

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

URGENTE: PEDIDO DE LIMINAR

**UNIÃO GAÚCHA EM DEFESA DA PREVIDÊNCIA
SOCIAL E PÚBLICA - UNIÃO GAÚCHA**, pessoa
jurídica de direito privado, com sede na Rua
Celeste Gobbato nº 81, em Porto Alegre – RS,
inscrita no CNPJ/MF sob o nº 07434189/0001-
70, e-mail uniaogaucha@ajuris.org.br, vem,
respeitosamente, perante Vossa Excelência, por
seus procuradores signatários (docs. 01, 02 e
03 – procuração, ata de assembleia geral e
estatuto da autora), interpor a presente

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE,
COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR**

tendo por objeto a retirada do ordenamento
jurídico de dispositivos adiante indicados da Lei

Complementar Estadual nº 14.750, de 15/10/2015, e do Decreto nº 52.856, de 07/01/2016, e também a inconstitucionalidade por omissão da mesma Lei, o que faz nos termos e fundamentos seguintes.

I – NORMAS LEGAIS IMPUGNADAS E OS FATOS

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul aprovou, e o Governador do Estado sancionou a Lei Complementar Estadual nº. 14.750, de 15/10/2015, publicada no Diário Oficial do Estado n.º 198, de 16/10/2015 (doc. 04). A seguir, o Governador do Estado Editou o Decreto nº 52.856, de 07/01/2016, publicado no Diário Oficial do Estado nº 005, de 08/01/2016, que cria a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público do Estado do Rio Grande do Sul – RS–Prev, aprova o respectivo estatuto da entidade referida e dá outras providências (doc. 05).

Referida Lei Complementar Estadual instituiu o Regime de Previdência Complementar – RPC/RS para os servidores públicos estaduais titulares de cargos efetivos, fixou o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo Regime Próprio de Previdência Social – RPPS/RS e autorizou a criação de entidade fechada de previdência complementar, denominada Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público do Estado do Rio Grande do Sul – RS–Prev, além de dispor sobre outras providências.

Aludida Lei Complementar incorreu em diversas inconstitucionalidades, tanto expressas como por omissão.

A Lei Complementar mencionada está em desconformidade com a Constituição Estadual que não prevê a instituição de regime de previdência complementar para os servidores estaduais, de modo que aludida Lei, a partir especialmente do seu art. 1º,¹ não encontra suporte

¹ O art. 1º da Lei Complementar Estadual nº 14.750, de 15/10/2015 assim dispõe:

“Art. 1º Fica instituído, nos termos desta Lei Complementar, o Regime de Previdência Complementar – RPC/RS – para os servidores públicos titulares de cargos efetivos do Estado do Rio Grande do Sul, de suas autarquias e fundações de direito público.

em qualquer norma da Constituição Estadual, situação à qual se acresce o fato de que o regime de previdência complementar, estabelecido na Constituição Federal, é facultativo, de maneira que, a disposição constitucional federal, que disciplina a adoção do mencionado regime, sequer se trata de disposição de reprodução obrigatória na Constituição Estadual, por isso que há necessidade de expressa previsão na Carta Estadual, o que não ocorre, já que a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul apenas prevê o regime previdenciário próprio de natureza pública, em seus arts. 38 e 41.²

Parágrafo único. O Regime de Previdência Complementar de que trata esta Lei Complementar, de caráter facultativo, observa o disposto nos arts. 40, §§ 14, 15 e 16, e 202, ambos da Constituição Federal, além da legislação específica.”

² Os mencionados dispositivos da Constituição Estadual estão assim redigidos:

“Art. 38. O servidor público será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1.º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, alíneas a e c, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2.º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3.º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

§ 5.º As aposentadorias dos servidores públicos estaduais, inclusive membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado serão custeados com recursos provenientes do Tesouro do Estado e das contribuições dos servidores, na forma da lei complementar.

§ 6.º As aposentadorias dos servidores das autarquias estaduais e das fundações públicas serão custeados com recursos provenientes da instituição correspondente e das contribuições de seus servidores, na forma da lei complementar.

§ 7.º Na hipótese do parágrafo anterior, caso a entidade não possua fonte própria de receita, ou esta seja insuficiente, os recursos necessários serão complementados pelo Tesouro do Estado, na forma da lei complementar.

A inconstitucionalidade do art. 1º, do Diploma normativo impugnado, acarreta, por consequência lógico-jurídica e dependência normativa, **a inconstitucionalidade por arrastamento** de todos os demais dispositivos da Lei Complementar Estadual nº 14.750/2015 e do Decreto nº 52.856, de 07/01/2016, publicado no Diário Oficial do Estado nº 005, de 08/01/2016, que cria a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público do Estado do Rio Grande do Sul – RS-Prev, aprova o respectivo estatuto e dá outras providências.

Adiante essa temática será tratada em maiores detalhes.

Além disso, **subsidiariamente**, ainda padecem de **inconstitucionalidade explícita** o art. 4º, § 1º, e o art. 7º, §§ 2º e 3º,³ e

§ 8.º Os recursos provenientes das contribuições de que tratam os parágrafos anteriores serão destinados exclusivamente a integralizar os proventos de aposentadoria, tendo o acompanhamento e a fiscalização dos servidores na sua aplicação, na forma da lei complementar.

Art. 41. O Estado manterá órgão ou entidade de previdência e assistência à saúde para seus servidores e dependentes, mediante contribuição, na forma da lei previdenciária própria.

§ 1.º A direção do órgão ou entidade a que se refere o “caput” será composta paritariamente por representantes dos segurados e do Estado, na forma da lei a que se refere este artigo.

§ 2.º Os recursos devidos ao órgão ou entidade de previdência deverão ser repassados:

I - no mesmo dia e mês do pagamento, de forma automática, quando se tratar da contribuição dos servidores, descontada em folha de pagamento;

II - até o dia quinze do mês seguinte ao de competência, quando se tratar de parcela devida pelo Estado e pelas entidades conveniadas.

§ 3.º O benefício da pensão por morte corresponderá a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei previdenciária própria, observadas as disposições do parágrafo 3.º do artigo 38 desta Constituição e do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal.

§ 4.º O valor da pensão por morte será rateado, na forma de lei previdenciária própria, entre os dependentes do servidor falecido, extinguindo-se a cota individual de pensão com a perda da qualidade de pensionista.

§ 5.º O órgão ou entidade a que se refere o “caput” não poderá retardar o início do pagamento de benefícios por mais de quarenta dias após o protocolo de requerimento, comprovada a evidência do fato gerador.

§ 6.º O benefício da pensão por morte de segurado do Estado não será retirado de seu cônjuge ou companheiro em função de nova união ou casamento destes, vedada a acumulação de percepção do benefício, mas facultada a opção pela pensão mais conveniente, no caso de ter direito a mais de uma.”

³ As disposições legais referidas têm a seguinte redação:

“Art. 4º Fica autorizada a criação, por ato do Poder Executivo, da entidade fechada de previdência complementar denominada Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público do Estado do Rio Grande do Sul – RS-Prev –, com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, nos termos das Leis Complementares Federais nºs. 108 e 109, de 29 de maio de 2001.

de inconstitucionalidade por omissão a própria Lei, em razão da ausência de regra de compensação pelas contribuições vertidas ao sistema anterior (art. 2º, inciso II), com violação da isonomia, o fato de o regime não ser facultativo para os novos servidores (art. 2º) e da falta de prévio estudo atuarial (art. 24),⁴ como adiante será analisado.

Feita essa digressão, passa-se ao exame da legitimidade e do cabimento da presente ADI.

II – LEGITIMIDADE DA ENTIDADE AUTORA

A autora é entidade que congrega as afiliadas ABFIR – Associação Beneficente dos Funcionários do Instituto Rio Grandense do Arroz; ABOGERIS – Associação dos Oficiais de Justiça do Rio Grande do

§ 1º A RS-Prev, fundação de natureza pública, sem fins lucrativos, terá personalidade jurídica de direito privado, sede e foro na Capital do Estado e gozará de autonomia administrativa, financeira, patrimonial e gerencial.

Art. 7º A Diretoria Executiva será composta, no máximo, por 6 (seis) membros, conforme seu patrimônio e número de participantes, na forma prevista no estatuto da RS-Prev, nomeados pelo presidente do Conselho Deliberativo, por indicação deste colegiado, observados os requisitos mínimos do art. 20 da Lei Complementar Federal n.º 108/01. (...)

§ 2º A remuneração e as vantagens de qualquer natureza dos membros da Diretoria Executiva serão fixadas pelo Conselho Deliberativo em valores compatíveis com os níveis prevalentes no mercado de trabalho para profissionais de graus equivalentes de formação profissional e de especialização, observado o limite fixado no § 7.º do art. 33 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

§ 3º A remuneração mensal dos membros dos Conselhos Deliberativo e Fiscal será fixada por ato do Conselho Deliberativo em até 15% (quinze por cento) e 10% (dez por cento), respectivamente, do valor da remuneração do Diretor-Presidente da RS-Prev. (...).”

⁴ Os arts. 2º, inciso II, e 24, mencionados, assim dispõem:

Art. 2º Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS –, de que trata o art. 201 da Constituição Federal, às aposentadorias e às pensões a serem concedidas pelo Regime Próprio de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – RPPS/RS – aos servidores, inclusive os membros de Poder, titulares de cargos efetivos que: (...)

II - tenham ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do RPC/RS, nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e ao RPC/RS adiram mediante prévia e expressa opção, conforme previsto no § 16 do art. 40 da Constituição Federal; (...).

Art. 24. 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 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento).

§ 1º A alíquota de contribuição do participante será por ele definida, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios e no respectivo plano de custeio.

§ 2º Além da contribuição normal de que trata o “caput” deste artigo, o regulamento poderá admitir o aporte de contribuições extraordinárias, sem aporte correspondente do patrocinador.”

Sul; ADEPERGS – Associação dos Defensores Públicos do Estado Rio Grande do Sul; AFAFE – Associação dos Técnicos Fazendários dos Postos Fiscais e Turmas Volantes da Fiscalização Estadual; AFISVEC – Associação dos Fiscais de Tributos Estaduais do Rio Grande do Sul; AFOCFE – Sindicato dos Técnicos do Tesouro do Estado – RS; AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul; AMP/RGS – Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul; APERGS – Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul; APROJUS – Associação dos Servidores do Ministério Público; ASDEP – Associação dos Delegados de Polícia do Rio Grande do Sul; ASEGERGS – Associação dos Servidores Efetivos da AGERGS; ASFOCRI – Associação dos Fotógrafos Criminalísticos do Estado do Rio Grande do Sul; ASJ – Associação dos Servidores da Justiça do Rio Grande do Sul; ASOFBM – Associação dos Oficiais da Brigada Militar; ASPGE–RS – Associação dos Servidores da Procuradoria–Geral do Estado do Rio Grande do Sul; ASSEP – Associação dos Servidores da Pesquisa Agropecuária; ASTC – Associação dos Servidores do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul; CEAPE/TCE–RS – Centro de Auditores Públicos Externos do Tribunal de Contas do Estado do RS; CEFAL – Centro de Funcionários da Assembleia Legislativa; CEJUS – Centro dos Funcionários do Tribunal de Justiça; FASP/RS – Federação de Associações de Servidores Públicos Ativos e Inativos no Estado do Rio Grande do Sul; SERVIPO – Sindicato dos Servidores da Polícia Civil do Rio Grande do Sul; SINAPERS – Sindicato dos Servidores Públicos Aposentados e Pensionistas do Estado do Rio Grande do Sul; SINDIFISCO–RS – Sindicato dos Servidores Públicos da Administração Tributária do Estado do Rio Grande do Sul; SINDIPERÍCIAS – Sindicato dos Servidores do Instituto Geral de Perícias; SINDISPEGE/RS – Sindicato dos Servidores da Procuradoria–Geral do Estado do Rio Grande do Sul; SINTERGS – Sindicato dos Técnicos–Científicos do Estado do Rio Grande do Sul; e UGAPOCI – União Gaúcha dos Policiais Cíveis.

Ao todo, são 29 entidades representativas de servidores estaduais que participam da entidade ora autora.

II.1 – LEGITIMIDADE EM FACE DA REPRESENTATIVIDADE

Em tais circunstâncias, conforme se observa por seu estatuto em anexo (doc. 03), cujo art. 5º, inciso I, letras ‘a’ e ‘b’,⁵ dispõe que, entre os objetivos e finalidades da autora, está o de **atuar em defesa da manutenção e efetividade de um sistema de previdência social de natureza pública**, promover o debate da questão previdenciária e da saúde através da realização de congressos, seminários, painéis, etc., e propor ações às autoridades públicas responsáveis dos três Poderes, do Ministério Público e demais órgãos autônomos.

Observa-se, ainda, que, de acordo com o inciso VII do art. 5º do mesmo Estatuto,⁶ a autora tem legitimidade para representar os interesses das Entidades afiliadas perante organismos públicos e privados, da órbita estadual, nacional e internacional.

Portanto, não há dúvida de que a autora tem legitimidade para representar as entidades afiliadas e os servidores públicos estaduais respectivos.

II.2 - LEGITIMIDADE ATIVA PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Além de a autora ter legitimidade para representar os interesses das entidades afiliadas e dos respectivos servidores, também tem legitimidade para propor **ação direta de inconstitucionalidade**, nos termos do art. 95, § 1º, incisos VII e VIII, da Constituição do Estado do

⁵ O dispositivo estatutário citado tem a seguinte redação:

“Artigo 5º - São objetivos e finalidades da UNIÃO GAÚCHA:

I – atuar em defesa da manutenção e efetividade de um sistema de previdência social de natureza pública, e nesta ação:

a) promover o debate da questão previdenciária e de saúde através da realização de congressos, seminários, painéis, etc.;

b) propor ações às autoridades públicas responsáveis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público e demais órgãos autônomos. (...).”

⁶ O inciso VII do art. 5º está assim redigido:

“Artigo 5º - São objetivos e finalidades da UNIÃO GAÚCHA: (...)

VII - representar, quando solicitada, os interesses das Entidades filiadas junto a organismos públicos e privados, estadual, nacional e internacional; (...).”

Rio Grande do Sul,⁷ por ser entidade associativa e de classe de âmbito estadual e por ser também entidade de defesa dos direitos humanos,⁸ como é **o direito à previdência social pública**, positivado como direito fundamental na Constituição Federal, em seus arts. 6º, *caput*, e 7º, incisos IV e XXIV.⁹

⁷ O dispositivo mencionado, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, assim estabelece:

“Art. 95 - Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, compete: (...)

§ 1º - Podem propor a ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, ou por omissão: (...)

VII - entidade sindical ou de classe de âmbito nacional ou estadual;

VIII - as entidades de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores, de âmbito nacional ou estadual, legalmente constituídas; (...).”

⁸ Assim prescreve a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948:

“A Assembleia Geral proclama

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (...).

Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (...).

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (...).”

⁹ Os dispositivos referidos da Constituição Federal assim estabelecem:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, **a previdência social**, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e **previdência social**, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (...)

XXIV - **aposentadoria**; (...).” (Os destaques foram acrescentados).

Tal direito fundamental à previdência social pública, em relação aos servidores públicos estaduais, vem previsto também nos arts. 40 e 149, § 1º, da mesma Carta Federal.

Ademais, os direitos fundamentais – inclusive o direito à previdência dos servidores – além de serem disposições constitucionais de reprodução obrigatória pelo Estado-membro, são adotados por remissão pela Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu art. 1º,¹⁰ e também por força do princípio da simetria estrutural expresso nos arts. 18, *caput*, e 25, *caput*, ambos da CF, e no art. 11, *caput*, do ADCT da CF.¹¹

Demais disso, o regime de previdência estadual vem delineado nos arts. 38 e 41 da Constituição Estadual,¹² a qual, como já aludido, não prevê a instituição de regime previdenciário complementar.

¹⁰ O art. 1º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul assim estabelece ao adotar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal:

“Art. 1º - O Estado do Rio Grande do Sul, integrante com seus Municípios, de forma indissolúvel, da República Federativa do Brasil, proclama e adota, nos limites de sua autonomia e competência, os princípios fundamentais e os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos universalmente consagrados e reconhecidos pela Constituição Federal a todas as pessoas no âmbito de seu território.”

¹¹ Os dispositivos mencionados, da Constituição Federal, têm, respectivamente, a seguinte redação:

“Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

Art. 11. Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.” (Os destaques em negrito e sublinhado foram acrescentados).

¹² Os dispositivos mencionados, da Constituição Estadual, assim estabelecem, nada prevendo quanto à instituição de previdência complementar:

“Art. 38. O servidor público será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1.º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, alíneas a e c, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2.º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3.º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

§ 5.º As aposentadorias dos servidores públicos estaduais, inclusive membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado serão custeados com recursos provenientes do Tesouro do Estado e das contribuições dos servidores, na forma da lei complementar.

§ 6.º As aposentadorias dos servidores das autarquias estaduais e das fundações públicas serão custeados com recursos provenientes da instituição correspondente e das contribuições de seus servidores, na forma da lei complementar.

§ 7.º Na hipótese do parágrafo anterior, caso a entidade não possua fonte própria de receita, ou esta seja insuficiente, os recursos necessários serão complementados pelo Tesouro do Estado, na forma da lei complementar.

§ 8.º Os recursos provenientes das contribuições de que tratam os parágrafos anteriores serão destinados exclusivamente a integralizar os proventos de aposentadoria, tendo o acompanhamento e a fiscalização dos servidores na sua aplicação, na forma da lei complementar.

Art. 41. O Estado manterá órgão ou entidade de previdência e assistência à saúde para seus servidores e dependentes, mediante contribuição, na forma da lei previdenciária própria.

§ 1.º A direção do órgão ou entidade a que se refere o “caput” será composta paritariamente por representantes dos segurados e do Estado, na forma da lei a que se refere este artigo.

§ 2.º Os recursos devidos ao órgão ou entidade de previdência deverão ser repassados:

I - no mesmo dia e mês do pagamento, de forma automática, quando se tratar da contribuição dos servidores, descontada em folha de pagamento;

II - até o dia quinze do mês seguinte ao de competência, quando se tratar de parcela devida pelo Estado e pelas entidades conveniadas.

§ 3.º O benefício da pensão por morte corresponderá a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei previdenciária própria, observadas as disposições do parágrafo 3.º do artigo 38 desta Constituição e do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal.

§ 4.º O valor da pensão por morte será rateado, na forma de lei previdenciária própria, entre os dependentes do servidor falecido, extinguindo-se a cota individual de pensão com a perda da qualidade de pensionista.

§ 5.º O órgão ou entidade a que se refere o “caput” não poderá retardar o início do pagamento de benefícios por mais de quarenta dias após o protocolo de requerimento, comprovada a evidência do fato gerador.

§ 6.º O benefício da pensão por morte de segurado do Estado não será retirado de seu cônjuge ou companheiro em função de nova união ou casamento destes, vedada a acumulação de percepção do benefício, mas facultada a opção pela pensão mais conveniente, no caso de ter direito a mais de uma.”

E a autora, como já anunciado, tem, como um de seus objetivos sociais e finalidade, a atuação em defesa da manutenção e efetividade de um sistema de previdência social de natureza pública.¹³

Assim, não há dúvida sobre a legitimidade ativa da autora para o ajuizamento da presente ADI.

II.3 – PERTINÊNCIA TEMÁTICA

Como anteriormente referido, a presente ADI tem por objeto disposições expressas e omissões contidas na Lei Complementar Estadual nº. 14.750, de 15/10/2015.

Dentre os dispositivos legais expressos, que se reputam inconstitucionais, está o art. 1º e seu parágrafo único, e, por arrastamento, todos os demais dispositivos da Lei mencionada.

Na eventual possibilidade de assim não se entender – no que não se acredita – desde já, subsidiariamente, são impugnados especificamente o art. 4º, § 1º, e art. 7º, §§ 2º e 3º.

E, também subsidiariamente, sustenta-se que está caracterizada a inconstitucionalidade por omissão, em razão da ausência de regra de compensação pelas contribuições vertidas ao sistema anterior (art. 2º, II), ausência de regra sobre a facultatividade do regime para os novos servidores e pela falta de prévio estudo atuarial (art. 24).

A autora, como antes aludido, é entidade que congrega associações e sindicatos de servidores públicos estaduais, tendo entre seus objetivos e finalidades a atuação em defesa da manutenção e

¹³ O art. 5º, inciso I, do Estatuto da Autora, em anexo, assim dispõe sobre o assunto:

“Artigo 5º - São objetivos e finalidades da UNIÃO GAÚCHA:

I – atuar em defesa da manutenção e efetividade de um sistema de previdência social de natureza pública, e nesta ação:

a) promover o debate da questão previdenciária e de saúde através da realização de congressos, seminários, painéis, etc.;

b) propor ações às autoridades públicas responsáveis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público e demais órgãos autônomos. (...)”

efetividade de um sistema de previdência social de natureza pública, além da promoção do debate da questão previdenciária e da proposição, no âmbito da previdência dos servidores estaduais, de ações perante as autoridades públicas responsáveis dos três Poderes, do Ministério Público e demais órgãos autônomos.¹⁴

Assim, a pertinência temática está caracterizada porque está clara a relação entre as atividades institucionais da autora e os dispositivos legais impugnados e acima referidos, restando patente o interesse de agir em razão da violação dos direitos dos servidores vinculados às entidades afiliadas à autora.

Em tais circunstâncias, estando demonstrada a pertinência temática, não resta dúvida quanto à legitimidade da autora em razão de seu evidente interesse de agir.

III - CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

III.1 - CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS E COM CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

Na presente ADI cuidam-se de pedidos em ordem subsidiária, isto é, de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei e, por arrastamento, das demais disposições do aludido Diploma, e, em ordem subsidiária, de pedidos cumulados, de declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, e do art. 7º, §§ 2º e 3º, e de declaração de inconstitucionalidade por omissão relativamente ao tema da ausência de regra de compensação pelas contribuições vertidas ao sistema anterior (art. 2º, inciso II), inclusive com violação da isonomia,

¹⁴ O art. 5º, inciso I, do Estatuto da Autora, em anexo, assim estabelece sobre a matéria:

“Artigo 5º - São objetivos e finalidades da UNIÃO GAÚCHA:

I – atuar em defesa da manutenção e efetividade de um sistema de previdência social de natureza pública, e nesta ação:

- a) promover o debate da questão previdenciária e de saúde através da realização de congressos, seminários, painéis, etc.;
- b) propor ações às autoridades públicas responsáveis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público e demais órgãos autônomos. (...).”

omissão de regra sobre a facultatividade de adesão para os novos servidores e da falta de prévio estudo atuarial (art. 24).

A formulação de pedidos em ordem subsidiária está prevista no art. 326 do CPC,¹⁵ que estabelece ser lícita a formulação de pedidos em ordem subsidiária, para que o órgão julgador conheça do pedido posterior, quando não acolha o pedido anterior.

Precisamente essa é a situação aqui configurada, em que se postula a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei impugnada e, por arrastamento, dos demais dispositivos do mesmo Diploma, mas, caso não seja acolhida essa postulação – no que não se acredita –, que sejam então, subsidiariamente, conhecidos os pedidos de inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, e do art. 7º, §§ 2º e 3º, e de inconstitucionalidade por omissão por não ter, a Lei impugnada, tratado das contribuições vertidas ao sistema anterior, da facultatividade de adesão dos servidores ao novo regime e por não ter cuidado do prévio estudo atuarial, como se vê especialmente dos arts. 2º, inciso II, e 24.

No que respeita aos pedidos cumulados, de declaração de inconstitucionalidade e de declaração de inconstitucionalidade por omissão, trata-se de matéria que tem previsão expressa na Lei processual e que é admitida na jurisprudência do C. STF.

Assim é que a jurisprudência do STF tem admitido amplamente a cumulação de pedidos de declaração de inconstitucionalidade e de declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Nesse sentido podem-se citar, exemplificativamente, os seguintes precedentes daquela Corte Superior:

“Ementa: I. PROCESSO CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL PARA PROPOR ADI. CRITÉRIO DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. II. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR

¹⁵ O dispositivo legal mencionado assim preceitua:

“Art. 326. É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior.

Parágrafo único. É lícito formular mais de um pedido, alternativamente, para que o juiz acolha um deles.”

PÚBLICO. INSTITUIÇÃO DE REGIME DE SUBSÍDIO. DIREITO DE OPÇÃO PELO REGIME ANTERIOR. CONSTITUCIONALIDADE. (...). 2. Quando se alega uma omissão inconstitucional parcial, discute-se a validade de um diploma que teria afrontado a Carta Federal por não ser suficientemente abrangente. Essas hipóteses se situam em uma zona de fronteira entre a ação e a omissão inconstitucional, evidenciando a relativa fungibilidade entre o controle de constitucionalidade das condutas omissivas e comissivas. Por isso, é possível a cumulação de pedidos alternativos de saneamento da omissão e de afastamento do diploma editado. 7. Ação direta conhecida em parte, com a declaração da improcedência dos pedidos.”

(ADI 4079/ES, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 26/02/2015, unânime, DJe-082, divulgado em 04/05/2015, publicado em 05/05/2015).

“Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MODELO NORMATIVO VIGENTE DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. (...). CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE ADI E DE ADI POR OMISSÃO EM UMA ÚNICA DEMANDA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. VIABILIDADE PROCESSUAL. (...). 18. A cumulação simples de pedidos típicos de ADI e de ADI por omissão é processualmente cabível em uma única demanda de controle concentrado de constitucionalidade, desde que satisfeitos os requisitos previstos na legislação processual civil (CPC, art. 292). (...).”

(ADI 4650/DF, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/09/2015, maioria, DJe-034, divulgado em 23/02/2016, publicado em 24/02/2016).

O CPC, em seu art. 327,¹⁶ estabelece ser possível a cumulação de pedidos, mesmo que entre eles não haja conexão, mas desde que sejam compatíveis entre si.

¹⁶ O dispositivo legal mencionado tem a seguinte redação:

“Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que:

I - os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais

Essa é a hipótese presente, em que pode ser reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, e do art. 7º, §§ 2º e 3º, e a inconstitucionalidade por omissão por não ter a Lei impugnada tratado das contribuições vertidas ao sistema anterior (art. 2º, II), com violação da isonomia, não ter cuidado da adesão facultativa dos novos servidores e por não ter cuidado de exigir prévio estudo atuarial (art. 24).

Entre esses pedidos não há nenhuma incompatibilidade, pois, no que atinam com a inconstitucionalidade, os dispositivos impugnados tratam da natureza jurídica da entidade fechada então criada e da fixação da remuneração dos membros dos Conselhos da instituição, e, no que respeita à inconstitucionalidade por omissão, cuida-se das contribuições feitas ao sistema anterior, com violação da isonomia, da facultatividade da adesão dos servidores ao novo sistema e da exigência de prévio estudo atuarial.

Há, até mesmo, certa fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade e o controle abstrato por omissão, como acentua, com propriedade, Gilmar Ferreira MENDES:¹⁷

“Tem-se, pois, aqui uma *relativa, mas inequívoca fungibilidade* entre a ação direta de inconstitucionalidade e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos – o de controle de normas e o de controle da falta de normas – acabam por ter – formal e substancialmente – o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude.”

(Os destaque em itálico são do original).

Como se vê, entre pedidos de inconstitucionalidade e de inconstitucionalidade por omissão, **não há qualquer incompatibilidade**, pois podem ser reconhecidas ambas as inconstitucionalidades sem que se incorra em contradições.

diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

§ 3º O inciso I do § 1º não se aplica às cumulações de pedidos de que trata o art. 326.”

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1480.

Ademais, na hipótese presente estão atendidos os requisitos dos arts. 3º e 12-B, ambos da Lei nº 9.868/1999 com as alterações da Lei nº Lei nº 12.063/2009.¹⁸

Assim, é cabível, no caso presente, tanto os pedidos em ordem subsidiária, como a cumulação de pedidos de declaração de inconstitucionalidade e de declaração de inconstitucionalidade por omissão.

III.2 - CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E PARÂMETRO DE CONFRONTO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

A temática da verificação do parâmetro de confronto exige que se examine a questão das disposições da Constituição Federal que são de reprodução obrigatória na Constituição Estadual, e exige que também se analisem, por outro lado, as disposições da Constituição Federal que não são de reprodução compulsória na Constituição do Estado-membro, para então se fixar o parâmetro de controle de constitucionalidade.

Pode-se dizer que a polêmica sobre essa matéria iniciou-se com a discussão sobre a competência dos Tribunais de Justiça, para apreciar as ações diretas de inconstitucionalidade, nos casos em que, as

¹⁸ Os dispositivos legais referidos têm o seguinte teor:

“Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 12-B. A petição indicará:

I - a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, se for o caso, será apresentada em 2 (duas) vias, devendo conter cópias dos documentos necessários para comprovar a alegação de omissão.”

disposições contidas na Constituição Estadual, são meras reproduções de disposições da Constituição Federal de observância compulsória pelos Estados-membros, oportunidade em que se discutia e argumentava que a afronta a tais disposições, era violação da Constituição Federal e não da Constituição Estadual, daí a incompetência do Tribunal local para o exame da matéria.

Iniciou-se então um longo debate no STF, tendo a Corte, num primeiro momento, chegado à orientação adotada na Rcl 370,¹⁹ ocasião em que se entendeu pela incompetência dos Tribunais de Justiça.

Entretanto, aludida orientação foi revista e modificada na Rcl 383,²⁰ para assentar, finalmente, que, mesmo nas hipóteses de reprodução de disposições da Constituição Federal, de observância obrigatória pelos Estados-membros, a competência é do Tribunal de Justiça e, por conseguinte, o parâmetro de confronto pode ser a Constituição Estadual, e não somente a Constituição Federal, competindo ao STF o exame do recurso extraordinário da decisão do Tribunal Estadual.

Assim, mesmo que as disposições constantes da Constituição Estadual sejam repetições de disposições da Constituição

¹⁹ A ementa do julgado referido está assim redigida:

“EMENTA: Arguição da inconstitucionalidade de leis estaduais, mediante invocação da Carta local, mas também em contraste com preceitos e princípios da Constituição Federal. Controvérsia acerca da competência para o julgamento da correspondente ação direta. Reclamação tida como procedente, por julgamento concluído em 9 de abril de 1992.”

(Rcl 370/MT, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 09/04/1992, unânime, DJ de 29/06/2001, p. 35).

²⁰ O julgado aludido está assim ementado:

“EMENTA: Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.”

(Rcl 383/SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11/06/1992, maioria, DJ de 21/05/1993, p. 09765).

Federal de observância obrigatória pelos Estados-membros, o parâmetro de confronto sempre pode ser a Constituição Estadual, e não somente a Constituição Federal, caso em que a competência é do Tribunal de Justiça, e não do STF, nos termos do art. 125, § 2º, da Constituição Federal,²¹ e do art. 95, inciso XII, alínea 'd', da Constituição Estadual.²²

Referindo-se à decisão tomada no já referido precedente constituído pela Rcl 383, o Min. Gilmar Ferreira MENDES, em obra doutrinária, assim se manifestou sobre o parâmetro de controle estadual:

“Essa decisão forneceu novas bases do sistema de controle direto de constitucionalidade do direito estadual e municipal perante o Tribunal de Justiça, assentando a autonomia dos parâmetros de controle e a possibilidade de que a questão suscitada perante o Tribunal local se converta numa questão constitucional federal, especialmente nos casos das chamadas normas de reprodução obrigatória por parte do Estado-membro.

Assinale-se, por último, uma outra singularidade processual. A decisão que se profere neste peculiar recurso extraordinário será dotada de eficácia *erga omnes* porque prolatada em processo de índole objetiva.”

Coerente com esse entendimento é também a jurisprudência do STF no sentido de que o parâmetro de controle e, portanto, a competência, são definidos pela causa de pedir constante da

²¹ A disposição constitucional mencionada tem a seguinte redação:

“Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

²² O dispositivo mencionado, da Constituição Estadual, tem o seguinte teor:

“Art. 95 - Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, compete: (...)

XII - processar e julgar: (...)

d) a ação direta da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual perante esta Constituição, e de municipal perante esta ~~e a Constituição Federal~~, inclusive por omissão; (...).” (Declarada a inconstitucionalidade do trecho tachado na ADI n.º 409, DJU, 26/04/02).

inicial da ação direta. Nesse sentido, entre outros precedentes, pode-se citar o RE 199293, cuja ementa está assim redigida na parte em que interessa ao presente debate:

“COMPETÊNCIA - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CARTA DO ESTADO, NO QUE REPETE PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O § 2º do artigo 125 do Diploma Maior não contempla exceção. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir lançada na inicial. Em relação ao conflito da norma atacada com a Lei Máxima do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que o preceito questionado mostre-se como mera repetição de dispositivo, de adoção obrigatória, inserto na Carta da República. Precedentes: Reclamação nº 383/SP e Agravo Regimental na Reclamação nº 425, relatados pelos ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, com acórdãos publicados nos Diários de Justiça de 21 de maio de 1993 e 22 de outubro de 1993, respectivamente. (...).”

(RE 199293/SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 19/05/2004, unânime, DJ de 06/08/2004, p. 21).

(O destaque sublinhado foi acrescentado).

No referido precedente, elucidando a questão da competência e da definição do parâmetro de confronto pela causa de pedir posta na inicial, o eminente Ministro Relator assim consignou em certa altura de seu voto:

“Quanto à competência para julgar a representação de inconstitucionalidade, define-a, de forma linear, o § 22 do artigo 125 da Constituição Federal. O preceito não contempla exceção. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é determinada pela causa de pedir lançada na inicial. A partir do momento em que se articula o conflito da norma atacada com a Carta do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que ocorra repetição de preceito de adoção obrigatória inserto na Carta da República. Assim decidiu o Plenário ao apreciar a Reclamação nº 383/SP e o Agravo Regimental na Reclamação nº 425, relatados respectivamente pelos ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, (...). Conforme consignado pela Corte de origem, o pedido inicial teve lastro no conflito do artigo 5º e § 1º e § 2º da Lei Complementar nº 22/91, do Município de Santos, não com a Constituição Federal, mas com a Carta Estadual.”

(O destaque sublinhado foi acrescentado).

Portanto, uma vez deduzido o pedido na inicial tendo como parâmetro de confronto a Constituição Estadual, a competência é do Tribunal local e não do STF.

Por outro lado, é relevante notar que, nos casos de normas da Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados-membros, mesmo nas hipóteses em que a Constituição Estadual seja omissa – e não reproduza tais disposições federais compulsórias –, o STF, ainda assim, tem entendido que a competência é do Tribunal de Justiça.

Nesse sentido é o seguinte precedente da Corte Suprema:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA. OMISSÃO DA CONSTITUIÇÃO MARANHENSE. A omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra Lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o artigo 37, V, da Constituição do Brasil, norma de reprodução obrigatória. Agravo regimental provido.”

(RE-AgR 598016/MA, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. em 20/10/2009, unânime, DJe-213, divulgado em 12/11/2009, publicado em 13/11/2009).

(Os destaques sublinhados foram acrescentados).

Observa-se, portanto, que, nos casos de disposições da Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados-membros, seja a Constituição Estadual expressa ou omissa, o parâmetro de confronto pode sempre ser a Constituição Estadual, para as normas estaduais impugnadas, não se exigindo que a impugnação seja feita somente perante o STF.

III.2.1 - PARÂMETRO DE CONFRONTO NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, POR TER O TEXTO CONSTITUCIONAL ESTADUAL DISPOSTO DE MODO

DIVERSO, E POR SEREM, AS NORMAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE ADOÇÃO FACULTATIVA (NORMAS DE IMITAÇÃO) PELO ESTADO-MEMBRO - NÃO-ADOÇÃO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PELO ESTADO - CARÊNCIA DE SUPORTE DESSE REGIME FACULTATIVO NA CARTA PROVINCIAL

E, se assim é - como antes exposto - com relação às normas de observância compulsória, em que pode sempre ser adotado o parâmetro da Constituição Estadual, com muito mais razão há de ser nos casos em que as normas da Constituição Federal não são de observância obrigatória pelos Estados-membros, e a Constituição Estadual dispõe de modo diverso, não incorporando as normas da Constituição Federal, por isso que não são normas de observância obrigatória, hipótese em que o parâmetro de confronto será sempre a Constituição Estadual, e a competência será sempre do Tribunal de Justiça, a despeito de referidas normas, não-compulsórias para os Estados-membros, constarem da Constituição Federal.

E isto pela singela razão de que, não sendo, as normas da Constituição Federal, de observância obrigatória pelos Estados-membros, está-se diante de uma situação em que as disposições da Constituição Federal não vinculam o constituinte Estadual, o qual tem a liberdade de adotar ou não, e, portanto, incluir ou não, no texto da Constituição do Estado-membro, as aludidas disposições da Constituição Federal.

E isto também pela simples razão de que o art. 125, § 2º,²³ da Constituição Federal - disposição de observância obrigatória pelos

²³ O dispositivo citado, da Constituição Federal, está assim redigido:

“Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. (...).”

Estados-membros - estabelece que cabe aos Estados a instituição da representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

Por outro lado, nem se alegue que, nesse caso, seria inconstitucional, em relação à Constituição Federal, o próprio parâmetro estadual. E não pode ser assim pelo menos por duas razões.

A primeira, é que não sendo, as disposições da Constituição Federal, de observância compulsória, **o Estado-membro pode, como dito, não só deixar de incluir no Texto Estadual referidas normas, como também pode dispor de modo diverso, como ocorre no caso em discussão, em que a Constituição Estadual não adotou o regime de previdência complementar, prevendo apenas o regime próprio de previdência pública** - esse sim de observância obrigatória pelos Estados-membros e previsto expressamente nos arts. 38 e 41 da Constituição Estadual.²⁴

²⁴ Os dispositivos referidos prevêm **apenas** o regime próprio de previdência pública, **sem qualquer previsão quanto ao regime complementar**:

“Art. 38. O servidor público será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1.º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, alíneas a e c, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2.º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3.º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

§ 5.º As aposentadorias dos servidores públicos estaduais, inclusive membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado serão custeados com recursos provenientes do Tesouro do Estado e das contribuições dos servidores, na forma da lei complementar.

A segunda razão é aquela já referida, de que as normas da Constituição Federal, sobre a adoção do regime de previdência complementar, **são facultativas** e, portanto, **de observância não obrigatória** pelos Estados-membros que, caso optem por não adotar o regime, por óbvio não vão reproduzir tais normas na Constituição Estadual, e, por conseguinte, **vão dispor de forma diferente**, como é o caso presente, em que restou previsto apenas o regime próprio de previdência pública.

E, tanto é assim, que outros Estados – como se verá adiante – tiveram que estabelecer em suas Constituições a adoção expressa do regime de previdência complementar,²⁵ pena de, não o fazendo,

§ 6.º As aposentadorias dos servidores das autarquias estaduais e das fundações públicas serão custeados com recursos provenientes da instituição correspondente e das contribuições de seus servidores, na forma da lei complementar.

§ 7.º Na hipótese do parágrafo anterior, caso a entidade não possua fonte própria de receita, ou esta seja insuficiente, os recursos necessários serão complementados pelo Tesouro do Estado, na forma da lei complementar.

§ 8.º Os recursos provenientes das contribuições de que tratam os parágrafos anteriores serão destinados exclusivamente a integralizar os proventos de aposentadoria, tendo o acompanhamento e a fiscalização dos servidores na sua aplicação, na forma da lei complementar.

Art. 41. O Estado manterá órgão ou entidade de previdência e assistência à saúde para seus servidores e dependentes, mediante contribuição, na forma da lei previdenciária própria.

§ 1.º A direção do órgão ou entidade a que se refere o “caput” será composta paritariamente por representantes dos segurados e do Estado, na forma da lei a que se refere este artigo.

§ 2.º Os recursos devidos ao órgão ou entidade de previdência deverão ser repassados:

I - no mesmo dia e mês do pagamento, de forma automática, quando se tratar da contribuição dos servidores, descontada em folha de pagamento;

II - até o dia quinze do mês seguinte ao de competência, quando se tratar de parcela devida pelo Estado e pelas entidades conveniadas.

§ 3.º O benefício da pensão por morte corresponderá a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei previdenciária própria, observadas as disposições do parágrafo 3.º do artigo 38 desta Constituição e do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal.

§ 4.º O valor da pensão por morte será rateado, na forma de lei previdenciária própria, entre os dependentes do servidor falecido, extinguindo-se a cota individual de pensão com a perda da qualidade de pensionista.

§ 5.º O órgão ou entidade a que se refere o “caput” não poderá retardar o início do pagamento de benefícios por mais de quarenta dias após o protocolo de requerimento, comprovada a evidência do fato gerador.

§ 6.º O benefício da pensão por morte de segurado do Estado não será retirado de seu cônjuge ou companheiro em função de nova união ou casamento destes, vedada a acumulação de percepção do benefício, mas facultada a opção pela pensão mais conveniente, no caso de ter direito a mais de uma.”

²⁵ As Emendas Constitucionais Estaduais e os respectivos Estados são os seguintes: Emenda n° 16/1999 em Pernambuco, Emenda n° 84/2010 em Minas Gerais, Emenda n° 21/2006 em São Paulo, Emenda n° 07/2000 no Paraná, Emenda n° 27/2008 no Piauí e Emenda n° 46/2010 em Goiás.

reputarem-se inconstitucionais as normas inferiores sobre o referido regime.

Nos casos de omissão na Constituição Estadual de norma de reprodução e observância obrigatória pelo Estado-membro, é como se a norma estivesse escrita na Constituição Estadual e o parâmetro, também nesse caso, como visto na jurisprudência anteriormente citada (RE-AgR 598016), pode ser a Constituição Estadual.

Entretanto, na hipótese de omissão na Constituição Estadual, de normas da Constituição Federal de reprodução e observância **não-obrigatórias**, não ocorre o mesmo, pois, nessa situação, o parâmetro de confronto deve ser, necessária e obrigatoriamente, a Constituição Estadual, precisamente porque as normas da Constituição Federal, por não serem de observância compulsória pelo Estado-membro, não servem de parâmetro de confronto.

Em tais circunstâncias, a falta de reprodução da norma da Constituição Federal no âmbito do Estado-membro, e o disciplinamento da matéria de modo diverso na Constituição Estadual, inconstitucionaliza a lei estadual de adoção do regime exatamente pela falta de suporte constitucional estadual, na medida em que, como no caso presente, a Constituição Estadual regula o tema de modo diverso, isto é, prevê apenas a instituição de regime próprio de previdência pública e não prevê o regime de previdência complementar.

É que sendo as normas da Constituição Federal de observância não compulsória pelo Estado-membro, o parâmetro de confronto não poderá ser a Constituição Federal.

Aliás, sobre normas de reprodução facultativa, assim se manifestou em seu voto, como Relator da Rcl 383, o eminente Min. Moreira Alves, citando Carlos Maximiliano, que comentava disposições da Constituição de 1891:

“Por isso mesmo, CARLOS MAXIMILIANO (Comentários à Constituição Brasileira, 2a. ed., pág. 620, Jacintho Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1923), escreveu estas palavras, que, mais tarde, ao comentar a Constituição de 1946, reproduziria:

‘De modo geral permitiu-se que os Estados organizassem, como entendessem, o seu governo e administração; estabeleceu-se uma ressalva apenas – a do respeito aos princípios constitucionais da República. O art. 63 reproduz, por outras palavras, o que prescreve o art. 6º, n. 2; obrigam-se os Estados a manter a forma republicana federativa.

Não é necessário que se limitem a copiar a lei básica da União. Basta que transplatem para as respectivas constituições os princípios consagrados nos arts. 12, 68, 72, 73 e 78 do estatuto federal’.

Isso implica dizer que as normas que a Constituição Federal, explicita ou implicitamente, impõe à observância do Estado devem ser transplantadas (normas de reprodução) para as Constituições estaduais, ao passo que as outras podem, ou não, ser copiadas (normas de imitação) por estas.”

(O destaque sublinhado foi acrescentado).

Pois bem.

As normas sobre a adoção ou não do regime de previdência complementar não são de observância compulsória pelos Estados-membros, conforme se depreende claramente das disposições sobre o tema contidas na Carta Federal.

Assim dispõe a Constituição Federal sobre a matéria:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...).

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado

o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

§ 16. Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata esse artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

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

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.”

(Os destaques sublinhados foram acrescentados).

Examinando-se os dispositivos da Constituição Federal, acima transcritos, verifica-se que os Estados-membros, **desde que instituam** regime de previdência complementar – **por isso que facultativa a sua adoção** – **poderão** fixar o valor das aposentadorias e pensões, concedidas por esse regime, no limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral previsto no art. 201 da Constituição Federal.

É de clareza solar que as expressões “... *desde que instituam...*” e “... *poderão...*”, contidas no § 14, acima transcrito, estão a indicar, sem sombra de dúvida, **a facultatividade da adoção ou não** do regime de previdência complementar pelo Estado-membro.

Não bastasse isso, o § 15 deixa claro que se aplica no que couber, ao regime de previdência complementar, o disposto no art. 202 e seus parágrafos da Constituição Federal.

E a leitura do art. 202 não deixa margem à dúvida, e **confirma, exatamente e de maneira expressa**, que **a adoção ou não**, do regime complementar de previdência, **é facultativa**.

Entretanto, é necessário perceber, por absolutamente relevante, que, **uma vez adotado o regime de previdência complementar pelo Estado-membro**, as normas da Constituição Federal, sobre o referido regime, **passam a ser de observância compulsória pelos Estados-membros**, conforme se pode perceber, também claramente, das disposições referidas e acima transcritas.

Assim, o Estado-membro tem a liberdade de adotar ou não o regime de previdência complementar, porque não sendo norma de observância obrigatória, pode dispor diversamente.

Entretanto, se adotar o referido regime complementar, deve obrigatoriamente observar as normas da Constituição Federal sobre a matéria.

Releva acentuar, todavia, por ser decisivo e de absoluta importância que, não sendo, as normas sobre a adoção ou não do regime de previdência complementar, de observância obrigatória pelos Estados-membros, **a opção pela adoção do regime só pode ser efetivada se houver disposição expressa na Constituição Estadual**, precisamente porque a omissão na Carta Provincial, em relação a normas que não são de observância compulsória, implica que o regime não pode ser adotado pelo Estado-membro, e a sua adoção por lei estadual, sem prévia estipulação na Constituição do Estado, leva incontornavelmente à inconstitucionalidade da lei instituidora.

A inconstitucionalidade, nessas circunstâncias, dá-se **exatamente por ausência de suporte constitucional estadual**, aliada ao fato de que **a Carta Estadual dispôs de modo diverso**, e o regime por ela previsto e estipulado **é tão-somente o regime próprio de previdência pública**, conforme se observa dos arts. 38 e 41 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.²⁶

²⁶ Os dispositivos referidos, da Constituição Estadual, assim estabelecem, prevendo **apenas** o regime próprio de previdência pública, **sem qualquer previsão quanto ao regime complementar**:

“Art. 38. O servidor público será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1.º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, alíneas a e c, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2.º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3.º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer

Assim, dispondo, a Constituição Estadual, de modo diverso da Constituição Federal, e prevendo somente o regime próprio de previdência pública, sem qualquer previsão quanto ao regime de previdência complementar, e não sendo, as normas da Constituição Federal sobre a matéria, de observância compulsória pelos Estados-membros, **revela-se imperativa a necessidade de precedente previsão do regime de previdência complementar na Constituição Estadual**, pois tais normas da Constituição Federal são de adoção facultativa, daí porque a instituição do regime de previdência complementar, apenas com base em lei infraconstitucional estadual, **viola a Constituição**

benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

§ 5.º As aposentadorias dos servidores públicos estaduais, inclusive membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado serão custeados com recursos provenientes do Tesouro do Estado e das contribuições dos servidores, na forma da lei complementar.

§ 6.º As aposentadorias dos servidores das autarquias estaduais e das fundações públicas serão custeados com recursos provenientes da instituição correspondente e das contribuições de seus servidores, na forma da lei complementar.

§ 7.º Na hipótese do parágrafo anterior, caso a entidade não possua fonte própria de receita, ou esta seja insuficiente, os recursos necessários serão complementados pelo Tesouro do Estado, na forma da lei complementar.

§ 8.º Os recursos provenientes das contribuições de que tratam os parágrafos anteriores serão destinados exclusivamente a integralizar os proventos de aposentadoria, tendo o acompanhamento e a fiscalização dos servidores na sua aplicação, na forma da lei complementar.

Art. 41. O Estado manterá órgão ou entidade de previdência e assistência à saúde para seus servidores e dependentes, mediante contribuição, na forma da lei previdenciária própria.

§ 1.º A direção do órgão ou entidade a que se refere o “caput” será composta paritariamente por representantes dos segurados e do Estado, na forma da lei a que se refere este artigo.

§ 2.º Os recursos devidos ao órgão ou entidade de previdência deverão ser repassados:

I - no mesmo dia e mês do pagamento, de forma automática, quando se tratar da contribuição dos servidores, descontada em folha de pagamento;

II - até o dia quinze do mês seguinte ao de competência, quando se tratar de parcela devida pelo Estado e pelas entidades conveniadas.

§ 3.º O benefício da pensão por morte corresponderá a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei previdenciária própria, observadas as disposições do parágrafo 3.º do artigo 38 desta Constituição e do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal.

§ 4.º O valor da pensão por morte será rateado, na forma de lei previdenciária própria, entre os dependentes do servidor falecido, extinguido-se a cota individual de pensão com a perda da qualidade de pensionista.

§ 5.º O órgão ou entidade a que se refere o “caput” não poderá retardar o início do pagamento de benefícios por mais de quarenta dias após o protocolo de requerimento, comprovada a evidência do fato gerador.

§ 6.º O benefício da pensão por morte de segurado do Estado não será retirado de seu cônjuge ou companheiro em função de nova união ou casamento destes, vedada a acumulação de percepção do benefício, mas facultada a opção pela pensão mais conveniente, no caso de ter direito a mais de uma.”

Estadual, que, dispondo de modo diverso da Constituição Federal, prevê apenas o regime próprio de previdência pública.

Portanto, em resumo, observa-se claramente, pelos dispositivos da Constituição Federal, acima transcritos e analisados, que **é facultativa a adoção ou não do regime de previdência complementar pelos Estados-membros, os quais podem dispor de modo diverso, inclusive e especialmente não estabelecendo, no texto constitucional estadual, o regime de previdência complementar, exatamente como ocorreu no caso do Rio Grande do Sul.**

A falta de previsão na Constituição Estadual, que dispôs de modo diverso e não adotou o regime de previdência complementar, implica inconstitucionalidade da lei instituidora, por ausência de suporte constitucional e por estar constitucionalmente previsto de modo diverso apenas o regime próprio de previdência pública.

Entretanto, uma vez adotado o regime de previdência complementar – **depois de prévia estipulação na Constituição do Estado-membro – as normas estabelecidas na Constituição Federal serão de observância compulsória pela legislação estadual infraconstitucional.**

Portanto, o parâmetro de confronto, no caso da presente ADI, é a Constituição Estadual.

IV – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 125, § 2º,²⁷ que compete aos Estados a instituição da representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais.

²⁷ O dispositivo mencionado, da Constituição Federal, tem o seguinte teor:

“Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...).

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

Essas disposições da Carta Federal encontram eco na Constituição Estadual, que tratou do tema nos seus arts. 93 e 95.

Assim, a Constituição Estadual, em seu art. 93, inciso IX,²⁸ estabelece competir aos Tribunais de segunda instância declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, pela maioria absoluta do respectivo Órgão Especial.

Além disso, a Constituição Estadual, no art. 95, inciso XII, alínea 'd',²⁹ também preceitua que compete ao Tribunal de Justiça processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, inclusive por omissão, perante a Carta Estadual.

Portanto, havendo parâmetro constitucional na Constituição Estadual, como antes demonstrado, para o confronto da Lei apontada no início como inconstitucional, não resta dúvida quanto a competência deste C. Tribunal de Justiça para conhecer, processar e julgar a presente ação direta de inconstitucionalidade.

V - MÉRITO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

V.1 - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LC 14.750/2015 E, POR ARRASTAMENTO, DOS DEMAIS DISPOSITIVOS DA MESMA LEI E DO DECRETO Nº 52.856, DE 07/01/2016, POR TER, A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, PRECEITUADO DE FORMA DIVERSA E PREVISTO APENAS O REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA PÚBLICA

²⁸ A disposição constitucional referida assim dispõe:

“Art. 93 - Compete aos Tribunais de segunda instância, além do que lhes for conferido em lei: (...).

IX - declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, pela maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial.”

²⁹ O art. 95, inciso XII, letra 'd', da Constituição Estadual, que teve parte declarada inconstitucional pelo STF, tem a seguinte redação:

“Art. 95 - Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, compete: (...)

XII - processar e julgar: (...)

d) a ação direta da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual perante esta Constituição, e de municipal perante esta ~~e a Constituição Federal~~, inclusive por omissão; (...).” (Declarada a inconstitucionalidade do trecho tachado na ADI n.º 409, DJU, 26/04/02).

No até aqui exposto foi acentuado que as normas da Constituição Federal, sobre o regime de previdência complementar, são de adoção facultativa pelos Estados-membros, não se tratando de normas de observância compulsória e de reprodução obrigatória na Constituição Estadual.

Também foi demonstrado que a Constituição Estadual prevê apenas o regime próprio de previdência social pública, nos arts. 38 e 41,³⁰ dispondo de modo diverso da Constituição Federal, e nada

³⁰ Os dispositivos referidos, da Constituição Estadual, assim estabelecem o regime próprio de previdência pública, nada prevendo quanto à instituição do regime de previdência complementar:

“Art. 38. O servidor público será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1.º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, alíneas a e c, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2.º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3.º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

§ 5.º As aposentadorias dos servidores públicos estaduais, inclusive membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado serão custeados com recursos provenientes do Tesouro do Estado e das contribuições dos servidores, na forma da lei complementar.

§ 6.º As aposentadorias dos servidores das autarquias estaduais e das fundações públicas serão custeados com recursos provenientes da instituição correspondente e das contribuições de seus servidores, na forma da lei complementar.

§ 7.º Na hipótese do parágrafo anterior, caso a entidade não possua fonte própria de receita, ou esta seja insuficiente, os recursos necessários serão complementados pelo Tesouro do Estado, na forma da lei complementar.

§ 8.º Os recursos provenientes das contribuições de que tratam os parágrafos anteriores serão destinados exclusivamente a integralizar os proventos de aposentadoria, tendo o acompanhamento e a fiscalização dos servidores na sua aplicação, na forma da lei complementar.

estabelecendo acerca de eventual regime de previdência complementar de adoção facultativa pelo Estado-membro.

As normas da Constituição Federal, que são de observância compulsória e de reprodução obrigatória pelos Estados-membros são somente aquelas consideradas centrais, normas de princípio, que devem ser adotadas pelo ente provincial, inclusive pelo princípio da simetria estrutural.

Sobre essa matéria relativa às normas centrais da Constituição Federal, de reprodução obrigatória nas Constituições dos Estados-membros, o STF já teve oportunidade de firmar entendimento, como se pode observar, dentre outros, pelo precedente tomado na ADI 2076, cuja ementa assim está redigida:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. – Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da

Art. 41. O Estado manterá órgão ou entidade de previdência e assistência à saúde para seus servidores e dependentes, mediante contribuição, na forma da lei previdenciária própria.

§ 1.º A direção do órgão ou entidade a que se refere o “caput” será composta paritariamente por representantes dos segurados e do Estado, na forma da lei a que se refere este artigo.

§ 2.º Os recursos devidos ao órgão ou entidade de previdência deverão ser repassados:

I - no mesmo dia e mês do pagamento, de forma automática, quando se tratar da contribuição dos servidores, descontada em folha de pagamento;

II - até o dia quinze do mês seguinte ao de competência, quando se tratar de parcela devida pelo Estado e pelas entidades conveniadas.

§ 3.º O benefício da pensão por morte corresponderá a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei previdenciária própria, observadas as disposições do parágrafo 3.º do artigo 38 desta Constituição e do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal.

§ 4.º O valor da pensão por morte será rateado, na forma de lei previdenciária própria, entre os dependentes do servidor falecido, extinguindo-se a cota individual de pensão com a perda da qualidade de pensionista.

§ 5.º O órgão ou entidade a que se refere o “caput” não poderá retardar o início do pagamento de benefícios por mais de quarenta dias após o protocolo de requerimento, comprovada a evidência do fato gerador.

§ 6.º O benefício da pensão por morte de segurado do Estado não será retirado de seu cônjuge ou companheiro em função de nova união ou casamento destes, vedada a acumulação de percepção do benefício, mas facultada a opção pela pensão mais conveniente, no caso de ter direito a mais de uma.”

proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”

(ADI 2076/AC, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 15/08/2002, unânime, DJ de 08/08/2003, p. 86).

(Os destaques sublinhados foram acrescentados).

O eminente Min. Relator, em seu voto, citando doutrina de Raul Machado Horta, buscou caracterizar o que são normas centrais, de reprodução obrigatória pelos Estados-membros, conforme se vê pelo seguinte excerto de seu voto:

“Registrei, no voto proferido na citada Rcl 383-SP (RTJ 147/404) que, em certas matérias, em que o constituinte estadual poderia inovar, poderia adotar solução própria, prefere ele copiar disposição da Constituição Federal, disposição, entretanto, que, não fora ela copiada na Constituição estadual, não incidiria na ordem local. Neste caso, ressaltou o Ministro Pertence, no voto proferido na Rcl 370-MT, forte no magistério de Raul Machado Horta, *‘as normas de imitação exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência da sugestão exercida pelo modelo superior.’* (Raul Machado Horta, ‘A Autonomia do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro’, BHte., 1964, pág. 193). Noutra hipótese, todavia, o constituinte estadual reproduz norma da Constituição Federal que, reproduzida, ou não, incidirá sobre a ordem local. É que, nesta hipótese, tem-se reprodução obrigatória para as comunidades jurídicas parciais, norma central que constitui a Constituição total do Estado Federal, Constituição total *‘entendida como o setor da Constituição Federal formado pelo conjunto das normas centrais, selecionadas pelo constituinte, para ulterior projeção no Estado-membro, sem organizá-lo integralmente. A Constituição total é parte da Constituição Federal e não dispõe de existência formal autônoma fora desse documento.’* (Raul Machado Horta, ob. cit. , pág. 67).

Segundo o magistério de Raul Machado Horta, são normas centrais, assim normas que constituem a Constituição total, as *‘normas dos direitos e garantias fundamentais, as normas de repartição de competências, as normas dos Direitos Políticos, as normas de pré-ordenação dos poderes do Estado-membro, as normas dos princípios constitucionais enumerados – forma republicana, sistema representativo, regime democrático, autonomia municipal, – as normas da administração pública, as normas de garantias do Poder Judiciário e*

do Ministério Público, as normas-princípios gerais do Sistema Tributário, as normas de limitação e de instituição do poder tributário, as normas-princípios gerais da atividade econômica, as normas da Ordem Social’. (Raul Machado Horta, ‘Normas centrais da Constituição Federal’, Rev. de Informação Legislativa, 135/175).”

Em outro precedente do STF, constituído pela ADI 793, o mesmo Relator, o eminente Min. Carlos Velloso, adotando parecer do Procurador-Geral da República, assim se manifestou:

“14. É verdade que a Federação brasileira, até mesmo por razões históricas, tem peculiaridades quanto ao elevado nível de centralização relativamente aos limites à capacidade de auto-organização dos Estados-Membros. A Constituição Estadual é o instrumento pelo qual o Estado-Membro se organiza politicamente, isto é, organiza os seus Poderes e a declaração de direitos. A estruturação do Estado-Membro, todavia, tendo em vista tratar-se de Poder Constituinte decorrente, deve obedecer a ‘princípios’ constitucionais, como os chamados princípios sensíveis da federação (art. 34, inciso VII), princípios relativos a direitos e garantias fundamentais, alguns relativos ao processo legislativo ou aos servidores públicos (art. 37, caput:), dentre outros, mas não a regras sobre composição das Mesas das Assembleias Legislativas. Tais regras evidentemente não são essenciais à estrutura federativa e, a rigor, nem mesmo constituem princípios constitucionais mas sim normas de natureza regimental.

15. Os limites à autonomia dos Estados-Membros da Federação quanto à sua capacidade de se auto-organizarem dizem respeito a princípios e não a toda e qualquer norma constitucional federal, sendo que muitas delas – tendo em vista a extensão e o caráter analítico da Carta Federal – nem mesmo têm a natureza de normas constitucionais. Não há, assim, obrigatoriedade constitucional no sentido de que o Constituinte Estadual copie cada regra constante da Carta Federal, reduzindo praticamente a nada sua autonomia e inerente capacidade de auto-organização e retirando sentido para a existência das Constituições Estaduais.

16. É o que também sugere o eminente Professor MICHEL TEMER, na sua obra ‘Elementos de Direito Constitucional’ (10ª ed., pág. 87, Malheiros Editores), ao dizer, verbis:

‘Trata-se de obediência a princípios. Não de obediência à literalidade das normas. A Constituição estadual não é mera cópia dos dispositivos da Constituição Federal. Princípio, como antes ressaltamos, amparados em Celso Antônio Bandeira de Mello, é

mais do que norma: á (sic) alicerce do sistema, é sua viga mestra... Tudo a indicar que a competência atribuída aos Estados-Membros para se auto-organizarem não é de molde a obrigar mera reprodução do texto federal. Nisso, aliás, o constituinte mostrou-se atento ao princípio federativo.'

27. O Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por outro lado, define princípio jurídico para distingui-lo de norma, como 'mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico'.

18. E, finalmente, diz o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA sobre o significado dos princípios constitucionais, distinguindo-os das normas, verbis:

'As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, 'são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais'. Mas, como disseram os mesmos autores, 'os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional' (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 12a Edição, 1996, págs. 93/94)."

(Os destaques entre aspas simples e sublinhado são do original).

Portanto, quando a própria Constituição Federal estabelece que as normas sobre a adoção do regime de previdência complementar são facultativas (CF, § 14 do art. 40 e art. 202), como antes ficou demonstrado, e quando, conforme se viu pelos excertos acima, tais normas não podem ser caracterizadas como princípios, não sendo,

portanto, normas centrais da Constituição Federal, a conclusão evidente não pode ser outra que não a de que as referidas disposições não são de observância obrigatória pelos Estados-membros, e a sua adoção, com a instituição, por exemplo, do regime de previdência complementar, depende ineludivelmente de previsão expressa na Constituição Estadual, previsão essa que não existe na Carta do Estado do Rio Grande do Sul, como ficou demonstrado, pois a matéria está regulada de modo diverso na Carta Provincial.

Assim, impõe-se concluir que a omissão e as disposições disciplinando a matéria previdenciária de modo diverso na Constituição Estadual, quanto à eventual previsão facultativa de adoção do regime de previdência complementar, não têm o mesmo efeito da omissão da Constituição Estadual quanto a normas de reprodução compulsória, como decidiu o STF no RE-AgR RE 598016,³¹ antes mencionado, pois nesta última hipótese, de disposição de observância obrigatória, é como se a norma estivesse escrita na Constituição Estadual, o que não acontece na primeira situação referida, das normas facultativas, o que acarreta a inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais estaduais que pretenderam adotar o regime de previdência complementar.

No caso das normas que não são de reprodução obrigatória, como é a situação da adoção do regime de previdência complementar, a omissão e o disciplinamento de modo diverso na Constituição Estadual, implica inconstitucionalidade da lei estadual infraconstitucional em face da própria Carta Provincial.

³¹ A ementa do julgado mencionado está assim formulada:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA. OMISSÃO DA CONSTITUIÇÃO MARANHENSE. A omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra Lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o artigo 37, V, da Constituição do Brasil, norma de reprodução obrigatória. Agravo regimental provido.”

(RE-AgR 598016/MA, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. em 20/10/2009, unânime, DJe-213, divulgado em 12/11/2009, publicado em 13/11/2009). (Os destaques em negrito e sublinhado foram acrescentados).

Ora, o art. 1º da Lei Complementar Gaúcha nº 14.750/2015, pretendeu instituir no Estado o regime de previdência complementar, sem que, entretanto, houvesse precedente adoção do regime pela Constituição Estadual.

Em tais circunstâncias o referido dispositivo é flagrantemente inconstitucional e, por arrastamento, os demais dispositivos da referida Lei, assim como as disposições do mencionado Decreto nº 52.856/2016, por questão de lógica-jurídica e por dependência normativa, já que todos os demais dispositivos da Lei mencionada dependem e foram editados na suposição da instituição válida do regime de previdência complementar pelo referido art. 1º, o que não se verifica, pelas razões expostas.

Portanto, tratando-se de disposição constitucional federal que não exige reprodução obrigatória no Estado-membro, a omissão ou falta de previsão expressa e específica, e o disciplinamento da matéria de modo diverso na Constituição do Estado-membro, importa, desde logo, em inconstitucionalidade da legislação, precisamente porque tal legislação não encontra amparo e suporte na Constituição Estadual, e as disposições da Constituição Federal, por serem de adoção facultativa, não podem ser consideradas como repetidas na Constituição do Estado-membro.

Não é por outra razão que Estados como Pernambuco, São Paulo, Paraná, Piauí e Goiás,³² corretamente, emendaram suas respectivas Constituições para inserir a previsão do regime de previdência complementar, o qual, ao que se sabe, já foi regularmente implementado nos Estados de São Paulo (LC 14.653/2011), Pernambuco (LC 132/2014) e Minas Gerais (LC nº 132/2014).

Aliás, a confirmação de que o regime de previdência complementar é de adoção facultativa pelo Estado-membro é dada pela Lei Complementar Federal nº 108/2001, que disciplina as relações entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias,

³² As Emendas Constitucionais Estaduais e os respectivos Estados são os seguintes: Emenda nº 16/1999 em Pernambuco, Emenda nº 84/2010 em Minas Gerais, Emenda nº 21/2006 em São Paulo, Emenda nº 07/2000 no Paraná, Emenda nº 27/2008 no Piauí e Emenda nº 46/2010 em Goiás.

fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar (art. 1º).³³

Assim, é a própria Lei Complementar Federal de norma geral que estabelece, em seu art. 2º, que

“Art. 2º As regras e os princípios gerais estabelecidos na Lei Complementar que regula o caput do art. 202 da Constituição Federal aplicam-se às entidades reguladas por esta Lei Complementar, ressalvadas as disposições específicas.”

E a Lei Complementar Federal nº 109/2001, que regula o *caput* do art. 202 da Constituição Federal, estabelece que o regime previdenciário complementar é facultativo, conforme se pode ver claramente pelo art. 1º da Lei referida:

“Art. 1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.”

Aí está a confirmação de que o regime previdência complementar é de adoção facultativa pelo Estado-membro, o que demonstra, sem sombra de dúvida, que é indispensável, para sua instituição no âmbito estadual, prévia disposição expressa e específica na Constituição Provincial sobre o aludido regime.

Aliás, a própria Lei ora impugnada, na tentativa de legitimar-se, invoca, em vários de seus dispositivos, as Leis Complementares Federais nºs. 108/2001 e 109/2001.³⁴

Daí porque o regime que foi instituído pelo art. 1º da Lei Complementar Estadual nº 12.750/2015 é inconstitucional, cuja

³³ O art. 1º da Lei Complementar Federal nº 108/2001, assim estabelece:

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

³⁴ Assim se pode observar nos arts. 4º, *caput*, 5º, *caput*, 6º, § 4º, 7º, *caput*, 10, 14, § 1º, 18, *caput*, e § 1º, 19, 25, 27, 29, 30, *caput*, 31, par. único, e 35.

declaração de inconstitucionalidade requer-se nos termos aqui formulados.

Por outro lado, nem se invoque o inciso XII do artigo 24 da Constituição Federal, que dispõe sobre a competência concorrente dos entes federados para legislar sobre previdência social.

É que essa competência é restrita e aplica-se tão-somente à edição de normas gerais sobre o sistema público de previdência, que diz respeito aos regimes próprios de previdência pública de cada ente federado.

E isto pela singela razão de que, como visto, o regime de previdência complementar é de adoção facultativa pelo Estado-membro.

Assim, cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a edição de leis específicas sobre os seus regimes próprios de previdência pública. Entretanto, sobre os regimes de previdência complementar, a adoção é facultativa.

Exemplo desse tratamento diverso dos dois regimes é a própria Lei 9.717/1998, que trata das normas gerais dos regimes próprios de previdência social. As normas referidas vinculam os entes da Federação e devem ser observadas obrigatoriamente na elaboração de normas específicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Aliás, é exatamente porque o inciso XII do art. 24 da Constituição Federal aplica-se somente para a previdência pública que o § 14 do art. 40 e o art. 202 estabelecem que o regime de previdência complementar é de adoção facultativa.

Relembre-se, entretanto, que uma vez adotado explícita e expressamente na Constituição Estadual o regime de previdência complementar, as regras da Constituição Federal e das normas gerais federais estabelecidas pelas Leis Complementares Federais n.ºs. 108/2001 e 109/2001 serão de observância obrigatória pelo Estado.

Portanto, o art. 1.º da Lei Complementar n.º 12.750/2015 é inconstitucional, assim como todos os demais dispositivos da referida Lei, e do Decreto n.º 52.856/2016, por arrastamento, em razão de

lógica-jurídica e de dependência normativa, que caracteriza a inconstitucionalidade por arrastamento.

Passa-se agora aos fundamentos da inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, e do art. 7º, §§ 2º e 3º,³⁵ e da inconstitucionalidade por omissão em razão da ausência de regra de compensação pelas contribuições ao sistema anterior (art. 2º, II), com violação do princípio da isonomia, da carência de regra sobre a facultatividade do regime para os novos servidores e da falta de prévio estudo atuarial (art. 24),³⁶

³⁵ As disposições legais referidas têm a seguinte redação:

“Art. 4º Fica autorizada a criação, por ato do Poder Executivo, da entidade fechada de previdência complementar denominada Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público do Estado do Rio Grande do Sul – RS-Prev –, com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, nos termos das Leis Complementares Federais n.os 108 e 109, de 29 de maio de 2001.

§ 1º A RS-Prev, fundação de natureza pública, sem fins lucrativos, terá personalidade jurídica de direito privado, sede e foro na Capital do Estado e gozará de autonomia administrativa, financeira, patrimonial e gerencial.

Art. 7º A Diretoria Executiva será composta, no máximo, por 6 (seis) membros, conforme seu patrimônio e número de participantes, na forma prevista no estatuto da RS-Prev, nomeados pelo presidente do Conselho Deliberativo, por indicação deste colegiado, observados os requisitos mínimos do art. 20 da Lei Complementar Federal n.º 108/01. (...)

§ 2º A remuneração e as vantagens de qualquer natureza dos membros da Diretoria Executiva serão fixadas pelo Conselho Deliberativo em valores compatíveis com os níveis prevalecentes no mercado de trabalho para profissionais de graus equivalentes de formação profissional e de especialização, observado o limite fixado no § 7.º do art. 33 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

§ 3º A remuneração mensal dos membros dos Conselhos Deliberativo e Fiscal será fixada por ato do Conselho Deliberativo em até 15% (quinze por cento) e 10% (dez por cento), respectivamente, do valor da remuneração do Diretor-Presidente da RS-Prev. (...).”

³⁶ Os arts. 2º, inciso II, e 24, mencionados, assim dispõem:

Art. 2º Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS –, de que trata o art. 201 da Constituição Federal, às aposentadorias e às pensões a serem concedidas pelo Regime Próprio de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – RPPS/RS – aos servidores, inclusive os membros de Poder, titulares de cargos efetivos que: (...)

II - tenham ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do RPC/RS, nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e ao RPC/RS adiram mediante prévia e expressa opção, conforme previsto no § 16 do art. 40 da Constituição Federal; (...).

Art. 24. 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 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento).

§ 1º A alíquota de contribuição do participante será por ele definida, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios e no respectivo plano de custeio.

§ 2º Além da contribuição normal de que trata o “caput” deste artigo, o regulamento poderá admitir o aporte de contribuições extraordinárias, sem aporte correspondente do patrocinador.”

componentes do pedido cumulativo, formulado de modo subsidiário ao pedido de inconstitucionalidade do art. 1º.

V.2 – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º, § 1º, E DO ART. 7º, §§ 2º e 3º, AMBOS DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 14.750/2015

O pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, e do art. 7º, §§ 2º e 3º, como já referenciado, é formulado de modo subsidiário, nos termos do art. 326 do CPC, a ser conhecido na remota hipótese – na qual não se acredita – de não ser acolhido o pedido de inconstitucionalidade do art. 1º e, por arrastamento, dos demais dispositivos da Lei impugnada e do respectivo Decreto nº 52.856/2016.

Os dispositivos legais mencionados tratam da criação da entidade fechada, denominada abreviadamente RS – Prev, com personalidade jurídica de direito privado, e da remuneração e vantagens dos membros da Diretoria Executiva e dos Conselhos Deliberativo e Fiscal da nomeada entidade fechada.

Passa-se à análise da inconstitucionalidade dos referidos dispositivos em subitens separados.

V.2.1 – INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 14.750/2015 – NATUREZA PÚBLICA DA ENTIDADE FECHADA

Como referido, o art. 4º, § 1º, cuida da instituição da entidade fechada, denominada RS-Prev, para administrar e executar o regime de previdência complementar no Estado do Rio Grande do Sul.

E o § 1º do aludido art. 4º estabelece que a mencionada entidade fechada seja instituída como fundação de natureza pública, mas com personalidade jurídica de direito privado.

Os mencionados dispositivos têm a seguinte redação:

“Art. 4º Fica autorizada a criação, por ato do Poder Executivo, da entidade fechada de previdência complementar denominada Fundação

de Previdência Complementar do Servidor Público do Estado do Rio Grande do Sul – RS-Prev –, com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, nos termos das Leis Complementares Federais n.ºs. 108 e 109, de 29 de maio de 2001.

§ 1º A RS-Prev, fundação de natureza pública, sem fins lucrativos, terá personalidade jurídica de direito privado, sede e foro na Capital do Estado e gozará de autonomia administrativa, financeira, patrimonial e gerencial. (...).”

Observa-se, especialmente pelo teor do § 1º transcrito, que a referida fundação, pretendida criar, é de natureza pública, mas terá natureza jurídica de direito privado.

Ocorre que o § 15 do art. 40 da Constituição Federal estabelece que a entidade fechada, criada em razão da instituição do regime de previdência complementar, deve ter natureza pública. Assim dispõe o mencionado § 15:

“§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.”

Admitindo-se – *ad argumentandum tantum* e por se tratar de pedido subsidiário – que a instituição do regime de previdência complementar tem validade constitucional, mesmo contrariando a Constituição Estadual, que prevê apenas o regime próprio de previdência pública, então o § 1º do art. 4º da Lei impugnada afigura-se flagrantemente inconstitucional pela singela razão de que, uma vez adotado validamente o regime de previdência complementar – o que se admite, como dito, apenas para argumentar e por se tratar de pedido subsidiário –, as regras da Constituição Federal sobre a matéria, como antes acentuado, passam a ser de reprodução obrigatória pelo Estado-membro.

Nesse caso, como as regras da Constituição Federal passam a ser de observância obrigatória pelo Estado-membro – lembre-se, como se demonstrou, que facultativa é apenas a adoção ou não do regime – ainda que a Constituição Estadual seja omissa, como antes se

demonstrou, invocando-se a jurisprudência do STF, em particular, o precedente tomado no RE-AgR 598016.³⁷

Assim, em razão da norma da Constituição Federal, de reprodução compulsória na Constituição Estadual, **não pode haver** a instituição de uma entidade fechada de natureza pública, com personalidade de direito privado.

Primeiro, porque “**entidade fechada de natureza pública**”, como determina a regra constitucional, ainda que possa não ser fundação, há de ser efetivamente **pública**, sob pena de se negar, abertamente, vigência à disposição constitucional.

Segundo, porque ao referir, a Constituição Federal, à “**entidade fechada de natureza pública**” obviamente **desautorizou** qualquer possibilidade de criação de uma pessoa jurídica de direito privado.

Além disso, é desatino pensar que “entidade fechada de natureza pública” seja apenas uma rotulação, um simples *nomen juris*, sem qualquer efeito, **como se fosse um nada jurídico constitucional, um nome do mundo da fantasia inventado por deleite do legislador constituinte**, para que o legislador infraconstitucional pudesse criar uma pessoa jurídica de direito privado, chamando-a de entidade de natureza pública tão-somente porque foi criada pelo Estado, através de lei e com recursos públicos, pois a própria LC 14.750/2015, no seu art. 32, estabelece um aporte por parte do Estado no valor de R\$ 20 milhões.³⁸

³⁷ A ementa desse precedente está assim redigida:

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMA DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA. OMISSÃO DA CONSTITUIÇÃO MARANHENSE. A omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra Lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o artigo 37, V, da Constituição do Brasil, norma de reprodução obrigatória.** Agravo regimental provido.”

(RE-AgR 598016/MA, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. em 20/10/2009, unânime, DJe-213, divulgado em 12/11/2009, publicado em 13/11/2009). (Os destaques em negrito e sublinhado foram acrescentados).

³⁸ O dispositivo legal referido assim estabelece quanto a esse aporte:

Terceiro, a disposição legal impugnada, ao estabelecer a criação de *“uma entidade fechada de natureza pública com personalidade de direito privado”*, incorre em uma intransponível contradição performativa, uma espécie de antinomia sistêmica, em que o próprio sistema jurídico estaria sendo contrariado por disposições dele próprio.

Entretanto, o Direito, como sustenta **Robert ALEXY**, possui necessariamente uma pretensão de correção,³⁹ a qual, aliás, não existe apenas no Direito, porque as pretensões de correção são formuladas em relação a juízos morais de valor e de obrigação, e sua forma mais geral está vinculada com o ato de fala de asserção ou afirmação. E, os juízos morais de valor e de obrigação, são verdadeiras afirmações, e somente são afirmações aqueles atos de fala em que se formula uma pretensão de verdade ou correção. Daí que a renúncia à pretensão de correção mudaria nossa linguagem, e com isso mudaria também nossa auto-compreensão e nossa própria vida, pois, em vez de juízos e afirmações, haveria apenas sentimentos e opiniões, e as fundamentações transformar-se-iam em persuasões, e o lugar da correção e da verdade seria ocupado por manipulações eficazes e convicções arraigadas, e tudo seria subjetivo e nada objetivo.⁴⁰

É ainda **ALEXY** que traz exemplos de contradições performativas encontradas no Direito.

“Art. 32. Fica o Estado do Rio Grande do Sul autorizado, em caráter excepcional, no ato de criação da RS-Prev, a promover aporte no valor de até R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), a título de adiantamento de contribuições, necessário ao regular funcionamento inicial da entidade.”

³⁹ ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, pp. 37/45.

⁴⁰ ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, pp. 43/44, assim trata do tema: “Las pretensiones de corrección no existen, en modo alguno, sólo en el derecho. También son formuladas en relación con juicios morales de valor y de obligación, y su forma más general está vinculada con el acto de habla de aserción. Las posturas morales que no formulen dicha pretensión son, como ha mostrado Günther Patzig, «manifestaciones de una reacción emocional». (...) Los juicios morales de valor y obligación son «verdaderas aserciones», y sólo son aserciones aquellos actos de habla con los que se formula una pretensión de verdad o corrección. La renuncia a la pretensión de corrección cambiaría esencialmente nuestro lenguaje y, con ello, nuestra autocompreensión y nuestra vida: en vez de juicios y aserciones sólo habría sentimientos y opiniones, las fundamentaciones se transformarían en persuasiones, y el lugar de la corrección y la verdad lo ocuparían manipulaciones eficaces y convicciones arraigadas. Todo sería subjetivo, nada objetivo.”

O primeiro exemplo referido pelo autor, é o de uma Constituição que em seu artigo 1º estabelecesse que determinado país é uma república soberana, federal e **injusta**.⁴¹

Ora, com o ato de promulgar uma Constituição formula-se necessariamente uma pretensão de correção, que é essencialmente uma pretensão de justiça, que, no caso do exemplo, seria uma pretensão de justiça contida na afirmação de que a república constituída **é justa**. Daí a contradição que se revela no fato de que o ato de promulgar a Constituição realiza implicitamente uma afirmação que contradiz o conteúdo expresso do ato constituinte que se traduziu na **cláusula de injustiça**. Assim, as contradições, entre o conteúdo de um ato e o que se pressupõe necessariamente com a execução dele, são denominadas de **contradições performativas**.⁴²

Outro exemplo de contradição performativa, trazido por ALEXY é o caso do juiz que pronuncia uma sentença que condena o acusado à prisão perpétua com base numa interpretação errônea do direito vigente, aduzindo, o autor, que o absurdo da decisão decorre **da contradição** entre a pretensão de correção implicitamente formulada nos atos de aplicação do direito e sua negação explícita. Em semelhantes circunstâncias, tal contradição somente poderia ser evitada se a pretensão de correção fosse abandonada e substituída por alguma espécie de pretensão de poder, mas isso significaria dizer adeus ao direito, e uma prática social que não pretendesse nada mais que o poder ou a força não seria um sistema jurídico, por isso, também, a pretensão de correção está necessariamente vinculada ao direito.⁴³

Assim, o **ato de legislar**, a sentença judicial e o ato administrativo estão permeados pela pretensão de correção, **e não podem conter contradições performativas**.

⁴¹ ALEXY, Robert. La Institucionalización de la Justicia. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 37.

⁴² ALEXY, Robert. La Institucionalización de la Justicia. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 38.

⁴³ ALEXY, Robert. La Institucionalización de la Justicia. Trad. de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005, pp. 21/22.

E contradição performativa é precisamente o que ocorre com o disposto no art. 4º e seu § 1º da Lei impugnada, ao pretender a criação de *“uma entidade fechada de previdência complementar como fundação de natureza pública, sem fins lucrativos, e com personalidade jurídica de direito privado”*.

Aí esta caracterizada uma intransponível e perfeita contradição performativa, pois a entidade referida é de natureza pública e, ao mesmo tempo, com personalidade de natureza privada, caracterizando-se incontornável inconstitucionalidade, visto que, nesse caso, a contradição performativa, que já seria constitucionalmente inválida por si só, ainda viola frontal e literalmente o § 15 já referido, que determina que a entidade fechada deve ser de natureza pública e jamais de natureza privada.

Ainda em sede doutrinária deve-se mencionar o estudo de **Leonardo Costa SCHÜLER**,⁴⁴ que, após analisar a questão da expressão “natureza pública”, utilizada no dispositivo constitucional, afirma que tal natureza só pode ser a “natureza jurídica pública”, chamando a atenção, ainda, para outras repercussões, que apontam no sentido de que a personalidade da entidade fechada somente pode ser pública, inclusive em razão da origem pública dos recursos do patrocinador, da condição de servidores públicos estatutários dos contribuintes, da imunidade tributária da entidade, etc. Eis o excerto do estudo sobre o tema:

“Não se pode impor a aplicação, ao regime de previdência complementar previsto nos §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal ou à respectiva entidade gestora, das normas que regem o “regime privado, de caráter complementar” de que trata o art. 202 da Carta. Somente se cogita dessa aplicação devido à remissão contida no § 15 daquele artigo, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003, – remissão essa relativizada pela expressão “no que couber”.

Há de se levar em conta que o Estatuto Supremo reserva, aos ocupantes de cargos públicos, direitos distintos daqueles conferidos aos trabalhadores da iniciativa privada e das entidades públicas submetidas

⁴⁴ SCHÜLER, Leonardo Costa. Natureza Jurídica das Entidades Gestoras do Regime de Previdência Complementar para os Servidores Públicos Federais. Disponível No Site: <http://Bd.Camara.Gov.Br/Bd/Handle/Bdcamara/10498>. Acesso Em 04/07/2016.

ao regime privado. Mesmo aqueles que porventura considerem injusta essa diferenciação devem saber que ela consta da Lei Maior porque, para o legislador constituinte, ela atende ao interesse público de conferir aos servidores públicos – em sentido estrito – garantias que contribuem para prevenir a prática de ilegalidades na administração pública.

A Emenda Constitucional nº 20, de 1998, instituiu, mediante acréscimo dos §§ 14, 15 e 16 ao art. 40 da Carta, a possibilidade de aplicação, no âmbito do regime de previdência reservado aos titulares de cargos públicos efetivos, do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. Entrementes, condicionou a medida à instituição de regime de previdência complementar. Manteve, portanto, substancial distinção entre os direitos dos servidores e os dos segurados do RGPS: a esses pode ser negada qualquer cobertura adicional, mas àqueles, não.

Por outro lado, uma empresa, seja pública ou privada, não é obrigada a patrocinar plano de previdência complementar para seus empregados. Caso o faça, contudo, arcará com ônus adicional. Em contraste, um ente público, para que possa aplicar o limite do valor de benefícios do RGPS aos proventos e às pensões a serem pagos pelo regime próprio de previdência, ficará obrigado a instituir regime de previdência complementar e, ao fazê-lo, poderá reduzir – e provavelmente reduzirá consideravelmente – sua despesa com pessoal.

Se a ordem constitucional descarta a hipótese de que a cobertura previdenciária dos servidores aposentados possa ficar restrita ao limite do RGPS, salvo por opção do segurado, há de se reconhecer que a complementação da referida cobertura atende ao interesse público – e não apenas ao interesse coletivo ou corporativo. E se há interesse público, serão públicos os recursos aportados ao regime complementar, a título de contribuições patronais.

Na mesma linha de raciocínio, se a manutenção do regime de previdência complementar é uma obrigação que o ente público assume, em contrapartida à redução do valor dos benefícios pagos pelo regime próprio e de suas contribuições, a tributação da renda e do patrimônio da entidade gestora não se justificaria.”

Ademais, o tema das fundações de natureza pública já foi objeto de definição na jurisprudência do STF, podendo-se citar, entre tantos precedentes, aquele tomado na ADI 2794, em que se examinou a constitucionalidade do art. 6º, inciso XVII, alínea ‘b’, da Lei

Complementar Federal nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público Federal), que dispõe sobre a declaração de nulidade de atos ou contratos geradores do endividamento externo da União, de suas autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público Federal.

O eminente Relator da ADI referida assim se manifestou, invocando os precedentes tomados no RE 101126 e no RE 90309, daquela Suprema Corte:

“Essa alusão incidente da Lei Orgânica às fundações – entre ‘as entidades controladas pelo Poder Público Federal’ claramente se restringe às chamadas fundações públicas – como aquelas às quais se refere o art. 37, XIX, da Constituição, para submeter-lhes a criação a lei específica – que, antes da Lei Fundamental vigente, o Supremo Tribunal já identificara às autarquias e distinguiu das fundações verdadeiramente privadas, ainda quando instituídas pelas entidades públicas, na conformidade da lei civil.”

A seguir o íncrito Relator invoca o precedente tomado no RE 101126, que julgou caso de servidor público envolvendo a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, em que se entendeu que a referida instituição “... não é fundação de direito privado instituída pelo Poder Público, mas, sim, fundação de direito público.”

E transcreve, em nota de rodapé, o seguinte excerto do voto do Min. Moreira Alves, no RE 101126:

“Aliás, forte corrente doutrinária existe – a que se filiam, entre outros, Cretella Junior (vide, entre outras de suas obras, Fundações de Direito Público, pág. 68, Forense, Rio de Janeiro, 1976), O. A. Bandeira da Mello (Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I, nº 26.5, pág. 249, Forense, Rio de Janeiro, 1974), C. A. Bandeira de Mello (Natureza e Regime Jurídico das Autarquias, págs. 370 e segs., São Paulo, 1967) e Sérgio de Andréa Ferreira (Direito Administrativo Didático, pág. 82, Forense, Rio de Janeiro, 1981) no sentido de que as fundações de direito público (que não se confundem, evidentemente, com as fundações de direito privado instituídas pelo Estado) nada mais são do que espécie do gênero autarquia.

Essa, a meu ver, a tese correta, até porque não tem sentido que sociedade de economia mista e empresas públicas, que são meras pessoas de direito privado, integrem a Administração Indireta, tendo

seus empregados inúmeras restrições por equiparação a servidores públicos, e as fundações de direito público, que são inequivocamente pessoas jurídicas de direito público, com patrimônio público, mantidas por verbas orçamentárias, sob a fiscalização direta do Poder Público, sujeitas aos Tribunais de Contas, criadas para a execução de atividades públicas descentralizadas, não pertençam a essa Administração Indireta, sob o fundamento único de que, por serem fundações, têm de ser pessoas jurídicas de direito privado, que, no entanto, não se submetem às normas do Código Civil relativas às fundações. Em verdade, as autarquias são ou do tipo fundacional (ou institucional), ou do tipo associativo (ou corporativo), enquadrando-se as fundações de direito público no primeiro. Essas fundações são um instrumento de descentralização do Poder Público, e se inserem na Administração Indireta, como não poderiam deixar de inserir-se, por serem autarquias.”

E mais adiante o mesmo Relator traz excerto do precedente tomado no já referido RE 90309, assim transcrito em nota de rodapé:

"Ainda os autores que seguem a corrente doutrinária segundo a qual existe, em nosso sistema jurídico, a figura da fundação de direito público, que seria uma espécie do gênero autarquia, reconhecem – como Miguel Reale (Direito Administrativo, págs. 22/23, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1969) – que ‘... nada impede que o Estado, mediante lei, crie uma fundação de natureza privada, determinando que se proceda à inscrição de seus estatutos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, declarando-a de caráter não governamental’. Está no poder do legislador fazê-lo. Quando, porém, a lei institucional dá nascimento a uma fundação destinada a fins de interesse manifestamente coletivo, sem lhe emprestar, de maneira expressa, a configuração jurídico-civil, deve entender-se que se trata de ente de direito público, não subordinado aos preceitos aplicáveis às fundações civis, quer quanto às formalidades de sua constituição, quer quanto ao processo de sua fiscalização.”

No caso presente, não bastasse o fato de se tratar de entidade destinada a fins de manifesto interesse coletivo, a Constituição Federal expressamente determinou, no já aludido § 15 do art. 40, que deve ser entidade de natureza pública, por isso que componente da Administração Indireta do Estado–membro.

Não bastasse isso, a referida entidade foi criada por Lei estadual, em que serão aplicados recursos públicos da ordem de R\$ 20

milhões, sendo que os membros de seu órgão máximo (art. 5º, § 1º), que é o Conselho Deliberativo, e do Conselho Fiscal (art. 5º, § 2º) são indicados pelo Governador do Estado, em aprovação conjunta com os chefes dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Tribunal de Contas, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Além disso, no já mencionado Decreto nº 52.856/2016, baixado pelo Governador do Estado, além de reafirmar, em seu art. 1º e § 1º, que fica criada a fundação de natureza pública com personalidade jurídica de direito privado, estabelece, no art. 3º, que, para o cumprimento da Lei Complementar ora atacada, a Secretaria da Casa Civil do Governo, entre outras atribuições, exercerá funções de órgão responsável: a) pelo aporte de recursos; b) pela supervisão e fiscalização sistemática das atividades da RS-Prev em nome dos órgãos do Poder Executivo, das autarquias e das fundações de direito público do Estado do Rio Grande do Sul; c) pela manifestação sobre aprovações e alterações do estatuto; e d) pela manifestação sobre a adesão de municípios. O art. 7º prevê a possibilidade de serem cedidos servidores estatutários à Fundação, e o art. 8º preceitua que a Secretaria da Casa Civil prestará apoio administrativo necessário às atividades da RS-Prev. Por fim, o Decreto do Governador, no seu art. 9º, ainda aprova o estatuto da RS-Prev constituído pelo seu anexo único, o qual, obviamente, foi elaborado e instituído pelo Governo do Estado.

Evidente, portanto, a profunda e inegável ingerência do Poder Público na Administração e nos destinos da referida entidade, o que demonstra que se trata de instituição verdadeiramente pública que só pode ter personalidade jurídica de direito público.

Além do exposto, a inconstitucionalidade do referido art. 4º, § 1º, é constatada pelo fato de que a criação de fundações pelo Poder Público em geral, depende de lei complementar federal que até o presente momento não foi editada, como determina o inciso XIX do art. 37 da Constituição Federal.

O Projeto de Lei Complementar nº 92/2007 (doc. 06),⁴⁵ que tratava do assunto, deixou de ser apreciado pela Câmara dos Deputados em 2013, de modo que não há a regulamentação, constitucionalmente prevista para a instituição de fundações.

A Constituição Federal assim preceitua sobre o tema em seu art. 37, inciso XIX:

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

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (...).”

(Os destaques sublinhados foram acrescentados).

Essa lei complementar, como referido, não foi editada até o momento.

E nem se diga que as Leis Complementares nºs. 108/2001 e 109/2001 suprimam a exigência constitucional.

Muito pelo contrário, as referidas Leis apenas tratam do relacionamento dos Entes Federados e seus órgãos com as entidades de previdência fechada, mas não definem a questão das fundações.

Aliás, o art. 8º, § 1º, da LC 108/2001, apenas estabelece que as entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, e o art. 31, § 1º, da LC 109/2001, por sua vez, apenas estabelece que as entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos, sem disciplinar se são fundações de direito público ou de direito privado. Mas a Constituição Federal, como antes referido, prevê **entidade de natureza pública.**

⁴⁵ Disponível no site:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=360082>. Acesso em 04/07/2016. Consta a seguinte informação no site: “Matéria não apreciada em face do cancelamento da Ordem do Dia.”

Seja como for, não há definição em lei complementar federal a definição das áreas de atuação para a criação de fundações públicas ou privadas, sendo que, como dito, no caso, a Constituição exige no § 15 do art. 40, a instituição de entidade de natureza pública.

Logo, o art. 4º, § 1º, da LC/RS 14.750/2015, contraria tanto o art. 40, § 15, como também o art. 37, inciso XIX, ambos da Constituição Federal.

Portanto, resta demonstrada a evidente inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 14.750/2015, que pretendeu criar uma entidade fechada de previdência complementar de natureza pública com personalidade de direito privado.

V.2.2 - INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 7º, §§ 2º E 3º, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 14.750/2015

O mencionado art. 7º, §§ 2º e 3º, cuida da remuneração e das vantagens dos membros da Diretoria Executiva e dos Conselhos Deliberativo e Fiscal da entidade fechada denominada RS-Prev.

Os dispositivos mencionados têm o seguinte teor:

“Art. 7º A Diretoria Executiva será composta, no máximo, por 6 (seis) membros, conforme seu patrimônio e número de participantes, na forma prevista no estatuto da RS-Prev, nomeados pelo presidente do Conselho Deliberativo, por indicação deste colegiado, observados os requisitos mínimos do art. 20 da Lei Complementar Federal n.º 108/01. (...)

§ 2º A remuneração e as vantagens de qualquer natureza dos membros da Diretoria Executiva serão fixadas pelo Conselho Deliberativo em valores compatíveis com os níveis prevaletentes no mercado de trabalho para profissionais de graus equivalentes de formação profissional e de especialização, observado o limite fixado no § 7.º do art. 33 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

§ 3º A remuneração mensal dos membros dos Conselhos Deliberativo e Fiscal será fixada por ato do Conselho Deliberativo em até 15% (quinze

por cento) e 10% (dez por cento), respectivamente, do valor da remuneração do Diretor-Presidente da RS-Prev. (...).”

Como se observa, a remuneração dos membros do Conselho Deliberativo e do Conselho Fiscal será fixada pelo próprio Conselho Deliberativo, o qual também fixará a remuneração e vantagens dos membros do Conselho Executivo.

Ora, tratando-se de entidade de natureza pública, que só pode ter personalidade jurídica de direito público, componente da Administração Indireta do Estado, como ficou demonstrado no item precedente, a fixação da remuneração e vantagens dos membros dos Conselhos Deliberativo, Fiscal e Executivo, assim como dos demais funcionários da entidade, somente pode ser feita por lei do Parlamento estadual, em atenção ao princípio constitucional da legalidade, previsto no art. 19, inciso I, da Constituição Estadual, e no art. 5º, inciso II, e art. 37, caput, da Constituição Federal, sendo estes últimos de observância compulsória pelo Estado-membro e de reprodução obrigatória na Constituição Estadual.

O referido art. 19, inciso I, da Constituição Estadual tem o seguinte teor:

“Art. 19. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõe, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação e o seguinte:

I – os cargos e funções públicos, criados por lei em número e com atribuições e remuneração certos, são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos legais; (...).”

(Os destaques sublinhados foram acrescentados).

Assim, resta evidente a violação do dispositivo transcrito, da Constituição Estadual.

Ademais, a atribuição para o Conselho Deliberativo fixar a remuneração e vantagens dos próprios conselheiros, incorreu em delegação legislativa proibida constitucionalmente, considerando que a

matéria está sujeita ao princípio da legalidade estrita, e não há delegação legislativa nos sistema constitucional brasileiro, a não ser as exceções da lei delegada (CF, art. 68)⁴⁶ e da lei complementar de delegação, prevista no art. 22, par. único,⁴⁷ da Constituição Federal, com conteúdo limitado às matérias relacionadas no mesmo artigo e envolvendo unicamente delegação da União para os Estados-membros.

As duas hipóteses de delegação referidas, não dizem respeito ao caso presente, que trata da instituição e fixação de remuneração e vantagens de servidores estaduais.

Além disso, a atestar a vedação de ‘delegação legislativa branca’ estão os incisos V e XI do art. 49 da Constituição Federal,⁴⁸ que estabelecem que cabe ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar e zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes.

⁴⁶ O dispositivo constitucional mencionado tem a seguinte redação:

“Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;
II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;
III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.”

⁴⁷ O dispositivo referido tem o seguinte teor:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...).

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.”

⁴⁸ As disposições constitucionais mencionadas assim preceituam:

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...);

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; (...);

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; (...).”

Ademais, segundo o art. 84, inciso IV, da Constituição Federal,⁴⁹ o exercício do poder regulamentar pelo Executivo é restrito à edição de regulamentos para a fiel execução das leis, sem que possa haver qualquer inovação, seja aumentando, seja diminuindo o conteúdo das leis.

Afora isso, sobre apenas a questão das medidas provisórias, previstas no art. 62 da Carta da República, **as quais não são e não se configuram como delegação legislativa, mas sim deslocamento do poder de legislar** por deferência do poder constituinte originário, que, nos casos de **relevância e urgência**, permitiu **o exercício excepcional do poder de legislar ao Executivo**, mesmo assim condicionado, posteriormente, à aprovação do Legislativo.

Mas, como se pode ver, não é disso que se trata no presente caso, o qual se configura como rotunda delegação legislativa “branca”.

Logo, afora as exceções referidas, não há delegação legislativa que possa ser feita simplesmente pela Lei infraconstitucional, seja complementar ou ordinária, como uma espécie de ‘delegação legislativa branca’.

Nesse sentido é a copiosa jurisprudência do STF, podendo-se citar, dentre tantos precedentes, a ADI-MC 1296, cuja ementa assim registra no que interessa ao presente caso:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE OUTORGA AO PODER EXECUTIVO A PRERROGATIVA DE DISPOR, NORMATIVAMENTE, SOBRE MATÉRIA TRIBUTARIA – DELEGAÇÃO LEGISLATIVA EXTERNA – MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO – POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – PRINCÍPIO DA RESERVA ABSOLUTA DE LEI EM SENTIDO FORMAL – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – CONVENIENCIA DA SUSPENSÃO DE EFICACIA DAS NORMAS LEGAIS IMPUGNADAS – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

⁴⁹ O art. 87, inciso IV, mencionado está assim redigido:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...);

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (...).”

- A essência do direito tributário - respeitados os postulados fixados pela própria Constituição - reside na integral submissão do poder estatal a rule of law.

A lei, enquanto manifestação estatal estritamente ajustada aos postulados subordinantes do texto consubstanciado na Carta da Republica, qualifica-se como decisivo instrumento de garantia constitucional dos contribuintes contra eventuais excessos do Poder Executivo em matéria tributaria. Considerações em torno das dimensões em que se projeta o princípio da reserva constitucional de lei.

- A nova Constituição da Republica revelou-se extremamente fiel ao postulado da separação de poderes, disciplinando, mediante regime de direito estrito, a possibilidade, sempre excepcional, de o Parlamento proceder à delegação legislativa externa em favor do Poder Executivo.

A delegação legislativa externa, nos casos em que se apresente possível, só pode ser veiculada mediante resolução, que constitui o meio formalmente idôneo para consubstanciar, em nosso sistema constitucional, o ato de outorga parlamentar de funções normativas ao Poder Executivo. A resolução não pode ser validamente substituída, em tema de delegação legislativa, por lei comum, cujo processo de formação não se ajusta a disciplina ritual fixada pelo art. 68 da Constituição.

A vontade do legislador, que substitui arbitrariamente a lei delegada pela figura da lei ordinária, objetivando, com esse procedimento, transferir ao Poder Executivo o exercício de competência normativa primaria, revela-se irrita e desvestida de qualquer eficácia jurídica no plano constitucional. O Executivo não pode, fundando-se em mera permissão legislativa constante de lei comum, valer-se do regulamento delegado ou autorizado como sucedâneo da lei delegada para o efeito de disciplinar, normativamente, temas sujeitos a reserva constitucional de lei.

- Não basta, para que se legitime a atividade estatal, que o Poder Público tenha promulgado um ato legislativo. Impõe-se, antes de mais nada, que o legislador, abstando-se de agir ultra vires, não haja excedido os limites que condicionam, no plano constitucional, o exercício de sua indisponível prerrogativa de fazer instaurar, em caráter inaugural, a ordem jurídico-normativa. Isso significa dizer que o legislador não pode abdicar de sua competência institucional para permitir que outros órgãos do Estado - como o Poder Executivo - produzam a norma que, por efeito de expressa reserva constitucional, só pode derivar de fonte parlamentar.

O legislador, em consequência, não pode deslocar para a esfera institucional de atuação do Poder Executivo – que constitui instância juridicamente inadequada – o exercício do poder de regulação estatal incidente sobre determinadas categorias temáticas – (a) a outorga de isenção fiscal, (b) a redução da base de cálculo tributária, (c) a concessão de crédito presumido e (d) a prorrogação dos prazos de recolhimento dos tributos –, as quais se acham necessariamente submetidas, em razão de sua própria natureza, ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal.

– Traduz situação configuradora de ilícito constitucional a outorga parlamentar ao Poder Executivo de prerrogativa jurídica cuja sedes materiae – tendo em vista o sistema constitucional de poderes limitados vigente no Brasil – só pode residir em atos estatais primários editados pelo Poder Legislativo.”

(ADI 1296 MC/PE, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 14/06/1995, unânime, DJ de 10/08/1995, p. 23554).

Em tais circunstâncias, o art. 7º, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar Estadual nº 14.750/2015, são inconstitucionais por aberta violação ao princípio da legalidade e da indelegabilidade constitucional da função legislativa.

V.3 – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 14.750/2015 POR OMISSÃO

V.3.1 – INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO POR FALTA DE REGRA DE COMPENSAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS AO SISTEMA ANTERIOR

A Lei Complementar Estadual nº 14.750/2015 padece de inconstitucionalidade por omissão, pedido que se faz em ordem subsidiária e em cumulação com o pedido de declaração de inconstitucionalidade, conforme já exposto no item I e nos subitens III.1 e V.1, *retro*.

A Lei impugnada foi completamente omissa quanto a regras de compensação pelas contribuições vertidas ao sistema anterior (art. 2º, inciso II), com o que também violou o princípio constitucional da isonomia, sendo também omissa quanto à facultatividade do regime

para os novos servidores e ainda omissa por falta de prévio estudo atuarial (art. 24).⁵⁰

Aos servidores que ingressaram no serviço público na vigência de regime previdenciário sem limitação dos benefícios ao teto do Regime Geral, o § 16 do art. 40 da Constituição Federal garantiu o direito de permanência no regime próprio de previdência pública, garantindo também o direito de opção pelo regime de previdência complementar.

Assim, havendo interesse do servidor em optar e aderir ao regime de previdência complementar, aceitando as regras desse novo sistema, com limitação dos benefícios do regime próprio de previdência pública ao teto do Regime Geral, era imperativo que a Lei impugnada contivesse disposições expressas e claras sobre **medidas compensatórias**, o que não ocorreu, **daí a inconstitucionalidade por omissão**, especialmente em relação ao art. 2º, inciso II, que seria o bloco sistemático do tema no corpo da Lei atacada.

A Lei atacada, ao não prever a compensação financeira ao servidor que contribuiu sobre o total de sua remuneração pelo regime de próprio de previdência pública, antes da opção pelo regime de previdência complementar, está tornando iníquo o aludido direito de opção, por isso que se caracteriza a inconstitucionalidade por omissão no ponto.

⁵⁰ Os arts. 2º, inciso II, e 24, mencionados, assim preceituam:

Art. 2º Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS –, de que trata o art. 201 da Constituição Federal, às aposentadorias e às pensões a serem concedidas pelo Regime Próprio de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – RPPS/RS – aos servidores, inclusive os membros de Poder, titulares de cargos efetivos que: (...)

II - tenham ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do RPC/RS, nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e ao RPC/RS adiram mediante prévia e expressa opção, conforme previsto no § 16 do art. 40 da Constituição Federal; (...).

Art. 24. 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 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento).

§ 1º A alíquota de contribuição do participante será por ele definida, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios e no respectivo plano de custeio.

§ 2º Além da contribuição normal de que trata o “caput” deste artigo, o regulamento poderá admitir o aporte de contribuições extraordinárias, sem aporte correspondente do patrocinador.”

V.3.2 – INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO POR FALTA DE REGRA PREVENDO A ADESÃO FACULTATIVA DOS NOVOS SERVIDORES AO NOVO REGIME

Além disso, a Lei Complementar atacada padece de inconstitucionalidade por omissão porque no seu art. 2º também não estabelece a adesão facultativa para os novos servidores.

Como já anteriormente assentado, o regime de previdência complementar é de adoção facultativa pelo Estado-membro.

Mas não é só isso.

Referido regime também é facultativo para o servidor que pode aderir ao plano de previdência instituído pelo Estado-membro ou aderir a qualquer outro sistema de previdência privada que entenda de escolher.

Com efeito, o sistema de previdência que a Lei atacada procurou instituir é um **sistema híbrido** em que uma parte do benefício – até o teto do Regime Geral – é pelo regime próprio de previdência pública e o restante de eventual benefício é pelo regime complementar da RS-Prev.

Entretanto, o regime, como dito, é facultativo tanto para adoção pelo Estado, como para adesão pelo servidor.

Não há nenhuma regra na Constituição Federal que obrigue os novos servidores a aderirem ao plano instituído pela RS-Prev, com vedação de escolherem outras instituições de previdência privada à que preferiam filiar-se por escolha individual.

Esse poder de escolha é dos servidores, pois não há norma constitucional que estabeleça adesão obrigatória.

Por isso, a Lei atacada **também é inconstitucional** por omissão nesse particular.

V.3.3 – INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO POR FALTA DE PRÉVIO ESTUDO ATUARIAL

A inconstitucionalidade por omissão ainda pode ser caracterizada pelo fato de que não houve previsão e exigência de prévio estudo atuarial.

A ausência de estudo atuarial prévio, a embasar no novo regime previdenciário complementar, torna desconhecida qualquer possibilidade de constatar-se se as receitas foram previstas pelo Estado e se essas receitas são suficientes para atestar a solidez do sistema, no que respeita ao nível de contribuição do Estado-patrocinador e dos servidores, de modo que não se tem qualquer base técnica para verificar se a alíquota de 7,5%, prevista no art. 24 da Lei impugnada, é suficiente para suportar o sistema.

E a principal desconfiança – na ausência de prévio estudo atuarial – é o fato de que a Lei Federal nº 12.6178/2012,⁵¹ que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais, estabeleceu a alíquota em 8,5%.

Qual a razão que justifica o estabelecimento da alíquota na Lei estadual em 7,5% e da alíquota na Lei federal em 8,5%?

Ora, somente um prévio e sério estudo atuarial poderia demonstrar essa realidade, o que não ocorreu e a Lei impugnada tampouco exige, sendo absolutamente omissa no ponto.

Observe-se que em tempos recentes o Estado legislou sobre o RPPS e manteve um regime para os antigos servidores com uma

⁵¹ Sobre o tema assim dispõe o art. da Lei Federal mencionada:

“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). (...)”

alíquota de 13,25% dos servidores e de 26,50% para o Estado, estabelecendo uma relação de dois por um.⁵²

Além disso, criou o FUNDOPREV e estabeleceu a contribuição dos servidores pela alíquota de 13,25%, estipulando o mesmo percentual de 13,25% para a contribuição do Estado, estabelecendo uma relação de um por um.⁵³

Agora se pretende a instituição do Regime de Previdência Complementar, fazendo com que haja no Rio Grande do Sul três regimes previdenciários.

E agora se repete a indagação anterior que não quer calar: se a União entendeu – bem ou mal – que as alíquotas necessárias seriam de 8,5% para servidores e patrocinador; se o próprio Estado entende que a alíquota para os servidores antigos é de 13,25% e 26,50%; e se para os servidores ingressados após as Leis de 2011 as alíquotas são de 13,25% para os servidores e para o Estado, o que justificaria uma alíquota de 7,5% para os servidores no regime de previdência complementar agora pretendido criar?

Onde está o sério o estudo atuarial que a situação exige? Onde está a necessária Nota Técnica Atuarial que justificaria tal alíquota?

⁵² Assim dispõe a Lei Complementar Estadual nº 13.758/2011, na redação dada pela Lei Complementar nº 14.016/2012:

“Art. 10-A. A contribuição previdenciária mensal descontada dos segurados civis ativos, inativos e pensionistas do Estado do Rio Grande do Sul, contribuintes do Regime Financeiro de Repartição Simples, é fixada em 13,25% (treze inteiros e vinte e cinco centésimos por cento). (...).

Art. 14. A contribuição mensal do Estado para o Regime Financeiro de Repartição Simples será de 26,50% (vinte e seis inteiros e cinquenta centésimos por cento), correspondente ao dobro daquela descontada do servidor.”

⁵³ O dispositivo da Lei Complementar Estadual nº 13.750/2011, na redação da LC/RS 14.016/2012, têm o seguinte teor:

“Art. 15. A contribuição previdenciária mensal descontada dos segurados civis ativos, inativos e pensionistas do Estado do Rio Grande do Sul contribuintes do FUNDOPREV será de 13,25% (treze inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) sobre a remuneração ou subsídio efetivamente recebido.

Art. 16. A contribuição mensal do Estado para o FUNDOPREV será de 13,25% (treze inteiros e vinte e cinco centésimos por cento), sendo idêntica àquela descontada do servidor.”

O art. 18 da Lei ora atacada estipula um regime de contribuição definida. Esse regime é assim definido por Dalvin Gabriel José de SOUZA:⁵⁴

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

O autor por último referido, no mesmo artigo, alerta para os riscos dos planos de previdência complementar, chamando a atenção inclusive par o ‘risco político’, especialmente como no caso presente, em que há uma evidente, forte e elevadíssima intervenção governamental na entidade fechada pretendida criar – ainda que com a bizarrice de entidade privada, como se viu – pois *“... o governo pode interferir na operação do sistema de aposentadorias, sequestrar bens, reduzir os requisitos de contribuição, ou investimentos diretos para atingir os objetivos sociais ou políticas, sem levar em conta se os retornos são economicamente viáveis aos servidores.”*

Sobre esses riscos, assim se pronuncia o referido autor:

“Os regimes de contribuição definida envolvem riscos potencialmente consideráveis para os membros individuais. Os riscos incluem:

a) risco de mercado: o valor dos investimentos na conta individual podem flutuar e podem sofrer quedas significativas no valor em condições possibilidade de ocorrência de perdas resultantes da flutuação nos valores de mercado de posições ativas e passivas detidas pelas instituições financeiras. O risco de mercado inclui os riscos das operações sujeitas à variação cambial, taxa de juros, preços das ações e dos preços de mercadorias (commodities);

b) risco econômico: as taxas reais de retorno sobre os investimentos podem revelar-se insatisfatórias, como resultado de

⁵⁴ SOUZA, Dalvin Gabriel José de. Breve Análise Atuarial da Previdência Complementar sob a Ótica do Servidor Público. Disponível no site: <https://drive.google.com/file/d/0B4liOAaEYV3fdVFrUVRLQ2pHVVE/view>. Acesso em 04/07/2016.

condições econômicas difíceis ou má gestão da economia, por exemplo, por causa da inflação ou taxas de crescimento econômico baixo;

c) risco de default: os investimentos feitos em nome dos membros do regime de previdência podem dar default (calote do emissor do título) ou perder valor como resultado de problemas financeiros dentro da companhia emissora;

d) contratos de cobertura ou risco de descasamento: os gestores de investimento podem expor os membros ao impacto das posições não cobertas em opções e outros instrumentos derivados ou pode investir em instrumentos com um risco ou perfil de *duration* impróprio em relação aos interesses dos servidores;

e) gestão de riscos: os gestores do regime de previdência podem ser incompetentes ou mesmo criminosamente negligentes na gestão dos investimentos, ou de outra maneira na gestão do regime de previdência;

f) risco de taxa de juro: a quantidade de anuidade (renda mensal de aposentadoria) que pode ser comprada com a poupança acumulada na conta individual do servidor dependerá criticamente das taxas de juros no momento da conversão do montante acumulado de uma anuidade;

g) risco de longevidade: melhorias na esperança média de vida entre a população de aposentados e pensionistas atuais e potenciais serão considerados no preço de anuidades e, conseqüentemente, irá afetar diretamente a quantidade de anuidade que pode ser comprada. Na medida em que os membros estão autorizados a recorrer às suas contas individuais (saque da poupança acumulada) e não ser obrigado a comprar anuidades, o risco de vida longa do servidor individual cai diretamente sobre o servidor e ele ou ela corre o risco de esgotar suas economias demasiado cedo ou deixando um saldo excessivo no momento da morte. Devemos lembrar que existe um pequeno paradoxo em relação à Expectativa Média de Vida da População e a idade efetiva que o servidor irá atingir no momento de sua morte. Pois, apesar da Expectativa Média de Vida de uma população ser 78 anos, muitos servidores individualmente irão sobreviver aproximadamente 100 anos;

h) risco operacional: os gestores do regime de previdência podem deixar de exercer controles operacionais adequados, resultando em perda de poder ou surgir por causa de uma falha catastrófica do sistema de informática, incêndio, inundação ou outro risco natural. O risco operacional pode afetar o desempenho do gestor de muitas outras maneiras;

i) risco de insolvência: a Fundação responsável pelas aposentadorias ou sociedade de gestão pode enfrentar insolvência. O impacto desta nas afiliadas vai depender da estrutura jurídica do regime de previdência;

j) risco de despesas: o nível de despesas de administração, ou deduções para gerar lucros para a empresa de gestão das aposentadorias, podem ser ou tornar-se demasiado elevadas, levando a uma carga desigual sobre as economias dos membros individuais;

k) risco fiscal: o governo pode mudar as regras de tributação dos investimentos dos fundos de pensão, reduzindo a taxa efetiva de retorno sobre o fundo de pensão;

l) risco regulatório: os reguladores podem não conseguir identificar problemas incipientes com uma empresa de gestão de aposentadorias ou pode decidir retirar a autorização da empresa;

m) risco político: o governo pode interferir na operação do sistema de aposentadorias, sequestrar bens, reduzir os requisitos de contribuição, ou investimentos diretos para atingir os objetivos sociais ou políticas, sem levar em conta se os retornos são economicamente viáveis aos servidores.”

Ainda sobre a temática do equilíbrio atuarial assim acentuam DIAS e MACÊDO:⁵⁵

“... a questão do difícil equilíbrio entre receitas e despesas na previdência social deve ser vista numa perspectiva de curto, médio e longo prazos. O equilíbrio entre receitas e despesas a curto prazo é de natureza financeira. O que se arrecada com as contribuições previdenciárias deve ser suficiente hoje para pagar as despesas previdenciárias. Como o orçamento é anual, o equilíbrio financeiro deve ser buscado em cada exercício financeiro. Por outro lado, o segurado, ao ingressar na previdência social, somente terá direito, em regra, às prestações previdenciárias após longos anos de filiação e contribuição. Mas o benefício, sob certo aspecto, já está sendo financiado por meio de suas contribuições, embora o direito às prestações somente se verifique posteriormente. Nesse sentido, é necessário que o legislador tenha em mente que o custo previdenciário deve ser visto numa perspectiva de médio e longo prazos. Será que o que se arrecada será suficiente para pagar os custos previdenciários do futuro? Essa preocupação com o equilíbrio entre receitas e despesas num cenário de

⁵⁵ DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Nova Previdência Social do Servidor Público. São Paulo: Método, 2010, p. 94.

médio e longo prazos diz respeito ao chamado 'equilíbrio atuarial', fundamental em qualquer regime de economia coletiva, principalmente na esfera securitária.”

Percebe-se, assim, que a justificação e a fundamentação das contribuições estão precisamente na equivalência que deve existir entre as contribuições e os benefícios que por ela serão custeados e na garantia de que, no futuro, os servidores e pensionistas perceberão os benefícios nos valores correspondentes aos encargos com que contribuiram.

O equilíbrio financeiro e atuarial do regime de previdência complementar deve ser aferido principalmente no início para atestar a viabilidade e solidez do regime e, depois, deve ser avaliado constantemente de modo anual.

Assim, não basta a avaliação *a posteriori*.

O art. 40 da Constituição Federal estabelece que devem ser observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, não só para o regime próprio de previdência pública, mas também para o regime de previdência complementar.

E somente se pode verificar se tais critérios são observados se existir prévio e sério estudo atuarial, o qual não foi previsto na Lei Estadual impugnada, daí a sua inconstitucionalidade por omissão.

V.3.4 - INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

Em decorrência da omissão quanto a medidas compensatórias, tal como exposto no subitem precedente, a Lei Complementar Estadual nº 14.750/2015 incorre também em inconstitucionalidade por omissão por violação do princípio da igualdade ou isonomia.

Esse princípio está incorporado à Constituição do Estado por ser norma central da Constituição Federal, de observância compulsória e de reprodução obrigatória pelo Estado-membro, em

razão do princípio da simetria estrutural, previsto no *caput* dos arts. 18 e 25 da CF,⁵⁶ e no *caput* do art. 11 do ADCT da CF.⁵⁷

Além disso, a própria Constituição Estadual, em seu art. 1º,⁵⁸ faz remissão a esse princípio e a outros da Constituição Federal, quando preceitua que adota os princípios fundamentais e os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos reconhecidos pela Constituição Federal.

O modelo adotado pela Lei Complementar impugnada viola o princípio da igualdade ao tratar situações desiguais de modo igual.

Com efeito, tanto o novo servidor que ingressar no serviço público após a vigência do regime de previdência complementar, como o servidor antigo que optar pela adesão ao novo regime, pela Lei impugnada, terão ambos exatamente o mesmo direito no futuro, isto é, o benefício de aposentadoria pago pelo regime próprio de previdência pública limitado ao teto do Regime Geral e a complementação de aposentadoria oferecida pelo regime de previdência complementar.

Ocorre que, no caso do servidor antigo, aderente ao novo regime, poderá ele ter direito a valores inferiores aos dos novos servidores, pois terá menos tempo de participação no novo regime – por atingir a aposentadoria mais cedo – com o que, obviamente, terá menores reservas acumuladas em sua conta individual.

⁵⁶ O *caput* dos arts. 18 e 25 da CF tem a seguinte redação:

“Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, **nos termos desta Constituição**.”

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, **observados os princípios desta Constituição**.” (Os destaques em negrito e sublinhado foram acrescentados).

⁵⁷ O *caput* do art. 11 do ADCT da CF assim dispõe:

“Art. 11. Cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, **obedecidos os princípios desta**.” (Os destaques em negrito e sublinhado foram acrescentados).

⁵⁸ O art. 1º da Constituição Estadual está assim redigido:

“Art. 1º - O Estado do Rio Grande do Sul, integrante com seus Municípios, de forma indissolúvel, da República Federativa do Brasil, **proclama e adota, nos limites de sua autonomia e competência, os princípios fundamentais e os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos universalmente consagrados e reconhecidos pela Constituição Federal** a todas as pessoas no âmbito de seu território.” (Os destaques em negrito e sublinhado foram acrescentados).

Essa circunstância demonstra que o servidor antigo terá recolhido contribuições muito superiores no período anterior à opção pelo novo regime – pois no regime próprio de previdência pública recolheu sobre o total de sua remuneração –, situação que, pela Lei Complementar atacada, não dará a tal servidor qualquer compensação ou repercussão em sua esfera individual.

É exatamente em razão dessa situação que a Lei Federal nº 12.618/2012, em seu art. 3º, inciso II, e §§ 1º e 2º,⁵⁹ previu um benefício especial calculado com base nas contribuições vertidas ao regime próprio de previdência pública.

É precisamente a falta de disposição semelhante na Lei Complementar impugnada, que acarreta a sua inconstitucionalidade por omissão por violação do princípio da isonomia.

Em tal contexto, resta demonstrada a violação do princípio da isonomia, com o tratamento igual dispensado a servidores em situação absolutamente desigual.

⁵⁹ O dispositivo legal mencionado tem o seguinte teor:

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

I - a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, independentemente de sua adesão ao plano de benefícios; e

II - até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, **e nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e que exerçam a opção prevista no § 16 do art. 40 da Constituição Federal.**

§ 1º **É assegurado aos servidores e membros referidos no inciso II do caput deste artigo o direito a um benefício especial calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da Constituição Federal,** observada a sistemática estabelecida nos §§ 2º a 3º deste artigo e o direito à compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição Federal, nos termos da lei.

§ 2º **O benefício especial será equivalente à diferença entre a média aritmética simples das maiores remunerações anteriores à data de mudança do regime, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo, 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, e o limite máximo a que se refere o caput deste artigo, na forma regulamentada pelo Poder Executivo, multiplicada pelo fator de conversão.**”

VI - CONCLUSÃO

Assim, não há dúvida de que:

a) a autora tem legitimidade para o ajuizamento da presente ação;

b) está presente a pertinência temática;

c) há parâmetro constitucional para o confronto das normas impugnadas; e

d) o E. Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar a presente ação.

e) é cabível a formulação de pedidos em ordem subsidiária, assim como é cabível a cumulação de pedidos de declaração de inconstitucionalidade e de declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Além disso, os dispositivos legais impugnados, especificados no preâmbulo, violam a Constituição Estadual, que dispõe diversamente das disposições facultativas da Constituição Federal e prevê apenas o regime público de previdência; subsidiariamente, o art. 4º, § 1º, e art. 7º, §§ 2º e 3º, violam o § 15 do art. 40 da Constituição Federal e o princípio da legalidade previsto tanto no art. 19, inciso I, da Constituição Estadual, como no art. 5º, inciso II, e 37, *caput*, ambos da Constituição Federal; subsidiariamente, e de modo cumulativo, a Lei impugnada incorre em inconstitucionalidade por omissão ao não prever regra de compensação para servidores antigos que exercerem a opção pelo novo regime previdenciário, por não cuidar da adesão facultativa para os novos servidores e por não prever a prévia elaboração de estudo atuarial; a Lei atacada é inconstitucional ainda por violar o princípio da isonomia ao tratar servidores antigos de modo igual aos novos servidores, sem previsão de compensação financeira para os primeiros.

VII - FUNDAMENTOS DO PEDIDO DE LIMINAR *INAUDITA ALTERA PARTE*

A concessão de liminar, em geral, deve atender aos requisitos da plausibilidade do direito e do perigo na demora.

A **plausibilidade do direito e a relevância da matéria** está demonstrada pela violação das normas constitucionais estaduais relativas à previsão tão-só do regime próprio de previdência pública, à violação do § 15 do art. 40 da Constituição Federal, ao princípio da legalidade e ao princípio da isonomia, além da inconstitucionalidade por omissão ao não prever a Lei impugnada medidas compensatórias aos servidores antigos optantes pelo novo sistema e não estipular a exigência de prévio estudo atuarial para instituição do novo regime de previdência.

O **perigo na demora e a conseqüente urgência excepcional** revelam-se pelo fato de que o inconstitucional novo regime de previdência complementar vai acarretar despesas para o Estado, seja no que respeita ao aporte inicial de R\$ 20 milhões, seja nas despesas de instalação da nova entidade fechada, assim como na remuneração e vantagens dos Conselhos Deliberativo, Fiscal e Executivo e demais funcionários, matéria que viola flagrantemente o princípio da ilegalidade e maltrata o princípio da indelegabilidade legislativa como anteriormente exposto.

Em relação à ADI, o § 3º do art. 10 da Lei nº 9.868/1999,⁶⁰ permite ao Relator, em caso de excepcional urgência, a concessão de liminar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

⁶⁰ O dispositivo legal referido tem a seguinte redação:

“Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado..”

Na hipótese presente, caso não seja deferida a liminar haverá a realização do aporte de R\$ 20 milhões e a realização das despesas ilegais com a instalação da entidade e com a remuneração ilegal dos seus respectivos dirigentes e funcionários.

Essa situação demonstra a excepcional urgência e a necessidade de que o pedido de liminar seja apreciado e deferido *inaudita altera parte*.

Por outro lado, não existe o *pecuculum in mora inverso*, pois o Estado não terá nenhum prejuízo com a não-instalação da nova instituição, pois não realizará o aporte referido e nem executará as despesas mencionadas.

Assim, é imprescindível a concessão de liminar para suspensão imediata da aplicação dos dispositivos legais impugnados.

VIII – PEDIDO

Isso exposto, a autora requer, respeitosamente, a Vossa Excelência:

a) a concessão da liminar *inaudita altera parte*, nos termos do § 3º do art. 10 da Lei nº 9.868/1999, para suspensão imediata da aplicação da Lei Complementar nº 14.570/2015; caso não se entenda de suspender a Lei em sua integralidade, então que se conceda a liminar para a suspensão do aporte de R\$ 20 milhões e para a suspensão da realização das despesas, especialmente para o pagamento de remuneração e vantagens dos membros dos Conselhos Deliberativo, Fiscal e Executivo e demais funcionários da entidade inconstitucionalmente criada;

b) a notificação do Senhor Governador do Estado e do Presidente da Assembleia Legislativa, autoridades das quais emanou a Lei impugnada para que prestem informações que entenderem cabíveis (art. 6º da Lei nº 9.868/1999);

c) a citação do Senhor Procurador-Geral do Estado para que ofereça a defesa da Lei e dos dispositivos normativos impugnados, nos

termos do art. 95, § 4º, da Constituição Estadual, no prazo de legal (art. 8º da Lei nº 9.868/1999);

d) seja ouvido o Procurador-Geral de Justiça no prazo legal (art. 8º da Lei nº 9.868/1999);

e) a procedência do pedido, para que se declare a inconstitucionalidade do art. 1º e, por arrastamento, de todos os demais dispositivos da Lei Complementar nº 14.750/2015 e do Decreto nº 52.856/2016;

f) em ordem subsidiária, caso não seja acolhido o pedido contido na letra “e” acima, conheça e julgue procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, e do art. 7º, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar nº 14.750/2015, e, em cumulação de pedidos, conheça e julgue procedente o pedido de inconstitucionalidade por omissão Lei Complementar nº 14.750/2015 nos termos antes expostos, nesta última hipótese comunicando ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, nos termos do art. 12-H da Lei nº 9.868/1999; e

g) confirme a liminar que for inicialmente concedida.

A causa é de valor inestimável, estipula-se o valor da causa, para efeitos fiscais, no valor de alçada de R\$ 8.465,00.

N. Termos.

P. Deferimento.

Porto Alegre, 04 de julho de 2016.

Adão Sergio do Nascimento Cassiano,
Advogado – OAB/RS nº 74.022.

Andrei Cassiano,
Advogado – OAB/RS nº

**Lucas Cassiano,
Advogado - OAB/RS nº 61.728.**

**Rodrigo Medeiros Lopes,
Advogado - OAB/RS nº**

Documentos anexos à presente petição inicial:

Doc. 01 - Procuração outorgada aos Advogados signatários da inicial.

Doc. 02 - Cópia da Ata da Assembleia Geral Ordinária de Eleição da Diretoria.

Doc. 03 - Cópia do Estatuto da União Gaúcha em Defesa da Previdência Social Pública.

Doc. 04 - Cópia da Lei Complementar do Estado do Rio Grande do Sul nº 14.750, de 15/10/2015.

Doc. 05 - Cópia do Decreto nº 52.856/2016.

Doc. 06 - Cópia do Projeto de Lei Complementar Federal nº 92/2007.