, veio do Supremo Tribunal Federal:

Essas normas gerais devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que norma geral, tal qual posta na Constituição tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências<sup>10</sup>.

Vê-se apego dos doutrinadores a um conceito idealizado de normas gerais, impregnado de generalidade normativa e permeado pela abstração que denota preconcepção de proeminência da União, à qual competiriam os altos e elevados propósitos – as diretrizes, as bases, os fundamentos, as linhas mestras –, relegados os demais entes federados aos pormenores e particularidades locais.

O reconhecimento, ainda que implícito, de maior relevância juspolítica da União e, pois, do patamar das normas gerais que edita, contrastado com as regras de competência parcelar resulta no desequilíbrio competencial federativo que, como ensina Geraldo Ataliba<sup>11</sup> se sustenta exatamente na ausência de supremacia. A União é pessoa parificada aos entes federados, como criatura do pacto federativo; em posição central e não total, não se confunde com o Estado federal do qual é parte e não cabeça. Os atos normativos de uns e outros entes federados não podem encerrar lógica hierárquica, mas, apenas,

<sup>9</sup> BORGES, Alice Gonzalez. Normas gerais nas licitações e contratos administrativos. **Revista de Direito Público**, n. 96, out-dez/1990, p. 84.

<sup>10</sup> BRASILIA. Supremo Tribunal Federal. ADI 927-3, voto do Ministro Carlos Velloso, 1993.

<sup>11</sup> ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional e leis nacionais e federais. **Revista de Direito Público**. São Paulo. v. 53.

refletir a diversidade de matéria e campos sobre os quais incidem, pois o exercício dos poderes de Estado é atribuído mediante o ato constitucional, pela Constituinte, aos órgãos que ela designar, pela forma que o desejar. Não há, acentua o jurista, partilha de poderes, mas repartição de competências para o exercício de atos de poder.

Sem dúvida alguma, o conceito elástico e indeterminado de norma geral, aliado à natural e notória preponderância econômica e política da União sobre os entes que a compõem, fornece o caldo de cultura ideal para a indesejada graduação entre a generalidade e a particularidade das normas, favorecendo o avanço legislativo da União sobre as competências concorrentes.

Isso inegavelmente provoca a evolução e desenvolvimento de uma compreensão de normas gerais que se mostre não apenas segura e útil mas, especialmente, funcional, que preserve e conforme o conteúdo da competência não geral atribuída ao ente federado.

A incerteza da concepção de normas gerais para o efeito de estabelecimento dos contornos da competência concorrente vai ocupando os juristas. Itiberê Oliveira Rodrigues<sup>12</sup>, identificando a origem germânica da repartição concorrente, alude à ausência, no sistema brasileiro, da chamada “cláusula de necessidade”, fator que, no alemão, condiciona eficazmente o exercício da competência concorrente pela União Federal à necessidade comprovada de estabelecimento de condições uniformes em todo o território federal ou de manutenção das unidades jurídica e econômica em face da existência de interesse nacional subjacente.

Ao exame crítico, não resta dúvida de que a doutrina se tem centrado numa visão clássica tendente à generalização e abstração do conceito de normas gerais que – a despeito de sua propriedade como definição – ao singularizar um fenômeno tão complexo em sua essência, perde vigor para o seu delineio eficiente.

Por isso, valiosa para a conceituação funcional que se pretende adotar é a lição de Cláudio Pacheco ao propugnar por ângulo de

---

<sup>12</sup> RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição Federal de 1988, Itiberê de Oliveira Rodrigues, **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15 jan/mar/2007. Disponível em [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Competencias\\_CF88%20-%20Itiberê.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Competencias_CF88%20-%20Itiberê.pdf). Acesso em: 2 mar 2013.

enfoque sob a premissa sustentada na circunstância de que “quando retrai a competência de legislar da União Federal, para o traçado das ‘normas gerais’, a Constituição está lhe conferindo o mais importante da legislação sobre essas matérias, mas está lhe sonogando o maior e mais efetivo provimento<sup>13</sup>. Muito apropriada a observação, pois, sob o ponto de vista do federalismo, é a União que tem sua competência contingenciada a não dispor senão sobre normas gerais, aquelas que, por necessidade ou conveniência ao modelo federal, devem ser assimiladas no ordenamento federado.

Transcende-se, assim, ao estabelecimento de uma fórmula ou equação para o conceito de norma gerais. Tratando-se de federação, a perspectiva se dá – e sempre se deu – pelo ângulo do ente federado que dá causa à federação e que detém, na origem concorrencial, toda a competência. É excepcionalmente que a União – presentes a necessidade e conveniência federativa – poderá dispor sobre competências concorrentes mas, mesmo assim, apenas editando normas gerais, que se destinem à salvaguarda operacional do modelo. Ou seja, a União está contingenciada a tão só tratar de normas gerais – que é o restrito dentre o universo legiferante, pois, em se tratando de federação, o geral é menos que o particular. A delimitação da competência concorrente se dá sob a perspectiva do ente federado – não do Poder Central – pois é dele a competência constitucional de dispor integralmente, por via de normas gerais ou particulares, sobre as matérias estabelecidas, oportunizando-se à União, apenas se presentes os motivos que ensejem a preservação da unidade federal, dispor – apenas e tão somente – sobre normas gerais, em seu sentido mais restrito e vinculado à finalidade.

O federalismo alemão, no modernizado sistema de competências concorrentes adotado a partir de 2006, como apontam Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Marcelo Augusto Biehl Ortolan<sup>14</sup>, mantém sua inspiração original de outorgar competência plena aos Estados, restando contingenciada a intercessão da União, mediante prévia

---

<sup>13</sup> PACHECO, Cláudio. **Novo tratado das constituições brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1. p. 217.

<sup>14</sup> TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas e ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl Ortolan. O sistema de repartições das competências legislativas da Lei Fundamental Alemã após a reforma federativa de 2006 em perspectiva comparada com o Estado Federal Brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, n.38 p. 51 jan/jun 2011.

comprovação, à necessidade de legislação para o estabelecimento de condições sociais equivalentes no território federal e à manutenção das unidades jurídica e econômica no interesse comum.

É nítida, como já se viu, a influência do modelo constitucional alemão na concepção das competências concorrentes adotadas no federalismo brasileiro. Contudo, especialmente em 1988, a incorporação do modelo se fez de forma parcial, na medida em que, ao contrário do paradigma, aqui não se ocupou com o delineio das normas gerais. Por isso, o desenvolvimento conceitual que se propugna, sustentado na determinação mais funcional do conceito de normas gerais será útil ao sistema federativo, na medida em que poder-se-á abrir aos entes federados a possibilidade de exercerem com mais efetividade as suas atribuições constitucionais, como bem apontam Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Marcelo Augusto Biehl Ortolan:

Assim, considerando as características do modelo federativo brasileiro, se bem utilizada, a técnica da legislação concorrente representa importante instrumento para a manutenção do equilíbrio federativo brasileiro. Em tempos em que os deveres sociais estão a requerer uma atuação cada vez mais centralizada, rápida e eficaz por parte do Estado, parece que o mecanismo da legislação concorrente pode conjugar, ao mesmo tempo, a atuação coordenadora da União, na medida em que cabe a ela estabelecer as normas gerais, desde que sob os parâmetros de funcionalidade do sistema e viabilizar a cooperação dos Estados, ao garantir-lhes a competência para suplementar a norma geral, em atenção às necessidades locais.

O intento que se volte à efetividade do sistema federativo, como ressalta Andreas Krell, depende não apenas dos Estados e Municípios, que pouco aproveitam para legislar sobre causas do seu interesse, como também, e muito especialmente, da jurisdição constitucional, “que nas últimas décadas considerou muitos assuntos sensíveis aos interesses regionais e locais como de competência federal exclusiva e ampliou sobremaneira a esfera de atuação da União em detrimento de Estados e Municípios, lançando mão de um conceito bastante formal de normas gerais.”<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> KRELL, Andreas, *A necessária mudança de foco na implantação do federalismo cooperativo no Brasil: da definição das competências legislativas para o desenho*

## 5 COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA DISPOR SOBRE NORMAS NÃO GERAIS EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA

Estabelecido que o Brasil é um Estado Federal, que a federação é, principalmente, um sistema de competências, que as competências são definidas na Constituição, estando algumas distribuídas de forma concorrente, situação em que são reservadas à União as normas gerais – aquelas que, a par de constituírem diretrizes de aplicação uniforme, encerram noção funcional de necessidade à preservação do modelo, há que se verificar se dentre essas se encontra a matéria de natureza previdenciária.

A Constituição Federal de 1988 alçou a direito de todos os trabalhadores e dependentes a proteção previdenciária, facultando a instituição pelos Estados-membros, no exercício da competência que lhes foi deferida pelo artigo 24, de regimes próprios destinados a seus respectivos servidores e dependentes, observado o disposto no artigo 40 e – em mais um rompante de centralização, estampado, dessa vez, no parágrafo 12 inserido no dispositivo pela Emenda Constitucional 20/1998 – no que coubesse, dos requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

Lógica decorrência de tudo o que se disse até agora seria caber aos Estados observarem, para a estipulação de seus regimes próprios – inclusive aposentadoria, sob todas as suas modalidades – as regras tidas como gerais constantes do artigo 40 da Constituição Federal, integradas, necessariamente, nas sua constituições, às quais se agregariam as recolhidas da Lei Federal 9.717, de 27 de novembro de 1998 e da Lei Federal 10.887, de 18 de junho de 2004, além daquelas, no que coubesse aplicáveis, do regime geral de previdência, por força do parágrafo 12 acrescido ao artigo 40 da Constituição Federal. Registre-se, por óbvio, o excessivo volume de normas ditas gerais emanadas da União, sem dúvida para exaurir a competência concorrente estadual. Isso, convém lembrar, foi ad-

---

de formas conjuntas de execução administrativa. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988.** In Neto, Cláudio Pereira de Souza (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 638.

mitido quando da apresentação da Medida Provisória 167/2004, da qual resultou, posteriormente, a Lei Federal 10.887/2004, cujo intuito, textualmente posto na Exposição de Motivos, era o de impedir aos Estados o exercício ou a iniciativa da reserva concorrencial<sup>16</sup>. Assim, invadia, sob o argumento da urgência e relevância da definição de regras ditas gerais mas que, na realidade, como se vê atualmente, tratavam de esgotar a reserva constitucional concorrente por vias de regras não só gerais, mas também disciplinadoras do campo de atribuições reservado pela ordem constitucional ao ente federado.

Assim, retornando às indagações acima propostas, já se mostra suficientemente claro a esta altura radicar no entendimento do constituinte de ser absolutamente necessário - guardado o desenho geral do modelo federativo - legislarem os entes federados sobre matéria previdenciária a outorga de competência a Estados e Distrito Federal e Municípios para legislarem sobre matéria previdenciária (artigos 149, 24, XII, 30, I e 61, parágrafo 1º o , II, “c”) , de modo a que implementassem regionalmente, num conjunto harmônico de princípios e regras jurídicas, um sistema apto a levar em consideração as necessidades regionais suficientes e necessárias à garantia previdenciária.

Esse aparato legislativo, decorrente da incorporação das regras constitucionais, do aproveitamento das normas realmente gerais e da disposição residual, concede ao Estado-membro o fundamento legal para a concessão, em seu âmbito, dos benefícios previdenciários aos integrantes de seu regime próprio, de forma a atender-se a legalidade, posta como princípio no artigo 37 da Constituição Federal. Todavia, tanta matéria previdenciária abarca a União, que via de regra os

---

<sup>16</sup> A Emenda Constitucional n. 41, de 2003, que promoveu profunda alteração nas regras do sistema de previdência social, possui diversos dispositivos que exigem a edição de lei para sua aplicação, sem os quais não será possível tornar efetivas as mudanças promovidas, em especial no que concerne aos regimes próprios de previdência dos servidores públicos. Em consonância com a proposta do Programa de Governo, de estabelecer regime previdenciário público, básico e universal para todos os trabalhadores, é fundamental que, inicialmente, haja uma uniformização de regras entre os regimes. Portanto, a edição de norma geral pela União evitará que cada ente federativo edite regras próprias e distintas, provocando disparidades de benefícios concedidos a segurados que se encontrem em situação semelhante”.

atos administrativos estaduais nessa área nem mais se remetem às suas ordens jurídico-normativas próprias – como deveria ocorrer, em respeito à legalidade típica do ente autônomo – mas a leis e decretos editados pela União. Isso faz com que percam a oportunidade de regular a sua própria previdência e, com isso, de racionalizar segundo suas próprias peculiaridades o regime de seus servidores.

O constituinte de 1988 atribuiu competência legislativa aos Estados-membros para disporem sobre seus regimes próprios de previdência, sustentados por estrutura normativa que livre e autonomamente editassem, guardando, apenas, as regras da Constituição e as normas gerais – aquelas necessárias à preservação do modelo federativo de igualdade ou uniformidade jurídica ou social – o que lhes daria amplo espaço de conformação legal, mas do qual restam alijados pelo avanço do Poder Central sobre a competência constitucional que lhes é deferida. Levado em consideração o suporte normativo mínimo de incorporação ou de observância, podem os Estados, pois, legislar com liberdade e autonomia para a instituição de arcabouço de seguridade para seus servidores que defina, por exemplo e dentre outras, as condições para sua admissão como segurados, a definição de beneficiários, as relações de dependência, o acesso aos benefícios e seus conceitos, as contribuições e mesmo a forma de implementação da diretriz constitucional de gestão participativa na administração dos regimes, capacidade somente possível de ser contingenciada pela jurisdição constitucional, nos casos impugnados.

O Estado-membro, de cuja Constituição se abeberam os Municípios, ao simplesmente adotar as normas gerais e não gerais em matéria previdenciária editadas pelo Poder Central, descarta do exercício pleno de suas competências constitucionais, além de demonstrar descaso por sua própria Constituição, praticamente dela abdicando. Nesse sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz observa:

A autonomia do Estado-membro consubstancia-se especialmente na sua capacidade de auto-organização, ou seja, na capacidade de organizar-se e reger-se por Constituição escrita, por ele mesmo editada, respeitados, por necessário, os princípios e normas contidos na Constituição Federal. [...] Essa

Constituição Estadual, obra do Poder Constituinte Decorrente, deve ser suprema no plano interno do Estado-membro, sobrepondo-se aos poderes por ela constituídos, a exemplo do que ocorre com a Constituição Federal em relação ao Estado Federal; há ela de ser, por isso mesmo, rígida e eficaz quanto a sua aplicação, sem o que não será possível caracterizar-se e manter-se o Estado-membro como uma unidade autônoma. Os princípios sobre rigidez, supremacia e defesa da Constituição federal podem e deve ser transpostos, pois, para o plano dos estados membros<sup>17</sup>.

E é a Constituição Estadual o instrumento pelo qual o Estado-membro manifesta suas prerrogativas autonômicas e, por sua via, também os Municípios de seu território. Por isso sua absoluta relevância na arquitetura da federação. Isso, todavia, não tem ocupado os entes da federação, em matéria sobre a qual deveriam estar ciosos, proclamando sua liberdade para estabelecerem ordens internas eficazes no tempo e no espaço territorial que dominam.

Da jurisdição constitucional vêm pronunciamentos no sentido de resguardar a competência concorrente previdenciária, como se percebe do voto do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, na ADI 4.582-MC, onde se destaca:

Se, de um lado, é certo que a Constituição de 1988, ao referir-se a lei, remete, de regra, à federal, de outro, não menos correto, é que, a teor do disposto no art. 24, XII, dela constante, surge a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre previdência social, proteção e defesa da saúde. Então, forçoso é concluir que a regência federal deve ficar restrita, como previsto no § 1º do citado art. 24, ao estabelecimento de normas gerais<sup>18</sup>.

No mesmo sentido se pronuncia o Ministro Ayres Britto, noutro caso:

De maneira que, retomando o discurso do Min. Joaquim Barbosa, a norma estadual, no caso, cumpre muito mais a CF nesse plano da proteção à saúde ou de evitar riscos à saúde

---

<sup>17</sup> *Op. Cit.* p. 185.

<sup>18</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.582-MC, voto do Ministro Marco Aurélio, 2011.

humana, à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente. A legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da eficácia máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais, e muito mais próxima da OIT, também, do que a legislação federal. Então, parece-me um caso muito interessante de contraposição de norma suplementar com a norma geral, levando-nos a reconhecer a superioridade da norma suplementar sobre a norma geral<sup>19</sup>.

Esse não tem sido, porém, o posicionamento uniforme na Corte Suprema, na medida em que, estampando intenção de tutela do comportamento dos entes federados, se verificam julgamentos como os exarados no MI 1898-AgR<sup>20</sup>, de 2012, e no MI 1463-AgR<sup>21</sup>, de 2011, em que adota a Suprema Corte orientação de que a competência concorrente em matéria previdenciária depende de tratamento uniforme e unitário, por via de norma regulamentadora de caráter nacional, em direto contraste, parece, com os dispositivos postos nos parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal.

## 6 CONCLUSÃO

Preocupou-se este estudo em examinar, sob a perspectiva do federalismo, a questão da competência constitucional concorrente do Estado-membro para editar normas não gerais em matéria previdenciária.

Há muito o que percorrerem as instituições do Brasil até fazer-se viva a regra do artigo 1º da Carta Republicana. O desenvolvimento

<sup>19</sup> BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.937-MC, voto do Ministro Ayres Britto, 2008.

<sup>20</sup> “A Corte firmou entendimento no sentido de que a competência concorrente para legislar sobre previdência dos servidores públicos não afasta a necessidade da edição de norma regulamentadora de caráter nacional, cuja competência é da União.”

<sup>21</sup> “A controvérsia posta nestes autos é a ausência de regulamentação do artigo 40, § 4º da Constituição da República, matéria de exceção ao regime de concessão de aposentadoria, razão pela qual merece tratamento unitário e necessita de atuação normativa da União.” (voto da Ministra Cármen Lúcia)

da ideia de federação passa necessariamente por atitude proativa juspolítica que tenha por norte a real descentralização política do poder. Nesse sentido, caberá ao Poder Central a sensibilidade de reconhecer seu superdimensionamento e, ainda que paulatinamente, postar-se em idêntico patamar com os entes federado, seus iguais, em momento em que se discutam, sem prenoções, a redistribuição territorial, a repartição de competências, o interesse local, a determinação objetiva das autonomias e o adequado grau de auto-organização, sem prejuízo de pauta relativa à forma e ao sistema de governo.

Antes disso, e sempre, continua aberto o leque aos entes parcelares para, em atuação coesa e firme, tornarem efetivas as suas competências sob as modalidades em que se apresentam no Texto Constitucional já que, atualmente, pouco têm aproveitado as possibilidades de legislar sobre causas do seu interesse.

O tratamento das competências constitucionais dos entes federados, tão relevantes ao modelo federal, envolve seriedade e comprometimento, pois não se os pode pretender tutelar, como pupilos aos quais se impeçam travessuras, sem que se viole a integridade do sistema. Se a ordem constitucional lhes outorga competências, essas devem ser exercidas com responsabilidade, com plenitude e sem maneias.

Não servem à ordem federativa impulsos do Poder Central ou da jurisdição constitucional dos quais se extraiam a intenção de conter a atuação plena da competência estatal deferida na Constituição, ainda que com o propósito de garantir a governabilidade e a eficiência administrativa. A violação formal ou material do espectro de competência do ente federado deve ser corrigido pelas formas da lei; inadmissível é, por precaução, ou cautela, podarem a União ou os tribunais do ente federado a sua competência institucional

Resguardando o Estado-membro as linhas constitucionais e os princípios dados pela lei federal, se houver, poderá com autonomia dispor sobre a organização de sua previdência, levando em consideração suas realidades, sua estratégias e objetivos. Para tanto, há que se buscar uma conceituação funcional de normas gerais, não abstrata ou genérica – como mostram desejarem o Poder Central e parte da jurisdição constitucional – que sirva como parâmetro

objetivo à autonomia, sob inspiração da justificada necessidade e uniformidade mínimas à preservação do modelo federativo, que não pode ser prejudicado por ato ou omissão das unidades parcelares.

A competência concorrente concebida na Carta de 1988, sem dúvida, se harmoniza muito bem com o federalismo de cooperação ao abrir o leque de competências legislativas, proporcionando a que as normas se aproximem do interesse local, do comportamento, dos costumes e das tradições da sociedade que se pretende organizar, impondo-se, então, que os entes federados, conscientizados, passem a ocupar os espaços federativos com a autonomia que não recebem da União, como se convencionou entender, mas com ela compartilham.

## 7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional e leis nacionais e federais. **Revista de Direito Público**. São Paulo. v. 53.

BORGES, Alice Gonzalez. Normas gerais nas licitações e contratos administrativos. **Revista de Direito Público**, n. 96, out-dez/1990.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. ADI 927-3, voto do Ministro Carlos Velloso, 1993.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.582-MC, voto do Ministro Marco Aurélio, 2011.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.937-MC, voto do Ministro Ayres Britto, 2008.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder Constituinte do Estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**, 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970.

KRELL, Andreas, A necessária mudança de foco na implantação

do federalismo cooperativo no Brasil: da definição das competências legislativas para o desenho de formas conjuntas de execução administrativa. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. In Neto, Cláudio Pereira de Souza (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: O problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 25, out/dez/1988, p. 131. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181992>. Acesso em 5 mar 2013.

PACHECO, Cláudio. **Novo tratado das constituições brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

REVERBEL. Carlos Eduardo Dieder. **O Federalismo numa Visão Tridimensional do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição Federal de 1988, Itiberê de Oliveira Rodrigues, **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15 jan/mar/2007. Disponível em [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Competencias\\_CF88%20-%20Itiberê.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Competencias_CF88%20-%20Itiberê.pdf). Acesso em: 2 mar 2013.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas e ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. O sistema de repartições das competências legislativas da Lei Fundamental Alemã após a reforma federativa de 2006 em perspectiva comparada com o Estado Federal Brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, n.38 p. 51 jan/jun 2011.

# BREVES REFLEXÕES SOBRE A ADOÇÃO DO REGIME DE FINANCIAMENTO POR CAPITALIZAÇÃO PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Priscila Tahisa Krause<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre as inovações trazidas pela Lei Complementar nº 13.758, de 15 de julho de 2011, com a redação dada pela Lei nº 14.016, de 21 de junho de 2012, no tocante à segmentação dos servidores vinculados ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado do Rio Grande do Sul em dois regimes de financiamento distintos; bem como analisa a criação do Fundo Previdenciário – FUNDOPREV e as consequências daí decorrentes.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Regime Próprio de Previdência Social. 3. Do princípio da obrigatoriedade de contribuição e precedência da fonte de custeio. 4. Do regime de repartição simples e de repartição por capitalização. 5. Da aplicação do regime de financiamento por capitalização aos benefícios em espécie. 6. Da transição do regime de repartição por capitalização ao regime próprio de previdência. 7. A quais servidores se aplica o novo regime de capitalização. 8. Da desigualdade de contribuição do ente público aos diferentes regimes de financiamento. 9. Conclusões. 10. Referências

**Palavras-chave:** previdência – financiamento – regime próprio

## 1 INTRODUÇÃO

A previdência social dos servidores públicos tem sofrido diversas alterações ao longo dos últimos anos, algumas desconhecidas ou pouco discutidas por seus principais destinatários: os servidores beneficiários.

O Estado do Rio Grande do Sul, em parte acompanhando alguns regimes próprios de servidores públicos civis de outros Estados e dos servidores federais<sup>2</sup>, também promoveu alterações em seu

<sup>1</sup> Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul

<sup>2</sup> Uma forma didática de analisar as causas de tais reformas é a divisão da gestão previdenciária nos seus principais aspectos: a gestão do ativo previdenciário (tais como fixar as regras de custeio e financiamento) e passivo previdenciário (concessão e fiscalização dos benefícios concedidos). As principais causas relativas

regime, através das Leis Complementares nº 13.758, de 15 de julho de 2011; e nº 14.016, de 21 de junho de 2012<sup>3</sup>.

A mudança mais debatida promovida por tais leis foi a alteração da porcentagem devida a título de contribuição previdenciária mensal, inicialmente fixada pela Lei Complementar nº 13.758/2011 em 14%, a qual foi revogada pela Lei nº 14.016/2012, fixando-a em 13,25%. Tal alteração está sendo discutida no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70051297778, a ser oportunamente julgada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Contudo, o presente trabalho não trata da alteração da alíquota de contribuição previdenciária promovida por tais leis, mas sim sobre

---

ao ativo previdenciário apontadas como geradoras da necessidade da reforma em tal sistema, são a existência de contribuições previdenciárias em montante inferior ao necessário para a cobertura do seu custo; desvio de recursos para obras; despreocupação com bases cadastrais. Por sua vez, com relação ao passivo previdenciário, aponta-se excesso de benefícios sem contrapartida e inexistência de fiscalização, os quais, por vezes, deram azo à concessão de aposentadorias milionárias, conforme ensinamento proferidos por Raul Miguel Freitas de Oliveira, in *Previdência dos servidores públicos: regime próprio e previdência complementar dos agentes públicos* (Atualização conforme a Lei Federal n. 12.618/2012 e Lei Paulista n. 14.653/2011). Leme: J. H. Mizuno, 2013. p. 56-57.

<sup>3</sup> A solidez institucional das estruturas previdenciárias públicas, que no passado assumiu papel de destaque para grandes pactos sociais, está visivelmente perdendo sua vitalidade e, hoje, muitas daquelas estruturas são encaradas como mecanismos que, a serem mantidos intactos, inevitavelmente sacudirão as contas públicas dos países, perturbando as perspectivas futuras das pessoas, tendo-se a forte percepção de que a crise previdenciária, longe de ser passageira e passível de ser resolvida com meros corretivos superficiais, tem raízes profundas, alimentadas ao longo de todo um processo histórico.  
(...)

A reforma na previdência dos servidores públicos no Brasil (...) só pode ser devidamente compreendida no contexto de uma profunda crise fiscal que se apoderou do país, e que a partir de 1988 acelerou o processo de ajuste das suas contas públicas e fez do controle dos sistemas previdenciários dos servidores públicos dos Municípios, Estados, Distrito Federal e União um dos principais instrumentos para o pretendido ajuste fiscal. (...) In GUSHIKEN, Luiz [et all]. Regime próprio de previdência dos servidores: como implementar? Uma visão prática e teórica/ Luiz Gushiken; colaboradores desta edição: Augusto Tadeu Ferrari, Wanderley José de Freitas, José Valdir Gomes, Raul Miguel de Oliveira. – Brasília: MPAS, 2002. Coleção Previdência Social, Série Estudos; v. 17. p. 12 e 19, respectivamente.

a adoção, pelo Regime Próprio da Previdência Social do Estado do Rio Grande do Sul, do sistema de repartição capitalizada dos recursos, bem como da criação do Fundo Previdenciário – FUNDOPREV.

A partir da Lei Complementar nº 13.758/2011, os servidores públicos estaduais foram segmentados em dois grupos, considerando a forma como se dará o regime de financiamento de sua previdência: para o primeiro regime – de repartição simples – a contribuição do Estado será o dobro daquela descontada do servidor, ou seja, 26,50%. No segundo regime – de capitalização – a contribuição do Estado será idêntica àquela do servidor (13,25%), e se criou o FUNDOPREV, fundo ao qual serão destinados os recursos arrecadados por tal regime.

Assim, com tais alterações, tem-se que a alíquota estabelecida para o Estado dentro do regime de repartição por capitalização representa significativa redução do valor da participação do Tesouro Estadual no financiamento dos benefícios previdenciários dos novos servidores públicos, eis que arcará com apenas metade da contribuição que seria devida acaso não promovesse tal mudança legislativa e segmentação dos servidores. Contudo, o Estado permanecerá como responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras no pagamento do benefícios, tal como já ocorre no regime de repartição simples, a teor do disposto no art. 19 da Lei Complementar nº 13.758/2011.

Feito este breve introito, e antes de se adentrar propriamente na análise do sistema de repartição por capitalização e das consequências daí advindas, faz-se necessário uma breve síntese do que se entende por Regime Próprio de Previdência; bem como conceituar o que é regime de repartição simples e de capitalização; para, em seguida, analisar (a) a quem se aplica o novo regime de capitalização; (b) como será feita esta transição do regime de repartição simples para o capitalizado; (c) e, por fim, verificar alguns aspectos relacionados à constitucionalidade da adoção de um regime diferenciado para antigos e novos servidores, ou seja, a constitucionalidade de tal segmentação.

Lembra-se que o presente trabalho não tratará das alterações promovidas pelas Leis Complementares nº nº. 13.757 e nº 14.015,

as quais tratam da previdência própria dos servidores militares, em virtude das peculiaridades próprias de tal regime.

## 2 REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

A previdência social pode ser entendida como um sistema, composta por três regimes previdenciários distintos: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), cuja base é o artigo 201 da Constituição Federal; o Regime de Previdência Complementar (RPC), previsto no artigo 202 da Carta Magna; e, finalmente, o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), previsto no artigo 40 da Constituição Federal<sup>4</sup>.

No Brasil, a previdência social elencou como riscos, os quais tem por objetivo dar cobertura, aqueles decorrentes de doença, invalidez, velhice, morte e proteção à maternidade.

Como o regime próprio e o regime geral estão inseridos dentro de um sistema, possuem os mesmos princípios, a saber: princípio da obrigatoriedade de filiação; da seletividade, da distributividade; da unicidade das prestações; da precedência do custeio; da correlatividade das prestações em relação à contribuição; da diversidade do financiamento; entre outros<sup>5</sup>.

Vicente Greco Filho<sup>6</sup> descreve tais princípios da seguinte forma:

Pelo princípio da obrigatoriedade da filiação ou da obrigatoriedade da contribuição observa-se que o gozo dos benefícios ou serviços previdenciários depende de contribuição por parte do beneficiário como uma forma de contraprestação em que compulsoriamente o segurado contribui para a previdência, uma vez que é filiado ao sistema, e recebe em troca a universalidade de participação nos planos de benefícios e serviços futuros.

O princípio da seletividade consiste na escolha, por parte do legislador, dos riscos que serão protegidos, as condições de

---

<sup>4</sup> FILHO, Vicente Greco Filho. Parecer sobre a Lei Paulista n. 943, de 23 de junho de 2003. Contribuição de inativos. Disponível em [http://www.adusp.org.br/files/Juridico/pareceres/LC\\_943\\_03.pdf](http://www.adusp.org.br/files/Juridico/pareceres/LC_943_03.pdf). Acesso em 07.mai.2013.

<sup>5</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**, São Paulo: LTr, 1995.

<sup>6</sup> Op. cit.

concessão do benefício e a clientela protegida, levando-se em conta a capacidade econômica do Estado. Intimamente ligado a este princípio está o princípio da distributividade que determina como finalidade a concessão de maior número e qualidade de benefícios aos segurados.

O princípio da unicidade das prestações informa que, em regra, cada segurado tem direito a concessão de apenas um benefício por vez, não podendo receber diversas prestações cumuladas.

A precedência do custeio significa a arrecadação antecipada dos recursos para o atendimento das necessidades do beneficiário. Segundo este princípio deve-se entender que juntamente com a seleção dos riscos futuros a serem cobertos deve-se fazer um planejamento sobre o seu custeio a fim de instituir uma contribuição para financiá-lo.

O regime próprio de previdência foi regulamentado pela Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, a qual “Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências”, de reprodução obrigatória pelos Estados, a qual detalha de que forma se dá a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores ocupantes de cargo efetivo.

### **3 DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DE CONTRIBUIÇÃO E PRECEDÊNCIA DA FONTE DE CUSTEIO**

Como visto, o regime próprio de previdência, assim como o regime geral, se baseia nos princípios da obrigatoriedade da contribuição e na precedência da fonte de custeio.

Contudo, justamente neste ponto reside o principal problema enfrentado atualmente pelos Regimes Próprios de Previdência Social: seus servidores, até recentemente, não contribuíam para a sua futura aposentadoria - ou seja, não estava sendo respeitado o princípio da obrigatoriedade da contribuição.

Foi somente a partir da Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993, que acrescentou um § 6º ao artigo 40 da Constituição (depois profundamente alterado pela Emenda Constitucional

nº 20/98) é que se tornou possível o desconto nos vencimentos dos funcionários públicos como contribuição para custeio das respectivas aposentadorias. Até então, a aposentadoria dos funcionários públicos era vista como um direito adquirido após os anos de trabalho prestados ao serviço público.

No Estado do Rio Grande do Sul, no momento de criação do IPERGS, pelo Decreto nº 4.842/1931, nada se previa em termos de contribuições funcionais. Mas adiante, foram editadas as leis nº 5.255/66; 7.672/82 e 12.134/04, as quais previram alíquotas a serem descontadas dos servidores – quais sejam, 5%, 9% e manteve 9%, respectivamente. Estas contribuições, contudo, não se destinavam a custear a aposentadoria de tais servidores, mas sim o benefício de pensão e as despesas com o plano de saúde. Em 2005, foi estruturado o Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, que passou a ser gerido exclusivamente pelo Instituto de Previdência do Estado – IPERGS, com o estabelecimento da alíquota de contribuição de 11% para os servidores.

Em 2011, com a aprovação das Leis Complementares Estaduais nº. 13.757 e nº. 13.758, houve a segmentação dos servidores em dois grupos de previdência pública: um sob o regime de repartição simples e outro sob o regime de capitalização.

No mesmo ano de 2011, a alíquota de contribuição dos servidores civis e militares integrantes do regime financeiro de repartição simples e do regime de capitalização – FUNDOPREV - foi majorada de 11% para 14%, o que foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade – nº. 70045262581 – julgada procedente pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça gaúcho sob o argumento de que estavam sendo violados os princípios da isonomia e da capacidade contributiva, representando, quanto ao último, verdadeiro caráter de confisco, declarando, assim, inconstitucionais os artigos que previam os aumentos das contribuições previdenciárias.

No ano de 2012, foram aprovadas pela Assembleia Legislativa do Estado e sancionadas pelo governo estadual as Leis Complementares nº. 14.015 e nº. 14.016, que incluíram dispositivos nas Leis Complementares nº. 13.757 e nº. 13.758, renovando o tema da majoração da alíquota previdenciária, estabelecendo-a em 13,25%, mantendo a segmentação em grupos de servidores.

## 4 DO REGIME DE REPARTIÇÃO SIMPLES E DE REPARTIÇÃO POR CAPITALIZAÇÃO

Os regimes de repartição simples e de repartição por capitalização mencionados se referem a diferentes regimes de financiamento previdenciário. O regime de financiamento pode ser conceituado como um método ou mecanismo para calcular as contribuições necessárias à plena cobertura dos custos previdenciários. Ou seja, por tais métodos são providos os recursos financeiros necessários para saldar as obrigações assumidas pelo plano previdenciário.

O regime financeiro de repartição simples é também denominado regime de caixa ou regime orçamentário, uma vez que seu elemento caracterizar é a inexistência de reservas financeiras. No regime de repartição simples há um pacto intergeracional, à medida que os segurados ativos (geração atual) pagam os benefícios concedidos aos inativos (geração passada), na expectativa que seus benefícios futuros sejam também pagos pelas futuras gerações, ou seja, os novos segurados que ingressarem no regime previdenciário.

A única preocupação em tal regime é com o pagamento das parcelas periódicas relativas aos benefícios em manutenção, eis que não há constituição de reservas.

Este conceito foi contemplado na Portaria MPAS nº 4992, de 05 de fevereiro de 1999, atualmente revogada pela Portaria MPS nº 402, de 10 de dezembro de 2008, no item V do Anexo I, *in verbis*:

V - Entende-se por regime financeiro de repartição simples aquele em que as contribuições pagas por todos os servidores e pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, em um determinado período, deverão ser suficientes para pagar os benefícios decorrentes dos eventos ocorridos nesse período.

Assim, tal sistema funciona como uma espécie de pirâmide: para seu bom funcionamento, faz-se necessário que na base esteja um grande número de contribuintes, ou seja, servidores ativos, patrocinando um pequeno número de servidores inativos e/ou pensionistas – o ápice da pirâmide. Ou seja, para que este tipo de regime funcione adequadamente, há que se assegurar uma constante reposição dos servidores ativos.

À título exemplificativo, e em uma rápida conta matemática, tem-se que, para que o sistema de repartição simples garanta o pagamento dos inativos, deve haver mais ou menos 2 (dois) servidores ativos para cada inativo, eis que, na contribuição vigente no Estado do Rio Grande do Sul para o regime de repartição simples (qual seja, 13,25% à título de contribuição dos servidores públicos, a que se soma a contribuição do Estado no valor de 26,5%), a contribuição de cada servidor ativo, aliado à contribuição do Estado, soma aproximadamente 40% do necessário para o pagamento de uma aposentadoria do servidor inativo.

Neste sentido, tem-se o contido no Demonstrativo de Resultados da Avaliação Atuarial – 2011, disponível no site do Ministério da Previdência Social<sup>7</sup>, no qual informa que a relação de aposentados por servidores ativos naquele ano no Estado do Rio Grande do Sul era de 0,88 por 1. Considerando as 47.299 pensões, a relação passava a ser de 1,1 ativo para 1 recebendo benefício (aposentadoria e pensões), fato que por si só evidencia a manutenção precária do sistema e a necessidade de intervenção neste, o que será visto em tópico próprio.

O regime de repartição por capitalização, por sua vez, é aquele que promove o chamado pré-financiamento dos benefícios de um plano previdenciário, uma vez que, por meio dele, são necessariamente constituídas reservas durante um período contributivo determinado. Tal regime, ao contrário do regime por repartição simples, possui dois períodos distintos bem definidos: o período contributivo e o período de benefício.

Segundo o item III do Anexo I da Portaria nº 4992/1999:

III - Entende-se por regime financeiro de capitalização aquele que possui uma estrutura técnica de forma que as contribuições pagas por todos os servidores e pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, incorporando-se às reservas matemáticas, que são suficientes para manter o compromisso total do regime próprio de previdência social para com os

---

<sup>7</sup> Disponível em [http://www1.previdencia.org.br/sps/app/draa/draa\\_mostra.asp?tipo=2&codigo=22749&hddCNPJEnte=87934675000196&AnoProjetoLDO=2011](http://www1.previdencia.org.br/sps/app/draa/draa_mostra.asp?tipo=2&codigo=22749&hddCNPJEnte=87934675000196&AnoProjetoLDO=2011). Acesso em 24.mai.2013.

participantes, sem que seja necessária a utilização de outros recursos, caso as premissas estabelecidas para o plano previdenciário se verifiquem.

Tais reservas matemáticas, durante o período contributivo, serão aplicadas, por exemplo, em mercado de capitais, visando à obtenção de rentabilidade e juros, que se somarão aos recursos financeiros acumulados, advindos das contribuições dos servidores e do Estado, diminuindo, desse modo, o esforço contributivo dos agentes financiadores<sup>8</sup>.

Sendo assim, a principal distinção entre um regime de financiamento e outro é que no regime de repartição simples os benefícios são pagos com os recursos advindos das contribuições dos servidores ainda em atividade; ao passo que no regime por capitalização primeiramente se constituem reservas ao longo da vida ativa do indivíduo, que serão posteriormente utilizadas para o pagamento dos seus benefícios<sup>9</sup>.

No Sistema Previdenciário Brasileiro, o regime geral de previdência - ou seja, aquele gerido pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) - adota o regime de repartição simples como principal regime financeiro das aposentadorias, o mais custoso dos benefícios.

O regime complementar - o qual não é de inscrição obrigatória, tal como é a previdência do regime próprio ou do geral -, por sua vez, adota tradicionalmente o regime de repartição simples como coadjuvante e adstrito aos benefícios de menor risco ou de menor custo, enquanto o regime de capitalização é adotado para as aposentadorias.

---

<sup>8</sup> No caso da previdência gaúcha, a Lei Complementar nº 13.758, em seu art. 4º, previu que durante o chamado período contributivo, os recursos serão gerenciados pelo Fundo Previdenciário – FUNDOPREV, gerido pelo IPERGS. Já os artigos 9º e 10º da referida lei prevêem alguns princípios e diretrizes a serem adotadas no gerenciamento de tais recursos, tais como segurança, rentabilidade, liquidez, transparência e economicidade e determinou que os recursos destinados à previdência dos servidores financiada pelo regime de capitalização ficarão em uma conta exclusiva, com “segregação contábil e fiscal” dos demais recursos de tal autarquia.

<sup>9</sup> DEL BIANCO, Dânae. *Previdência dos servidores públicos*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 11-12.

Todavia, há que se observar uma diferença entre o regime financeiro de capitalização praticado pela previdência complementar e aquele que pode ou deve ser necessariamente utilizado pelos regimes próprios de previdência - pelo menos até a adoção, por parte deste, do regime complementar, tal como previsto no art. 40 da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/03, e já aplicado aos servidores da União vinculados ao Poder Executivo, conforme previsto na Lei 12.618/2012.

Tal diferenciação foi bem apontada pelo Desembargador Armínio José Abreu Lima da Rosa, ao proferir seu voto no julgamento da medida liminar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70051297778, disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJRS. Para ele, as leis complementares nº 13.751/11 e 13.758/11 instituíram dois grupos diferenciados de servidores: um sujeito ao regime de repartição simples e outro submisso ao regime de capitalização, capitalização esta que se dá na forma coletiva<sup>10</sup>.

Isto ocorre porque no regime por capitalização da previdência complementar, o qual adota tradicionalmente o regime de capitalização individual, não há certeza do valor final do benefício - não há necessidade de que o benefício seja definido, tal como ocorre no regime próprio brasileiro.

O sistema de capitalização individual é aquele adotado pelo regime complementar de previdência e também pelo sistema previdenciário do Chile, no qual os recursos são gerenciados por fundos privados, em contas individuais; e cujo resultado não guarda qualquer equivalência com as remunerações recebidas ou suas contribuições. Ao se efetuar a contribuição, tem-se uma estimativa do valor a ser ganho, que pode ou não se concretizar, dependendo da forma como os recursos foram aplicados.

---

<sup>10</sup> Aqui deve ser agregado um novo conceito, qual seja, os métodos de capitalização. Há pelo menos 05 métodos de capitalização - crédito unitário, crédito unitário projetado, prêmio nivelado individual, idade de entrada normal e agregado - nos quais as contribuições podem ser coletivas ou individuais, sendo que para alguns benefícios pode ser adotado as contribuições individuais, porém se recomenda que para benefícios definidos, tal como é o RPPS, seja utilizado contribuições coletivas para financiar as aposentadorias, em virtude do elevado custo de tal benefício, consoante ensinamentos de Luiz Gushiken. Op. cit., p. 177.

Em regra, neste regime de capitalização individual se adota a modalidade contribuição definida, na qual são fixadas as contribuições dos segurados e o valor do benefício será aquele que resultar dessas contribuições e de sua rentabilidade. Os planos de contribuição definida são aqueles em que o elemento desconhecido, teoricamente, pelo segurado, é o benefício futuro, pois decorrerão da acumulação, pura e simples, das contribuições (suas e de seu empregador, ente público) no interior do plano previdenciário.

Contrapõe-se à modalidade de benefício definido, no qual o que é previamente estabelecido é o valor do benefício, tal como ocorre no regime próprio, ainda que capitalizado, no qual há que se ter certeza do valor a ser obtido ao final. O RPPS é, sem dúvida, um plano de benefício definido, uma vez que todas as regras para o cálculo do benefício previdenciário, principalmente a aposentadoria e pensão, estão estabelecidas na legislação. O benefício é previamente conhecido pelo segurado do RPPS, na medida que a Constituição Federal prevê as regras para o cálculo de seu montante, independentemente de corresponder ou não à integralidade da remuneração percebida no ativa<sup>11</sup>.

Diferentemente do Chile, cujo ordenamento optou por regime essencialmente contributivo e capitalizador, em que cada cidadão

---

<sup>11</sup> O regime próprio é plano previdenciário do tipo Benefício Definido - "BD", pois os critérios de cálculo do valor dos seus benefícios estão estabelecidos na Constituição Federal (...). A característica típica do "BD" que "amarra" o custeio ao benefício final previamente determinado introduz um grau superior de dificuldade na montagem destes planos quando comparados com planos do tipo "CD". Um plano "BD", por razões de natureza contratual, assegura um valor final para o benefício, independentemente das oscilações nos fatores que incidem sobre o regime de capitalização. Porém, é importante compreender que, quando esses fatores oscilarem, a mesma razão contratual que garante o benefício preestabelecido obriga majorações ou reduções no custeio do plano e elevação ou diminuição das alíquotas de contribuição, como readequações necessárias e intrínsecas ao próprio modelo. Na modelagem "CD" não existe qualquer mutualismo, já que as reservas são individualizadas, cada segurado tem sua própria conta. In GUSHIKEN, Luiz [et all]. Regime próprio de previdência dos servidores: como implementar? Uma visão prática e teórica/ Luiz Gushiken; colaboradores desta edição: Augusto Tadeu Ferrari, Wanderley José de Freitas, José Valdir Gomes, Raul Miguel de Oliveira. – Brasília: MPAS, 2002. Coleção Previdência Social, Série Estudos; v. 17. p. 186 e 181, respectivamente.

financia a própria aposentadoria contribuindo para uma espécie de fundo de capitalização, administrado por empresas privadas, com fins lucrativos, nosso constituinte adotou um regime público de solidariedade, em cuja organização as contribuições são destinadas ao custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado em contas individuais.

Assim, na forma da capitalização coletiva, tal como aquela adotada pelo regime próprio dos servidores gaúchos, são tratadas solidariamente as contribuições dos servidores e aquela decorrente do Ente Público, assegurados proventos com arrimo na última remuneração recebida ou pela média das maiores remunerações, tal como determina a Constituição Federal.

Essa explicação foi despendida para se desmitificar um aspecto do regime de financiamento por capitalização: a de que cada servidor estará fazendo sua “própria” poupança, a qual será, ao final, resgatada. Tal ideia pode ocorrer, e ocorre, no regime de financiamento por capitalização individual, tradicionalmente adotado pelo regime de previdência complementar, justamente por não haver a necessidade de benefício definido. Contudo no regime próprio, no qual se parte da premissa de que há um benefício definido garantido constitucionalmente, não há como se manter essa ideia de “poupança individual”, eis que os recursos serão depositados em conta única, pertencente à coletiva de servidores contribuintes.

Tal constatação possui uma importante consequência: os riscos financeiros e atuariais não são suportados diretamente pelo segurado, tal como ocorre na previdência complementar que utiliza a capitalização individual, mas sim pela coletividade de filiados ao Fundo, ocorrendo, por outro lado, o mesmo em relação aos resultados positivos.

## **5 DA APLICAÇÃO DO REGIME DE FINANCIAMENTO POR CAPITALIZAÇÃO AOS BENEFÍCIOS EM ESPÉCIE**

Como visto anteriormente, a previdência social brasileira elencou como riscos, os quais tem por objetivo dar cobertura, aqueles decorrentes de doença, invalidez, velhice, morte e proteção à ma-

ternidade e criou os respectivos benefícios contra tais fatos (auxílio doença, aposentadoria por invalidez, aposentadoria por tempo de contribuição; aposentadoria por idade; pensão; e salário maternidade, respectivamente). Alguns destes benefícios são programáveis, enquanto outros não o são.

Sendo assim, é possível afirmar que mesmo o regime de capitalização, se adotado pelo regime próprio, tal como fez o Estado do Rio Grande do Sul, a partir de 2011, não será um regime de capitalização puro. Ou seja, os chamados benefícios programáveis (por exemplo, aposentadoria por contribuição) serão, de fato, financiados através do regime de capitalização, no qual os recursos vertidos na atualidade são colocados em um fundo próprio e serão capazes de, ao final, pagar a aposentadoria daquele servidor.

Já os benefícios não programáveis (por exemplo, auxílio-doença) terão que ser pagos, ainda, no chamado regime de caixa ou regime por repartição simples.

Embora tal matéria até o momento não tenha sido regulamentada, é possível antever que esta será a praxe a ser adotada pelo Estado do Rio Grande do Sul, conforme consta do Demonstrativo de Resultados da Avaliação Atuarial – 2012, extraído do site do Ministério da Previdência Social<sup>12</sup>, no qual informa que a (a) aposentadoria por idade, tempo de contribuição, compulsória, invalidez e pensão por morte estão sujeitas ao regime de capitalização, enquanto os benefícios de (b) auxílio-doença, salário-maternidade e auxílio-reclusão se sujeitam ao regime de repartição simples.

Neste sentido, até a regulamentação do Regime Próprio de Previdência Social gaúcho ser editado, nos termos do contido no art. 21 da Lei Complementar nº 13.758/2011, restarão dúvidas sobre a forma como os benefícios regidos pelo regime de repartição simples serão implementados aos servidores vinculados ao FUNDOPREV.

Referida lei, em seu artigo 5º, previu que “Os benefícios de auxílio-doença e salário-maternidade devidos aos servidores ativos abrangidos pelo regime financeiro da capitalização, e o auxílio-re-

---

<sup>12</sup> Disponível em [http://www1.previdencia.gov.br/sps/app/draa/draa\\_mostra.asp?tipo=2&codigo=25855&hddnCNPJEte=87934675000196&AnoProjetoLDO=2012](http://www1.previdencia.gov.br/sps/app/draa/draa_mostra.asp?tipo=2&codigo=25855&hddnCNPJEte=87934675000196&AnoProjetoLDO=2012). Acesso em 24.mai.2013.

clusão devido aos seus dependentes, serão processados diretamente pelo Estado e custeados mediante ressarcimento, pelo FUNDO-PREV”, de forma que os servidores não estão na dependência de tal regulamentação para usufruir de tais benefícios, pois os mesmos serão garantidos por recursos estatais e processados por tal Ente.

## **6 DA TRANSIÇÃO DO REGIME DE REPARTIÇÃO POR CAPITALIZAÇÃO AO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA**

Verificada que a principal diferença entre os regimes de financiamento simples e por capitalização decorre de que no primeiro os servidores da ativa patrocinam os beneficiários da inatividade, enquanto que no regime de capitalização os próprios servidores da ativa vão acumular recursos, os quais posteriormente serão utilizados no pagamento dos seus benefícios, há que se perquirir: como será realizada esta transição entre um regime e outro? Dito de outra forma, considerando que para o pleno funcionamento do regime de repartição simples se faz necessária a constante reposição dos servidores ativos, os quais, com a mudança legislativa patrocinada pela Lei Complementar nº 13.758/2011, estarão contribuindo para o FUNDOPREV, quem pagará a aposentadoria dos atuais servidores ativos ingressantes anteriormente à vigência da referida lei?

O regime próprio gaúcho, até 2011, seguia uma lógica: os atuais servidores da ativa estavam patrocinando a aposentadoria dos inativos, com a perspectiva de que os novos servidores ingressantes iriam patrocinar a aposentadoria dos atuais contribuintes/ futuros beneficiários, e assim sucessivamente.

Mas, à medida que os novos servidores, ou seja, os ingressantes após 15 de julho de 2011, data da lei complementar nº 13.758, estarão contribuindo para o regime de capitalização, quem patrocinará a aposentadoria do servidor ingressante em janeiro de 2011, por exemplo? Ou seja, o custo previdenciário dos benefícios a serem concedidos oportunamente aos servidores ora em atividade será assumida por qual agente financeiro, à medida que os novos ingressantes no sistema passarem a contribuir para o financiamento dos seus próprios custos previdenciários em regime de capitalização?

Lembra-se que o regime de repartição simples opera em regime de caixa: as contribuições atualmente auferidas são utilizadas para arcar com os benefícios já deferidos, não sendo obtida uma reserva matemática para quitar futuros benefícios<sup>13</sup>.

A Lei Complementar nº 13.758, em seu art. 7º, afirma que os valores das contribuições feitas pelo regime de capitalização serão colocados em uma conta específica, vedada sua utilização pelo Sistema Integrado de Administração de Caixa do Estado do Rio Grande do Sul – SIAC<sup>14</sup>. Ou seja, tais recursos não poderão ser utilizados para pagamento das aposentadorias dos servidores que atualmente estão contribuindo para o regime por repartição simples<sup>15</sup>.

Consoante aponta DEL BIANCO<sup>16</sup>, devido a essas peculiaridades dos fundos capitalizados não se mostra possível a mera transição de um regime de repartição simples a um de capitalização, porque ela implicaria a necessidade de grandes aportes de recursos estatais. Esse custo de transição decorre, basicamente, da necessidade de um

---

<sup>13</sup> Segundo Luiz Gushiken, a origem das dificuldades financeiras dessa transição reside em dois pontos básicos: a) como será suportado o custo dos benefícios em manutenção, relativos aos atuais aposentados e pensionistas; b) como será suportada a carga contributória para integralizar as reservas dos atuais servidores titulares de cargo efetivo, de forma a assegurar o equilíbrio atuarial e financeiro, reservas essas, correspondentes aos benefícios proporcionais a que têm direito. Op. cit. p. 93. Ressalta, contudo, que apenas parcela deste entendimento pode ser aplicado à experiência existente no Estado do Rio Grande do Sul, eis que aqui os benefícios atualmente em manutenção serão mantidos pelos servidores ingressantes no sistema até 2011.

<sup>14</sup> Art. 7º Todos os valores em espécie destinados ao FUNDOPREV serão depositados em conta específica e exclusiva do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A – BANRISUL –, distinta da conta do Tesouro do Estado, vedada sua utilização pelo Sistema Integrado de Administração de Caixa no Estado do Rio Grande do Sul – SIAC.

<sup>15</sup> Tal como constou no Demonstrativo de Resultados da Avaliação Atuarial – 2011, anteriormente citado: “Devem ser criados mecanismos de controle para que não haja evasão de recursos dos fundos, nem seja admitida a migração de um fundo para outro. Aplicações e investimentos dos fundos precisam ser definidos por lei, para protegê-los e dar segurança de rentabilidade. As receitas oriundas dos segurados e do Estado devem ser cercadas de garantias para que possam ser aplicadas e rendam juros indispensáveis em um sistema de capitalização em longo prazo”.

<sup>16</sup> DEL BIANCO, Dânae. *Previdência dos servidores públicos*. São Paulo: Atlas, 2009.p. 13.

responsável assumir a despesa do que se denomina tecnicamente de “serviço passado”<sup>17</sup> – ou seja, o estoque de benefícios concedidos no passado, sem se descuidar da manutenção dos recursos destinados ao pagamento de benefícios proporcionais àqueles que se submeterão às regras de transição do sistema, bem como verter recursos para a capitalização dos benefícios a serem concedidos no futuro aos novos ingressantes no sistema, após a reforma.

A história tem confirmado o alto custo da transição dos regimes de financiamento de repartição para o de capitalização, sendo exemplo marcante o da Argentina - conseqüente da reforma em seu sistema previdenciário ocorrida em 1994, quando houve a aceleração da crise econômica<sup>18</sup> - a qual foi inspirada parcialmente

---

<sup>17</sup> Aqueles que aderem a plano capitalizado e se encontram próximos da data da aposentadoria terão pouco tempo para constituir a reserva garantidora do seu Custo Previdenciário e, neste caso, terão que, forçosamente, assumir valores elevados de contribuição mensal, salvo a hipótese de outros – o empregador ou o conjunto de segurados, coletivamente – contribuir para o alívio deste pesado ônus contributivo individual. Essa situação é muito comum quando da instituição de planos previdenciários capitalizados, ou quando da adequação de planos já existentes, estruturados em outros métodos de financiamento, aos princípios da capitalização. Os Regime Próprios, baseados na nova concepção previdenciária e que possuem grandes contingentes de servidores efetivos em atividade de idade relativamente avançada, constituem casos típicos desta dificuldade de ajustamento contributivo, dificuldade esta colocada no rol dos seus principais problemas estruturais. O Serviço Passado juntamente com os benefícios em manutenção constituem o chamado custo de transição. Toda vez que se substituir o regime de financiamento, de um plano em andamento, do modelo de Repartição Simples para o da Capitalização, ocorre esse fenômeno, ou seja, o aparecimento do custo de transição que no caso dos Regimes Próprios é extremamente elevado. A legislação, de um lado, impõe a introdução de um novo regime financeiro e, de outro, não propõe mecanismos para equacionar essa transição, dificultando, assim, a instalação dos regimes próprios. Neste sentido, a segregação contábil do serviço passado e incorporação como responsabilidade exclusiva do ente federado poderá dificultar sobremaneira o atendimento aos limites contributórios legais – a vigorar a partir do ano de 2004 – que lhe impõem, de um lado, a contribuição máxima em dobro da dos servidores, e de outro lado, as despesas líquidas com inativos até o máximo de 12% (doze por cento) da Receita Corrente Líquida – RCL Trecho de autoria de Luiz Gushiken. Op. cit. p. 124, 133 e 128, respectivamente.

<sup>18</sup> Conforme aponta Vinícius Carvalho Pinheiro: A crise argentina está estruturalmente relacionada com os impactos fiscais da privatização da previdência. Em 1994, foi implementada a substituição parcial do sistema público de repartição, onde os trabalhadores financiam os aposentados, pelo sistema privado de

na reforma promovida pelo Chile, ocorrida em 1981 - a qual adotou integralmente o regime de capitalização individual<sup>19</sup>.

Por tais motivos, no Estado do Rio Grande do Sul não adotou o regime de financiamento por capitalização a todos os servidores, mas apenas aos ingressantes no sistema após a reforma. Desta forma, haverá uma gradual queda das receitas para o regime de repartição simples, eis que os novos servidores passam a contribuir para a capitalização, porém ainda se mantém a contribuição dos atuais servidores, bem como a contribuição em dobro do Ente Estatal e dos inativos. Com tal sistema, conseqüentemente, com o decurso dos anos, haverá um crescente aumento de despesas, com a passagem dos atuais servidores ativos ingressantes até 2011 para a inatividade,

---

capitalização individual, em que cada trabalhador contribui para fundos de pensão privados para financiar a sua aposentadoria. A passagem do sistema de repartição para o de capitalização tem apresentado elevados custos de transição, inviabilizando o equilíbrio nas contas públicas. As receitas da previdência oficial diminuíram, pois parte da contribuição do trabalhador, antes aportada aos cofres públicos, passou a ser destinada aos fundos de pensão privados. As despesas aumentaram porque o Estado, além de continuar custeando os inativos, deve garantir aos trabalhadores um benefício proporcional em reconhecimento às contribuições feitas no passado. In Reforma da Previdência e Crise na Argentina, disponível em [http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3\\_081014-104506-783.pdf](http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_081014-104506-783.pdf). Acesso em 14.mai.2013.

<sup>19</sup> Stephen J. Kay confirma a informação de que a reforma chilena foi muito cara ao governo daquele país: Embora a privatização prometa reduzir os gastos do governo a longo prazo, trata-se de uma reforma muito cara, porque o governo precisa continuar pagando os benefícios de aposentadorias atuais, enquanto as contribuições individuais são desviadas para os planos privados. Por exemplo, os custos de transição no Chile estão atualmente na casa dos 5% do PIB, e há considerável divergência sobre quando eles começarão a diminuir. Para cobrir o enorme déficit, o governo precisa registrar um superávit orçamentário e/ou emitir títulos da dívida pública – o que leva as administradoras dos fundos de pensão a concentrar seus investimentos nestes títulos. O ônus da dívida da previdência social pode, pois, forçar os governos a desviarem os gastos sociais de áreas como saúde e educação, que promovem a redistribuição. In KAY, Stephen J. Privatizações inesperadas: política e reforma da previdência social no Cone Sul. In: COELHO, Vera Schattan P. A reforma da previdência na América Latina. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003. p. 107-130. O autor, portanto, referiu-se ao alto custo de transição do regime financeiro de repartição simples para o modelo de capitalização, como consequência da assunção, pelo poder público, tanto da despesa previdenciária do passado (benefícios concedidos em repartição simples) quanto da despesa futura (benefícios a conceder em capitalização).

sem o correspondente ingresso de novos contribuintes. De acordo com o Demonstrativo de Resultados da Avaliação Atuarial de 2011, o ápice das despesas no regime de repartição simples ocorrerá em 2033 (quando haverá um *deficit* de R\$ 8.923.443.117,60) sendo que a partir de tal data as despesas passam a diminuir, até a extinção de tal segmento de servidores e pensionistas.

Neste sentido, tem-se, ainda, o voto do Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa, que, ao analisar o estudo atuarial da consultoria do Banco do Brasil juntado àquele feito, constatou que “o percentual necessário para o equilíbrio do regime sobre a base de incidência das contribuições totais do Estado corresponderia a 70,28% durante os próximos 75 anos”. Ou seja, muito embora atualmente o Estado esteja arcando com uma alíquota de 26,50% a ser revertida para a Previdência do regime simples, em um futuro próximo tal contribuição corresponderia a 70,28%, eis que não haverá mais o ingresso de novos servidores ativos para patrocinar o Estado.

Analisando-se tais dados, há que se verificar se está sendo respeitado o equilíbrio financeiro e atuarial, previsto constitucionalmente no art. 40 da Carta Magna, in verbis “Aos servidores titulares de cargos efetivos (...) 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”.

Por equilíbrio financeiro entende-se a garantia de equivalência entre as receitas auferidas e as obrigações do RPPS em cada exercício financeiro. Já equilíbrio atuarial é a garantia de equivalência, a valor presente, entre o fluxo das receitas estimadas e das obrigações projetadas, apuradas atuarialmente, a longo prazo, nos termos dos conceitos trazidos pelo art. 2º, incisos I e II, da Portaria MPS nº 403, de 11 de dezembro de 2008<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Conforme Luiz Gushiken: Capitalização previdenciária quer dizer, antes de tudo, aposentadoria pré-financiada. (...) Significa que haverá recebimento de contribuições que serão aplicadas no mercado com o objetivo de pagar todos os compromissos assumidos na forma de benefícios. É nesta dinâmica que surge o equilíbrio atuarial, fundado em complexos cálculos matemáticos e hipóteses sobre o futuro, determinando que o total de contribuições – mais os valores (juros) a elas

Assim, é possível se questionar se houve preocupação do governo em manter o equilíbrio atuarial dos servidores vinculados ao regime próprio de repartição simples. E a resposta é positiva. Nos termos do Demonstrativo de Resultados de Avaliação Atuarial – 2011:

Existem duas situações genéricas sobre os participantes do sistema, que tem sido chamadas de segregação de massas: uma, a dos atuais segurados, seus possíveis dependentes e futuros beneficiários. Outra, a dos futuros servidores que ingressarão no modelo. Na primeira situação temos: os atuais servidores ativos, ou parte deles, os futuros pensionistas de servidores ativos, os futuros inativos dos atuais servidores. Esses sub-grupos que chamamos de primeira situação agrega segurados que já estão sendo beneficiados por aposentadorias ou pensões, ou os que já tem expectativa desses benefícios, mas que não formaram fundos previdenciários suficientes para garantia dos benefícios concedidos ou a conceder. Diante disso, e não havendo mais tempo nem disponibilidade para formarem esses fundos, deve ser criado para eles um fundo financeiro<sup>21</sup> que registre receitas e despesas, em conta distinta do Tesouro do Estado, num REGIME FINANCEIRO DE CAIXA, com a contribuição de todos os servidores ativos, inativos e pensionistas, mais a diferença de contribuição indispensável ao equilíbrio financeiro. Isso quer dizer que o Estado assumirá o encargo principal para cobertura das prestações, mas com a certeza de que esse contingente de beneficiários irá sendo extinto com o tempo, a taxas que serão bem previsíveis tecnicamente, ou seja, as despesas gradualmente diminuirão.

Após a leitura de tal trecho é possível afirmar, ainda, que o

---

agregados – deverá ser igual ao total dos pagamentos de benefícios que se efetuará no futuro, e o equilíbrio financeiro, por sua vez, exigindo compatibilidade entre os fluxos de receita e despesa. Com a obrigatoriedade da busca do equilíbrio atuarial, os custos previdenciários são trazidos à luz, evidenciando-se mais claramente a sua formação e, no que tange ao processo de financiamento do plano, as causas dos déficits ou superávits são mais facilmente identificáveis, permitindo analisar melhor os casos onde haverá necessidade de ajustes ou imputação de responsabilidade e penalização. Op. cit. p. 21.

<sup>21</sup> O fundo acima referido até o momento não existe, eis que o FUNDO PREVIDENCIÁRIO – FUNDOPREV – criado pela Lei Complementar nº 13.758 só se aplica aos servidores vinculados ao regime financeiro de capitalização, não ao regime de caixa ou simples. Por certo, tal situação será contemplada no regulamento da nova lei, previsto, nos termos art. 21 da referida lei.

serviço passado será incorporado como responsabilidade exclusiva do Estado do Rio Grande do Sul, atendendo, assim, ao disposto no art. 19 da Lei n. 13.758/2011.

Além destas normas de transição, há um segundo questionamento a ser realizado quando se é perquirido acerca da transição do regime de repartição por capitalização ao regime próprio de previdência: como visto anteriormente, é premissa para que se tenha um benefício definido a existência de uma contribuição variável.

A administração de tais contribuições, no regime de financiamento simples, é relativamente fácil, eis que basta calcular os benefícios a serem pagos dentro de determinado período, e calcular o quanto será necessário cobrar a título de contribuição dos servidores e dos entes vinculados àquele regime.

Tal administração se torna mais dificultosa quando se adota o regime de financiamento por capitalização: há que se calcular o montante a ser cobrado agora, de um benefício a ser fruído daqui a 30, 35 anos; aliado ao fato de que tais divisas serão aplicadas no mercado financeiro, cuja rentabilidade prevista nem sempre se concretiza, sujeitam-se a *deficits* ou *superavits*.

Sendo assim, questiona-se: o que ocorrerá com o Fundo Previdenciário – FUNDOPREV, caso se constate que a contribuição cobrada dos servidores e do ente gaúcho revela-se excessiva, gerando um superavit no plano? Ou, ao revés, constata-se que a contribuição cobrada está sendo insuficiente, gerando um deficit no fundo? Dito de outra forma, como no RPPS, através do regime financeiro de capitalização, os superavits e deficits serão absorvidos?

O superávit, ao contrário do que pode indicar uma primeira impressão, não é uma situação vantajosa para o plano ou seus segurados, eis que o plano previdenciário não é destinado à produção de lucro, consoante Wagner Balera<sup>22</sup>.

Dentro de um plano de previdência complementar “privado”, caso exista superávit, autoriza-se que seja realizado ajustes na

---

<sup>22</sup> Segundo citado autor: “O superávit, portanto, também representa uma situação de desequilíbrio do plano de benefício, o qual, sob nenhum aspecto, deve gerar lucro”. BALERA, Wagner (coord.) Comentários à Lei de Previdência Privada. LC 109/2001. cit. P.47.

contribuição, tal como ocorreu, por exemplo, na Previ - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil S.A.<sup>23</sup>.

Tais medidas, contudo, não pode ser adotadas pelo FUNDO-PREV, eis que a contribuição mensal mínima a ser vertida possui parâmetro constitucional. Segundo art. 149, parágrafo 1º, da CF, os Estados, Distrito Federal e Municípios instituirão contribuições para os respectivos regimes previdenciários, sendo que a alíquota delas “não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União”, previsão igualmente contida no art. 3º da Lei nº 9.717/1988. Sendo assim, mesmo em caso de superavit, a contribuição a ser vertida ao FUNDOPREV não poderia ser inferior aos atuais 11% cobrados dos servidores da União.

O atual regulamento do RPPS – Portaria MPS nº 402, de 10 de dezembro de 2008 – nada prevê sobre o assunto<sup>24</sup>, de forma que possivelmente tal matéria seja normatizada ao ser editada o regulamento do Regime Próprio de Previdência Social gaúcho, conforme previsão do art. 21 da Lei Complementar nº 13.758/2011.

A contribuição máxima, por sua vez, não está prevista em lei, o

---

<sup>23</sup> Criada em 1904, antes mesmo da Previdência Oficial em nosso País, a PREVI - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil é o maior fundo de pensão da América Latina e 27º (\*) do mundo em patrimônio. A PREVI é uma entidade fechada de previdência privada e seus participantes são funcionários do Banco do Brasil e empregados do quadro próprio da PREVI. Seus participantes estão divididos em dois grupos: plano de benefícios 1 e plano PREVI futuro. A cobrança das contribuições para o Plano de Benefícios 1 está suspensa desde janeiro/2007, por conta do superávit do plano. Essa medida é reavaliada anualmente. As contribuições são cobertas pelo Fundo de Contribuições e integram a Reserva de Poupança de cada participante. Disponível em [http://www.previ.com.br/portal/page?\\_pageid=57,962884&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://www.previ.com.br/portal/page?_pageid=57,962884&_dad=portal&_schema=PORTAL). Acesso em 13 jul. 2013.

<sup>24</sup> Destaca-se que a Portaria MPS nº 402, de 10 de dezembro de 2008 revogou a Portaria MPAS n. 4.992, a qual previa, em seu item VII o Anexo I, que o superávit técnico do plano será destinado à constituição de reserva de contingência de benefícios, sendo este limitado a 25%. Segundo Manuel Soares Póvoas, a reserva de contingência é uma reserva patrimonial afeta a um determinado fim, qual seja, socorrer o plano diante de riscos que possam afetar seu equilíbrio futuro – in PÓVOAS, Manuel Soares. *Previdência privada. Planos empresariais*. Rio de Janeiro: Funenseg, 1991, v.1 e 2. Superado os 25% da reserva de contingência, segundo a portaria revogada, o excedente seria destinado à reserva de ajustes do plano, porém tal portaria não explicitava de que forma poderia ser feito tais ajustes.

que, à primeira vista, pareceria uma solução a ser adota em caso de deficit: aumenta-se a alíquota para honrar os futuros compromissos assumidos.

Contudo, há que se verificar que tanto a jurisprudência do Tribunal de Justiça gaúcho, quanto a do Supremo Tribunal Federal já se manifestaram no sentido de que a contribuição previdenciária não pode ter caráter confiscatório, devendo se pautar em limites razoáveis para fixar a porcentagem da alíquota previdenciária devida. Neste sentido:

A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de a Corte examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição. Precedente: ADI 1.075-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (o Relator ficou vencido, no precedente mencionado, por entender que o exame do efeito confiscatório do tributo depende da apreciação individual de cada caso concreto). - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte - considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo - resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela

mesma entidade estatal - afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. (...) (ADI 2010 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/1999, DJ 12-04-2002 PP-00051 EMENT VOL-02064-01 PP-00086)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 11 E 12 DAS LEIS COMPLEMENTARES ESTADUAIS Nº 13.757 E 13.758, DE 18 DE JULHO DE 2011, QUE DISPÕEM, RESPECTIVAMENTE, SOBRE O REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES MILITARES E CIVIS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. FIXAÇÃO DA ALÍQUOTA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA EM 14% PARA OS INTEGRANTES DO REGIME FINANCEIRO DE REPARTIÇÃO SIMPLES, COM DEDUÇÕES DIFERENCIADAS NA BASE DE CÁLCULO. APRECIÇÃO DO PEDIDO LIMINAR PELO COLEGIADO. ART. 213, CAPUT, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LIMINAR DEFERIDA, COM EFEITO EX TUNC. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DOS REFERIDOS DISPOSITIVOS LEGAIS. OFENSA AOS ARTS. 19 E 140, CAPUT, da Constituição Estadual C/C ARTS. 150, ii e iv, E 195, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

(...)

III - O caráter confiscatório do tributo há de ser avaliado em função do sistema, ou seja, deve ser levada em consideração toda a carga tributária incidente sobre o contribuinte. Além dos descontos efetuados na folha salarial (contribuição previdenciária e IR), anualmente, paga-se IPTU e IPVA, além dos repasses indiretos de ICMS, II, IPI, IOF, PIS, COFINS, CSL, CIDE, COSIP, ISS e outros tributos incidentes sobre produtos, mercadorias, bens e serviços.

IV – O aumento da exação tributária deve observar padrões de razoabilidade e ser estabelecido em bases moderadas, o que não ocorre no caso em apreço, já que não demonstrada a efetiva necessidade da elevação para o percentual de 14% para os servidores civis e militares integrantes do Regime Financeiro de Repartição Simples.

(Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70045262581, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 19/11/2011).

A simplória explicação de que, havendo prejuízo no plano, cabe ao Estado arcar com este também deve ser analisada com precaução, eis que a legislação impõe duas grandes limitações quanto à capacidade contributória dos entes estatais: suas contribuições não podem exceder o dobro da do servidor e suas despesas líquidas com inativos não podem ultrapassar doze por cento de sua Receita Corrente Líquida.

Sendo assim, considerando que a existência de superávit ou déficit são próprios do regime previdenciário financiado pelo regime de capitalização - eis que há variados fatores externos, os quais não são passíveis de controle pelos administradores do sistema previdenciário - deve ser regulamentado, com urgência, os procedimentos a serem adotados em tais casos.

## **7 A QUAIS SERVIDORES SE APLICA O NOVO REGIME DE CAPITALIZAÇÃO**

A redação original da Lei Complementar nº 13.758, de 15 de julho de 2011, previa, em seu artigo 2º, que se aplicaria o regime financeiro de repartição simples aos servidores públicos civis, titulares de cargos efetivos, aos magistrados, aos membros do Ministério Público, aos membros da Defensoria Pública e aos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul que ingressaram no serviço público estadual até a entrega em vigor da referida lei.

Tal redação foi alterada pela Lei Complementar nº 14.016, de 21 de junho de 2012, que passou a prever que o novo regime de financiamento seria aplicado aos servidores que “permaneceram no serviço público sem interrupção em relação ao último cargo titulado, até a entrada em vigor desta Lei Complementar”.

Ou seja, onde se lia ingresso no “serviço público estadual”, agora se lê “serviço público”.

Esta nova redação se coaduna com a redação prevista no § 16 do art. 40 da Constituição Federal, bem como no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.618/2012, a qual instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais.

Contudo, o conceito ingresso no “serviço público” traz dúvidas

sobre, de fato, a quem se aplica o novo regime de capitalização.

Segundo as disposições constitucionais em vigor, servidores públicos são todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho profissional com os órgãos e entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos de qualquer delas: União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Trata-se de designação genérica e abrangente, introduzida pela Constituição Federal de 1988, uma vez que, até a promulgação da carta hoje em vigor, prevalecia a denominação de funcionário público para identificação dos titulares de cargos na administração direta, considerando-se equiparados a eles os ocupantes de cargos nas autarquias, aos quais se estendia o regime estatutário.

A partir da Constituição de 1988, desaparece o conceito de funcionário público, passando-se adotar a designação ampla de servidores públicos, distinguindo-se, no gênero, uma espécie: os servidores públicos civis, que receberam tratamento nos artigos 39 a 41.

Já o art. 37, inciso I, da Carta Magna, faz referência a cargos, empregos e funções públicas, declarando-os acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

Sendo assim, pode-se conceituar cargo público como uma posição jurídica criada e disciplinada por lei, sujeita a regime jurídico de direito público peculiar, caracterizado por mutabilidade, por determinação unilateral do Estado, e por inúmeras garantias em prol do ocupante, definição adotada por Marçal Justen Filho<sup>25</sup>.

Desta forma, servidor público civil é unicamente o servidor da administração direta, de autarquia ou de fundação pública, ocupante de cargo público efetivo.

Tal conceito exclui da aplicação ao regime financeiro de capitalização os chamados empregados públicos - ou seja, aqueles contratados sob o regime da CLT -, bem como os servidores temporários, os detentores de cargo em confiança e de mandato eletivo, pois não titulam cargo efetivo.

De outra banda, parece ser claro que o regime de capitalização

---

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 580.

só será aplicado aos servidores públicos estaduais ingressantes após 15 de julho de 2011, que não detenham outro vínculo anterior não interrompido com as administrações municipais ou federal.

Dito de outra forma, caso o servidor ingresse no serviço público após 15 de julho de 2011, mas já tenha ocupado cargo público no serviço público da União ou dos Municípios, sem interrupção, lhe será aplicado o regime de repartição financeiro simples.

Esta parece ser a melhor interpretação a ser dada aos artigos 2º e 3º da Lei Complementar nº 13.758, com a redação dada pela Lei Complementar nº 14.016/2012.

Há, ainda, casos residuais que devem ser avaliados, tais como o de um servidor que tenha ingressado após a vigência da Lei Complementar nº 13.758 (que previa como parâmetro de diferenciação a data de ingresso no serviço público estadual) e antes da vigência da Lei Complementar nº 14.016 (que passa a prever como parâmetro para a adoção de um ou outro regime a data do ingresso no serviço público) e que tenha ocupado cargo público em outro Ente da federação, sem interrupção.

Este servidor, quando do ingresso no serviço público, passou a contribuir para o regime financeiro de capitalização, sendo que suas contribuições foram vertidas para o Fundo Previdenciário – FUN-DOPREV. Contudo, a partir de 21 de junho de 2012, vigência da Lei Complementar nº 14.016, suas contribuições devem passar a ser vertidas para o regime financeiro de repartição simples, bem como deve ser alterado o coeficiente de participação do Estado - eis que no regime simples o Estado contribui com o dobro da contribuição do servidor, tal como referido acima. Tal interpretação se deve ao fato de que as leis complementares estaduais não prevêm qualquer tipo de opção a ser realizada pelo servidor para qual regime gostaria de contribuir.

Considerando tais circunstâncias, questiona-se qual o destino das contribuições, tanto as patronais, quanto as do servidor, vertidas ao regime de capitalização durante o período de julho de 2011 (vigência da Lei Complementar nº 13.758) a junho de 2012 (edição da Lei Complementar nº 14.016)? Serão redirecionadas ao regime simples? Em caso positivo, haverá uma complementação por parte

do Estado, considerando a diferença de contribuição deste Ente para um e outro regime?

Tais matérias, novamente, deverão ser tratadas no Regulamento do Fundo Previdenciário – FUNDOPREV.

## **8 DA DESIGUALDADE DE CONTRIBUIÇÃO DO ENTE PÚBLICO AOS DIFERENTES REGIMES DE FINANCIAMENTO**

O critério diferenciador para a adoção entre um ou outro regime é a data de ingresso do servidor no serviço público. Tal critério sofreu severas críticas por parte de Humberto Ávila, em parecer datado de 15 de agosto de 2011, no qual analisa a Lei Complementar nº 13.758 ainda em sua redação original.

Para Ávila, a segregação entre os servidores pelo momento do seu ingresso na carreira foi aceita pela Constituição Federal no caso da adoção do regime complementar de previdência, conforme redação dada ao art. 40 pela Emenda Constitucional nº 41/03.

Porém, como o Estado do Rio Grande do Sul não adotou o regime de previdência complementar, Ávila defende que a distinção criada pela Lei Complementar nº 13.758/11 não estaria amparada pelas alterações constitucionais previstas pela Emenda nº 41/03, de forma que não haveria autorização constitucional para a segregação pretendida.

Para ele, a Lei Complementar nº 13.758/11 criou, portanto, uma desigualdade entre os regimes financeiros e, conseqüentemente, entre os segurados. Isso porque o critério utilizado para determinar se o segurado faz parte de um ou outro regime (data de ingresso no funcionalismo público) não é adequado para a promoção da finalidade que justifica a instituição de contribuições (financiamento da seguridade social).

Tais considerações do referido jurista se referem à redação original da Lei Complementar em questão, a qual previa alíquotas e bases de cálculo diferentes a serem descontadas dos servidores, e que variavam conforme o regime ao qual o servidor estava vinculado. Sendo assim, há que se analisar se tal inconsistência subsiste com

a edição da Lei Complementar nº 14.016/2012, que alterou a Lei Complementar nº 13.758/11.

Nos termos da nova redação, todos os servidores contribuem da mesma forma, ou seja, através do desconto de 13,25% mensais (art. 10-A e 15 da referida lei). Tampouco há diferenças entre a base de cálculo adotada entre um e outro regime. Contudo, a contribuição mensal do Estado aos diferentes regimes varia. Conforme art. 14, para o regime financeiro de repartição simples o Estado contribui com 26,50%, correspondente ao dobro daquela descontada do servidor, enquanto que para o FUNDOPREV a contribuição estatal será de 13,25%, nos termos do art. 16 da referida lei. Ou seja, no primeiro caso, o Estado contribui com  $\frac{2}{3}$  do custo previdenciário, já no segundo, com  $\frac{1}{2}$ .

Antes de se adentrar na análise de tal questão e verificar se há (ou não) uma afronta ao princípio da isonomia, deve-se ressaltar que a previsão legislativa gaúcha não se confunde com a adotada pela União na Lei n. 12.618/2012, que criou os chamados FUNPRESP – Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal, os quais prevêm contribuições diferenciadas a cargo da União<sup>26</sup>. Neste regime previdenciário, a adesão ao regime previdenciário complementar é facultativo, o que não é possível aos servidores do Estado do Rio Grande do Sul.

Ademais, no caso da adoção do regime complementar pela União, operou-se uma mudança no resultado final – ou seja, na aposentadoria do servidor – a qual refletiu nas contribuições mensais pagas pelo Ente Público envolvido e seus servidores. Já a mudança legislativa gaúcha não operou mudanças no resultado das contribuições – ou seja, não ocorreram alterações no valor ou na forma de

---

<sup>26</sup> 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. (...)

§ 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.

cálculo da futura aposentadoria do servidor. Modificou-se apenas na forma de financiamento de tal benefício.

Dito de outra forma, os servidores que ingressaram no serviço público gaúcho após a Emenda Constitucional nº 41/03 terão exatamente a mesma aposentadoria que os servidores que atualmente ingressam no serviço público estadual - ou seja, a aposentadoria com base na média das contribuições, sejam elas vertidas para o regime próprio de repartição simples ou de repartição capitalizada.

Assim, se a finalidade da contribuição é a mesma, qual a justificativa utilizada para diferenciar que em um regime o Estado contribua com o dobro daquela descontada do servidor, e em outro a contribuição seja equivalente àquela descontada do servidor?

Em uma primeira análise, seria possível afirmar que há uma afronta ao princípio da isonomia, eis que o legislador está promovendo uma distinção entre os beneficiários, tal como já afirmou o STF em casos pretéritos<sup>27</sup>, impressão que não se mantém após uma análise mais detida da questão.

Inicialmente, afirma-se o Estado agiu nos termos permitidos pela Lei n. 9.717/1998, a qual, em seu art. 2º, prevê que “A contribuição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, aos regimes próprios de previdência social a que estejam vinculados seus servidores não poderá ser inferior ao valor da contribuição do servidor ativo, nem superior ao dobro desta contribuição”.

Ainda que o agir do Estado não tivesse embasamento legal, constata-se que, em termos práticos, tal discussão se torna inócua ou possui pouca relevância, eis que o Estado continua agindo como

---

<sup>27</sup> “o sistema público de previdência social é baseado no princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CF), contribuindo os ativos para financiar os benefícios pagos aos inativos. Se todos, inclusive inativos e pensionistas, estão sujeitos ao pagamento das contribuições, bem como aos aumentos de suas alíquotas, seria flagrante a afronta ao princípio da isonomia se o legislador distinguisse, entre os beneficiários, alguns mais e outros menos privilegiados, eis que todos contribuem, conforme as mesmas regras, para financiar o sistema. Se as alterações na legislação sobre o custeio atingem a todos, indiscriminadamente, já que as contribuições previdenciárias têm natureza tributária, não há que se estabelecer discriminação entre os beneficiários, sob pena de violação ao princípio constitucional da isonomia” (RE 422.268 AgR / SP, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ de 24.06.2005).

garantidor do pagamento dos futuros benefícios, desde que respeitados os limites legais – ou seja, de que suas contribuições não podem exceder o dobro da do servidor e suas despesas líquidas com inativos não podem ultrapassar doze por cento de sua Receita Corrente Líquida. Sendo assim, acaso constatado que, com o montante oriundo das contribuições dos segurados/servidores e do Ente Público, aliada a outras contribuições previstas no regulamento a ser editado e do resultado das aplicações efetuadas, não será possível arcar com os benefícios garantidos ao servidor por disposição legal, o Estado deverá arcar com tal prejuízo.

Ademais, tais alterações na previdência social do regime próprio foram adotadas para resguardar os interesses dos próprios servidores, mantendo sua aposentadoria nos termos previstos pelo art. 40, § 1º, da CF - ou seja, pela integralidade ou pela média das remunerações percebidas, sem a adoção do regime previdenciário complementar – RPC, o qual acabaria por limitar a aposentadoria e pensões ao teto do regime geral de previdência<sup>28</sup> - bem como para estancar o crescente déficit previdenciário – segundo dados atuarias constantes do Demonstrativo de Resultados da Avaliação Atuarial do Estado do Rio Grande do Sul (ano de 2012) há um déficit atuarial estimado de R\$ 211.382.295.869,25 na previdência gaúcha<sup>29</sup>.

Ressalta-se que a complexidade de compartilhamento do Custo Previdenciário do Regime Próprio entre servidores e poder público reside, exatamente, em como financiar, dentro das regras dos atuais normativos, as parcelas que compõem e que são relativas aos dois grupos de segurados existentes na data da sua adequação aos princípios da capitalização. A dificuldade para implementação de o regime próprio ser financiado pelo regime de capitalização reside, basicamente, em como financiar o serviço passado e os atuais benefícios dos inativos e pensionistas.

Neste ponto, no Estado do Rio Grande do Sul, como visto,

---

<sup>28</sup> Neste sentido, vide entrevista concedida pelo governador Tarso Genro, disponível em <http://www.ipe.rs.gov.br/?model=conteudo&menu=81&id=660>. Acesso em 03.mai.2013.

<sup>29</sup> Disponível em [http://www1.previdencia.gov.br/sps/app/draa/draa\\_mostra.asp?tipo=2&codigo=25855&hddCNPJEnte=87934675000196&AnoProjetoLDO=2012](http://www1.previdencia.gov.br/sps/app/draa/draa_mostra.asp?tipo=2&codigo=25855&hddCNPJEnte=87934675000196&AnoProjetoLDO=2012). Acesso em 24.mai.2013.

o Ente Público arcará com todo o “serviço passado”, ou seja, com os resíduos decorrentes do regime simples. Assim, a existência do passivo em apenas um dos planos – no regime simples - acarreta a necessidade de diferentes contribuições estatais. Ainda, ressalta-se que, cabendo ao Estado arcar com passado, sem se desonerar dos benefícios em manutenção e com os futuros benefícios, aliado ao respeito às limitações legais decorrentes do teto de gastos com pessoal, foi imprescindível a adoção de tal parcela diferenciada, justificando, assim, que o Estado contribua com 2/3 para um regime e 1/2 para o outro.

## 9 CONCLUSÕES

Embora a segmentação de grupos de servidores e a diferença de contribuições devidas pelo Estado a um e outro segmento possa não ser considerada a solução ideal para a difícil resolução do déficit previdenciário, entendeu-se que é a solução possível de ser adotada para se enfrentar este passivo e evitar a quebra do sistema previdenciário gaúcho, o qual é responsável pelo pagamento de benefícios previdenciários a 136.727 inativos e 37.245 pensionistas, bem como deve garantir os futuros benefícios de 129.727 servidores ativos, conforme Demonstrativo de Resultados da Avaliação Atuarial - 2012.

Ademais, como visto, o passivo não recairá sobre os servidores, sejam eles ingressantes antes ou após a mudança legislativa, mas sim sobre os cofres estatais, eis que foi este que assumiu o “serviço passado” – ou seja, o resíduo decorrente do não ingresso de servidores no regime financeiro simples ou de caixa e a manutenção dos benefícios para os servidores que atualmente contribuem para aquele regime de financiamento.

Contudo, faz-se necessário e urgente que se proceda com a regulamentação infralegal do regime de previdência gaúcho, tal como previsto no artigo 21 da Lei Complementar nº 13.758/2011, com a conclusão dos trabalhos do grupo de trabalho denominado “GT-Previdência”, instituído pelo Decreto n. 48.371, de 16 de setembro de 2011, mormente das contribuições destinadas a custear o regime de financiamento de capitalização.

Tal necessidade decorre, especialmente, das exigências técnicas deste tipo de financiamento (aplicações e investimentos dos fundos precisam ser definidos por lei, para protegê-los e dar segurança e rentabilidade); da necessária determinação dos procedimentos a serem adotados em caso de superávit ou déficit, considerando as dificuldades previstas na legislação para majoração ou redução das alíquotas; e, finalmente, a situação recorrente de escassez de recursos públicos e, conseqüentemente, a dificuldade de os administradores públicos manterem grandes reservas financeiras capitalizadas restritas em sua destinação ao futuro previdenciário de seus servidores, com o desatendimento de outras necessidades sociais<sup>30</sup>.

Sendo assim, devem ser criados mecanismos de controle de evasão de recursos dos fundos, bem como sejam inadmitidas as migrações de um fundo para outro, garantido, desta forma, controle e transparência no gerenciamento de tais recursos.

## 10 REFERÊNCIAS

AMARO, Meiriane Nunes. Terceira reforma da previdência: até quando esperar?. **Disponível em** <http://www.senado.gov.br/conleg/centroaltosestudios1.html>. Acesso em 10.mai.2013.

ÁVILA, Humberto. **Parecer sobre a Lei Complementar nº 13.758/2011**. Porto Alegre, 2011.

BALERA, Wagner (coord.) **Comentários à Lei de Previdência Privada**. LC 109/2001. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. Noções preliminares de direito previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

\_\_\_\_\_. Sistema de seguridade social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da

---

<sup>30</sup> Neste sentido, Luiz Gushiken, para quem essa decisão poderá apresentar maior dificuldade nos casos em que o esforço de pré-financiamento das aposentadorias dos seus servidores estiver compelindo o ente federado a captar recursos no mercado a taxas superiores às possíveis de serem obtidas na capitalização previdenciária. Op. cit. p. 24.

reforma da previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). *In*: TAVARES, Marcelo Leonardo (org.). **A reforma da previdência. Temas polêmicos e aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DEL BIANCO, Dânae. **Previdência dos servidores públicos**. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Previdência social do servidor público estadual. **Revista trimestral de direito público**, São Paulo, v. 26, p. 168-185, 1999.

FILHO, Vicente Greco Filho. Parecer sobre a Lei Paulista n. 943, de 23 de junho de 2003. Contribuição de inativos. Disponível em [http://www.adusp.org.br/files/Juridico/pareceres/LC\\_943\\_03.pdf](http://www.adusp.org.br/files/Juridico/pareceres/LC_943_03.pdf). Acesso em 07.mai.2013.

GUSHIKEN, Luiz [et all]. Regime próprio de previdência dos servidores: como implementar? Uma visão prática e teórica/ Luiz Gushiken; colaboradores desta edição: Augusto Tadeu Ferrari, Wanderley José de Freitas, José Valdir Gomes, Raul Miguel de Oliveira. – Brasília: MPAS, 2002. **Coleção Previdência Social, Série Estudos**; v. 17.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 580.

KAY, Stephen J. **Privatizações inesperadas: política e reforma da previdência social no Cone Sul**. *In*: COELHO, Vera Schattan P. A reforma da previdência na América Latina. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003. p. 107-130.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**, São Paulo: LTr, 1995.

\_\_\_\_\_. Reforma da previdência dos servidores. Comentários à EC n. 41/03. São Paulo:LTr, 2004.

\_\_\_\_\_. A seguridade social na Constituição Federal. São Paulo: LTr, 2001.

OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. **Previdência dos servidores públicos: regime próprio e previdência complementar dos agentes públicos** (Atualização conforme a Lei Federal n. 12.618/2012

e Lei Paulista n. 14.653/2011). Leme: J. H. Mizuno, 2013.

PINHEIRO, Vinícius Carvalho. Reforma da Previdência e Crise na Argentina, disponível em [http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3\\_081014-104506-783.pdf](http://www.mpas.gov.br/arquivos/office/3_081014-104506-783.pdf). Acesso em 14.mai.2013.

**PÓVOAS, Manuel Soares.** Previdência privada. Planos empresariais. Rio de Janeiro: Funenseg, 1991, v.1 e 2

# **TRABALHO FORENSE**



## EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA

O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, por seu procurador infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos da ação referida em epígrafe, irresignado com a respeitável sentença proferida, apresentar RECURSO INOMINADO, requerendo o seu recebimento e, após cumpridas as formalidades legais, o encaminhamento a egrégia Turma Recursal.

Nestes termos, pede deferimento.

Porto Alegre, 04 de abril de 2013.

### **RAZÕES DE RECURSO INOMINADO**

#### **EGRÉGIA TURMA RECURSAL,**

##### ***- Dos antecedentes do recurso:***

A parte Autora prestou concurso público para ingresso na carreira de Escrivão de Polícia/Inspetor de Polícia, conforme Edital 55/2011. A mesma foi declarada inapta na etapa de avaliação psicológica. Ofereceu recurso, na forma do edital. Contudo, foi mantida a sua inaptidão.

Inconformada, ajuizou ação declaratória na qual postulou tutela antecipada *para que seja possibilitada a sua permanência no certame, autorizando-se a matricular no Curso de Formação Profissional.*

O feito tramitou e foi determinada perícia em vários processos, mas, em atenção ao sigilo dos testes realizados, foi delimitado o objeto do exame pericial, limitando-se o mesmo a examinar se os exames realizados tinham parâmetros válidos e aceitos cientificamente, se havia adequação entre os testes e o resultado da avaliação efetuada na esfera administrativa, bem como no recurso de avaliação.

Destarte, foi efetuada análise pelo DMJ em alguns feitos no que redundou em decisão deste Juízo considerando a *nulidade do teste psicotécnico efetuado na sede administrativa* (vide processo nº

(...) movido por (...)). Tal situação gerou a concessão de liminares para os candidatos participarem do Curso de Formação. E, como sabido, das 500 vagas oferecidas no Curso de Formação apenas 43 pessoas encontram-se na situação ora em debate.

Após a conclusão do curso de formação, houve determinação de **reserva de vagas aos mesmos candidatos**.

Agora, sobreveio sentença julgando **procedente** o feito e assim considerando:

*\* o parecer proferido em Juízo expressa o entendimento de parte da jurisprudência no sentido de que a avaliação psicológica deve ter previsão legal, se revestir de cientificidade e objetividade, e deve possibilitar revisão do resultado obtido pelo candidato. No caso a avaliação psicológica restou sem um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos critérios em que se procedeu. Da mesma forma, o edital não tem um grau mínimo de objetividade e de publicidade exigido pelo STF;*

*\* de acordo com o item 11.5, V do edital, os candidatos seriam excluídos do Curso de Formação caso demonstrassem inaptidão para o exercício do cargo e a parte autora obteve aprovação no Curso, evidenciando, ao lado do laudo particular juntado, que preenche os requisitos psicológicos para o exercício do cargo.*

*\* na esteira do entendimento do STF não há que se falar em aplicação de nova avaliação do candidato, por que ausentes os critérios objetivos para a avaliação psicotécnica.*

Destarte, a sentença considerou a parte autora APTA, com base na aprovação no Curso de Formação e na avaliação psicológica particular juntada aos autos.

Merece reforma.

As razões do Estado serão assim expostas: (1) da validade do exame efetuado na esfera administrativa (2) da impossibilidade de supressão de uma etapa do concurso (exame psicotécnico); (3) da necessidade de realização de exame substitutivo; (4) da impossibilidade de substituir-se o exame psicotécnico pelo Curso de Formação e de adotar-se laudo particular.

Vejamos.

– Das razões do Estado:

– Da validade do exame efetuado na esfera administrativa

Conforme constou na decisão recorrida, a jurisprudência é pacífica ao considerar que a avaliação psicológica deve (1) estar prevista em lei (2) deve se revestir de cientificidade e objetividade e (3) deve possibilitar a revisão do resultado obtido.

Quanto à previsão em lei, a própria decisão reconhece que existe e que tal requisito foi atendido.

Quanto à possibilidade de recurso, há previsão no edital e não foi motivo ensejador na decisão para dar base à procedência do feito.

Contudo, considerou a mesma que o Parecer efetuado nos autos que tem em conta o edital do concurso e o exame psicológico evidencia a falta de objetividade relativamente à prova.

A sentença baseia-se no Parecer emitido pelo DMJ para concluir pela falta de objetividade relativamente à prova. Contudo, examinando-se o Parecer de fls. 157 A 159 conclui-se, conforme segue.

### **– 1ª Conclusão – os testes são validados pelo CFP**

Em primeiro, aponta-se que o Perito nomeado **não examinou os testes efetuados pelos candidatos nem fez o cotejo com as conclusões da Avaliação Psicológica**. O mesmo somente analisou os documentos presentes nos autos referentes ao edital e à Avaliação do candidato.

Neste exame, o Perito concluiu, ao responder ao questionamento do Juízo quanto à adequação dos testes ao fim a que se destina, que SIM, **todos os testes aplicados são validados pelo Conselho Federal de Psicologia**. Vejamos em parte:

“No presente concurso foram aplicadas técnicas de avaliação psicológica expressivas e psicométricas (testes) e informativa para coleta de dados de história pessoal (questionário), esta última substituindo a entrevista individual. Os testes empregados (...) são todos validados pelo Conselho Federal de Psicologia, tendo sido analisados previamente por comissão técnica (SATEPSI) que os avaliaram quanto aos parâmetros de cientificidade e de adaptação à população brasileira. Por-

tanto, podemos dizer que eles produzem indicadores válidos das áreas de investigação psicológica a que se destinam (...)” (fl. 157, verso)

Claro, portanto, que os testes aplicados são válidos aos fins que se destinam.

### **- 2ª Conclusão – definição dos testes e ponto de corte não foram publicizados**

Quanto à adequação dos testes, análise da avaliação psicológica, da sua revisão e os critérios lançados pelo edital, apontou o Laudo o seguinte:

*\* citando Wanderley (1985, apud Baumgartl e Primi 2006) concluiu o Laudo que a definição dos testes a serem utilizados no exame e o ponto de corte que vai definir entre os aptos dos inaptos deve ser fundamentado por estudos que mostrem sua validade de critério;*

*\* no caso o ponto de corte aparece no laudo conclusivo do psicotécnico, mas sem terem sido previamente discriminados no edital, que possui apenas as áreas que seriam avaliadas durante o concurso e sem terem sido fundamentados, posteriormente nos autos processuais, quanto a um perfil profissiográfico.*

Não se concorda com a assertiva.

Indica o Laudo que o ponto de corte (índice a ser atingido no teste) **aparece no laudo conclusivo do psicotécnico**, mas, contudo, *não foi previamente discriminado no edital, que possui apenas as áreas a serem avaliadas.*

Portanto, a questão está, neste primeiro ponto, na publicização dos testes a serem utilizados e do ponto de corte (índice de aprovação). Está claro que os testes são válidos e aceitos cientificamente e que o ponto de corte foi informado no Laudo de Avaliação realizado no certame.

Entende o Estado que tal exigência (publicização no edital) não consta em legislação aplicável.

E mais: entende-se que tais requisitos quanto ao prévio estudo científico das atribuições, características do cargo está implícito no momento em que **se elegem testes aprovados pela comunidade científica, conforme resposta do quesito nº 01**. As áreas a serem avaliadas, por sua vez, constam do edital, no item 8.3, o que é suficiente para ser válido o psicotécnico.

Assim, não há exigência em lei de publicização dos testes e discriminação de ponto de corte em avaliação psicológica e seria temerária a divulgação dos mesmos.

A Lei Estadual 12.350/2005, que dispõe sobre o ingresso na carreira de Delegado de Polícia, nas carreiras de Inspetor e de Escrivão de Polícia e dá outras providências, assim dispõe em seu art. 8º:

**Art. 8º** - Os candidatos considerados aptos na prova de capacitação física serão convocados para realizar os exames de sanidade física, a avaliação psiquiátrica e a avaliação quanto à aptidão psicológica para o cargo, todos com caráter eliminatório.

§ 1º - Os exames de sanidade física serão realizados pelo órgão oficial de Perícia Médica do Estado.

§ 2º - Os laudos psicológicos e psiquiátricos, realizados por **especialistas das respectivas áreas, sob a coordenação do Gabinete Psicológico da Academia de Polícia Civil, enunciarão as condições de habilitação do candidato em relação às doenças mentais, às exigências da atividade policial, à segurança no comportamento, apontando o respectivo quociente de inteligência, consoante o perfil profissional adotado pela Polícia Civil.**

Tal diploma foi regulamentado pelo Decreto Estadual 44.301/2006 que assim dispõe:

Art. 17 - Os candidatos considerados aptos na prova de capacitação física serão convocados para realizar os exames de sanidade física, a avaliação psiquiátrica e a avaliação quanto à aptidão psicológica para o cargo, todos com caráter eliminatório, observado o que segue:

I - os exames de sanidade física serão realizados pelo órgão oficial de perícia médica do Estado, devendo os candidatos apresentar os exames complementares previstos no edital do concurso, sob pena de eliminação do concurso.

**II - a avaliação psiquiátrica e a avaliação da aptidão psicológica para o cargo serão realizadas por profissionais habilitados, sob a coordenação do Gabinete Psicológico da Divisão de Recrutamento e Seleção da Academia de Polícia Civil, e os laudos enunciarão as condições de habilitação do candidato em relação às doenças mentais, às exigências da atividade policial, à segurança no comportamento, apontando o respectivo quociente de inteligência, tudo conforme o perfil profissional adotado pela Polícia Civil.**

III - os laudos de avaliação dos exames de saúde física, psiquiátrica e de aptidão psicológica serão conclusivos pela aptidão ou inaptidão do candidato para o cargo pretendido e serão homologados pela Comissão de Concurso, a quem compete decidir os recursos interpostos na forma e no prazo previstos no edital do concurso.

§ 1º - Os laudos que tratam de aspectos psicológicos e, ou, psiquiátricos do candidato deverão ter circulação reservada, respeitado o sigilo profissional.

§ 2º - Cada profissional designado para avaliar os aspectos psiquiátricos e de aptidão psicológica examinará, no máximo, cem candidatos, compreendendo aplicação e correção de testes psicométricos, entrevista complementar e elaboração de laudo descritivo.

§ 3º - Haverá a designação de profissionais especialistas para a aplicação de testes projetivos, com a respectiva avaliação e elaboração de laudo técnico.

§ 4º - A elaboração dos pareceres conclusivos pela aptidão ou inaptidão dos candidatos será realizada, no máximo, por cinco profissionais habilitados, designados pela Comissão de Concurso, sob a coordenação do Gabinete Psicológico da DRS/ACADEPOL, que comporão a banca examinadora do processo de seleção.

§ 5º - Os recursos, em grau de revisão, serão apreciados por profissionais que não participaram da banca examinadora, sendo facultado ao candidato designar, sem ônus para o Estado, um profissional da Psicologia, credenciado, para lhe assistir.

Os dispositivos de lei acima referidos foram atendidos: foi discriminado no edital, item 8.3. Vejamos:

“8.3. A análise da aptidão ou inaptidão do candidato está relacionada às exigências específicas de cada cargo e suas complexidades e será fundamentada na utilização de técnicas e testes psicológicos reconhecidos e aprovados pelo Conse-

lho Federal de Psicologia. Dentre os critérios avaliados serão identificados: **nível mental, capacidade de atenção e rapidez; raciocínio lógico, memória; controle emocional; e características de personalidade relacionadas aos cargos de Escrivão de Polícia e de Inspetor de Polícia.**

Nada mais do que isto deveria constar no edital.

Relembre-se aqui o que já foi várias vezes apontado nas diversas demandas que tramitam neste Juizado: que os testes psicológicos são e devem ser sigilosos, mas que existe uma verdadeira indústria para divulgar e permitir que o candidato se prepare para a avaliação. Foi acostada, em vários processos que tratam de matéria idêntica, cópia de manual chamado “SEGredo DOS TESTES PSICOLÓGICOS”, que compõe-se de 07 volumes com os seguintes temas: “Testes de Desenhos”, “Testes de interpretação de manchas”, “Teste de personalidade” “Teste de Warteg” “Visão Geral dos Testes Psicológicos”, “Aprenda dinâmica de Grupo”, “Atenção Concentrada”.

Assim, publicizar os testes que serão realizados e os índices esperados em cada um (ponto de corte) é retirar toda a espontaneidade das respostas e, em consequência, a validade do teste aplicado. Portanto, entende-se totalmente equivocado INVALIDAR UMA ETAPA DE UM CERTAME, com base em um Laudo Pericial que assim entende, ou seja, apontou equívoco na avaliação psicológica realizada no certame, por não ter publicizado os testes a serem realizados e os índices a serem atingidos. Entende o Estado que isto não pode prosperar.

### **– 3ª Conclusão – justificção dos resultados em relação ao perfil**

Vejamos, ainda, como concluiu o Laudo Pericial:

*\* com base em Resolução do Conselho Federal de Psicologia, concluiu o Laudo Pericial que a análise do Laudo apresentado pela Academia de Polícia deixa claro o resultado do candidato em relação ao ponto de corte arbitrado como 'desejável' de cada um dos testes aplicados;*

*\* contudo, não justifica de que forma estes resultados foram valorados (peso) e integrados ao perfil profissiográfico (por exemplo, é possível um candidato ser aprovado se tiver apenas um resultado como inapto? Em qualquer teste?)*

O Laudo Pericial sempre deixou claro que o ponto de corte ficou expresso na Avaliação Psicológica examinada, relativamente a cada um dos testes aplicados. Contudo, como no item anterior, afirma que não há justificativa da forma que estes resultados foram valorados e integrados ao perfil profissiográfico.

Em relação ao ponto, também diga-se que a publicização não há que ser exigida. Relativamente aos resultados desejáveis, reconhecidos pelos técnicos do Gabinete Psicológico/DRS/ACADEPOL como dados quantitativos do perfil profissiográfico, resultam de permanentes estudos que visam acompanhar demandas exigidas para a prestação dos serviços de polícia judiciária. A garantia dos direitos individuais, a contínua mutação e evolução do mundo jurídico, o comportamento do criminoso, encontrado em todas estruturas sociais são elementos considerados na seleção de candidatos para o exercício do cargo.

Em face da dinâmica social, há constante adequação na estrutura da polícia judiciária e, em consequência, no perfil exigido do candidato.

Relativamente ao perfil profissiográfico e a forma de valoração dos resultados, conforme informado pelos Técnicos da ACADEPOL, a Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº 01/2002 que regulamenta a avaliação psicológica em concurso público e processos seletivos da mesma natureza, orienta a estes profissionais que 'à luz dos resultados de cada instrumento, proceder à análise conjunta de todas as técnicas utilizadas, relacionando-as ao perfil do cargo e aos fatores restritivos para a profissão' (art. 2º, inciso III). Com base na Resolução supra e aliado aos estudos promovidos institucionalmente, duas áreas dentre as relacionadas no Edital 055/2010 foram consideradas de maior importância – Personalidade e Habilidades Específicas, seguindo os critérios abaixo para a definição final do parecer:

## APTIDÃO:

*\* que o instrumento de personalidade-2 esteja válido e ausente de tendenciosidade, sendo que no mínimo o candidato tenha alcançado resultados esperados em 50% dos quesitos examinados;*

*\* que no instrumento de personalidade 1 – presença de resultados esperados no mínimo de 4 dos 7 itens avaliados, desde que dentre estes 4, estejam inseridos os sub itens: Controle da Agressividade e Impulsividade e Potencial para enfrentamento de Riscos e Tomada de Decisões.*

*\* Que nos instrumentos utilizados na avaliação das habilidades específicas, o candidato tenha obtido os resultados esperados a cada um deles desde que os sub-testes de Atenção Difusa, capacidade para abordar e resolver problemas e percepção rápida para identificar semelhanças e diferenças estejam entre eles;*

*\*que no desempenho intelectual apresente classificação desejável.*

## INAPTIDÃO

*\* Ausência de pelo menos dois dos quesitos validados para a aptidão.*

Por todo o exposto, resta claro que a avaliação foi perfeitamente fundamentada, utilizou-se de critérios científicos, objetivos e aprovados, seguiu o perfil exigido pelo cargo, respeitou integralmente as disposições legais e editalícias. Entende-se, destarte, equivocado anular-se a Avaliação Psicológica por suposta falta de publicização de questões que não devem ser publicizadas.

Ante todo o exposto, resta claro que merece reforma a sentença recorrida para considerar válido o exame realizado.

Não sendo assim entendido, cumpre a desconstituição da sentença para determinar a realização de nova perícia substitutiva daquela anulada, pena de violação ao art. 37, caput, I e II, e art. 5º, I e II da Constituição Federal. Vejamos.

**- Da impossibilidade de supressão de uma etapa do concurso**

A realização de concurso público, como sabido, é requisito expresso na Constituição para o ingresso em cargos ou funções públicas. Tal investidura depende de prévia aprovação em concurso, de acordo com a natureza e complexidade do cargo, na forma prevista em lei. Conforme referido em sentença, há previsão legal de realização de exame psicotécnico no provimento dos cargos de Escrivão e Inspetor de Polícia na Lei 12.350/05 e no Decreto 44.301/2006, acima transcritos.

Portanto, a Lei previu a exigência da aptidão psicológica para ingresso nas carreiras em pauta. Sendo assim, a avaliação psicológica constitui-se em uma das etapas, de caráter ELIMINATÓRIO do certame, conforme prevê o Edital no item “8”.

O dispositivo legal acima referido encontra consonância com o disposto no art. 37, I e II da Constituição Federal:

“Art. 37 (...)

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que **preencham os requisitos estabelecidos em lei**, assim como aos estrangeiros na forma da lei.

II – a investidura em cargo ou emprego público **depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei**, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

Muito claro: a Constituição exige aprovação em concurso de acordo com a natureza do cargo, **na forma prevista em lei**. E, no caso dos autos, a forma prevista em lei exige que seja efetuado exame psicotécnico sob a coordenação do Gabinete Psicológico da Academia de Polícia Civil.

A decisão, assim como exarada, considerou o exame efetuado na fase administrativa inválido e não determinou a realização de outro substitutivo. Simplesmente adotou LAUDO PARTICULAR, encomendado pelo Autor e levou em conta a sua aprovação no Curso de Formação. Em verdade, assim agindo, a decisão SUPRI-

## MIU UMA FASE DO CONCURSO – A FASE ELIMINATÓRIA DO PSICOTÉCNICO.

Sendo assim, se o laudo particular ou o Curso de Formação (outra etapa do certame) não servem para dar base à condição de aptidão do candidato, **conclui-se que uma fase do certame foi eliminada – o psicotécnico.**

Vejam os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal os quais consideram que sendo requisito legal a exigência do exame psicotécnico, não pode o Judiciário dispensá-lo ou considerar o candidato aprovado sem a sua realização:

**1. Se a lei exige, para a investidura no cargo público, o exame psicotécnico, não pode o Judiciário dispensá-lo ou considerar o candidato aprovado nele, sob pena de ofensa ao art. 37, I, da Constituição.**

2. Agravo regimental improvido.

VOTO (...) Conforme se pode verificar no aresto acima transcrito, deixou o agravante de requerer, na ação, a submissão a um novo exame, restringindo o pedido a sua participação no curso de formação e caso aprovado nesse, direito à nomeação. **E se a lei exige, para investidura no cargo público, o mencionado exame, não pode o Judiciário dispensá-lo ou considerar o candidato aprovado nele, sob pena de ofensa ao art. 37, I da Constituição. (...)**

(AI 422463 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 12/08/2003, DJ 19-09-2003 PP-00022 EMENT VOL-02124-10 PP-02206)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVÃO DA POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO.

**I. - Exame psicotécnico como condição para ingresso no serviço público: Escrivão da Polícia Federal: se é a lei que o exige, não pode ser dispensado, sob pena de ofensa à Constituição, art. 37, I.**

II. - O laudo do exame psicotécnico pode ser levado ao exame do Poder Judiciário, em ação própria. III. - RE provido. Agravo não provido.

(RE 433921 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 24-02-2006 PP-00046 EMENT VOL-02222-04 PP-00805)

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO - DELEGADO DE POLÍ-

CIA - EXAME PSICOTÉCNICO.

**Se a lei exige, para a investidura no cargo, o exame psicotécnico, não pode este ser dispensado, sob pena de ofensa ao art. 37, I, da Constituição.** Não pode, a circunstância de ter sido a liminar deferida, sanar a inconstitucionalidade da sua concessão. Recurso extraordinário provido. (RE 275159, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 11/10/2001, DJ 11-10-2001 PP-00019 EMENT VOL-02047-04 PP-00837)

EXAME PSICOTÉCNICO. LEI FEDERAL Nº 4.878/65, ART. 9º. INC. VII. Reprovado o procedimento adotado pela Academia de Polícia no processo de seleção para a função policial a que foi submetido o recorrido, depois de reconhecida a legitimidade da exigência, **consequência lógica seria a anulação do exame, com realização de outro, sem os vícios apontados, e não liberar o candidato de requisito previsto em lei.** Não ventidada no acórdão, todavia a questão da ofensa ao princípio da legalidade, não há como apreciar o recurso. Incidência da Súmula 282. Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 185590, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 01/04/1997, DJ 01-08-1997 PP-33486 EMENT VOL-01876-04 PP-00775)

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. Lei 4.878/65, art. 9º, VII. C.F., art. 37, I.

**I. - Exame psicotécnico como condição para ingresso no serviço público: se é a lei que o exige, não pode ser dispensado, sob pena de ofensa à Constituição, art. 37, I.**

II. - R.E. conhecido e provido.

(RE 205500, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 26/11/1996, DJ 07-03-1997 PP-05418 EMENT VOL-01860-07 PP-01305)

Muito claro: a supressão de uma etapa do concurso, como no caso dos autos viola frontalmente o disposto no art. 37 I e II da CF, havendo sério risco de dano à ordem e à segurança pública admitir-se candidato não aprovado em psicotécnico válido em exercício de atividade Policial!

Por isto, resta claro que é necessária a reforma da decisão recorrida.

## **- Da necessidade de realização de exame substitutivo**

Ante todo o exposto, resta claro que não pode, como ocorreu, o Poder Judiciário determinar a supressão de uma etapa do concurso.

Decorrente da conclusão anterior é que não se pode admitir um candidato com avaliação administrativa de “inapto”, tornada inválida em Juízo, **sem que tenha efetuado outra**, seja, ao final, admitido nos quadros da Polícia Civil!

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de exigir-se novo exame psicotécnico se aquele realizado administrativamente foi considerado inválido, em total sintonia aos julgados do Supremo Tribunal Federal, acima transcritos. Vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO PENITENCIÁRIO. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ARTS. 267, I, E 295, I, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. EXAME PSICOTÉCNICO. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. ANULAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE NOVO EXAME. **DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL RECONHECIDA.**

1. (...)

2. As alegações que fundamentam a aludida ofensa aos arts. 267, I, e 295, I, parágrafo único, II, do CPC são genéricas. Incide, no caso, a Súmula 284/STF, por analogia.

**3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que o reconhecimento de eventual nulidade do exame psicotécnico não implica a imediata aprovação do candidato no concurso público, sobretudo quando há exigência legal de prévia aprovação em exame psicológico para a investidura no cargo que se pleiteia, bem como não afasta a necessidade de o candidato submeter-se a um novo exame, a ser aplicado em conformidade com as normas pertinentes.**

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp 1.321.247/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGI-

MENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO PENITENCIÁRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PARTICIPAÇÃO NAS FASES SUBSEQUENTES DO CONCURSO. NECESSIDADE DE APROVAÇÃO PRÉVIA EM NOVO EXAME PSICOTÉCNICO. PRECEDENTES.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado por candidato ao cargo de agente penitenciário contra ato que o excluiu do certame em razão de sua não recomendação em exame psicotécnico.

2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que, em observância aos princípios da legalidade, da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, **a anulação do teste psicotécnico não elide o candidato da submissão e aprovação em novo exame, a ser aplicado em conformidade com as normas pertinentes, a partir de critérios de avaliação objetivos, resguardada a publicidade a ele inerente.** Precedentes: AgRg no Ag 1291819/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 21/6/2010; AgRg no AgRg no REsp 1127090/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 26/4/2010; e, REsp 670.104/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 20/3/2006.

3. Necessidade de o candidato se submeter a novo exame psicotécnico.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1.197.852/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 22/03/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ART. 47 DO CPC. DESNECESSIDADE. ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DE SÚMULA. INVIABILIDADE. EXAME PSICOTÉCNICO. CARÁTER SUBJETIVO DO EXAME. ANULAÇÃO. NECESSIDADE DE NOVO EXAME.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de ser desnecessária a citação dos demais concursados como litisconsortes necessários, porquanto os candidatos, mesmo aprovados, não titularizariam direito líquido e certo à nomeação.

2. É vedado ao STJ analisar violação de súmula, porque o termo não se enquadra no conceito de lei federal.

3. Declarada a nulidade do teste psicotécnico, em razão de falta de objetividade, **deve o candidato submeter-se a novo exame.** Precedentes do STJ.

**4. Agravo Regimental parcialmente provido para determinar a submissão do candidato a novo exame psicotécnico.**

(AgRg nos EDcl no Ag 1.344.291/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 01/04/2011)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – CONCURSO PÚBLICO – EXAME PSICOTÉCNICO – AUSÊNCIA DE OBJETIVIDADE – ANULAÇÃO – NECESSIDADE DE NOVO EXAME.

1. A legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está condicionada à observância de três pressupostos necessários: previsão legal, cientificidade e objetividade dos critérios adotados, e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato.

**2. Declarada a nulidade do teste psicotécnico, em razão da falta de objetividade, deve o candidato submeter-se a novo exame.**

Agravo regimental parcialmente provido.

(AgRg no Ag 1.291.819/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO.

APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 7 DO STJ. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA NÃO VENTILADA NAS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO LEGAL. EXISTÊNCIA. CARÁTER SUBJETIVO E SIGILOSO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE NOVO EXAME, MEDIANTE A OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRECEDENTES.

(...)

**3. Reconhecida a existência de vícios na realização do exame psicotécnico, necessária a recomendação de que o candidato se submeta a nova avaliação. Nesse sentido: "Declarada a nulidade do teste psicotécnico, em razão da falta de objetividade, deve o candidato submeter-se a novo exame. Agravo regimental parcialmente provido".** (AgRg no Ag 1.291.819/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 8/6/2010, DJe 21/6/2010).

4. (...)

(EDcl no AgRg no REsp 1.100.517/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 22/11/2010)

PROCESSUAL CIVIL. APELO NOBRE PARCIALMENTE PROVIDO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DECIDIDO NOS LIMITES DO PEDIDO.

1. Não há falar em julgamento extra petita quando a causa for decidida nos exatos limites da matéria devolvida no apelo nobre.

**2. O reconhecimento de eventual nulidade do exame psicotécnico não implica o imediato ingresso do candidato na carreira. Sobretudo quando há exigência legal de prévia aprovação em exame psicológico para a investidura no cargo.**

Precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no REsp 1.127.090/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PSICOTÉCNICO. NULIDADE. EXIGÊNCIA LEGAL. NOVO EXAME. NECESSIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou-se no sentido de que a exigência de avaliação psicológica revela-se plausível quando estiver revestida de caráter objetivo, for recorrível e seja prevista em lei formal específica.

**2. O reconhecimento de eventual nulidade do exame psicotécnico não implica imediato ingresso do candidato na carreira, impondo-se a realização de nova prova. Precedentes.**

3. Agravos regimentais do candidato e do Distrito Federal improvidos.

(AgRg no REsp 1.155.744/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 13/12/2010)

A sentença invoca o MS 30.822 do STF para concluir *que não seria necessária nova avaliação*. Contudo, examinando-se o referido acórdão, constata-se que três candidatos ao cargo de Promotor de Justiça no Estado de Rondônia foram reprovados no exame psicotécnico e efetuaram reclamação perante o Conselho Nacional do Ministério Público, o qual afastou a validade do referido exame. É verdade que no Mandado de Segurança o Estado de Rondônia postulou realização de novo exame psicotécnico, o que foi negado pela Corte. Contudo, há que se apontar que **uma outra avaliação chegou a ser efetuada pelo próprio CNMP** e que, na sede es-

treita do writ não cabe dilação probatória. Vejamos como constou na página 7 do referido acórdão:

“(...) Alegou, ademais, a ausência de condição da ação, na modalidade adequação processual, uma vez que o pedido de nova realização de avaliação psicológica feito pelos impetrantes é incabível nesta sede, por depender de reexame de fatos e provas. **Além disso, assenta que uma segunda avaliação já foi realizada por psicólogo perito do CNMP, em que se chegou à conclusão de recomendação dos candidatos.**”

Ora, no caso apontado, **houve uma segunda avaliação**. E esta não foi um laudo particular, mas efetuado pelo próprio CNMP.

Portanto, concluída pela invalidade do exame psicotécnico, tal fato não elide o Judiciário de realizar outro, substitutivo.

### ***- Da impossibilidade de adotar-se como substitutivo o Curso de Formação ou o exame particular***

Considerou a sentença que, *de acordo com o item 11.5, item V, os candidatos seriam excluídos do Curso de Formação caso demonstrassem inaptidão para o cargo. E a parte autora obteve aprovação no Curso de Formação, evidenciando, ao lado do laudo pericial particular juntado, que preenche os requisitos psicológicos para o cargo.*

Em primeiro lugar, o fato de o autor ter obtido aprovação no curso de formação não significa, automaticamente, que possui as características psicológicas necessárias ao exercício do cargo! São avaliações absolutamente distintas e que não podem se confundir!

O exame psicológico objetiva aferir as características comportamentais e de personalidade dos candidatos, suas condições para o exercício do cargo diante das exigências de ordem psíquica, levando-se em conta a sua saúde emocional. Verificam-se diversos aspectos da vida do indivíduo, suas atitudes, comportamentos e reações frente às mais variadas situações, além de pressões e conflitos que, afetando sua vida privada, podem refletir na sua vida emocional.

O Curso de Formação é etapa totalmente distinta, não realizada por profissionais habilitados a examinar a saúde emocional do

candidato, tampouco o Curso se destina a tanto. Nele são realizadas aulas teóricas, práticas e estágio profissional. Há fornecimento de material didático, realização de aulas de tiro. É um curso longo, dispendioso, fornece orientações, táticas e treinamento específico na área da segurança pública.

Os aspectos do candidato avaliados são, portanto, muito diversos daqueles do exame psicotécnico.

Entende-se, assim, que um candidato inapto no psicotécnico, pode, sim ser aprovado no Curso de Formação, que tem outro foco, totalmente distinto.

E esta é uma decisão que esta Turma Recursal deverá tomar: admitir candidato considerado inapto na fase do exame psicológico a ter exercício junto à Segurança Pública.

Entende-se que a hipótese se assemelha a um candidato, reprovado no exame objetivo, ser considerado aprovado no concurso, se bem sucedido na prova dissertativa. São fases distintas e objetivam averiguar aspectos diversos do candidato. Inconfundíveis, uma etapa não substitui a outra.

Registre-se, ademais, que o autor frequentou o curso de formação profissional em total desacordo com os princípios da isonomia e de forma precária. E, agora, com base na sentença proferida poderia exercer as funções do cargo, sem que tenha sido considerado psicologicamente apto pela Administração Pública! Na prática, ter-se-á um Inspetor/Escrivão de Polícia sem a avaliação psicológica que o tenha habilitado, haja vista a suspensão dos efeitos da inaptidão atestada por profissionais gabaritados e que a examinaram à luz de técnicas de avaliação visando ao perfil desejado pela Administração Pública para o exercício de funções afetas à área da segurança.

Vejamos os julgados do Superior Tribunal de Justiça, que se assemelham ao caso em pauta:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CANDIDATO APROVADO NO CURSO DE FORMAÇÃO. NULIDADE DO EXAME PSICOTÉCNICO. NOVO EXAME. NECESSIDADE.

1. A Eg. Quinta Turma, acolhendo o pedido alternativo, deu parcial provimento ao recurso especial, para determinar a

realização de novo exame psicotécnico, não obstante ter sido mantido o acórdão recorrido apenas no tocante ao reconhecimento da nulidade do primeiro exame psicotécnico.

**2. O fato de a candidata ter frequentado e logrado aprovação no curso de formação da Academia Nacional da Polícia Federal, não tem o condão de afastar a necessidade da realização de novo teste psicotécnico.**

**3. É inequívoco que a candidata, a despeito de ter concluído o curso de formação, não preencheu as exigências legais contidas no edital do certamente, sendo certo que sua eventual permanência do cargo, sem a aprovação do teste psicotécnico, configurar-se-ia um estado de flagrante ilegalidade, que não pode ser tolerada.**

4. Logrando aprovação no novo teste psicotécnico, a candidata tem o direito de ingressar no cargo, sem a necessidade de se submeter a novo curso de formação, em face da aplicação, nessa hipótese, da "Teoria do Fato Consumado", cuja aplicação em matéria de concurso público não pode prescindir do preenchimento das exigências legalmente previstas.

5. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no REsp 670.104/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 04/12/2006, p. 360)

"PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 458 e 535 do CPC, ao argumento de que o acórdão recorrido não analisou a tese segundo a qual o recorrente continuou no concurso público por força de liminar, tendo, inclusive, prestado o curso de formação e sido nomeado, empossado e estar no exercício de suas funções há mais de 6 anos.

2. Contudo, na espécie, colhem-se os seguintes trechos do acórdão recorrido: "O requerido continuou no certame por força de antecipação de tutela, fls 471/473, deferida pela MM. Magistrada [a quo]. Ou seja, continuou no certame com base em decisão judicial. A modificação de teste psicotécnico, realizado dentro de padrões corretos, fere o princípio da isonomia, já que todos os candidatos submeteram-se ao mesmo exame com elementos semelhantes. **A matéria em questão já se encontra sedimentada no âmbito do C. STJ, que entende que o candidato aprovado em curso de formação, por força de liminar, não possui o direito líquido e certo à posse**".

3. Conforme se observa, houve expresso debate da matéria, de modo que não há violação ao artigo 535 do CPC, tampouco negativa de prestação jurisdicional, pois o acórdão examinou individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, além de ter adotado fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

4. A parte recorrente deveria ter, em atenção ao princípio da eventualidade, argüido, no mérito, a teoria do fato consumado.

5. Recurso especial não provido.”

(REsp 1259187/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/05/2012, DJe 08/06/2012)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO ATACADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283 DO STF, POR ANALOGIA. CONCURSO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente, reiterando os argumentos da inicial, que, (i) após a apresentação de recurso administrativo, as autoridades impetradas mantiveram os mesmos critérios por sua inaptidão e que (ii) o exame psicotécnico não foi realizado de forma regular. Diz, ainda, que o laudo do exame psicotécnico foi sigiloso. **Por fim, aduz a caracterização de fato consumado pois já teria concluído com êxito o curso de formação.**

2. Em primeiro lugar, a leitura atenta do acórdão recorrido revela que seu principal fundamento de decidir foi a inexistência de agendamento da entrevista de devolução prevista no edital como parte do meio de impugnação ao resultado do exame psicotécnico. A parte recorrente, no recurso, não impugnou este fundamento, razão pela qual há incidência da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

**3. Em segundo lugar, pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual a aplicação da teoria do fato consumado em matéria de concurso público requer o cumprimento dos requisitos legalmente estabelecidos para a investidura no cargo pretendido, o que não ocorre na hipótese, considerando a inaptidão no exame psicotécnico.Precedentes.**

4. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.”

(RMS 31.988/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010)

Por outro lado, totalmente inviável adotar-se como exame ou avaliação, um laudo particular, elaborado sem contraditório, sem a presença do Estado, bem diga-se, pago pelo Autor da ação! Por óbvio o laudo acostado à sua defesa lhe seria favorável!

Note-se que o mesmo foi elaborado justamente para dar base ao recurso administrativo do Autor no concurso, ou mesmo para servir de prova junto ao Judiciário! O exame, de modo algum é isento ou seguiu padrões aceitáveis à admissão ao cargo da Polícia!

Portanto, não há qualquer isenção na sua elaboração.

E mais: a sentença prima tanto pela objetividade do exame psicotécnico elaborado na fase administrativa, apontando a necessidade de publicização de perfil, notas de corte, aponta que o laudo de inaptidão *“não justifica de que forma estes resultados foram valorados (peso) e integrados em relação ao perfil profissiográfico (Por exemplo, é possível um candidato ser aprovado se tiver apenas um resultado como inapto? Em qualquer teste?)”*

Contudo, é de se notar que o **laudo particular nem de longe preenche os requisitos mencionados pela própria sentença!** Como então a mesma pode adotá-lo como válido para atestar a aptidão do candidato? O mesmo não foi objeto de análise pelo DMJ, e se tivesse sido, teria atingido os requisitos de objetividade tanto apregoados? Claro que não!

O referido laudo não tem o condão de afastar a conclusão do teste oficial. Aliás, tal situação afrontaria, ela sim, o **princípio da isonomia** em relação aos demais candidatos, que submeteram-se ao exame na sede administrativa e foram considerados aptos (art. 5º, caput, I da Constituição Federal). Violaria também o **princípio da legalidade** (art. 5º, II e 37, caput da Constituição Federal), pois não há previsão em lei de laudo particular para atestar aptidão de candidato em concurso público! Do contrário. A Lei 12.350/05, conforme acima referido, exige que seja efetuado exame psicotécnico sob a coordenação do Gabinete Psicológico da Academia de Polícia Civil.

Portanto, totalmente inviável admitir-se um laudo particular para substituir uma etapa ELIMINATÓRIA de um certame.

Vejamos o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TESTE PSICOLÓGICO. PREVISÃO LEGAL.OBJETIVIDADE.

I - A exigência de exame psicológico, prevista legalmente, e não apenas no edital, não pode, a priori, ser reputada como contrária ao direito.

II - Afasta-se a alegação de ser subjetivo o exame pois houve, no pertinente à área emocional, expressa previsão de realização dos testes para todos os candidatos pelo método denominado de Rorschach, por meio de entrevista, em testagem coletiva. Da mesma forma quanto ao demais testes psiquiátricos e psicológicos.

III - Não há que se falar em sigilo, posto que o laudo, devidamente assinado por três profissionais, traz com detalhes as razões que levaram os aplicadores a considerar a recorrente inapta, bem como suas explicações.

**IV - A existência de outros laudos particulares, atestando a aptidão da recorrente, não possibilita, pelo menos em sede mandamental, que se afaste a conclusão do laudo oficial, pois indispensável, para tal mister, o confronto dos elementos probatórios.**

Recurso desprovido.

(RMS 10.196/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2000, DJ 01/08/2000, p. 283)

E do Tribunal de Justiça do ERGS:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE AGENTE PENITENCIÁRIO. NOMEAÇÃO E POSSE PROVISÓRIAS. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA JUDICIAL.

- Ausência de ilegalidade em se submeter os certamistas à seleção psicológica, face à existência de norma legal preventivo tal exame.

**- Diante da controvérsia instaurada nesta demanda quanto à capacidade do autor para exercer o cargo de agente penitenciário, da existência de laudo particular a favor das alegações do autor, bem como sendo possível dirimir a dúvida através de novo laudo psicológico, recomendável a realização de novo exame, desta vez junto ao Departamento Médico Judiciário, permitindo uma análise segura da capacitação psicológica do candidato.**

- Pedido de nomeação e posse que foi objeto de análise no AGI nº 70042990408, estando a matéria preclusa e ensejando o não conhecimento do recurso neste ponto. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, NA PARTE EM QUE CONHECIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70043434620, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 15/09/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA.

**Antagonismo entre as conclusões do exame realizado administrativamente e o laudo particular que recomenda a realização de novo exame, desta vez junto ao Departamento Médico Judiciário, permitindo uma análise segura da capacitação psicológica do candidato.**

Diante da dúvida acerca da (in)aptidão do autor para o cargo de agente penitenciário, e sendo possível dirimi-la durante a tramitação deste feito, não se apresenta razoável o indeferimento da tutela antecipatória e conseqüentemente a retirada imediata do agravante do concurso ainda em andamento. DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravamento de Instrumento Nº 70031951486, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 17/12/2009)

Conclui-se que a aprovação no Curso de Formação e o laudo particular trazido aos autos não podem ser tidos como substitutivos do exame psicotécnico realizado pela administração.

Assim, sob qualquer ângulo que se examine, necessária é a reforma da sentença prolatada.

### **- Dos Pedidos:**

Ante o exposto, requer seja recebido e provido o presente recurso, a fim de que (1) seja julgado improcedente o pedido, reconhecendo-se a validade do exame efetuado na sede administrativa; (2) não sendo assim entendido, seja desconstituída a sentença e determinada a realização de perícia psicológica no candidato, de modo a não suprimir-se uma etapa no concurso.

Porto Alegre, 04 de abril de 2013.

## **DECISÃO DO RECURSO INTERPOSTO**

RECURSO INOMINADO. CONCURSO PÚBLICO. CARREIRAS DE ESCRIVÃO E INSPETOR DE POLÍCIA. AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA PREVISTA EM LEI. EDITAL QUE ESTABELECE CRITÉRIOS SUBJETIVOS. INVALIDADE DA AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE DE SER DECLARADA APTIDÃO.

NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXIGÊNCIA LEGAL PARA O CARGO. INTEMPESTIVIDADE RECURSAL.

1. O prazo para interposição de recurso inominado é de dez dias, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.099/95, aplicável subsidiariamente à Lei nº 12.153/09.

2. A apresentação de embargos de declaração suspende o prazo para interposição de recurso, conforme prevê o art. 50 da mesma lei, computando-se o decurso dos dias anteriores à data do seu protocolo. Recurso da parte autora intempestivo.

3. Exigência de avaliação psicológica prevista em lei, cujos critérios devem estar objetivamente traçados, possibilitando o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros utilizados.

4. Edital n. 55/2010 que estabelece critérios subjetivos de avaliação para os cargos de Escrivão e Inspetor de Polícia. Precedentes desta Turma.

5. Mantida sentença quanto à declaração de invalidade do exame realizado.

6. Havendo expressa exigência legal na Lei Estadual nº 12.350/2005 quanto à necessidade de o candidato apresentar aptidão psicológica adequada ao exercício das atividades inerentes à carreira policial para prosseguimento no certame, não há como ser declarada sua aptidão, habilitando-o às próximas fases sem a realização de novo exame que o habilite à atividade.

7. Cumprimento da sentença mediante a realização de exame substitutivo, evitando-se a supressão de uma fase do concurso, mediante a prévia disponibilização, ao candidato, dos critérios objetivos adotados, a fim de sanar o vício identificado no edital.

8. Alternativamente, em não havendo disponibilidade do cumprimento da decisão nestes termos, o novo exame deverá se realizar nos moldes do Regulamento da Lei do Porte de Armas (Lei nº 10.826/2003).

À UNANIMIDADE, NÃO CONHECERAM DO RECURSO DA PARTE AUTORA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO.

**PARECERES**



## **PARECER Nº 15.991/13**

### **CARGO EM COMISSÃO. INATIVAÇÃO PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE. POSSIBILIDADE. REVISÃO DOS PARECERES 13.948/04, 14.328/05 E 14.334/05.**

Servidora lotada na Secretaria de Desenvolvimento e Promoção do Investimento – SDPI encaminhou ao Setor de Recursos Humanos da Pasta consulta acerca da possibilidade de que, na condição de ocupante de cargo em comissão extraordinário – CCEX, obtenha aposentadoria junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS e continue em atividade, requerendo manifestação, ainda, na hipótese de viabilidade de cumulação dos proventos com a permanência em atividade, sobre a incidência das contribuições previdenciárias e a concessão de vantagens temporais. Fundamentou sua pretensão no entendimento adotado pelo STF no julgamento das ADIs 1721 e 1770 e nos Pareceres 14.767/06 e 15.523/11.

Considerando que os Pareceres mencionados examinam a situação de empregados celetistas e de servidores extranumerários, o Chefe da Divisão de Recursos Humanos encaminhou o expediente ao exame da Divisão de Provedimento e Vacância da Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos - SARH que, com fundamento no artigo 7º da Lei nº 10.717/96 e nos Pareceres 14.328/05 e 14.334/05, asseverou que a aposentadoria acarreta a extinção do cargo titulado pela servidora, o que determina a inviabilidade da postulação.

Cientificada, a interessada registrou sua inconformidade, aduzindo que a manifestação da SARH foi embasada em pareceres com posicionamentos jurisprudenciais ultrapassados e solicitou encaminhamento a esta Procuradoria-Geral.

No âmbito da assessoria jurídica da SDPI, foi exarada manifestação considerando viável a permanência da interessada no exercício do cargo em comissão titulado com a percepção cumulativa de proventos de aposentadoria do INSS. Todavia, sugeriu enca-

minhamento a esta Procuradoria-Geral para exame dos seguintes questionamentos:

1 - A servidora Silvana possui direito à percepção simultânea de Benefício de Aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS e Vencimentos do Cargo em Comissão Extraordinário (CCEX)?

2 - Caso a resposta para a pergunta acima seja positiva, como ficaria a vinculação da servidora Silvana frente à Previdência Social? Haveria alguma modificação no que diz respeito à contribuição junto ao INSS e às vantagens adquiridas antes e após a aposentadoria?

Por determinação do Agente Setorial desta PGE, mas sem a manifestação do titular da Pasta, veio o expediente para exame.

É o relatório.

Princípio por registrar que o Parecer 15.523/11, de minha lavra, efetivamente reconhece a possibilidade de que o servidor extranumerário permaneça em atividade após a inativação pelo regime geral de previdência social, estando assim vertida a conclusão específica:

“Por conseguinte, como não incide na espécie a regra do artigo 55, IV, da LC 10.098/94 e a inativação se deu pelo regime geral de previdência social, não se podendo desta extrair a extinção do vínculo funcional mantido com o Estado do Rio Grande do Sul, imperativa a conclusão pela viabilidade de permanência da interessada em serviço.”

Então, a possibilidade de permanência em serviço do extranumerário que se inativa pelo regime geral de previdência social não veio reconhecida exclusivamente em razão de ter o Supremo Tribunal Federal consolidado entendimento de que não há ruptura automática do vínculo de emprego pela aposentadoria, mas também do fato de não serem eles – os extranumerários – alcançados pela regra do artigo 55, IV, da LC 10.098/94, que prevê a vacância do cargo público em decorrência da aposentadoria do servidor.

E se reconheceu que a regra do artigo 55, IV, da LC nº 10.098/94 não alcança os extranumerários porque, consoante iterativa jurisprudência administrativa (Pareceres 12.209/98, 12.230/98, 12.343/98, 12.348/98, 12.534/99, dentre outros), os extranumerários

ocupam somente função e, assim, por exceção, não são alcançados por algumas das disposições da LC nº 10.098/94.

Não é esta, contudo, a situação funcional da interessada, que titula cargo em comissão, ainda que de natureza extraordinária. E nos Pareceres 14.328/05 e 14.334/05 efetivamente esta Procuradoria-Geral reconheceu que, operada automaticamente a extinção do vínculo em razão da concessão de inativação pelo INSS, deve ser publicado ato declaratório de vacância, com fulcro no artigo 55, IV, da LC nº 10.098/94.

Impende, então, verificar se, afastado pelo STF o entendimento de que a concessão de aposentadoria determina a ruptura automática do vínculo de serviço, a exoneração continuará ocorrendo, para os ocupantes de cargo em comissão, em razão da incidência da norma do mencionado artigo 55, IV, da LC nº 10.098/94.

Ocorre que a LC nº 10.098/94 é aplicável, de modo geral, aos servidores providos em comissão, com exceção de vantagens que tenham como destinatários, por opção legislativa, exclusivamente os ocupantes de cargo de provimento efetivo ou aquelas incompatíveis com a própria natureza do provimento ou da vinculação previdenciária (Pareceres nº 11.034/96, 14.953/09 e Informação nº 018/2001).

Note-se, aliás, que a Emenda Constitucional nº 20/98, ao inserir o parágrafo 13º no artigo 40 da Constituição Federal, determinando a aplicação do regime geral de previdência social aos ocupantes de cargos em comissão, acarretou a exclusão destes de diversos benefícios de natureza previdenciária previstos na LC nº 10.098/94 e anteriormente por eles usufruídos - enquanto vinculados ao regime próprio de previdência estadual -, como, por exemplo, abono familiar, licença por motivo de doença em pessoa da família e a própria aposentadoria, ainda que tais benefícios continuem previstos na mencionada legislação.

Mas se os ocupantes de cargo em comissão restaram, por força de emenda constitucional, afastados de diversos benefícios de natureza previdenciária que antes a legislação estadual lhes alcançava, forçoso reconhecer que também a disposição do artigo 55, IV, da LC nº 10.098/94 - que prevê a vacância do cargo em razão da aposentadoria - não mais os deve alcançar, precisamente porque a

concessão de aposentadoria a eles não é mais da alçada de competência estadual. Dito de outro modo: a aposentadoria opera a vacância do cargo público, em caráter obrigatório, somente quando tratar-se de aposentadoria concedida pelo regime próprio estadual.

É que, se em razão de modificações de ordem constitucional não é mais possível ao Estado conceder aposentadoria aos ocupantes de cargo em comissão e se a concessão de aposentadoria pelo regime geral não é causa automática de extinção de vínculo, não se afigura razoável que a regra do artigo 55, IV, continue sendo a eles aplicada, uma vez que restariam afastados das benesses do regime próprio, mas submetidos a uma causa de afastamento que é consequência da concessão de benefício por esse regime.

É certo que, no caso dos cargos em comissão extraordinários, sua extinção operar-se-á na medida em que vagarem (artigo 7º da Lei nº 10.717/96, na redação conferida pelo Lei nº 12.866/07), mas tal não se confunde com a anterior vacância automática em razão da concessão de aposentadoria pelo regime geral. Na realidade, o que ocorre é que tais cargos, quando vagam por exoneração ou falecimento, são automaticamente extintos, não se admitindo novo provimento.

Desse modo, merece revisão a orientação estampada nos Pareceres nº 14.328/05 e 14.334/05 e também no Parecer nº 13.948/04, para reconhecer que a concessão de aposentadoria, pelo regime geral de previdência social, para ocupantes de cargo em comissão (extraordinários ou não), não acarreta automaticamente a vacância do cargo, podendo nele permanecer investido o servidor, se houver também o interesse do Estado, uma vez que, na condição de ocupante de cargo de livre provimento e exoneração, está sujeito a dispensa a qualquer tempo, ao nuto da Administração.

E admitida a permanência em serviço, poderá o servidor perceber o benefício de aposentadoria do regime geral cumulativamente com os vencimentos decorrentes do exercício do cargo público, mantendo as vantagens já adquiridas e continuando a fluir normalmente o tempo para percepção de novas vantagens, em identidade de condições ao assentado no Parecer nº 15.523/11 para os extranumerários regidos pelo RGPS.

De igual modo, uma vez reconhecida a possibilidade de manutenção do vínculo funcional, ou seja, admitida a permanência na ativa sem ruptura do vínculo preexistente, a vinculação previdenciária não há de sofrer modificação, devendo ser mantido o recolhimento das contribuições previdenciárias ao regime geral de previdência social, uma vez que o artigo art. 12, § 4º, da Lei Federal nº 8.212/91 expressamente prevê obrigatoriedade de recolhimento por aquele que percebe aposentadoria do regime geral de previdência e retorna ou permanece em atividade sujeita ao mesmo regime previdenciário.

Por fim, apenas para que não parem dúvidas, ressalto que aos ocupantes de cargo em comissão, inclusive os de natureza extraordinária (CCEX), diversamente do que ocorre com os extranumerários inativados pelo regime geral, não assiste, em qualquer hipótese, direito à percepção de complementação de proventos, não se lhes aplicando, portanto, essa parte das conclusões do Parecer nº 15.523/11.

Ante o exposto, opino pela revisão dos Pareceres 13.948/04, 14.328/05 e 14.334/05 para o fim de reconhecer que a concessão de aposentadoria pelo regime geral de previdência social ao ocupante de cargo em comissão (extraordinário ou não) não acarreta necessariamente a vacância do cargo, podendo o servidor permanecer nele investido se assim convier à Administração. Nessa hipótese, mantido inalterado o vínculo funcional, pode o servidor perceber cumulativamente os proventos do regime geral de previdência e os vencimentos decorrentes do exercício do cargo público, com a manutenção das vantagens temporais já adquiridas pelo servidor e cômputo do tempo para percepção de novas, sendo obrigatória, contudo, a manutenção do recolhimento das contribuições ao regime geral de previdência social.

É o parecer.

Porto Alegre, 16 de janeiro de 2013.

**Adriana Maria Neumann**  
**Procuradora do Estado**

**Processo n.º 703-26.00/12-4**

**Acolho as conclusões do Parecer n.º 15.991/13, da Procuradoria de Pessoal, de autoria da Procuradora do Estado Doutora ADRIANA MARIA NEUMANN.**

**Em 24 de janeiro de 2013.**

**Eduardo Cunha da Costa,  
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos  
Substituto.**

**De acordo.**

**Restitua-se o expediente à Secretaria de Desenvolvimento e Promoção do Investimento.**

**Em 24 de janeiro de 2013.**

**Carlos Henrique Kaipper,  
Procurador-Geral do Estado.**

## **PARECER Nº 16.000/13.**

**COEXISTÊNCIA DOS VÍNCULOS PREVIDENCIÁRIOS GERAL E PRÓPRIO, PARA O EFEITO DA CUMULAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE DEVIDA A SUCESSORES DE POLICIAL MILITAR QUE TEVE RECONHECIDO, NA JUSTIÇA DO TRABALHO, O VÍNCULO JUSCONTRATUAL DE EMPREGO COM PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. CARÊNCIA, PELO SERVIDOR MILITAR, DOS ATRIBUTOS E DA QUALIDADE DE SEGURADO. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO POR PARTE DO REGIME PRÓPRIO DO ESTADO.**

Depois do judicioso pronunciamento da Procuradora do Estado Carolina Oliveira de Lima, da Procuradoria Disciplinar e de Probidade Administrativa, posto na Informação 003/2012-PDPA, me vem este processo administrativo para que examine a possibilidade de coexistência dos vínculos previdenciários Geral e Próprio, para o efeito da cumulação do benefício de pensão por morte devida a sucessores de policial militar que teve reconhecido, na Justiça do Trabalho, o vínculo juscontratual de emprego com pessoa jurídica de direito privado, que lhes estaria sendo atendido tanto pelo Instituto Nacional do Seguro Social como pelo Instituto de Previdência do Estado.

Exaurindo a matéria relativa à questão disciplinar suscitada pelo Agente Setorial desta Casa junto ao IPERGS, no exercício da competência que lhe é assegurada pelo artigo 7º da Resolução 50, de 26 de julho de 2012, desta Procuradoria-Geral do Estado, a Procuradoria Disciplinar e de Probidade Administrativa concluiu no sentido do exposto na Informação 003/2012-PDPA, assim ementada:

Consulta originária do IPERGS com a finalidade de viabilizar providências judiciais e/ou administrativas em razão da coexistência de pensionamentos por parte do IPERGS e do INSS. Servidor falecido que cometeu, em tese, quando ativo na Brigada Militar, falta disciplinar. Impossibilidade de

instauração de procedimento disciplinar, no caso, Conselho de Disciplina após o falecimento do policial militar, muito menos, aplicação de qualquer penalidade disciplinar. O reconhecimento de eventual falta somente poderia ocorrer no âmbito disciplinar da Administração Estadual, não sendo a Justiça laboral competente para tanto.

Verifico que de ordem do MM. Juiz Federal da 2ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, “uma vez que o reconhecimento da condição de segurado do Regime Geral de Previdência Social em favor do de cujus no mesmo período em que ele trabalhou como policial militar (02/07/98 a 08/08/03) pode caracterizar, em tese, desvio funcional, repercutindo na manutenção de eventuais benefícios estatutários concedidos às autoras”, foi o IPERGS cientificado, para a adoção de providências que entendesse cabíveis, da existência da ação ordinária de cobrança de benefício previdenciário n. 5001134-19.2010.404.7100/RS, promovida por sucessores dependentes de policial militar falecido contra o INSS. Diante do reconhecimento, pela Justiça do Trabalho, da contratualidade mantida pelo falecido com pessoa jurídica de direito, relativamente à qual foram deduzidas e recolhidas as contribuições previdenciárias, entendeu-se devido pela Previdência Federal o benefício da pensão por morte, por via de sentença ainda pendente de recurso de apelação e reexame necessário, submetido à 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região.

Como resultado, informa o IPERGS, esposa e filha do policial falecido percebem atualmente e de forma concomitante, pensões por morte a elas vertidas pelo instituto gaúcho e pelo INSS – posto ratificada em sentença a decisão que antecipou a tutela – decorrentes, cada uma, do vínculo estatutário com o Estado e da relação trabalhista com pessoa jurídica de direito privado reconhecida em juízo.

Me disponho, assim, a analisar essa questão.

É o relatório.

**I** - É possível, já disse o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quinta Turma, no acórdão exarado no REsp 687479, veiculado na imprensa em 30 de maio de 2005<sup>1</sup>, a acumulação de benefícios

<sup>1</sup> Segurado já aposentado no serviço público com utilização da contagem

previdenciários de regimes previdenciários distintos, desde que os tempos de serviço completados nas atividades simultâneas sejam contados separadamente em cada sistema de previdência e haja a respectiva contribuição para cada um deles. Examinava aquela Corte, a situação em que servidor do Estado aposentado pelo regime próprio de previdência dos servidores do Estado do Rio Grande do Sul se utilizara, para o jubramento, da contagem recíproca de tempo de serviço, computando período de trabalho junto ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS). No processo, pretendia, então, lhe fosse concedida a aposentadoria no próprio RGPS, pelo trabalho em diferentes estabelecimentos de ensino, valendo-se de períodos diferentes dos já computados para a aposentadoria anterior.

Se disse que a norma previdenciária não impede nem cria óbice o recebimento de duas aposentadorias em regimes distintos, na medida em que os tempos de serviço realizados em atividades simultâneas sejam computados em cada sistema estancado de previdência, havendo a respectiva contribuição para cada um deles.

O que expressamente se proíbe é a contagem do mesmo tempo de serviço ou de contribuição para obtenção de duas aposentadorias. Utilizado o tempo de serviço ou de contribuição para obtenção de um benefício, esse tempo não mais poderá servir para que se obtenha outro benefício. A contrario sensu, por lógica, vedado computar o mesmo tempo para a obtenção de mais de um benefício que o tenha como gênese.

Essa referência, que se pauta na relação de autonomia dos regimes previdenciários Geral e Próprio, cada qual sujeito a seu respectivo

---

recíproca. Concessão de aposentadoria junto ao RPPS. Tempo não utilizado no instituto da contagem recíproca. Fracionamento de período. Possibilidade. Art. 98 da lei n.º 8.213/91. Interpretação restritiva. 1. A norma previdenciária não cria óbice a percepção de duas aposentadorias em regimes distintos, quando os tempos de serviços realizados em atividades concomitantes sejam computados em cada sistema de previdência, havendo a respectiva contribuição para cada um deles. (...) 3. É permitido ao INSS emitir certidão de tempo de serviço para período fracionado, possibilitando ao segurado da Previdência Social levar para o regime de previdência próprio dos servidores públicos apenas o montante de tempo de serviço que lhe seja necessário para obtenção do benefício almejado naquele regime. Tal período, uma vez considerado no outro regime, não será mais contado para qualquer efeito no RGPS. O tempo não utilizado, entretanto, valerá para efeitos previdenciários junto à Previdência Social.

regramento, de modo a que baste à aquisição de seus benefícios o atendimento de seus pressupostos e requisitos legais, serve para o encaminhamento que pretendo oferecer à questão,

E bem nessa linha o percurso do Judiciário ao desconsiderar, para os efeitos do posicionamento que adotava, a regra estatal gaúcha. Pronunciava, expressamente, o Trabalhista:

O fato de a Constituição Estadual (art. 46, III) exigir do Policial Militar exclusividade em nada altera a situação fática do contrato de trabalho ou torna o pedido de reconhecimento de vínculo empregatício juridicamente impossível, porque o vínculo de emprego se concretiza por meio de um contrato-realidade, por força do princípio da primazia da realidade.

Eventual sanção proveniente do óbice legal deveria ser apurada pelo Estado e não invocada como artil de defesa por empregador que se valeu da força de trabalho do autor sem lhe reconhecer os direitos fundamentais sociais mínimos do art. 7º da Constituição Federal. Aplicação da OJ 167 da SDI-1 do C. TST.

No texto, o reforço da argumentação:

O problema político da segurança pública nada tem a ver com o emprego da mão-de-obra de policiais militares pela iniciativa privada, pois, como já dito, deve ser resolvido pelo poder público estadual, o qual deve respeitar princípios próprios da administração pública como o citado princípio da moralidade.

E a Justiça Federal comum não destoou da Especializada, ao desprezar os aspectos político-administrativos estaduais entremeados ao caso que tinha sob exame:

A circunstância de o falecido ser policial militar à época em que trabalhou para a Igreja Universal do Reino de Deus não prejudica a pretensão deduzida na inicial, pois eventual desvio funcional por ele cometido não descaracteriza o vínculo empregatício verificado no plano dos fatos.

Assim, a hipotética sanção a que o marido e pai das autoras estava sujeito por acumular indevidamente funções públicas e privadas deveria se restringir à esfera administrativa da Bri-

gada Militar, não repercutindo em sua condição de segurado do Regime Geral de Previdência Social

A pensão por morte é prevista no artigo 201 da Constituição Federal e veio regulada no artigo 2º da Lei Federal 10.887, de 18 de junho de 2004.

No Regime Geral, concede-se a pensão por morte ao conjunto dos dependentes de segurado que venha a falecer, na forma do artigo 74 da Lei 8.213/91 de 24 de julho de 1991.

Pois para o Judiciário federal, bastantes e suficientes os requisitos, por ele tidos por implementados, da qualidade de segurado do de cujus – comprovada pela sentença proferida nos autos da reclamatória trabalhista que reconheceu a sua condição de empregado da Igreja Universal do Reino de Deus no período compreendido entre 02 de julho de 1998 e 08 de agosto de 2003, data do óbito e em que a contratualidade estava em vigor – e a existência do vínculo familiar entre os dependentes e o falecido – evidenciado pela prova carreada aos autos.

Abstraído o fator local – a investidura do falecido em cargo público militar do Estado do Rio Grande do Sul – o direito à pensão por morte deduziu concretamente dos efeitos da incidência das regras positivadas na legislação previdenciária no vínculo de emprego encetado com pessoa jurídica de direito privado. E exclusivamente sob tal ângulo, em tese – até porque a sentença ainda está sujeita a revisão – inquestionável a pensão por morte deferida a dependentes de empregado falecido na vigência do contrato de trabalho que lhe confira a condição de segurado da Previdência Social.

**II** - Ocorre que não posso, para examinar o caso, me alhear de outras nuances que no âmbito do Direito são de muita relevância e me levam a observar a matéria sob a perspectiva jus administrativa federada gaúcha.

O Estado detém a prerrogativa constitucional de estabelecer com autonomia os seus requisitos para a concessão de benefício de pensão por morte a seus servidores, como deflui do parágrafo 7º do artigo 40 da Carta Federal, dada a ampla reserva de competência

organizacional posta no artigo 25 – nela inserida, é evidente, a de seus próprios servidores (artigo 39 e artigo 24, XII, e seu parágrafo 1º, da Constituição) – que lhe habilita a legislar concorrentemente sobre previdência social.

Havendo-lhe atribuído a Constituição tais competências, ao Estado caberá estabelecer as regras de seu regime próprio, observados os contornos definidos no sistema constitucional sob a inspiração dos preceitos balizadores do artigo 194 da Constituição Federal, instituindo arcabouço de seguridade para seus servidores que defina, por exemplo e dentre outras, as condições para sua admissão como segurados, a definição de beneficiários, as relações de dependência, o acesso aos benefícios e seus conceitos.

O exercício das competências da unidade federada para edição de leis de previdência social em sentido estrito, conformadoras de regimes próprios aplicáveis a seus servidores públicos, adentra na especificidade do tema por via do artigo 42 da Constituição Federal, que lhe confere de forma expressa a atribuição de regular a prestação da atividade militar, cabendo-lhe, guardados os limites do artigo 142, parágrafo 3º, inciso X, de dispor sobre os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras peculiaridades dos militares.

O Estado do Rio Grande do Sul, no uso de suas competências dispôs acerca de seus servidores públicos militares mediante leis complementares que instituem regras estatutárias inspiradas no comando do artigo 46 da Constituição Estadual:

Art. 46. Os integrantes da Brigada Militar, inclusive do Corpo de Bombeiros, são servidores públicos militares do Estado, regidos por estatuto próprio, estabelecido em lei complementar, observado o seguinte:

I - remuneração do trabalho que exceder à jornada de quarenta horas semanais, bem como do trabalho noturno, e outras vantagens que a lei determinar;

II - acesso a cursos ou concursos que signifiquem ascensão funcional, independentemente de idade e de estado civil;

III - regime de dedicação exclusiva, nos termos da lei, ressalvado o disposto na Constituição Federal;

IV - estabilidade às praças com cinco anos de efetivo serviço prestado à Corporação.

O sistema foi concebido, portanto, para privilegiar o profissionalismo e a exclusividade de dedicação à atividade militar. Não por outro motivo, certamente, dispõe expressamente a Lei Complementar 10.990, de 18 de agosto de 1997, o Estatuto dos Servidores Militares da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul:

Art. 5º - A carreira policial-militar é caracterizada por atividade contínua e inteiramente devotada às finalidades da Brigada Militar, denominada atividade policial-militar.

E esse é um compromisso de honra, como se vê dos artigos 30 e 31:

Art. 30 - Todo o cidadão, após ingressar na Brigada Militar, prestará compromisso de honra, no qual afirmará a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres policiais militares manifestará a sua firme disposição de bem os cumprir.

Art. 31 - O compromisso a que se refere o artigo anterior terá caráter solene e será prestado na presença da tropa, tão logo o servidor militar tenha adquirido um grau de instrução compatível com o perfeito entendimento dos seus deveres como integrante da Brigada Militar, conforme os seguintes dizeres: "Ao ingressar na Brigada Militar do Estado, prometo regular minha conduta pelos preceitos da moral, cumprir rigorosamente as ordens das autoridades a que estiver subordinado e dedicar-me inteiramente ao serviço policial-militar, à manutenção da ordem pública e à segurança da comunidade, mesmo com o risco da própria vida".

O policial militar é segurado obrigatório do regime previdenciário próprio do Estado do Rio Grande do Sul, como se percebe pelo artigo 4º da Lei 7.672, de 18 de junho de 1982.

O Regime Próprio de Previdência do Estado presta, na forma do artigo 20 da Lei 7.672/1982, o benefício da pensão por morte, deferido, na forma do artigo 26, "ao conjunto de dependentes de segurado falecido a partir da data do óbito do segurado".

Acontece que o policial militar, no caso que examino, no momento de seu falecimento não ostentava as condições e pressupostos mínimos necessários à condição de servidor público militar e,

portanto, de segurado. Não cumpria os requisitos de exclusividade o que, inclusive, configurava falta funcional e, muito pior, violação do código de honra.

Se para o modelo federal, como mostraram com veemência os veredictos, não interessa o que dispõe a legislação administrativa do Estado, também a este não caberá abdicar de suas regras para adotar modelo híbrido que pressuponha, para viger, a aceitação pelo Estado da inefetividade de seu próprio regramento que leva a exclusividade a atributo constitucional da atividade militar.

Negar-se vigência à disposição constitucional federada implicará a ineficácia de toda a legislação complementar decorrente, o que nem de leve se pode admitir.

A afirmação federativa do Estado depende da efetividade institucional de suas competências, tal como o faz a União Federal agora, ao reconhecer ao trabalhador todos os benefícios previdenciários garantidos a todos os empregados da iniciativa privada, desconsiderando conceitual e propositadamente o viés jurídico-administrativo que inexoravelmente prendia o militar ao Estado e seus sistemas próprios de investidura e de previdência.

Não tem o Estado alternativa a não ser, diante do reconhecimento – judicial – da ausência de um dos pressupostos que sua ordem constitucional estabelece para ostentar o servidor a condição policial, sustar o benefício previdenciário que a tem como suporte e que está sendo atendido contra as normas que o sustentam. Pensar de outra forma equivalerá a revogar, por vias transversas, o aparato legal que condiciona o exercício da atividade policial militar e a concessão da pensão por morte.

O raciocínio que me entretém radica na lógica e obedece ao padrão que o próprio Judiciário estabeleceu ao admitir a existência de duplo vínculo – estatutário e privado – de quem deveria manter exclusividade ao Estado, “a despeito dos pressupostos constitucionais limitativos”, ou seja, “apesar das limitações” que legitimamente impôs.

Nada mais natural, agora, que o Estado faça uso do mesmo argumento para, “dado o veredicto”, considerar-se impedido de conceder benefício que pressupõe a exclusividade.

Observo que a coerência e unidade jurisdicional não permitirão traçar caminho outro além do que sou forçado a eleger, na medida em que se plasma juridicamente a violação pelo policial de seus deveres de exclusividade no exercício da função policial militar a que estava obrigado, situação que o impede de usufruir do benefício previdenciária que tem supedâneo na regularidade institucional do segurado.

Não se está, registro para que fique bem claro, a apurar falta disciplinar de servidor falecido; apenas se faz o cotejo do que deduzido em juízo com as regras legais aplicáveis à concessão de pensão por morte, uma outra coisa.

Reparo que numa perspectiva de duplo vínculo, mas sem exigência de exclusividade institucional, talvez pudesse concluir de outra forma; mas no caso presente, sopesados os fatos concretos e a estrutura jurídico-legal, impedido estará o Estado de atender o benefício de pensão por morte que, por decorrência, deve ser sustado.

É o Parecer.

Porto Alegre, 21 de dezembro de 2012.

**LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE SAMPAIO,  
PROCURADOR DO ESTADO.**

**Processo nº 42534-24.42/12-1**

**Acolho as conclusões do Parecer n.º 16.000/13, da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado Doutor LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE SAMPAIO.**

**Restitua-se o expediente à Secretaria da Administração e dos Recursos Humanos.**

**Em 19 de fevereiro de 2013.**

**Bruno de Castro Winkler,  
Procurador-Geral do Estado, em exercício.**



## **Normas de Publicação**

### 1 Sobre a Revista

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

- a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;
  - b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;
  - c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;
  - d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.
- A Revista tem periodicidade semestral.

### 2 Apresentação dos Artigos

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na íntegra bem como o Regimento Interno podem ser acessados no site da PGE-RS - Publicações: <http://www.pge.rs.gov.br/>

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

- a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;
- b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);
- c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;
- d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e

em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo; (continua)

### **Disposições Gerais**

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de CD-Rom em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhados da autorização para publicação assinada pelo(s) autor(es) (modelo disponível no site da Revista), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a seqüência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(as).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.

---





