

O DIREITO PREVIDENCIÁRIO ESTADUAL DO RIO DE JANEIRO

Felipe Derbli

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Introdução. 2. A gestão da previdência dos servidores públicos estaduais. 3. O custeio da previdência dos servidores públicos estaduais. 3.1. A contribuição dos servidores ativos. 3.2. A contribuição dos servidores inativos e dos pensionistas. 3.3. A contribuição patronal. 3.4. As aplicações financeiras. 3.5. Os *royalties* e participações especiais na exploração do petróleo. 3.6. A gestão imobiliária. 3.7. A compensação previdenciária. 4. O regime jurídico-previdenciário dos servidores públicos estaduais. 4.1. A unicidade do regime não fere a separação de Poderes. 4.2. Os benefícios previdenciários. 4.3. Casuística da aposentadoria – análise de algumas questões controvertidas. 5. Considerações finais.

1. Introdução.

O tema do regime próprio de previdência social dos servidores públicos não costuma ser o preferido dos estudantes ou dos profissionais que militam no Direito Público. É mesmo de se reconhecer que se trata de assunto um tanto quanto árido e as notícias de jornais, que dão conta das situações deficitárias de muitos deles (na verdade, quase todos) não são animadoras – tudo parece um enorme poço sem fundo...

O que se quer, com este despretensioso trabalho, é desmistificar essa visão. A previdência dos servidores públicos envolve, sim, um número considerável de complexidades, que não devem trazer desânimo, mas impulsionar a busca de soluções criativas. Para tanto, é necessário conhecer um pouco de sua lógica e, aos poucos, descobrir seus “atrativos” para as mentes mais curiosas.

Pretende-se, portanto, meramente *apresentar* a disciplina jurídica do regime próprio de previdência social dos servidores públicos estatutários do Estado do Rio de Janeiro¹. Para tanto, dividiu-se o estudo em três partes, sendo a primeira delas referente à unidade gestora do regime, a segunda, concernente ao custeio do regime e, a terceira, por sua vez, ao regime em si e aos respectivos benefícios, com o relato de casos específicos, a título ilustrativo. Ao final, algumas considerações para fechamento do texto.

Impende, nesta quadra, apontar duas premissas básicas. A primeira delas é de conteúdo material e diz respeito à questão da possibilidade da edição, pela União, de normas de caráter *nacional* relativas à previdência social de servidores públicos. Cumpre afastar o argumento de que, por dizerem respeito a *servidores públicos*,

¹Os servidores exclusivamente ocupantes de cargos comissionados, pelo disposto no art. 40, § 13, da Constituição da República, são vinculados ao regime *geral* de previdência social, administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

tais normas estariam impedidas pelo princípio federativo de incidir sobre Estados e Municípios. Não parece ser esse o caso.

De acordo com o art. 24, inciso XII, primeira parte, da Constituição da República – que define, como é cediço, as *competências legislativas concorrentes* da União, dos Estados e do Distrito Federal –, compete à União editar normas gerais concernentes à *previdência social*. É, igualmente, de conhecimento geral que o regime geral de previdência social é matéria reservada à lei federal – *rectius*, lei nacional –, situando-se no rol de competências legislativas privativas da União (art. 22, inciso XXIII).

É de óbvia constatação, portanto, que os Estados somente podem legislar sobre a previdência social de seus próprios servidores (art. 40 c/c art. 149, § 1.º). Logo, a única interseção possível entre as competências legislativas previdenciárias da União e dos Estados diz respeito aos regimes próprios de previdência, incumbindo à União criar normas gerais e, aos Estados, criar normas especiais.

Não há, portanto, qualquer violação do princípio federativo na tão-só edição de lei federal que disponha sobre normas gerais em matéria de regimes próprios de previdência, como se deu, por exemplo, quando do advento da Lei Federal n.º 9.717, de 27 de novembro de 1998, e da Lei Federal n.º 10.887, de 18 de junho de 2004². *Verbi gratia*, observe-se o art. 5.º da Lei n.º 9.717/98, em textual:

Art. 5.º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

Não se há de vislumbrar inconstitucionalidade nesse dispositivo. Como se verá adiante, o regime previdenciário tem autonomia diante do regime estatutário funcional. Além disso, a norma em comento é consonante com a orientação das sucessivas reformas da Previdência no país. Mister, neste ponto, recorrer a uma interpretação histórica e também sistemática para que se perceba o propósito do constituinte reformador, demonstrado tanto na Emenda Constitucional n.º 20/98 como na Emenda Constitucional n.º 41/03, de caminhar no sentido da uniformidade dos regimes próprios de previdência e a sua aproximação – tanto quanto possível – do regime geral, de modo a garantir o equilíbrio de todos os regimes próprios, entre os quais a Constituição assegura a contagem recíproca e a compensação financeira.

Nesse diapasão, é bem de ver que a compensação entre os regimes – indispensável para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial – é passível de prejuízo no caso de, por exemplo, um regime próprio prever o pagamento de outros

²Esse, aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consignado no julgamento da ADI 2.024-2 (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03.05.2007, DJU 22.06.2007, p. 16), que, ao declarar a constitucionalidade do art. 40, § 13, da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 20/98, reconheceu expressamente que a matéria concernente à previdência social dos servidores públicos se inclui no âmbito das matérias de competência legislativa concorrente da União e dos Estados, cumprindo àquela a edição de normas gerais (art. 24, § 1.º). Parece ter sido essa também a conclusão alcançada pelo STF no julgamento da ADI 3106 (Rel. Min. Eros Grau, v. *Informativo STF* n.º 582, 12 a 16 de abril de 2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Consulta em 10.06.2010.).

benefícios não previstos no regime geral. Se o segurado houver averbado grandes períodos de contribuição ao regime geral de previdência social, o regime próprio não obterá nenhuma compensação financeira, arcando com despesas incompatíveis com o as contribuições vertidas por aquele segurado.

A segunda premissa, por seu turno, é de ordem metodológica. Em virtude dos limites deste trabalho, renunciar-se-á ao exame minucioso das regras de aposentadorias e pensões previstas nas diversas normas constitucionais aplicáveis à matéria, restringindo-se a referência às mesmas naquilo que for necessário para a compreensão de temas cuja disciplina em lei estadual seja merecedora de destaque por sua singularidade ou por suscitar controvérsia relevante. Remete-se o leitor, no mais, ao *Manual do Segurado* e os demais itens informativos da página eletrônica do RIOPREVIDÊNCIA na Internet (<http://www.rioprevidencia.rj.gov.br>).

2. A gestão da previdência dos servidores públicos estaduais

O regime próprio de previdência social dos servidores públicos estaduais do Rio de Janeiro é gerido pelo *Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro – RIOPREVIDÊNCIA*, cuja natureza jurídica, apesar do nome, é de autarquia. No entanto, um brevíssimo panorama histórico se faz importante.

O *Instituto de Previdência do Estado do Rio de Janeiro – IPERJ*, criado pelo Decreto-lei Estadual n.º 83, de 30 de abril de 1975, era a autarquia responsável pela gestão dos benefícios previdenciários, dentre os quais não se incluía a aposentadoria. Como se sabe, o direito à aposentadoria dos servidores públicos estaduais foi originalmente concebido como um direito de natureza meramente estatutária, de tal forma que a contribuição para a previdência social não constituía requisito para a aposentadoria – bastavam o tempo de serviço, o implemento da idade máxima (para o caso da aposentadoria compulsória) ou a invalidez.

Assim era que, por exemplo, o art. 33 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Decreto-lei n.º 220/75), que dispunha sobre a previdência dos servidores públicos, não incluía a aposentadoria entre os benefícios previdenciários. Do mesmo modo, havia categorias de agentes públicos (v.g., os magistrados, como se inferia da redação original do art. 9.º, inciso II, da Lei n.º 285, de 3 de dezembro de 1979) que sequer eram contribuintes obrigatórios do regime previdenciário próprio. Apenas com o advento da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, a aposentadoria passou a ostentar o caráter contributivo, passando a ser considerada um benefício previdenciário, mas, ainda assim, os requerimentos de aposentadoria continuaram a ser processados nos órgãos ou entidades estaduais a cujos quadros funcionais pertenciam os servidores.

A mesma Emenda Constitucional n.º 20/98 introduziu na Constituição da República o artigo 249, que reza, em textual:

Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes

de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos.

Sob o pálio dessa norma constitucional e da Lei Federal n.º 9.717/98, foi criado o RIOPREVIDÊNCIA pela Lei Estadual n.º 3.189, de 22 de fevereiro de 1999. Na sua concepção original, competia ao RIOPREVIDÊNCIA apenas arrecadar e gerir os recursos previdenciários, permanecendo sob a responsabilidade do IPERJ o processamento dos benefícios, exceto as aposentadorias, que, como acima afirmado, ainda seriam processadas pelos órgãos ou entidades de origem dos servidores.

De todo modo, já se instituíra, na ocasião, um *regime de capitalização* para a previdência dos servidores estaduais, constituindo-se uma reserva para investimentos que buscassem uma rentabilidade capaz de atingir a meta atuarial do regime e, assim, suportar as despesas com os benefícios já concedidos e a conceder. A medida era uma parte da série de providências adotadas pelo Estado do Rio de Janeiro para fins de ajuste fiscal, desonerando o Tesouro, inclusive, no que concerne ao limite de gastos com pessoal, na forma do art. 19, § 1.º, inciso VI, da Lei Complementar Federal n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)³.

Sobreveio, então, a Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, que introduziu o § 20 ao artigo 40 da Constituição da República, obrigando a unicidade do ente gestor do regime próprio de previdência social dos servidores de cada ente federativo, bem como a unicidade do regime em si. Diante disso, impôs-se o fim da dicotomia IPERJ-RIOPREVIDÊNCIA, o que se deu mediante a edição da Lei Estadual n.º 5.109, de 15 de outubro de 2007, que extinguiu o IPERJ, transferindo ao RIOPREVIDÊNCIA, como sucessor, seus direitos, obrigações e competências.

Restava, ainda, a questão do processamento das aposentadorias, exercido pelos órgãos e entidades da Administração Pública do Estado. A Lei n.º 5.260, de 11 de junho de 2008, conferiu ao RIOPREVIDÊNCIA, em seu art. 3.º, a gestão superior também das aposentadorias – inclusive para os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas do Estado. Especialmente quanto ao Poder Executivo, o Decreto n.º 42.478, de 27 de maio de 2010, estabelece a progressiva transferência de todo o processamento das aposentadorias para o RIOPREVIDÊNCIA, restando aos órgãos e entidades de origem apenas o ato de concessão da aposentadoria em si, compreendido este também como o último ato da vida funcional do servidor, que origina a vacância do cargo.

A Lei n.º 3.189/99, no que diz respeito à estrutura do RIOPREVIDÊNCIA, é regulamentada pelo Decreto Estadual n.º 41.604, de 19 de dezembro de 2008. Assinale-se, ainda, a Portaria RIOPREVIDÊNCIA/PRE n.º 158, de 30 de outubro de 2009, que aprova o Regimento Interno da Autarquia. O Fundo também se submete ao seu Código de Ética e a manuais corporativos internos, de observância obrigatória para seus servidores.

Atualmente, o RIOPREVIDÊNCIA se insere nas melhores práticas de governança, cabendo destacar, por exemplo, a sua política de ampla divulgação das demonstrações financeiras, dos investimentos e dos relatórios periódicos de gestão em

³Para o registro histórico da concepção do RIOPREVIDÊNCIA e de sua lógica de estruturação e funcionamento pré-Emenda Constitucional n.º 41/03, é leitura obrigatória: RODRIGUES, Flavio Martins. *Fundos de Pensão de Servidores Públicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

sua página eletrônica na Internet, bem como a instituição de uma gerência de controle interno vinculada diretamente ao Conselho de Administração, que se responsabiliza pela conformidade (*compliance*) e pela gestão de risco operacional. Assinale-se, ainda, que o RIOPREVIDÊNCIA é o único fundo de previdência de servidores públicos do país aderente aos Códigos de Ética e Operacional da Associação Nacional das Instituições de Mercado Financeiro (ANDIMA), submetendo-se, portanto, não apenas à regulação do setor, como também a normas de autorregulação do mercado financeiro para a consecução de sua política de investimentos.

3. O custeio da previdência dos servidores públicos estaduais.

A Lei Estadual n.º 3.189/99 define, em seu art. 14, as fontes de custeio do regime próprio de previdência dos servidores públicos estaduais. São elas, basicamente: (i) a contribuição dos servidores ativos, inativos e pensionistas; (ii) a contribuição do Estado, suas autarquias e fundações (doravante chamada *contribuição patronal*⁴); (iii) as doações, legados e rendas extraordinárias ou eventuais (receitas atualmente sem expressão); (iv) os rendimentos de seu patrimônio, como, por exemplo, aqueles provenientes das aplicações financeiras e os frutos da cessão de uso onerosa de bens imóveis integrantes da sua carteira; (v) o produto da alienação dos seus bens e (vi) a compensação entre regimes previdenciários. Convém analisá-los em separado.

3.1. A contribuição dos servidores ativos

Os servidores ativos, dentre os quais se incluem os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público e, ainda, os Defensores Públicos e os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado⁵, são segurados obrigatórios do regime próprio de previdência social do Estado e, como tais, contribuem com 11% (onze por cento) sobre a totalidade da remuneração, como estabelece o art. 34, inciso III, da Lei n.º 3.189/99. Excluem-se da base de incidência da contribuição as verbas de caráter indenizatório, tais como as diárias de viagem, o salário-família e o auxílio-alimentação.

O parágrafo único do art. 34 do mencionado diploma legal admite a opção expressa do segurado pela inclusão, na base de cálculo da contribuição, de verbas que, apesar de sua natureza remuneratória, ostentam caráter transitório, como aquelas pagas em virtude do local de trabalho ou as concernentes ao exercício de cargos comissionados ou funções de confiança. Nesse caso, porém, o desconto da contribuição somente será relevante para os fins de concessão de aposentadorias com fixação de proventos calculados sobre a média aritmética das 80% (oitenta por cento) maiores bases de incidência da contribuição – como determina a fórmula do art. 1.º da Lei Federal n.º 10.887/04 – e não para as *aposentadorias integrais*, isto é, aquelas cujos proventos são fixados sobre o valor da última remuneração⁶.

⁴Trata-se, evidentemente, de uma denominação imprópria – *contribuição patronal*, a rigor, é uma expressão normalmente utilizada para designar a contribuição do empregador sobre a folha de salários para o regime geral de previdência social ou, na qualidade de *patrocinador*, para as entidades fechadas de previdência complementar. No entanto, pede-se vênua para a utilização aproximada do termo, com fins exclusivamente didáticos.

⁵V. *infra*, em nota de rodapé, breve comentário sobre a (injustificada) distinção.

⁶V. *infra*.

3.2. A contribuição dos servidores inativos e dos pensionistas

Os servidores inativos e pensionistas também contribuem para o regime próprio de previdência, mas sob distinta sistemática. O art. 34, incisos I e II, da Lei n.º 3.189/99 estabelece que inativos e pensionistas contribuem, obrigatoriamente, com 11% (onze por cento) incidentes apenas sobre aquilo que exceder o teto de benefícios do regime geral de previdência social, em consonância com a redação do art. 4.º da Emenda Constitucional n.º 41/03 determinada pela decisão do Supremo Tribunal Federal na *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.128/DF* (Rel. para o acórdão Min. CEZAR PELUSO, j. 18.08.2004, DJ 18.02.2005, p. 4).

3.3. A contribuição patronal

De acordo com o art. 35-A da Lei n.º 3.190/99, a contribuição patronal corresponde a 22% (vinte e dois por cento) da remuneração dos servidores ativos (não há contribuição patronal relativa a inativos e pensionistas). Vale dizer, para cada valor de contribuição descontado do servidor ativo, obriga-se o Estado a contribuir para o regime previdenciário com o dobro.

Até a edição da Lei Estadual n.º 5.166, de 19 de dezembro de 2007, o Poder Executivo arcava com a contribuição patronal de todo o funcionalismo estadual, o que, evidentemente, ocasionava distorções quanto às despesas de pessoal dos orçamentos de cada Poder ou órgão independente. Não seria possível, contudo, simplesmente transferir ao Legislativo, ao Judiciário, ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas do Estado, de uma só vez, a obrigação de custeio de toda a contribuição patronal relativa aos seus respectivos quadros, que lhes ocasionaria uma automática incursão na violação dos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal e a cominação das consequentes penalidades. A solução compromissória atingida, então, foi estabelecer, nos termos da prefalada Lei n.º 5.166/07, a transferência progressiva, ano a ano, do encargo das contribuições patronais aos Poderes e órgãos independentes quanto aos seus respectivos servidores, cabendo o Executivo, até que integralmente cumprida a progressão (o que ocorrerá somente em 2015), honrar o pagamento das diferenças.

3.4. As aplicações financeiras

Os investimentos dos regimes próprios de previdência social são, de acordo com o art. 6.º, inciso IV, da Lei Federal n.º 9.717/98, regidos por Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN). Está em vigor, atualmente, a Resolução CMN n.º 3.790, de 24 de setembro de 2009, que estabelece as diretrizes gerais para aplicações dos recursos em moeda corrente dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos.

O art. 4.º da Resolução CMN n.º 3.790/09 determina que os regimes próprios de previdência social devem estabelecer anualmente a sua política de investimentos. O RIOPREVIDÊNCIA elabora, a cada exercício, o seu *Plano Anual de Investimentos*, mediante proposta da Diretoria Executiva, posteriormente submetida ao Conselho de Administração.

O art. 2.º da prefalada Resolução classifica os investimentos permitidos em três categorias, quais sejam, (i) renda fixa; (ii) renda variável; e (iii) imóveis. No

segmento de renda fixa, admitem-se, dentro de determinados limites, o investimento em poupança, em títulos públicos – exclusivamente federais – e em títulos privados, como, por exemplo, debêntures ou Certificados de Depósitos Bancários (CDBs). Tais aplicações podem ocorrer diretamente, mediante a formação de uma carteira de títulos, por intermédio da aquisição de cotas de fundos de investimentos ou, ainda, mediante operações compromissadas⁷.

O investimento em renda variável, por outro lado, somente é admitido por intermédio de fundos, sendo vedado, por exemplo, que o ente previdenciário seja titular de ações. Aliás, o art. 27, inciso V, da Resolução CMN n.º 3.790/09 proíbe expressamente os regimes próprios de “*atuar em modalidades operacionais ou negociais com duplicatas, títulos de créditos ou outros ativos que não os previstos nesta Resolução*”.

O RIOPREVIDÊNCIA, atualmente, realiza investimentos de moeda corrente exclusivamente no segmento de renda fixa, optando por política mais conservadora. O Fundo detém, em carteira própria, títulos públicos federais inegociáveis (os Certificados Financeiros do Tesouro – CFTs), investindo, ainda, em cotas de investimentos em fundos de renda fixa de baixo risco e em operações compromissadas.

A Autarquia opera única e exclusivamente com instituições financeiras credenciadas. O credenciamento das instituições dá-se consoante as normas da Portaria RIOPREVIDÊNCIA/PRE n.º 164, de 17 de dezembro de 2009. De acordo com a mencionada Portaria, o credenciamento de até 6 (seis) instituições financeiras ocorre duas vezes ao ano e tem validade semestral. Na ocasião, são escolhidas mediante avaliação objetiva – baseada em critérios como, por exemplo, a taxa de administração de fundos e a proposta firme de rentabilidade das operações compromissadas – as instituições candidatas, obrigatoriamente bem ranqueadas entre as administradoras ou gestoras de fundos de investimentos segundo a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e Capitais (ANBIMA).

A cada semestre, as instituições financeiras credenciadas são avaliadas, mediante a adoção de critérios como a rentabilidade dos fundos, a sua volatilidade e o relacionamento com o RIOPREVIDÊNCIA, traduzida na oferta de serviços adicionais elencados, a título meramente exemplificativo, no art. 5.º, parágrafo único, inciso III, da Portaria 164/09, como o envio de relatórios de informações de mercado ou análises técnicas, a apresentação de cenários macroeconômicos etc., sempre gratuitamente e em benefício do Fundo⁸.

3.5. Os royalties e participações especiais na exploração de petróleo

O direito dos Estados e Municípios à percepção de *royalties* e participações especiais na exploração de petróleo possui, como se sabe, assento constitucional. Com efeito, assim dispõe o art. 20, § 1.º, da Constituição de 1988:

⁷Em linhas gerais, *operação compromissada* é uma aplicação financeira em que uma instituição financeira vende títulos públicos ou privados ao investidor, com o compromisso de recompra dos mesmos dentro de um prazo determinado.

⁸Sobre o tema das aplicações financeiras, remete-se o leitor ao sítio do RIOPREVIDÊNCIA na Internet (<http://www.rioprevidencia.rj.gov.br>; consulta em 10.06.2010), onde se localizam as informações ora mencionadas, bem como os atos normativos de regência.

Art. 20. [...]

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Os *royalties* e participações especiais, que têm a natureza de *direitos creditórios*, são distribuídos na forma das Leis Federais n.º 7.990/89 e n.º 9.478/97 e pelo Decreto Federal n.º 2.705/98, com suas alterações posteriores. Interessa, nesta quadra, a alteração legislativa promovida pela Lei Federal n.º 10.195/2001, que inseriu o § 2.º do art. 8.º da Lei Federal n.º 7.990/89 para autorizar expressamente a utilização dos *royalties* para capitalização de fundos de previdência. *In verbis*:

Art. 8.º [...]

§ 2.º Os recursos originários das compensações financeiras a que se refere este artigo poderão ser utilizados também para capitalização de fundos de previdência.

A Lei Estadual n.º 3.189/99 sofreu alteração, por intermédio da Lei n.º 4.237, de 5 de dezembro de 2003, que inseriu a seguinte disposição:

Art. 13. Fica o Poder Executivo autorizado a incorporar ao patrimônio e do RIOPREVIDÊNCIA os seguintes ativos:

XII – direitos pertinentes às receitas a que o Estado do Rio de Janeiro faz jus por força do disposto no § 1º do art. 20 da Constituição Federal; [...]

Sobrevieram, então, sucessivos Decretos Estaduais, fixando disciplina que, atualmente, encontra-se consolidada pelo Decreto Estadual n.º 42.011, de 28 de agosto de 2009, *in verbis*:

Art. 1.º Na conformidade do art. 13, inciso XII, da Lei Estadual n.º 3.189, de 22 de fevereiro de 1999, com a redação que lhe emprestou a Lei Estadual n.º 4.237, de 5 de dezembro de 2003, ficam incorporados ao patrimônio do Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro - RIOPREVIDÊNCIA os direitos do Estado do Rio de Janeiro sobre *royalties* e participações especiais decorrentes do artigo 20, §1º, da Constituição Federal, que tenham como consequência o ingresso de valores relativos a fatos geradores incorridos a partir de janeiro de 2006.

§ 1.º A incorporação de direitos, a que se refere o *caput* deste

artigo, se destinará à capitalização do RIOPREVIDÊNCIA, assim como ao aporte dos recursos necessários para o cumprimento das obrigações assumidas por intermédio do Contrato de Abertura de Contas, Nomeação de Agente Fiduciário e Outros Pactos, firmado em 10 de junho de 1997, entre o Estado do Rio de Janeiro e a Caixa Econômica Federal, seus respectivos termos aditivos e dos contratos celebrados entre o RIOPREVIDÊNCIA e o Estado do Rio de Janeiro para a recomposição do fluxo original dos Certificados Financeiros do Tesouro.

§ 2.º Excluem-se do disposto no *caput* as parcelas destinadas aos Municípios e órgãos da administração pública federal de que tratam o artigo 27 da Lei Federal nº 2004, de 3 de outubro de 1953, com a redação dada pela Lei Federal nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, os artigos 49 e 50 da Lei Federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, assim como os direitos já gravados por anteriores destinações específicas, especialmente os já contratualmente comprometidos através de contrato de cessão de créditos celebrado entre o Estado e a União Federal, firmado em 29 de outubro de 1999, de cessão e transferência à União de parte dos direitos de crédito da participação governamental nas modalidades de *royalties* e participação especial em 255 (duzentas e cinquenta e cinco) parcelas mensais.

Observe-se que a *ratio* do indigitado Decreto foi a *transferência não apenas do numerário recebido pelo Estado por força dos royalties e participações especiais, mas dos próprios direitos creditórios, e em sua totalidade*. Dois são os argumentos que corroboram tal afirmativa: o primeiro deles, de ordem literal, autoriza tal conclusão diante da comparação entre os textos do art. 13, inciso XII, da Lei nº 3.189/99 e do art. 1.º do Decreto nº 37.571/05.

Com efeito, a disposição legal autoriza a capitalização do RIOPREVIDÊNCIA com "*direitos*", o que, em princípio, permitia à Chefia do Poder Executivo deliberar sobre a incorporação de *todos os direitos ou apenas de parte deles* ao patrimônio do Fundo. Por seu turno, o Decreto em apreço utiliza a expressão "*os direitos*", o que denota o propósito da transferência da totalidade dos direitos creditórios concernentes aos *royalties* e participações especiais ao ente previdenciário estadual. O uso do artigo definido plural "*os*", salvo melhor juízo, não deixa margem a dúvidas.

O segundo argumento, um tanto quanto ligado ao primeiro, é mais de cunho histórico: em ocasião anterior, agregou-se ao patrimônio do RIOPREVIDÊNCIA apenas uma parcela dos recursos provenientes de tais participações governamentais. Foi o que se deu com o advento da Lei Estadual nº 3.934/2002, que autorizou o Estado a capitalizar a Autarquia com créditos no valor total de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais), oriundos dos *royalties* e participações especiais específicos do exercício de 2002, o que foi concretizado por meio do Decreto nº 31.808/2002. Assinale-se que a mencionada lei autorizativa reforçou que, à época, permaneceriam

como sendo de propriedade exclusiva do Estado os créditos excedentes ao valor ali consignado.

Em outras palavras, quando o legislador assim pretendeu, estabeleceu o limite para a transferência patrimonial dos *royalties* e participações especiais; de igual maneira, o ato de incorporação ao patrimônio do Fundo, praticado pelo Governador do Estado, estabeleceu expressamente as restrições temporais e de valor quando estas existiram.

Nessa linha de raciocínio, *considerando que não houve restrições de qualquer espécie na dicção do Decreto n.º 37.571/05, tem-se, a todas as luzes, que pretendeu o Poder Executivo transferir a totalidade dos direitos creditórios relativos aos royalties e participações especiais ao RIOPREVIDÊNCIA*.

Cumpra assinalar, então, que os *royalties* e participações especiais, como direitos creditórios que são, passaram a constituir ativos do RIOPREVIDÊNCIA e, como tais, figuram no balanço patrimonial previdencial do Fundo⁹. São direitos creditórios que efetivamente possuem valor patrimonial, determinado consoante as normas da Agência Nacional do Petróleo – ANP. São, portanto, passíveis de apreciação econômica e podem, inclusive, ser objeto de cessão.

Trata-se, é bem de ver, de observação fundamental para o exame da questão, na medida em que, acaso meramente transferido o numerário a perceber por força dos direitos creditórios relativos aos *royalties* e participações especiais, teria havido a delimitação temporal ou quantitativa no Decreto que os afetou ao RIOPREVIDÊNCIA, o que, como visto acima, não aconteceu. Em síntese, *o Estado não transferiu dinheiro de royalties e participações especiais ao RIOPREVIDÊNCIA, mas os próprios direitos creditórios em si*.

Atualmente, os *royalties* e participações especiais correspondem a cerca de 70% dos ativos do RIOPREVIDÊNCIA, sendo certo que não se pode cogitar a hipótese de dar-lhes outra destinação que não o pagamento de benefícios previdenciários ou o custeio do RIOPREVIDÊNCIA, sob pena de violação do art. 1.º, inciso III, da Lei Federal nº 9.717/98, que reza, *in verbis*:

Art. 1.º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios: [...]

III - as contribuições e os recursos vinculados ao Fundo Previdenciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e as contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo, e dos pensionistas, somente poderão ser utilizadas para pagamento de benefícios previdenciários dos respectivos regimes, ressalvadas as despesas administrativas estabelecidas no art.6º, inciso VIII, desta Lei, observado os limites de gastos estabelecidos em parâmetros gerais;

⁹Disponível em <http://www.rioprevidencia.rj.gov.br>. Consulta em 9 de junho de 2010.

Surge, eventualmente, o questionamento acerca da possibilidade de se “desafetarem” as receitas oriundas de *royalties* e participações especiais, de modo a conferir-lhes outra destinação. A resposta é negativa. Com efeito, o art. 40, *caput*, da Constituição da República submete os regimes próprios de previdência social à observância do *equilíbrio financeiro e atuarial*, exigência que se repete no *caput* do art. 1.º da Lei n.º 9.717/98, acima reproduzido. Trata-se, indubitavelmente, de um *princípio constitucional*, que, nos dizeres de Humberto Ávila, estabelece aos respectivos destinatários o dever jurídico de “promover uma finalidade, um estado ideal de coisas, mediante a prática das condutas necessárias para tanto”¹⁰, e, como princípio, exhibe a chamada *eficácia negativa*, que inquina de invalidade os atos praticados em desacordo com as finalidades que lhe são próprias¹¹.

Diante disso, é possível afirmar que, se a Carta Magna de 1988 estabelece um princípio a ser seguido e, portanto, finalidades a serem perseguidas, caminhar em sentido oposto a tais finalidades importará inconstitucionalidade.

Assinale-se, então, que os *royalties* e participações especiais constam, com sua devida apreciação contábil, no balanço patrimonial do RIOPREVIDÊNCIA e servem à apuração do *déficit técnico ou atuarial* do Fundo, resultante da operação de subtração entre o ativo patrimonial e o passivo atuarial (necessidade de recursos de que o Fundo precisa para fazer frente às respectivas obrigações previdenciárias no tempo). Logo, acaso retirados quaisquer valores referentes aos *royalties* e participações especiais, realizados (dinheiro em caixa) ou a realizar, aumenta o déficit atuarial do Fundo, contrariando-se, a um só tempo, o princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial e a Lei n.º 9.717/98.

Com efeito, uma vez que a Constituição determina que o fundo previdenciário seja gerido com vistas a alcançar o equilíbrio financeiro e atuarial, medidas que importem baixa de ativos desse fundo decerto caminharão em sentido diametralmente oposto à determinação constitucional e, portanto, careceriam de suporte jurídico.

Existem ainda outros óbices jurídicos à destinação das receitas concernentes aos *royalties* e participações especiais para fins que não os previdenciários. Além do já transcrito art. 1.º, inciso III, da Lei n.º 9.717/98, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF – Lei Complementar n.º 101/2000) também impõe a adoção de normas contábeis e de atuária voltadas para a consecução do equilíbrio financeiro e atuarial.

Não seria equivocado, pois, concluir que a destinação diversa das receitas relativas a *royalties* e participações especiais traduzir-se-ia em *descapitalização do RIOPREVIDÊNCIA*, na contramão das disposições constitucionais e legais sobre a matéria.

3.6. A gestão imobiliária

O regime de gestão dos bens imóveis do RIOPREVIDÊNCIA está disciplinado na Lei Estadual n.º 3.189, de 22 de fevereiro de 1999, *in verbis*:

¹⁰ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 70.

¹¹Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*.

Art. 30. [...]

§ 1.º A gestão dos bens imóveis independe de autorização do Governador do Estado e será realizada utilizando-se, por parâmetros, os valores praticados no mercado imobiliário.

§ 2.º Fica autorizada a alienação e a oneração dos bens pertencentes ao Fundo desnecessários ao funcionamento de suas atividades administrativas, desde que ocorram no cumprimento de suas finalidades, devendo o RIOPREVIDÊNCIA enviar trimestralmente à Assembléia Legislativa listagem de tais bens.

A par do que dispõe a legislação estadual, a Lei Federal n.º 9.717/98 estabelece que ao regime próprio de previdência é vedado destinar recursos para outros fins que não o custeio dos benefícios previdenciários respectivos, ressalvadas as despesas de administração. *In verbis*:

Art. 1.º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu *equilíbrio financeiro e atuarial*, observados os seguintes critérios: [...]

III - as contribuições e os recursos vinculados ao Fundo Previdenciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e as contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo, e dos pensionistas, somente poderão ser utilizadas para pagamento de benefícios previdenciários dos respectivos regimes, ressalvadas as despesas administrativas estabelecidas no art. 6º, inciso VIII, desta Lei, observado os limites de gastos estabelecidos em parâmetros gerais; [...]

Do cotejo dos mencionados diplomas normativos extrai-se, em primeiro lugar, que o RIOPREVIDÊNCIA não só está legalmente autorizado como é seu dever explorar o patrimônio para fins de ampliação da reserva técnica destinada ao pagamento dos benefícios do regime de previdência social dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro. Tal autorização genérica decerto envolve a alienação e a oneração dos bens imóveis integrantes de seu patrimônio, dispensando, portanto, a autorização casuística da Assembléia Legislativa e do Governador do Estado, aqui já concedidas em caráter genérico. Nos dizeres de FLAVIO MARTINS RODRIGUES:

“A gestão dos ativos recebeu tratamento inovador no RIOPREVIDÊNCIA. Tradicionalmente, a gestão imobiliária tinha uma visão patrimonialista, sem se voltar para a análise da rentabilidade como ativo de natureza econômica e com a observância de parâmetros de mercado. A Lei Estadual

possibilitou ao RIOPREVIDÊNCIA a gestão dos ativos imobiliários de forma a buscar um melhor retorno financeiro (at. 30, § 1.º e seguintes), bem como trouxe autorização para alienação e oneração de imóveis. Com isso, a gestão do patrimônio imobiliário independe de autorização do Governador do Estado (art. 30, § 2.º) e as alienações seguem o disposto no art. 17, I (primeira parte) da Lei n.º 8.666/93, de forma que as vendas devem observar a modalidade licitatória da concorrência pública.¹²

Tal exploração, diferentemente do que pode ocorrer com os bens do Estado, estará sempre orientada à obtenção do melhor aproveitamento econômico possível, o que demanda, por óbvio, a celebração de negócios que tenham, segundo parâmetros de mercado, retorno financeiro adequado. Em outras palavras, é missão do RIOPREVIDÊNCIA, na gestão dos imóveis integrantes de sua carteira que não estejam afetados às suas próprias atividades administrativas, celebrar negócios jurídicos que, dentro da realidade de mercado, busquem atingir os máximos patamares possíveis de rentabilidade, dentro de limites prudenciais de segurança. Tais negócios poderão envolver, por exemplo, a cessão de uso onerosa de imóveis ou, ainda, a sua alienação, observada, em qualquer caso, a legislação referente às licitações e contratos administrativos.

Por outro lado, é igualmente correto admitir que é injustificável que seja incorporado ao patrimônio do Fundo um imóvel que seja incapaz de gerar rendimentos ou cujo valor de mercado, para fins de alienação, não seja relevante – serão imóveis que, inevitavelmente, gerarão despesas de conservação, prevenção de invasões etc., sem a contrapartida financeira adequada. Nessa mesma linha de raciocínio, também fere o bom senso que constem de sua carteira imobiliária bens cuja conservação ou restauro custe valores que podem, em alguns casos, até mesmo superar o valor de mercado do imóvel. São hipóteses claríssimas de descapitalização do Fundo, que há de ser evitada.

Ocorre que grande parte dos bens dominicais do Estado, transferidos ao RIOPREVIDÊNCIA por força do Decreto n.º 25.217/99 – observado o permissivo do art. 13 da Lei n.º 3.189/99 –, não apresentavam condições de gerar rendimentos, fosse por suas características físicas, por seu estado de conservação ou por outras razões. O mesmo se deu com a esmagadora maioria dos imóveis recebidos pelo Fundo na qualidade de sucessor do extinto IPERJ, por força da Lei n.º 5.109/07.

Por tal razão, constaram da Lei Complementar n.º 132/09 o art. 41 e seus respectivos parágrafos, que estabelecem, em textual:

Art. 41. Fica o Poder Executivo autorizado a tornar sem efeito as incorporações de ativos ao patrimônio do RIOPREVIDÊNCIA realizadas ao amparo da Lei n.º 3.189, de 22 de fevereiro de 1999, quando forem considerados como de baixo potencial de geração de renda.

§ 1.º A avaliação dos ativos, para os fins do caput deste artigo, será realizada pela Diretoria de Investimentos

¹²RODRIGUES, *Fundos de Pensão de Servidores Públicos*, p. 56-57.

do RIOPREVIDÊNCIA, mediante análise econômico-financeira técnica e fundamentada, e aprovada pela Diretoria Executiva e pelo Conselho de Administração, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de publicação desta Lei.

§ 2.º Caberá ao Chefe do Poder Executivo a homologação da avaliação a que se refere o § 1.º, bem como a realização dos atos necessários à efetivação disposto no caput deste artigo.

§ 3.º Aplica-se o disposto no presente artigo e nos §§ 1.º e 2.º, no que couber, aos bens móveis e imóveis cuja titularidade tenha sido adquirida pelo RIOPREVIDÊNCIA na forma do art. 3.º da Lei n.º 5.109, de 15 de outubro de 2007, transferindo-se a respectiva titularidade ao Estado.

Vê-se, portanto, que a legislação admitiu que os imóveis incapazes de proporcionar aproveitamento econômico ao RIOPREVIDÊNCIA – e, portanto, incompatíveis com suas finalidades legais – poderiam ser revertidos ao patrimônio do Estado.

3.7. A compensação previdenciária

Impõe-se, ainda, menção, ainda que breve, à compensação previdenciária. Com efeito, o art. 201, § 9.º, da Constituição, contemplou a compensação recíproca entre regimes previdenciários. A importância do instituto se revela diante da circunstância de que, não raro, os servidores públicos averbam em seus assentos funcionais, para fins de aposentadoria, o tempo de contribuição prestada ao regime geral de previdência social. Quando da concessão da aposentadoria, custeada pelo RIOPREVIDÊNCIA, este passa a ter direito ao recebimento de fluxo financeiro do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, de modo a que a Autarquia não suporte a totalidade do custo quando não percebeu a totalidade das contribuições¹³. A matéria encontra-se disciplinada na Lei Federal n.º 9.796, de 5 de maio de 1999.

4. O regime jurídico-previdenciário dos servidores públicos estaduais

Os benefícios do regime jurídico-previdenciário dos servidores públicos estaduais está disciplinado na Lei Estadual n.º 5.260, de 11 de junho de 2008. Sua edição atendeu, novamente, à dicção do art. 40, § 20, da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 41/03, que estabelece a unicidade de regimes previdenciários. Com efeito, a Lei n.º 5.260/08 veio a substituir as expressamente revogadas Leis Estaduais n.º 285, de 3 de dezembro de 1979, n.º 3.308, n.º 3.309, n.º 3.310 e n.º 3.311, todas de 30 de novembro de 1999, que dispunham, respectivamente, sobre o regime previdenciário dos servidores¹⁴ do Poder Executivo,

¹³O contrário também acontece, isto é, é possível que um trabalhador vinculado ao regime geral de previdência social averbe, para fins de aposentadoria, tempo de contribuição prestada ao RIOPREVIDÊNCIA, mas a quantidade de casos é consideravelmente menor, o que torna o Fundo Previdenciário Estadual, no somatório, credor do INSS.

¹⁴A expressão *servidores*, aqui, abrange também os *membros de Poder*, assim entendidos os membros do Ministério Público e da Magistratura Estadual e, ainda, os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado. Conquanto

do Ministério Público (MP), do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas do Estado (TCE) e da Assembleia Legislativa.

A Lei n.º 5.260/08 deriva de projeto de lei de iniciativa do Governador do Estado, mas é resultante de proposta consensual, advinda de trabalho conjunto das equipes técnicas e jurídicas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado, avalizado pelas respectivas Chefias, sobre anteprojeto elaborado pelo Executivo. Apesar disso, suscitou a discussão acerca de eventual inconstitucionalidade formal por suposta violação ao princípio constitucional da separação de Poderes, baseada na previsão constitucional de iniciativa privativa de cada Poder para dispor sobre regime jurídico de seus membros e servidores. Sob tal perspectiva, a alegação era a de que não poderia uma lei cujo projeto foi apresentado pelo Chefe do Executivo dispor sobre a previdência dos servidores dos demais Poderes. Trata-se, *permissa maxima venia*, de visão já ultrapassada, que não dissocia o *regime estatutário* do *regime previdenciário*, como pretendeu o constituinte reformador. Explica-se.

4.1. A unicidade do regime não fere a separação de Poderes

O direito à aposentadoria dos servidores públicos estaduais foi originalmente concebido como um direito de natureza meramente estatutária, de tal forma que a contribuição para a previdência social não constituía requisito para a aposentadoria – bastavam o tempo de serviço, o implemento da idade máxima (para o caso da aposentadoria compulsória) ou a invalidez. Assim é que, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a contribuição previdenciária destinava-se apenas ao custeio das pensões por morte (então pagas pelo extinto IPERJ); os magistrados e membros do Ministério Público, aliás, sequer eram contribuintes obrigatórios quando do advento da Lei Estadual n.º 285/79.

Tal panorama foi modificado apenas com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 20/98, que, alterando o art. 40 da Constituição Federal, passou a tratar a aposentadoria como um benefício previdenciário e, portanto, submetido à *contributividade*. Seguiu-se, com isso, o exemplo do Regime Geral de Previdência Social (art. 201 da Constituição) – aproximação essa que, afinal, era o grande objetivo daquela reforma constitucional. A partir de então, foram introduzidos os requisitos de idade mínima e de tempo de *contribuição* (e não mais de *serviço*) para a aposentadoria; ademais, o custeio dos proventos de inatividade deixou de incumbir ao Tesouro Estadual, recaindo sobre as receitas destinadas à previdência social do funcionalismo público.

Nessa oportunidade, o novo ordenamento constitucional estabeleceu para a previdência social dos servidores públicos uma disciplina inteiramente nova, preocupada com o *equilíbrio financeiro e atuarial* (indissociável, por sua vez, da

constante na ementa e no próprio texto da Lei n.º 5.260/08, o mencionado diploma legal não estabelece qualquer tratamento jurídico diferenciado a tais categorias, mesmo porque haverão de ser, afinal, considerados como *servidores públicos em sentido estrito* e não como *agentes políticos*. A respeito, v. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 448-449. Os grifos são do original. Confira-se, no mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 310; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 517, em que o autor classifica os Magistrados, membros do MP e dos Tribunais de Contas como *agentes não políticos*.

responsabilidade fiscal). Para tanto, a Constituição da República, pelo art. 249, facultou aos Estados a criação, por lei, de fundos integrados por recursos oriundos das contribuições previdenciárias e por outros bens, direitos e ativos de qualquer natureza. Sob o pálio desse permissivo constitucional, o legislador do Estado do Rio de Janeiro editou a Lei n.º 3.189/99, criando o RIOPREVIDÊNCIA.

Numa outra etapa, o constituinte reformador, por intermédio da Emenda Constitucional n.º 41/03, inseriu o § 20 no art. 40 da Constituição, vedando expressamente a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores efetivos e de mais de uma unidade gestora em cada ente federado, sem qualquer exceção a quaisquer categorias. Vale dizer, a partir de então, cumpria ao Estado do Rio de Janeiro manter um único regime de previdência social para todos os seus servidores, administrado, por sua vez, por uma única entidade gestora.

Esse esforço histórico serve para esclarecer que *o constituinte conferiu disciplina própria ao regime previdenciário, que deixou de ser um mero apêndice do regime estatutário dos servidores para adquirir autonomia*.

Corroborando tal constatação um aspecto importante: desde a promulgação da Emenda Constitucional n.º 20/98, aqueles que ocupam exclusivamente cargos em comissão na Administração Pública, ou seja, não titularizam nenhum cargo de provimento efetivo, são vinculados ao regime geral de previdência social e não ao regime próprio dos servidores efetivos (art. 40, § 13). No entanto, permanecem, do ponto de vista de disciplina funcional e naquilo que cabível, sujeitos ao regime jurídico estatutário. Obviamente, isso não aconteceria se o regime previdenciário fosse um apêndice do regime estatutário.

Tem-se, portanto, que, dissociados o estatuto e a previdência, esta última não estará obrigatoriamente sujeita à iniciativa privativa de cada Poder. Considerando, então, que a Constituição também exige a unicidade do ente gestor – atribuição típica do Poder Executivo, é coerente que caiba ao mesmo encaminhar não apenas o projeto de lei relativo ao órgão ou entidade que gerencie os recursos, como também o projeto que cuide do regime de benefícios (vale dizer, de como se dará o desembolso dos recursos geridos).

Não há objetar que tal entendimento feriria a independência e harmonia entre os Poderes e, no caso do MP e do TCE, a independência constitucionalmente assegurada a ambas as instituições. Todos permanecerão dotados da competência exclusiva para administrar suas folhas de pagamentos e praticar os atos da vida funcional, como, por exemplo, editar os atos de aposentadoria de seus respectivos membros.

Nessa linha de raciocínio, administrar a fixação e o pagamento de proventos de inatividade, bem como de pensões por morte, nada tem que ver com independência de órgãos e Poderes. É admissível, sim, que cada Poder ou órgão constitucionalmente independente conserve em seu rol de competências o gerenciamento da folha de pagamento dos ativos, bem como as atribuições de iniciativa legislativa para fixação da remuneração de seus membros em atividade – são prerrogativas que, em tese, libertam os Poderes e órgãos de eventuais pressões externas e permitem que suas atividades de fiscalização também mirem a atuação do Poder Executivo, numa adequada aplicação do sistema de freios e contrapesos preconizado pela Constituição da República.

No entanto, isso não é suficiente para justificar a permanência da gestão e do pagamento de benefícios previdenciários entre as atribuições do Poder Judiciário,

do Poder Legislativo, do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Ao revés, há fortes argumentos favoráveis à centralização da gestão previdenciária. O primeiro deles, de índole constitucional, é o da *solidariedade*: não há razão que justifique a segregação de determinadas categorias de servidores quanto à arrecadação e custeio da previdência social. Observadas as regras de pagamento dos benefícios previstas no art. 40 e seus parágrafos da Constituição Federal, não há nenhum argumento que sustente a existência de um regime próprio ou de unidades gestoras separadas.

Do mesmo modo – e também em sede constitucional – a *eficiência administrativa* exige a centralização da gestão previdenciária. Com efeito, a previdência importa a realização de cálculos e projeções atuariais, que, por seu turno, demandam o conhecimento dos reais números de população atendida, faixa etária, rendimentos, contribuições efetuadas etc. Sem a ciência de todos esses dados, quaisquer projeções atuariais são incompletas – fica impossível saber, por exemplo, o tamanho real de um déficit do regime ou quanto tempo as suas reservas são capazes de sustentar o pagamento de benefícios.

Repete-se, ainda uma vez: a *unificação dos regimes previdenciários e da entidade gestora não fere a independência dos Poderes, do MP e do TCE*. Por outro lado, decorrerá da efetiva unificação o conhecimento (mas jamais a manipulação) dos dados funcionais de todos os servidores pela entidade previdenciária, o que não significa violação de sigilo a respeito de dados remuneratórios dos servidores – pelo contrário, passa o ente previdenciário a ser mais um garantidor desse sigilo, sob pena de responsabilização pela sua quebra.

Com efeito, o ente gestor do regime previdenciário precisa dispor dos meios de acompanhar se a arrecadação das contribuições (dos servidores e patronais) está sendo corretamente efetuada e de saber os parâmetros de fixação de proventos e pensões. Afinal, é sua responsabilidade a administração dos gastos previdenciários, sob pena de esgotar a reserva e, assim, reduzir a pó o direito dos servidores públicos à previdência social, sem prejuízo de sanções administrativas, civis, políticas e penais que eventualmente lhe venham a ser impostas¹⁵.

¹⁵Outras considerações podem ser acrescidas ao tema. Sabe-se que, nas hipóteses constitucionais de iniciativa legislativa do Ministério Público, do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas, tais iniciativas são sempre privativas, como, por exemplo, para as leis que disponham sobre a remuneração de seus membros (art. 127, § 2.º, art. 96, inciso II, alínea “b”; art. 73, in fine, todos da Constituição Federal); tais órgãos não compartilham da iniciativa legislativa comum. O Poder Legislativo, por sua vez, pode deflagrar o processo legislativo nos casos de iniciativa comum ou privativa, sendo pertinente repetir o exemplo da questão da remuneração (art. 27, § 2.º, da Constituição Federal, relativo aos Deputados Estaduais). Nesse sentido, v. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002; TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 5. edição. São Paulo: Saraiva, 2007; CARVALHO, Kildare Gonçalves. Técnica Legislativa. 4. edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Não há, atualmente, previsão constitucional de iniciativa legislativa conjunta. Não vingou, por não ter sido exercida, a única hipótese já prevista, que estabelecia a iniciativa conjunta dos três Poderes da União para o projeto de lei que fixava o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (vigente da promulgação da Emenda Constitucional n.º 19/98 à promulgação da Emenda Constitucional n.º 41/03, que modificou a redação do art. 48, XV, da Constituição da República).

Reitere-se que a matéria previdenciária não se confunde ou subordina à matéria estatutária funcional – logo, exclui-se da competência privativa dos Poderes e instituições e, portanto, exclui-se de sua competência como um todo. De igual modo, não se subsume o tema iniciativa legislativa comum, tendo em vista a sua natureza. Cabe, aqui, desenvolver melhor esse aspecto. Um projeto de lei que disponha sobre a unificação dos regimes previdenciários e sobre a unidade de ente gestor cuida das atribuições do RIOPREVIDÊNCIA, que, como autarquia, compõe a estrutura do Poder Executivo. Demais disso, trata, em última análise, da questão da arrecadação de receitas públicas e da realização de despesas públicas (ainda que de natureza especificamente

4.2. Os benefícios previdenciários

O art. 7.º da Lei n.º 5.260/08 prevê, como únicos benefícios pagos pelo regime de previdência social dos servidores do Estado, a *aposentadoria*, a *pensão por morte de servidor* e o *auxílio-reclusão*. Atende-se ao disposto na Lei Federal n.º 9.717/98 – diploma cuja constitucionalidade já se demonstrou acima –, cujo art. 5.º enuncia, em textual:

Art. 5.º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

Evidente, também, a constitucionalidade desse dispositivo. Com efeito, sabe-se que o regime previdenciário tem autonomia diante do regime estatutário funcional. Além disso, a norma em comento é consonante com a orientação das sucessivas reformas da Previdência no país. Mister, neste ponto, recorrer a uma interpretação histórica e também sistemática para que se perceba o propósito do constituinte reformador, demonstrado tanto na Emenda Constitucional n.º 20/98 como na Emenda Constitucional n.º 41/03, de caminhar no sentido da uniformidade dos regimes próprios de previdência e a sua aproximação – tanto quanto possível – do regime geral, de modo a garantir o equilíbrio de todos os regimes próprios, entre os quais a Constituição assegura a contagem recíproca e a compensação financeira (art. 201, § 9.º¹⁶).

Nesse diapasão, é bem de ver que a compensação entre os regimes – indispensável para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial – é passível de prejuízo no caso de, por exemplo, um regime próprio previr o pagamento de outros benefícios não previstos no regime geral. Se o segurado houver averbado grandes períodos de contribuição ao regime geral de previdência social, o regime próprio não obterá nenhuma compensação financeira, arcando com despesas incompatíveis com o as contribuições vertidas por aquele segurado.

Por tal razão, não há previsão legal vigente relativa a outros benefícios

previdenciária), o que também atrai a competência do Poder Executivo para deflagrar o processo legislativo. É certo que não há previsão expressa da iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo para tal projeto de lei. Contudo, é de imediata constatação que se cuida, no mínimo, de competência implícita, pelas implicações administrativas da nova disciplina a ser fixada. Socorre, ainda, uma interpretação histórica, de resultado extensivo: recorde-se que parte da previdência social do servidor público (em particular, a aposentadoria) era, na redação original da Constituição Federal, um direito estatutário e não previdenciário, sendo possível afirmar que as sucessivas reformas da Previdência deram autonomia aos dispositivos concernentes à previdência dos servidores. Nessa ordem de idéias, o dispositivo que conferia competência privativa ao chefe do Executivo para a iniciativa dos projetos de lei que dispusessem sobre regime jurídico dos servidores (art. 61, § 1.º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal) pressupunha, originariamente, a iniciativa também para direitos previdenciários. Observe-se, então, que as Emendas Constitucionais n.º 20/98 e n.º 41/03, apesar de destacarem a previdência do regime estatutário, jamais apontaram para a segregação da disciplina entre os Poderes e instituições constitucionais – ao revés, a pedra de toque foi, justamente, a uniformização. Dessa forma, extrai-se, por interpretação extensiva do art. 61, § 1.º, inciso II, alínea “c”, da Constituição Federal, em que pese à manutenção de sua redação original, a privatividade da iniciativa legislativa para o Executivo – no caso, para o Governador do Estado.

¹⁶Regulamentado pela Lei Federal n.º 9.796, de 5 de maio de 1999.

que não aqueles previstos na Lei Federal n.º 8.213/91, como era o caso, por exemplo, da previsão do pecúlio *post mortem* nos diplomas revogados pela Lei n.º 5.260/08, que asseguravam àquele designado pelo servidor ou, na ausência de indicação, aos dependentes, o pagamento, quando do óbito, de valor correspondente ao quádruplo do vencimento do segurado falecido¹⁷.

No que concerne aos benefícios, a detalhada disciplina da Constituição concernente às regras de fixação, revisão e pagamento dos benefícios previdenciários deixou margem relativamente pequena ao legislador estadual – assim é que, no texto da Lei n.º 5.260/08, é frequente a remissão às disposições constitucionais atinentes ao assunto, bem como à normativa nacional sobre regras de aposentadoria e pensões à luz da Emenda Constitucional n.º 41/03, consagrada na Lei Federal n.º 10.887/04.

É importante assinalar que *ainda não há, para os servidores do Estado do Rio de Janeiro, qualquer limitação de pagamento de benefícios previdenciários ao limite máximo do regime geral de previdência social*. Tal hipótese somente se verificará se e quando foi instituída, por lei, a previdência complementar dos servidores públicos e, mesmo assim, a limitação ao teto do regime geral será obrigatoriamente aplicável apenas aos servidores que houverem ingressado no serviço público após a edição da lei de criação dessa previdência complementar.

Há, de outro giro, alguns temas cujo tratamento legal estadual pode suscitar alguma controvérsia e, por tal razão, merecem um olhar mais detido.

4.2.1. Casuística da aposentadoria – análise de algumas questões controvertidas

4.2.1.1. A fixação de proventos da aposentadoria por invalidez de corrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável

Como é cediço, a Constituição determina, em seu art. 40, § 3.º, que os proventos de aposentadoria devem ser fixados tomando-se em conta as remunerações que serviram de base de cálculo para a incidência da contribuição previdenciária. Tal redação, introduzida pela Emenda Constitucional n.º 41/03, alterou a sistemática de determinação dos proventos de inatividade, que, até então, consideravam apenas a última remuneração.

Em outras palavras, a lógica da fixação de proventos até a edição da Emenda Constitucional n.º 41/03 considerava, como única variável, o tempo de contribuição para estabelecer o percentual a incidir sobre uma base de cálculo única – qual seja, a última remuneração do servidor imediatamente anterior à sua passagem para a inatividade. Dessa forma, a aposentadoria compulsória por idade ou a aposentadoria

¹⁷Na verdade, a previsão do pecúlio *post mortem* da Lei n.º 285/79 já havia tido sua eficácia jurídica suspensa desde a edição da Lei Federal n.º 9.717/98, na forma do art. 24, § 4.º, da Constituição, na medida em que contrariava a norma geral nacional posterior, conforme reconhecido pela Procuradoria Geral do Estado no Parecer n.º 01/2007-APSE, de autoria da Procuradora do Estado Ana Paula Serapião. De maneira similar, a Lei Estadual n.º 4.009, de 19 de novembro de 2002, que acrescentou o § 2.º ao respectivo art. 2.º das Leis Estaduais n.º 3.308/99, n.º 3.309/99, n.º 3.310/99 e n.º 3.311/99, também foi entendido como inválido, não apenas por contrariar a norma nacional, como também por haver inserido nos então múltiplos regimes previdenciários o pagamento de novo benefício sem prever a fonte de custeio total, violando, pois, o art. 195, § 5.º, da Carta de 1988, conforme sustentado pelo autor deste capítulo no Parecer RIOPREVIDÊNCIA/DJU n.º 08/2009-FDCB. Em ambas as manifestações, contudo, ressaltaram-se os pagamentos eventualmente já realizados, em observância do princípio da segurança jurídica, em sua vertente subjetiva da proteção da confiança, pois os pareceres foram emitidos muito tempo depois do início da vigência das leis analisadas.

por invalidez impunham, quando da fixação dos proventos, a multiplicação do valor da última remuneração do servidor em atividade por uma fração, cujo numerador consistia no tempo de contribuição e cujo denominador correspondia ao tempo mínimo de contribuição para aquisição do direito à aposentadoria voluntária. Assim, por exemplo, seria calculada a aposentadoria por invalidez de um servidor do sexo masculino:

$$\text{Proventos}^{18} = \text{Última remuneração} \times \frac{\text{Tempo de contribuição}}{35 \text{ anos}^{19}}$$

¹⁸Permita-se explicar o acima afirmado com exemplos: se um servidor, que recebesse R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) de remuneração, fosse aposentado por invalidez com 20 (vinte) anos de contribuição, seus proventos corresponderiam a 20/35 de R\$ 3.500,00, ou seja, R\$ 2.000,00 (dois mil reais); se, no entanto, tal aposentadoria ocorresse com apenas 15 (quinze) anos de contribuição, os proventos seriam de 15/35 de R\$ 3.500,00, isto é, R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). A base de cálculo, como se vê, era sempre a mesma.

Diante disso, a Constituição previa casos em que, independentemente do tempo de contribuição, a fração a ser multiplicada por essa mesma base de cálculo deveria corresponder a 1 (um). Nos casos de aposentadoria por invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, os proventos de aposentadoria corresponderiam exatamente ao valor da última remuneração imediatamente anterior à passagem para a inatividade, independentemente do tempo de contribuição prestada, configurando-se o que se chamava, à época, de *aposentadoria integral*.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 41/03, introduziu-se nova variável no cálculo: além da proporção entre o tempo de contribuição e aquele necessário à aposentadoria voluntária, passam a ser consideradas as remunerações que serviram de base para a incidência da contribuição previdenciária do servidor ao longo de sua vida funcional. Vale dizer, *ressalvados os casos das aposentadorias voluntárias fundamentadas nas regras transitórias dos arts. 3.º e 6.º da Emenda Constitucional n.º 41/03, e no art. 3.º da Emenda Constitucional n.º 47/05 – que continuam a obedecer a sistemática antes descrita* –, toda e qualquer fixação de proventos de aposentadoria, seja voluntária, compulsória ou por invalidez, será submetida a uma nova sistemática de cálculo. Essa é a dicção do art. 40, § 3.º, da Carta Magna, que reza, *in verbis*:

Art. 40. [...]

§ 3.º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

¹⁸Até a promulgação da Emenda Constitucional n.º 41/03.

¹⁹Com vistas à melhor compreensão do tema, excluem-se, para fins meramente didáticos, os casos de aposentadorias especiais, que, por força de normas constitucionais e legais específicas, demandam menos tempo de contribuição.

O mencionado dispositivo constitucional recebeu regulamentação, em sede de lei nacional, pela Lei n.º 10.887, de 18 de junho de 2004, cujo art. 1.º estatui:

Art. 1.º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3.º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

Logo, alterou-se a fórmula de cálculo das aposentadorias, com o que passaram os proventos a ser calculados da seguinte maneira (retomando-se o exemplo anterior, para os servidores do sexo masculino):

$$\text{Proventos} = \frac{\text{Medida da remuneração (Lei 10.887/04)}}{\text{Tempo de contribuição (35 anos}^{20}\text{)}}$$

No mesmo raciocínio de antes, a fração entre o tempo de contribuição e o limite mínimo de contribuição deverá corresponder a 1 (um) quando a aposentadoria decorrer de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei²¹.

Parece, então, haver conflito entre o art. 1.º da Lei Federal n.º 10.887/04 e o art. 11, *caput* e inciso I, da Lei Estadual n.º 5.260/08, que institui o regime jurídico próprio e único dos servidores estatutários do Estado, que dispõe, em textual:

Art. 11. Os proventos de inatividade serão fixados em valor correspondente à totalidade da remuneração do segurado no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, nos seguintes casos:

I - aposentadoria por invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, cardiopatia grave, hanseníase, leucemia, pênfigo foliáceo, paralisia irreversível e incapacitante, síndrome

²⁰Com vistas à melhor compreensão do tema, excluem-se, para fins meramente didáticos, os casos de aposentadorias especiais, que, por força de normas constitucionais e legais específicas, demandam menos tempo de contribuição.

²¹A alteração, que não tem relevância para este estudo, também permitiu expressamente que houvesse delegação legislativa à Administração Pública para, por ato normativo infralegal, incluir ampliar o catálogo de enfermidades idôneas a autorizar a aposentadoria por invalidez.

da imunodeficiência adquirida - AIDS, neuropatia grave, esclerose múltipla, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, mal de Paget e hepatopatia grave, e, ainda, o que constar de ato do Conselho de Administração ou portaria expedida pelo Diretor-Presidente do RIOPREVIDÊNCIA, *ad referendum* do Conselho;

À primeira vista, residiria a antinomia na contraposição entre a determinação da lei federal, que impõe a apuração da base de cálculo dos proventos sobre a média das bases de cálculo para contribuição, e a regra da lei estadual, que estabelece a fixação do benefício segundo a “totalidade da remuneração”, o que poderia sugerir um permissivo na legislação fluminense para a perpetuação de uma “aposentadoria integral por invalidez”.

O conflito, todavia, deve ser tido como apenas aparente. Primeiramente, cumpre ressaltar que a Lei n.º 10.887/04 foi editada pela União no exercício da competência para edição de normas gerais, pelo que se há de concluir por sua constitucionalidade, como acima já sustentado. Partindo, pois, da premissa da validade do art. 1.º da Lei n.º 10.887/04, é bem de ver que a adequada compreensão do art. 11 da Lei n.º 5.260/08 demanda uma exegese com recurso ao elemento sistemático. Primeiramente, recorde-se que o art. 10 da Lei Estadual em apreço determina, expressamente, que a fixação e a atualização dos proventos de aposentadoria obedecerá ao disposto na Lei Federal 10.887/04 e no art. 11. Vale dizer, a própria lei estabelece, como diretriz hermenêutica, a conjugação de ambos os diplomas legais, o que, de imediato, já contribui sensivelmente para descaracterizar qualquer argumento de antinomia.

Dessa forma, fica afastada qualquer hipótese de concessão de aposentadoria por invalidez permanente que imponha fixação de proventos sobre a última remuneração. Com efeito, a modificação operada no § 3.º do art. 40 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 41/03 e o disposto no art. 1.º da Lei Federal n.º 10.887/04 não deixam margem a dúvidas: a determinação da base de cálculo para fixação de proventos de inatividade deverá considerar o histórico de contribuições do servidor e, portanto, o histórico de remunerações que serviram de base de cálculo para a incidência dessas contribuições.

Pergunta-se, então: qual a compreensão correta da expressão “totalidade da remuneração do segurado no cargo efetivo em que se der a aposentadoria”, presente no art. 11 da Lei n.º 5.260/08? A resposta, ao envolver a conjugação dos diversos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis, modifica a perspectiva decorrente daquela primeira leitura, estática, e a submete à dinâmica da progressão remuneratória e contributiva.

Em outras palavras, a “totalidade da remuneração” deve ser verificada não apenas no momento em que o servidor passar à inatividade, mas ao longo do tempo considerado, nos termos da Lei Federal n.º 10.887/04, para determinação da base de cálculo dos proventos. Esta deixa de pertencer a um marco temporal fixo para estender-se por uma linha cronológica, de tal modo que, para a apuração do valor dos proventos de aposentadoria por invalidez, deve ser considerada a

totalidade da remuneração ao longo do tempo e não apenas no momento específico de formulação do requerimento de aposentadoria, como se dava até o advento da Emenda Constitucional n.º 41/03.

Essa, aliás, é a única exegese capaz de compatibilizar o art. 11, *caput* e inciso I, da Lei n.º 5.260/08 com o art. 40, § 3.º, da Constituição da República em sua redação atual. Tem-se, quando menos, uma *interpretação conforme a Constituição*²² do dispositivo legislativo em questão, para fins de preservação de sua higidez.

É dizer: admitir a “*aposentadoria integral por invalidez*” – *rectius*, a aposentadoria por invalidez com proventos fixados com base apenas na última remuneração do servidor enquanto em atividade – importaria a exegese da norma insculpida no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei n.º 5.260/08 em contrariedade à disposição constitucional e à própria *ratio* das Reformas da Previdência. Faz-se imperioso, portanto, compreender a regra da lei estadual em foco à luz da Constituição e da lei nacional vigente.

Não há objetar, frise-se, que haveria aqui um conflito entre a lei nacional, que veicula regra geral, e a lei estadual, que contém regra especial, devendo esta prevalecer. Tal raciocínio conduziria ao absurdo de privilegiar a lei estadual não em desacordo com a norma federal, mas com a própria Constituição, subvertendo por completo a hierarquia das fontes normativas.

Resta, então, um único caminho, qual seja, o de considerar que a expressão “*totalidade da remuneração*” prevista no *caput* do art. 11 da Lei n.º 5.260/08 deve ser compreendida, para as hipóteses do inciso I do mesmo artigo, como sendo “*a totalidade da remuneração no período e nas condições que prescreve a Lei Federal n.º 10.887/04*”. O mesmo raciocínio se aplicará aos casos de aposentadorias enquadrados nos incisos II e III do mesmo art. 11 da Lei n.º 5.260/08, rigorosamente pelas mesmas razões.

4.2.1.2. O cômputo de gratificações nas aposentadorias voluntárias integrais

É tormentosa a questão do cômputo das gratificações para fins de fixação dos proventos de aposentadoria²³, particularmente no que diz respeito às chamadas aposentadorias voluntárias integrais – como acima exposto, aquelas calculadas a 100% (cem por cento) da última remuneração do servidor na ativa. O tema ganha

²²Na feliz e já muito conhecida enunciação de Luís Roberto Barroso, a interpretação conforme a Constituição decompõe-se nestes elementos:

“1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita.

2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto.

3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição.

4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 189).

²³Opta-se aqui por não usar o termo incorporação, mais adequado aos casos em que uma vantagem pecuniária se integra definitivamente à remuneração do servidor ainda em atividade e não com a aposentadoria.

relevante sobretudo em virtude da sistemática remuneratória implementada para muitas carreiras de servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro nas últimas décadas, que, não raro, consistia no pagamento de gratificações de encargos especiais cujo valor constituía a maior parte da remuneração dos servidores.²⁴

A disciplina do tema se encontrava, originariamente, no art. 220 do Regulamento do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado, aprovado pelo Decreto n.º 2.479, de 8 de março de 1979, *in verbis*:

Art. 220 – Além do vencimento, integram o provento as seguintes vantagens obtidas durante a atividade:

I – adicional por tempo de serviço;

II – gratificações ou parcelas financeiras outras, percebidas em caráter permanente.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, considera-se percepção em caráter permanente a vantagem pecuniária inerente ao cargo e aquela em cujo gozo o funcionário se encontra ininterruptamente, nos últimos 5 (cinco) anos anteriores à passagem para a inatividade.

§ 2º - A base de cálculo para a incorporação no provento das vantagens a que se refere o inciso II será:

1) quando o valor da vantagem for variável, considerar-se-á para efeito de fixação em importância igual à percebida pelo funcionário no tempo da passagem para a inatividade em todas as hipóteses previstas no inciso I, do artigo 219; nos demais casos, observar-se-á proporcionalidade ao tempo de serviço;

2) quando o valor da vantagem não for variável, o quantitativo será fixado em importância igual à percebida pelo funcionário ao tempo da passagem para a inatividade em todas as hipóteses previstas no inciso I, do art. 219; nos demais caso, observar-se-á a proporcionalidade ao tempo de serviço.

Dessa forma, se, por exemplo, um servidor percebesse uma gratificação de encargos especiais ou correlata – normalmente sujeita ao desconto da contribuição previdenciária –, teria direito ao seu cômputo quando da fixação dos proventos de aposentadoria se a houvesse percebido, no mínimo, nos cinco anos imediatamente anteriores à data de aposentadoria.

Os dispositivos acima transcritos, porquanto incluídos em diploma normativo tido como de eficácia passiva de lei complementar – à luz do art.118, parágrafo único, inciso VIII, da Constituição do Estado –, foram expressamente revogados pelo art. 4.º da Lei Complementar n.º 121, de 11 de junho de 2008, sendo

²⁴A prática, a rigor, era a de criar gratificações que, de início ou mesmo fictamente, eram concedidas com base no art. 24 do Decreto-lei n.º 220/75 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado) para o desempenho de funções específicas ou extraordinárias, mas que, por ato administrativo, eram estendidas em caráter genérico e indiscriminado a todos os servidores ativos em exercício num determinado órgão. Normalmente, também eram objeto de contribuição previdenciária. Foi medida generalizada, aliás, não apenas no Estado do Rio de Janeiro, como também em vários entes da Federação e, por ser considerada burla à regra constitucional de paridade, gerou milhares de condenações judiciais de extensão dessas vantagens a inativos e pensionistas.

certo que o art. 5.º da mesma Lei Complementar assegurou os direitos adquiridos até então.

Dessa forma, expurgou-se da legislação estadual a possibilidade de inclusão de gratificações nos proventos de inatividade. No entanto, o expurgo não foi total: a Lei n.º 5.260, também de 11 de junho de 2008, introduziu uma regra de cunho transitório, nos seguintes termos:

Art. 35 Integrarão os proventos dos segurados as vantagens pecuniárias percebidas ininterruptamente, na data de publicação desta Lei, há pelo menos 3 (três) anos, desde que o segurado permaneça no gozo da mesma por período de tempo ininterrupto, a contar da data de publicação desta Lei, e que, findo este período, totalize, pelo menos, 5 (cinco) anos de percepção, ingresse na inatividade, hipótese em que se manterá a incidência da contribuição previdenciária sobre a mencionada vantagem.

Nota-se, pois, que o cômputo de gratificações para a aposentadoria foi mantido em hipóteses mais restritas e com requisitos mais rígidos, mediante a previsão da regra de transição reproduzida acima.

Tal regra, contudo, foi revogada poucos meses depois, por intermédio da Lei n.º 5.352, de 18 de dezembro de 2008, que alterou completamente a redação do art. 35 da Lei n. 5.260/08, passando este a prever, em textual:

Art. 35. Não integrarão os proventos dos segurados as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão, exceto quando tais parcelas integrarem a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com fundamento no artigo 40 da Constituição da República, respeitado, em qualquer hipótese, o limite do §2.º do citado artigo. (NR)

A questão sobre a qual ora se debruça diz respeito, exatamente, a esta última modificação legal, que suprimiu a regra transitória antes constante da lei estadual que disciplina o regime previdenciário dos servidores públicos estatutários. Tal supressão retirou, numa análise mais imediata, qualquer possibilidade de se carregar para seus proventos de inatividade as gratificações de encargos especiais percebidas ininterruptamente por cinco ou mais anos.

A primeira leitura das disposições normativas aplicáveis à espécie indicam que a servidora não teria direito ao cômputo das gratificações de encargos especiais em seus proventos de inatividade, à míngua de permissivo legal para tanto. Contudo, trata-se de exegese que não resiste a um exame mais detido de sua juridicidade.

Salta aos olhos, de pronto, a injustiça da solução jurídica de impedimento, puro e simples, do cômputo das gratificações de encargos especiais para fins de aposentadoria quando os servidores estaduais dispunham, até há menos de um ano, de legislação com quase três décadas de vigência que o permitia. Como agravante, a circunstância de que mesmo a primeira modificação da legislação feita em muitos anos – qual seja, aquela operada pela Lei n.º 5.260/08 – não eliminara completamente a

possibilidade, mantendo-a em caráter transitório para os servidores que preenchessem determinados requisitos.

A injustiça, na verdade, reside na *insegurança jurídica* do servidor, que criou, *com base na lei, expectativa legítima* de, quando da sua futura aposentadoria, aproveitar-se de permissivo da norma para manter seus proventos o mais próximo possível de seu patamar habitual de remuneração, com o qual estruturou sua vida e seu orçamento pessoal e familiar.

O que se percebe, pois, é que a mudança da disciplina legal relativa ao cômputo de gratificações nos proventos de inatividade surpreendeu os servidores públicos do Estado, atentando contra o princípio constitucional da *segurança jurídica*. Pede-se vênia, aqui, para uma breve conceituação.

Segundo GARCIA NOVOA, a ideia de *segurança jurídica* envolve a aptidão do Direito para ir ao encontro da pretensão de toda pessoa de saber a que se vincula nas suas relações com os demais e, assim, antever os riscos e perigos que pode correr no convívio em sociedade. Assim, é possível conceituar a *segurança jurídica* como a observância da aspiração do indivíduo de conhecer as normas jurídicas a que está submetido nas relações que trava com os demais sujeitos, mesmo porque o Direito, para o mencionado autor, é, como instrumento de organização social por excelência, indispensável para a segurança²⁵.

A segurança jurídica é um princípio constitucional implícito, decorrência necessária do Estado de Direito, traduzida na faculdade do indivíduo de, à luz do ordenamento jurídico, poder conduzir, planificar e conformar sua vida de maneira autônoma e responsável. Congloba a garantia de paz jurídico-social, mediante a estabilidade da ordem jurídica, a certeza no que concerne às normas jurídicas e, ao mesmo tempo, a confiabilidade no Direito, ou seja, a previsibilidade da conduta do Poder Público e dos seus efeitos sobre a esfera individual dos cidadãos, de acordo com normas jurídicas válidas e vigentes²⁶.

A segurança jurídica é correntemente vista sob duas perspectivas, a saber: uma *objetiva*, fundada na certeza e na previsibilidade do ordenamento, e uma *subjetiva*, relacionada com a *proteção da confiança* e das *expectativas legítimas* do indivíduo²⁷. Para a compreensão do que se deve entender por *expectativa legítima*, adote-se, nesta quadra, o magistério de SØREN SCHØNBERG, em textual:

[...] Uma expectativa é razoável quando uma pessoa razoável, agindo com diligência, a teria em circunstâncias relevantes. Uma expectativa é legítima quando o sistema jurídico reconhece a sua razoabilidade e lhe atribui conseqüências jurídicas processuais, substantivas ou compensatórias.²⁸

²⁵GARCIA NOVOA, César. El Principio de La Seguridad Jurídica en Materia Tributaria. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 22-23.

²⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. edição. Coimbra: Almedina, 2001, p. 257; PECZENIK, Aleksander. Estado de Derecho, Seguridad Jurídica y Legitimidad del Derecho. In Derecho y Razón. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 2000, p. 129.

²⁷GARCIA NOVOA, El Principio..., loc. cit.

²⁸SCHØNBERG, Søren. Legitimate Expectations in Administrative Law. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 6. Tradução livre do inglês (An expectation is reasonable if a reasonable person acting with diligence would hold it in the relevant circumstances. An expectation is legitimate if the legal system acknowledges its reasonableness and attributes procedural, substantive, or compensatory legal consequences to it.).

Como síntese, afirme-se: a *previsibilidade* dos atos do Estado e a *calculabilidade* dos respectivos efeitos jurídicos são, destarte, fundamentais para a caracterização da segurança jurídica e necessárias a que se possa ter a expectativa mais precisa possível dos deveres e direitos das partes envolvidas.

Pois bem. Que expectativa, então, é essa cuja proteção, sob o manto do princípio da segurança jurídica, ora se advoga? Nada mais é do que a conhecida *expectativa de direito*, normalmente qualificada, não sem um certo ar pejorativo, como “*mera expectativa de direito*”, em contraposição ao conceito de *direito adquirido*. De curso pacífico tornou-se a consagrada construção doutrinária de GABBA, segundo a qual, em linhas gerais, é adquirido aquele direito:

“[...] que é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo que se efetuou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da lei nova, e que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente ao patrimônio de seu titular”²⁹.

Essa noção de direito adquirido, dentro da tradição civilista do Direito brasileiro, serviu desde sempre para minorar a importância da *expectativa de direito*, segundo a qual, porquanto ainda não consumado o fato capaz de produzir um determinado direito, o mesmo ainda não estaria incluído no patrimônio de um indivíduo e, assim, restaria carente de proteção pelo ordenamento.

Dessa forma, se, por exemplo, a legislação previsse que o servidor público de um determinado ente federativo faria jus à percepção de uma vantagem pecuniária ao completar quinze anos de exercício, não haveria proteção no ordenamento jurídico para o servidor que, ao tempo da revogação da lei instituidora de tal vantagem, houvesse completado quatorze anos de exercício – na medida em que não se haveria implementado a conclusão dos quinze anos de serviço, não houve direito a incorporar ao patrimônio do servidor. O próprio STF, em diversos arestos, consolidou o seu entendimento nesse sentido, cunhando-se uma frase mecanicamente repetida por todos os cantos: “não há direito adquirido a regime jurídico”, aplicada principalmente em matéria de regime estatutário do funcionalismo público³⁰.

Rogata venia, não é admissível que a segurança jurídica proteja tão-somente o direito adquirido, em detrimento das expectativas de direito. Com efeito, se os direitos adquiridos são expressamente protegidos pela Constituição da República (art. 5.º, inciso XXXVI), a sua verificação é objetiva: ocorrido o fato idôneo a produzi-lo, descrito na lei, o direito se insere no patrimônio de seu titular, prescindindo-se da discussão sobre a confiança depositada pelo indivíduo na estabilidade do ordenamento.

Assim, a *proteção da confiança*, de vezo subjetivo, serve muito mais às expectativas de direito – é justamente nos casos em que, com base na legislação

²⁹Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 15. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1994, vol. I, p. 97.

³⁰V., em caráter meramente exemplificativo, os seguintes acórdãos do STF: ADIn n.º 2555/DF, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 02.05.2003; RE n.º 241884/ES, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 12.09.2003; RE n.º 293578/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 29.11.2002.; RE n.º 161263/CE, Segunda Turma, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJU 19.05.1995 etc.

vigente, se cria uma expectativa razoável (e, portanto, tem-se uma *expectativa legítima*) que se fará mais importante que o indivíduo seja protegido em face das mudanças na legislação.

A proteção da confiança por parte do Poder Público se dá, segundo SCHØNBERG, de forma *processual, substantiva* ou, ainda *compensatória*. A primeira delas, mais aproximada da concepção do devido processo legal, impõe que a frustração de expectativas legítimas seja precedida de procedimento equitativo (*fair procedure*), em que ao cidadão se faculte o contraditório e a ampla defesa³¹. A proteção substantiva, por sua vez, se dá mediante a irrevogabilidade de decisões político-administrativas ou, quando menos, a previsão de um regime transitório, em que se preserva ao administrado parcela de suas expectativas³². Por fim, a proteção compensatória, como diz a própria nomenclatura, se põe quando o Poder Público, por motivos de legalidade ou de atendimento a políticas públicas, supera as expectativas legítimas do cidadão mas, em contrapartida, oferece-lhe alguma forma de compensação, até mesmo pecuniária³³.

Nesse diapasão, a *previsão de regras de cunho transitório serve a uma proteção substantiva do indivíduo em face do agravamento de um regime jurídico*, seja mediante a manutenção do direito anterior para situações iniciadas e desenvolvidas sob sua vigência, a regulamentação específica para tais casos, a aplicação gradual de uma nova disciplina ou, ainda, a extensão do período de *vacatio legis* da lei nova³⁴.

Parece bastante claro, portanto, que o legislador, ao editar a Lei n.º 5.260/08, optou pela técnica de previsão de norma de transição em benefício dos servidores, de modo a, mantendo a possibilidade de cômputo de gratificações para o cálculo dos proventos de inatividade, restringir sua possibilidade a servidores que já percebessem tais verbas por, no mínimo, três anos, sem prejuízo do atendimento do prazo temporal mínimo de cinco anos de percepção ininterrupta das vantagens, a ser contado “de trás para frente”, desde a data de requerimento da aposentadoria. Vale dizer, *quis o legislador, diante da criação de um novo regime previdenciário menos favorável, estender a validade das normas revogadas para casos específicos, delimitados por intermédio do enrijecimento dos requisitos de seu atendimento*. Em síntese, *adotou a proteção substantiva das expectativas legítimas dos servidores*.

É importante assinalar que, com isso, o legislador estadual alinhou-se com o espírito das sucessivas reformas da Previdência. Com efeito, tanto a Emenda Constitucional n.º 20/98 (arts. 8.º e 9.º) quanto a Emenda Constitucional n.º 41/03 (arts. 2.º e 6.º) estabeleceram, em dispositivos específicos, normas transitórias que não se confundem com o resguardo expresso de direitos já adquiridos (art. 3.º, em ambos os diplomas). De igual forma, a Emenda Constitucional n.º 47/05 ainda ampliou o alcance dos diplomas transitórios, estabelecendo nova hipótese de aposentadoria com proventos integrais e paridade com os ativos no respectivo art. 3.º. Como se vê, é da natureza das alterações de regime jurídico mais profundas – e sobretudo, mais gravosas – que se prevejam regras transitórias; mais do que isso, trata-se de

³¹Com a mesma referência e em sentido semelhante, v. ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a Legítima Expectativa do Contribuinte. In Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov/dez 2005, jan/2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 17.04.2009.

³²Cf. SCHØNBERG, Legitimate Expectations..., p. 64 e seguintes.

³³Cf. SCHØNBERG, Legitimate Expectations..., p. 167 e seguintes.

³⁴CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 263.

exigência do princípio constitucional da segurança jurídica, no seu aspecto subjetivo de proteção substantiva da confiança.

Sob essa perspectiva, resta evidente que, ao eliminar uma regra de transição, a modificação do art. 35 da Lei n.º 5.260/08 operada pela Lei n.º 5.352/08 afronta a Constituição da República, por violar o princípio da segurança jurídica³⁵. Não poderia a lei simplesmente suprimir a regra transitória, especialmente num caso como aquele em exame, no qual se verifica que o servidor público estadual, por quase trinta anos, viu na lei a possibilidade de que fosse incluída em seus proventos de aposentadoria a gratificação de encargos especiais que percebesse ininterruptamente nos cinco últimos anos imediatamente anteriores à passagem para a inatividade.

Em outras palavras, não pode haver supedâneo constitucional para uma mudança de um regime jurídico já consolidado – formado, no que concerne ao regime de aposentadorias dos servidores, pelo Decreto n.º 2.479/79 e, em parte, pela Lei n.º 3.189/99 – sem que se preveja uma norma a disciplinar as situações jurídicas já instituídas, mas ainda em desenvolvimento, de forma a garantir a previsibilidade do ordenamento para o servidor e, literalmente, a *calculabilidade* de seus proventos de inatividade.

Alguns outros aspectos importantes ainda podem ser agregados à análise. Primeiramente, é de se destacar que, na grande maioria dos casos, o servidor sofreu o desconto da contribuição previdenciária sobre tais gratificações durante o período de sua percepção, o que, do ponto de vista de equilíbrio financeiro e atuarial, minora o prejuízo causado pelo cômputo de verbas que não integraram a base de contribuição durante todo o período aquisitivo do direito à aposentadoria.

Em segundo lugar, é sabido que, especialmente no âmbito do Poder Executivo, as verbas remuneratórias de caráter permanente são, para a maior parte dos servidores, muito baixas. Não é incomum que as gratificações de encargos especiais representem parcela considerável do total da remuneração percebida pelo servidor – aquela constante do “pé do contracheque”. Vale dizer, integraram-se ao orçamento pessoal de cada servidor e geraram, com base na legislação então vigente, uma expectativa mais do que legítima de que fossem consideradas na hora de fixação dos proventos de aposentadoria. Frustrar-lhes tal oportunidade significará uma redução drástica nas fontes de renda de milhares de servidores públicos estaduais.

Há que se concluir, destarte, no sentido da impossibilidade jurídica de supressão, pura e simples, da regra transitória contida na redação original do art. 35 da Lei n.º 5.260/08. Logo, o art. 1.º da Lei n.º 5.352/08 padece de *inconstitucionalidade material parcial, específica quanto ao ponto ora enfrentado*, de modo que, afastada

³⁵Impende assinalar, no entanto, que a inconstitucionalidade, que é material, reside única e exclusivamente na simples supressão da regra transitória. A rigor, o texto do art. 35 da Lei n.º 5.260/08 introduzido pela Lei n.º 5.352/08 não seria, por si só, inconstitucional. Ao revés – e este é um comentário a látere, cujo raciocínio será retomado mais adiante –, o texto do dispositivo, na verdade, esclarece uma interpretação que já se podia extrair da redação original da Lei n.º 5.260/08, qual seja, a de que a opção do servidor pela incidência da contribuição previdenciária sobre verbas de cunho transitório somente repercutirá na fixação dos proventos de inatividade que se fizerem na forma do art. 40, §§ 1.º, 3.º e 17, da Constituição da República, com a redação atualmente em vigor. Em outras palavras, somente a aposentadoria calculada sobre a média das bases de contribuição poderá considerar as vantagens transitórias, como as gratificações de encargos especiais e as verbas concernentes ao exercício de cargos em comissão. Do contrário, criar-se-ia um regime híbrido, à revelia da disposição constitucional de estabelecer um corte entre os regimes antigo e novo (sem prejuízo das regras de transição) e, ao mesmo tempo, estimular a aposentadoria pelas novas regras gerais, decerto mais afinadas com as metas constitucionais de equilíbrio financeiro e atuarial.

a validade da parte final do art. 1.º da Lei n.º 5.352/08, mantém-se a higidez da redação original do art. 35 da Lei n.º 5.260/08 para as situações constituídas a que se aplicava ao tempo de sua edição.

Convém assinalar que o reconhecimento da inconstitucionalidade da parte final do art. 1.º da Lei n.º 5.352/08 deve dar-se *ex tunc*, ou seja, retroativamente à data de início da vigência do dispositivo, qual seja, o dia 19.12.2008, quando foi a supracitada Lei publicada no Diário Oficial do Estado. Não há razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação dos efeitos do que será, ao fim e ao cabo, a declaração (incidental) de inconstitucionalidade da lei em sede administrativa – ao revés, é justamente a segurança jurídica que justifica a retroatividade do entendimento à data de publicação da Lei, assim como há evidente interesse social no reconhecimento da inconstitucionalidade *ab initio*, traduzida na preservação da expectativa legítima de uma parcela considerável dos servidores públicos estaduais de passarem à inatividade com proventos que incluam as gratificações percebidas continuamente por tantos anos, que, na maior parte dos casos, sofreram a incidência de contribuição previdenciária.

Por conseguinte, a redação original do art. 35 da Lei n.º 5.260/08 permanece em vigor, sendo, pois aplicável aos requerimentos de aposentadoria voluntária apresentados desde 19.12.2008. E isso não importa extensão da aplicabilidade do dispositivo legal a casos antes não alcançados, pois o mesmo se aplicará tão-somente àqueles que se enquadravam na sua dicção ao tempo de publicação da Lei n.º 5.260/08, ou seja, em 12.06.2008.

4.2.1.3. O cômputo de gratificações nas aposentadorias voluntárias calculadas na forma do art. 40, § 3.º, da Constituição

Outra controvérsia importante diz com a inclusão de gratificações ou outras vantagens decorrentes do exercício de cargos comissionados ou funções de confiança em proventos de aposentadoria na forma do art. 12 da Lei n.º 5.260, de 11 de junho de 2008, que dispõe, em textual:

Art. 12. [...]

Parágrafo único. Integrarão a base de cálculo dos proventos de aposentadoria as parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, sobre as quais tenha incidido contribuição previdenciária, na proporção do tempo de contribuição.

A questão remete, ainda, ao art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 3.189, de 22 de fevereiro de 1999, com redação conferida pela prefalada Lei n.º 5.260/08, *in verbis*:

Art. 34. [...]

Parágrafo único. O membro do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Tribunal de

Contas e o servidor público estatutário poderão optar pela inclusão na base de cálculo da contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício. (NR)

A dúvida se pôs em virtude da revogação da legislação estadual concernente à incorporação de verbas relativas a cargos comissionados, operada pela Lei Estadual n.º 2.565, de 5 de junho de 1996. Era cediça a conclusão de que, revogada tal legislação, tornara-se inviável a inclusão dessas verbas em proventos de inatividade.

Por conseguinte, restara consolidado no Estado do Rio de Janeiro, até a edição da nova legislação previdenciária, o entendimento de que as verbas concernentes ao exercício de cargos em comissão ou funções de confiança não poderiam ser computadas para o cálculo dos proventos de aposentadoria e, por isso, não poderiam sofrer a incidência da contribuição previdenciária. Com efeito, a Procuradoria Geral do Estado já cuidou do tema em pareceres anteriores, constituindo-se como principal precedente o bem lançado *Parecer n.º 03/04-FAW*, da lavra do i. Procurador do Estado FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMEN, cuja ementa ora se transcreve:

“Ementa: *Contribuição Previdenciária. Incidência sobre parcela remuneratória relativa a cargo em comissão e a terço constitucional de férias, em razão de seu exercício e gozo por agente público ocupante de cargo de provimento efetivo. Impossibilidade. Restituição. Interpretação do artigo 40, caput, e parágrafo 3.º, da Constituição Federal de 1988, com a redação que lhe conferiu a Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003. Interpretação conforme a Constituição da República do artigo 34, parágrafo 1.º, da Lei Estadual n.º 3.189/99.*” (grifos nossos)

Note-se bem que o referido Parecer foi emitido já sob a vigência da EC n.º 41/03 e da Lei Federal n.º 10.887/04, ambas expressamente mencionadas. Na oportunidade, frisou o digno parecerista que era juridicamente inviável a incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas decorrentes do exercício de cargos comissionados por servidores efetivos, à luz do que assinalou ser:

“[...] a opção do Estado brasileiro pelo regime previdenciário contributivo e retributivo, tendo em vista que *não admite a incidência de contribuição previdenciária, de forma cogente, sobre parcelas que não poderão ser incorporadas aos proventos de aposentadoria (ou de pensões) dos servidores públicos que exercem cargos de provimento efetivo.*”

Concluiu, então, o Órgão Central do Sistema Jurídico do Estado que não se poderia permitir a incidência de contribuições previdenciárias sobre as verbas dos

cargos comissionados, pela tão-só razão de que não seriam carregadas aos proventos de inatividade.

A inovação legislativa, então, trouxe indagações acerca de uma restauração da possibilidade de se proceder à inclusão de verbas relativas a cargos comissionados ou funções de confiança nos proventos de inatividade, mediante opção pela incidência da contribuição previdenciária sobre tais valores.

Não haveria maiores dificuldades em afirmar que a lógica é aplicável aos casos de aposentadorias concedidas na forma do art. 10 da Lei n.º 5.260/08³⁶, quais sejam, aquelas cujos proventos não correspondem à integralidade da última remuneração, mas à média aritmética das 80% maiores bases de contribuição. Em tais casos, é simples: a incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas dos cargos em comissão ou funções gratificadas elevaria as bases de contribuição e, portanto, a média a alcançar.

Causa perplexidade, no entanto, uma eventual aplicabilidade do art. 12, parágrafo único, da Lei n.º 5.260/08 e do art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 3.189/99 aos casos de aposentadoria de servidores públicos cujos proventos tenham sido fixados com base na última remuneração – a usualmente chamada *aposentadoria integral* –, quais sejam, as aposentadorias fixadas na forma dos arts. 3.º e 6.º da Emenda Constitucional n.º 41/03 e do art. 3.º da Emenda Constitucional n.º 47/05. Vale dizer, haveria dúvida a respeito da possibilidade de cômputo *proporcional* de verbas relativas a cargos comissionados ou funções de confiança para aposentadorias fixadas mediante o cômputo *integral* de outras parcelas de caráter permanente.

Afirma-se aqui que *as regras do art. 12, parágrafo único, da Lei n.º 5.260/08 e do art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 3.189/99 coadunam-se apenas com o regime de aposentadoria voluntária previsto no art. 40, §§ 1.º, 3.º e 17, da Constituição Federal, com redação introduzida pela Emenda Constitucional n.º 41/03, aplicável, por sua vez, na forma do art. 10 da Lei n.º 5.260/08, que remete expressamente à Lei Federal n.º 10.887/04, lei nacional que regulamenta as normas constitucionais relativas à previdência social dos servidores públicos.* Com efeito, enuncia o art. 10 da Lei n.º 5.260/08, *in verbis*:

Art. 10. A fixação e atualização dos proventos obedecerá ao disposto no § 3º do artigo 40, da Constituição da República e artigo 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, observado o disposto na Lei Federal nº 10.887, de 18 de junho de 2004 e ressalvadas as hipóteses previstas no artigo 11 desta Lei. (NR)³⁷

A legislação estadual remete, como se vê, às disposições da Lei Federal n.º 10.887/04, que, em sede de normas gerais, regulamenta as disposições da Emenda Constitucional n.º 41/03. Assim dispõe a norma nacional em comento:

Art. 1.º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos

³⁶V. infra a respectiva transcrição.

³⁷Redação conferida pela Lei n.º 5.352/2008. Da redação original do dispositivo já constava a remissão à lei nacional: “A fixação e a atualização dos proventos obedecerão ao disposto na Constituição da República, na Lei Federal nº 10.887, de 18 de junho de 2004, e no artigo 11 desta Lei”.

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

Art. 4.º [...]

§ 2.º O servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido *com fundamento no art. 40 da Constituição Federal e art. 2.º da Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2.º do art. 40 da Constituição Federal.*

Uma primeira observação diz respeito à questão da validade jurídica – *rectius*, da constitucionalidade – da Lei n.º 10.887/04 como diploma de normas gerais em matéria de previdência social dos servidores públicos. Não é tema, a rigor, que ainda possa suscitar maiores controvérsias, haja vista a exposição feita acima – ali relacionada com a Lei Federal n.º 9.717/98 – da competência legislativa concorrente dos entes federados sobre a matéria e, por conseguinte, da competência da União para editar normas gerais. A tais considerações ora se remete, vez que perfeitamente aplicáveis também à Lei Federal n.º 10.887/04.

Partindo-se dessa premissa, cumpre assinalar que a lei nacional estabelece, expressamente, que o cômputo de gratificações decorrentes do local de trabalho (como, v.g., as gratificações de encargos especiais), do exercício de cargos comissionados ou de funções de confiança serve apenas à fixação de aposentadorias concedidas na forma do art. 40 da Constituição da República – com a redação então vigente, já introduzida pela Emenda Constitucional n.º 41/03 – ou do art. 2.º da prefalada Emenda. E apenas a essas hipóteses, com exclusão das demais.

A rigor, esta já seria uma decorrência óbvia do disposto no art. 35 da Lei Estadual n.º 5.260/08, na redação que lhe conferiu a Lei n.º 5.352, de 18 de dezembro de 2008, cuja literalidade dispensaria maiores comentários. *In verbis*:

Art. 35. Não integrarão os proventos dos segurados as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão, exceto quando tais parcelas integrarem a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com fundamento no artigo 40 da Constituição da República, respeitado, em qualquer hipótese, o limite do §2.º do citado artigo. (NR)

Ocorre que a inconstitucionalidade material do mencionado dispositivo

já foi apontada neste estudo. Ainda assim, a interpretação sistemática das normas da Lei n.º 5.260/08 imporá a conclusão de que, mesmo que a atual redação do art. 35 do prefalado diploma seja inconstitucional, extrai-se da lei, como um todo, a mesma lógica nele contida.

É possível demonstrar o acima afirmado com um exercício interpretativo que, ainda que não o pareça à primeira vista, é relativamente simples. Com efeito, é postulado basilar de hermenêutica que *as normas excepcionais devem ser compreendidas restritivamente*; pois bem: a Emenda Constitucional n.º 41/03, ao modificar a redação do art. 40 da Constituição Federal e seus parágrafos, insere no ordenamento jurídico pátrio uma nova disciplina geral de aposentadoria dos servidores públicos federais, na qual se preveem requisitos próprios de idade e tempo de contribuição mínimos e, ainda, os regimes de fixação e reajuste das aposentadorias e pensões.

Nessa ordem de ideias, a Emenda Constitucional n.º 41/03 alterou o § 3.º do art. 40 da Carta de 1988 e, com isso, a mecânica de fixação de proventos de aposentadoria antes presente no texto constitucional por força do disposto na Emenda Constitucional n.º 20/98. Comparem-se, a esse propósito, ambas as redações:

Redação introduzida pela EC n.º 20/98	Redação introduzida pela EC n.º 41/03
<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 3º - Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, <i>serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.</i></p>	<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, <i>serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.</i></p>

A comparação extrema de quaisquer dúvidas que, *como regra geral*, o cálculo dos proventos de aposentadoria do servidor público deixou de considerar sua última remuneração, para considerá-la *ao longo do tempo*. Percebe-se aqui o nítido propósito do constituinte reformador de aproximar a lógica do regime próprio de previdência social àquela do regime geral, administrado pelo INSS, e, nesse sentido, preservar, tanto quanto possível, o equilíbrio financeiro e atuarial do regime. Até então, a Constituição, por força da EC n.º 20/98, permitia, por exemplo, que um indivíduo fosse contribuinte do INSS durante 25 anos e, posteriormente, ingressando em carreiras de Estado (de relativamente elevada remuneração), bastassem-lhe dez anos de contribuição ao regime próprio (sendo apenas cinco no cargo em que se aposentasse) para que se fosse à inatividade com proventos nos mesmos valores de sua última remuneração na ativa.

Anote-se, ainda, que, até o advento da EC n.º 41/03, todas as aposentadorias e pensões do regime próprio de previdência dos servidores submetiam-se ao regime jurídico da *paridade com os servidores ativos*, de tal modo que, concedidos reajustes, gratificações ou outras vantagens aos servidores da ativa, deveriam ser estendidos em igual medida aos aposentados e pensionistas, o que, se não impossibilita, torna extremamente difícil qualquer projeção atuarial. A EC 41/03, como se sabe, substituiu

a paridade para estabelecer no § 8.º do art. 40 da Constituição, *como regra geral*, o reajustamento suficiente à preservação dos benefícios previdenciários contra a perda do poder aquisitivo (ou seja, a correção monetária).

Em casos como o exemplo dado acima, a compensação entre regimes previdenciários³⁸ é incapaz de assegurar o equilíbrio financeiro e atuarial. Por tal razão, as regras constitucionais de aposentadoria foram alteradas – era este o objetivo: assegurar o pagamento de benefícios com a máxima redução possível de comprometimento do regime quanto ao equilíbrio financeiro e atuarial. Não é demais recordar que a “falência” do regime próprio sempre envolverá a necessidade de aporte, pelo Estado, dos recursos necessários à cobertura dos benefícios, com o que se deixará de investir recursos relevantes em outras atividades prioritárias da Administração Pública. Decerto é grande o peso político de tal medida, dado que, habitualmente, a previdência social dos servidores públicos é identificada como um regime de privilégios³⁹.

Evidentemente, a EC n.º 41/03 preservou os direitos adquiridos de quem, ao tempo de sua promulgação já havia preenchido os requisitos até então vigentes para a aposentadoria. Paralelamente, e em observância do princípio constitucional da segurança jurídica, em sua vertente da *proteção da confiança*, a Emenda instituiu regras transitórias, de modo a que, tanto quanto possível, fossem preservadas as *expectativas legítimas* dos servidores que, conquanto não houvessem atingido os requisitos constitucionais para a aposentadoria integral ao tempo da promulgação da EC n.º 41/03, já haviam atendido a uma parte dos requisitos de tempo de contribuição e idade até então vigentes e, ao longo da vida funcional, haviam alimentado a perspectiva de, quando se aposentassem, pudessem auferir proventos equivalentes à última remuneração e submeter-se à paridade com os ativos.

Assim, portanto, a chamada aposentadoria integral foi retirada do corpo permanente da Constituição da República, remanescendo apenas nos arts. 6.º da EC n.º 41/03 e, ainda, no art. 3.º da EC n.º 47/05. Vale dizer, a *aposentadoria integral*, calculada com base na última remuneração na ativa, tornou-se exceção à regra geral da aposentadoria pela *média aritmética das 80% maiores bases de incidência da contribuição previdenciária*. Sendo, então, um regime jurídico de fixação de proventos excepcional, impõe-se, em obediência ao postulado hermenêutico acima referido, que seja aplicado restritivamente.

Prossiga-se no raciocínio. Sendo a aposentadoria integral um regime excepcional de fixação de proventos, é certo admitir que a Lei Estadual n.º 5.260/08 cuida do que, agora, é a regra geral das aposentadorias: a média das bases de contribuição. A referência a regimes excepcionais de aposentação demandaria previsão expressa na lei, como se dá, por exemplo, no art. 11, inciso IV, que se refere textualmente às aposentadorias concedidas na forma do art. 6.º da EC n.º 41/03 e no art. 3.º da EC n.º 47/05⁴⁰.

Destarte, se o art. 12, parágrafo único, da Lei Estadual n.º 5.260/08 e o art.

³⁸Disciplinada na Lei Federal n.º 9.796/99 (especialmente no art. 4.º e respectivos parágrafos).

³⁹Sobre o tema, v. por todos, BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência (Ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). In TAVARES, Marcelo Leonardo (coord.). A Reforma da Previdência Social: Temas Polêmicos e Aspectos Controvertidos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 49-107.

⁴⁰Seja feita ressalva quanto aos casos de aposentadoria por invalidez, conforme acima exposto.

34, parágrafo único, da Lei n.º 3.189/99 nada dizem quanto às aposentadorias integrais, é de se entender que às mesmas o referido dispositivo legal *não se aplicará*.

Em resumo, somente as aposentadorias com proventos fixados não sobre a última remuneração, mas sobre a média aritmética das 80% (oitenta por cento) maiores bases de desconto da contribuição previdenciária admitirão o cômputo de verbas de caráter transitório, tais como gratificações relacionadas com o local e/ou as condições de trabalho e outras verbas atinentes a exercício de cargos em comissão ou funções gratificadas.

Do contrário, criar-se-ia um regime híbrido, à revelia da disposição constitucional de estabelecer um corte entre os regimes antigo e novo (sem prejuízo das regras de transição) e, ao mesmo tempo, estimular a aposentadoria pelas novas regras gerais, decerto mais afinadas com as metas constitucionais de equilíbrio financeiro e atuarial.

Não se pode admitir, por exemplo, a existência de sustentação jurídica de um regime que permita a aposentadoria com proventos compostos de duas parcelas, sendo uma a totalidade dos valores percebidos na ativa pelo servidor em decorrência do exercício do cargo de provimento efetivo e outra uma proporção qualquer dos valores percebidos a título de cargos comissionados. Não parece haver supedâneo constitucional para uma combinação dos dois regimes e, com isso, “o melhor de dois mundos”.

Recorde-se que a aposentadoria integral persistiu no ordenamento jurídico brasileiro apenas para preservar os direitos adquiridos e as expectativas legítimas dos servidores titulares de cargos de provimento efetivo quanto à fixação de seus proventos com base na última remuneração na ativa. Tal regime jurídico de fixação de proventos desconsiderava os cargos comissionados exercidos pelo servidor, razão pela qual, inclusive, foi emitido o supracitado Parecer n.º 03/04-FAW, da Procuradoria Geral do Estado.

Ora, se a *ratio juris* das regras transitórias é *manter, tanto quanto possível, um regime anteriormente existente ante a instituição de um novo regime*, admitir a opção do servidor por um modelo de aposentadoria integral para o cargo efetivo e, ao mesmo tempo, proporcional para o cargo em comissão vai muito além da própria razão de ser da permanência excepcional e localizada de um sistema já superado. E não é demais registrar que, como acima assinalado, o servidor que alcança o direito à aposentadoria calculada com base na última remuneração já terá sido agraciado com um benefício constitucional de difícilima – quiçá impossível – compatibilização com o princípio (igualmente) constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social.

É bem de ver, por outro lado, que tais considerações não conflitam com o Parecer n.º 03/04-FAW. Ao revés, consta do mesmo a menção expressa da possibilidade de que o servidor fizesse a opção pela incidência do desconto sobre as verbas relativas a cargos comissionados, pelo que se conclui não haver incompatibilidade entre o que aqui se sustenta e as conclusões atingidas no mencionado Parecer. Ressalva-se aqui, tão-somente, que a opção, pelos argumentos ora esposados, é válida única e exclusivamente para as aposentadorias concedidas com observância da redação atualmente vigente do art. 40, § 3.º, da Constituição da República.

Considerando, então, o que ora se sustenta, é fundamental assinalar que o servidor público deve ser chamado a optar entre a incidência ou não da

contribuição previdenciária sobre parcelas remuneratórias de cunho transitório, como as gratificações de encargos especiais ou as verbas relativas a cargos em comissão ou funções gratificadas⁴¹.

Tal opção, frise-se, há de ser expressa e por escrito, devendo o servidor ser informado, na oportunidade, que a opção pela incidência gerará efeitos tão-somente para fins de aposentadoria na forma do art. 40 e seus respectivos parágrafos do corpo permanente da Constituição da República, com redação conferida pelas Emendas Constitucionais n.º 41/03 e n.º 47/05, e pelo artigo 10 da Lei Estadual n.º 5.260/08, que, por sua vez, remete à Lei Federal n.º 10.887/04.

Em outras palavras, *cumprе esclarecer ao servidor, quando da opção, que a incidência de contribuição previdenciária sobre verbas remuneratórias de caráter transitório somente lhe aproveitará para os fins de aposentadoria fixada pela média aritmética das 80% maiores bases de contribuição previdenciária e nunca para a aposentadoria integral, calculada em 100% da última remuneração.*

Dois observações, nesta quadra, são fundamentais. Em primeiro lugar, é necessário esclarecer que *a opção não vinculará o servidor quanto à regra de aposentadoria voluntária que se lhe aplicará quando do seu requerimento de passagem à inatividade*. Ao servidor sempre restará, quando da apresentação do requerimento de aposentadoria, escolher quais as regras constitucionais e legais vigentes de sua preferência, dentre aquelas aplicáveis ao seu caso específico – sempre lhe será facultada a oportunidade de escolher a regra que lhe pareça mais favorável. A escolha é direito do servidor.

Podem acontecer, com isso, as seguintes situações de aposentadoria voluntária:

- a) o servidor opta por *não contribuir* sobre verbas transitórias e posteriormente, na forma das regras constitucionais de transição, passa à inatividade com *proventos integrais*;
- b) o servidor opta por *contribuir* sobre verbas transitórias e, posteriormente, aposenta-se pela *média* das bases de contribuição;
- c) o servidor opta por *não contribuir* sobre verbas transitórias e, posteriormente, aposenta-se pela *média* das bases de contribuição; e
- d) o servidor opta por *contribuir* sobre verbas transitórias e posteriormente, na forma das regras constitucionais de transição, passa à inatividade com *proventos integrais*.

Nesta última hipótese, que, ao contrário das outras, pode gerar alguma controvérsia, o servidor terá contribuído sobre parcelas que não serão consideradas quando da fixação de seus proventos de aposentadoria. No entanto, isso não importará ilegalidade, na medida em que o servidor terá sido previamente informado das consequências de sua opção pela não contribuição. Não há o que discutir quanto às contribuições desconsideradas, uma vez que terão sido vertidas ao regime de previdência dos servidores públicos estaduais, que, por determinação constitucional

⁴¹Restarão sempre excluídas, por óbvio, as verbas de cunho indenizatório, que, por definição, jamais se integram aos proventos de aposentadoria e às pensões e, portanto, não poderão, em nenhuma hipótese, sofrer a incidência de contribuição previdenciária.

expressa, subordina-se ao princípio da *solidariedade*. Vale dizer, a aposentadoria integral importará inequívoca decisão do servidor no sentido de abrir mão das contribuições sobre verbas transitórias em favor do regime.

Em segundo lugar – e até em decorrência da primeira observação –, *a opção não poderá ser definitiva ou irrevogável*, admitindo-se que o servidor, em qualquer tempo, manifeste-se por deixar de contribuir sobre verbas transitórias ou por passar a fazê-lo, caso entenda que, em virtude da evolução de sua vida funcional, uma ou outra sistemática lhe será mais vantajosa no futuro. As sucessivas mudanças não são prejudiciais ao equilíbrio financeiro e atuarial do regime previdenciário, pois as contribuições sobre tais verbas são irrelevantes para a aposentadoria integral e serão sempre consideradas, para a aposentadoria pela média, em função dos valores de contribuição efetivamente vertidos ao regime.

Por fim, acrescente-se que idêntico raciocínio será aplicável a outras verbas remuneratórias que não sejam pagas de forma permanente, como, por exemplo, aquelas pagas em virtude do local de trabalho, que exibem caráter transitório.

5. Considerações finais

É possível perceber, em primeiro lugar, que a disciplina jurídica da previdência social dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro ainda está pouco desenvolvida. São poucos os estudos dedicados ao tema, havendo muito espaço para novas contribuições não apenas no aperfeiçoamento da legislação, como também na formulação de novos conceitos doutrinários e na formação de uma jurisprudência específica.

Por outro lado, este breve estudo pretendeu demonstrar que a matéria é sobremodo abrangente e envolve graus de complexidade substancialmente maiores do que se costuma imaginar, o que, de certo modo, justifica a ainda pequena produção doutrinária e jurisprudencial consistentes. Resta claro que, tanto sob a óptica do custeio como na perspectiva dos benefícios, o tema já alcançou autonomia científica suficiente para demandar investigações mais profundas. Num país cuja população envelhece a passos largos e a manutenção dos sistemas previdenciários torna-se cada dia mais um tormento para os gestores das contas públicas, o regime próprio de previdência dos servidores públicos merece e precisa de enfrentamento adequado dos cientistas e operadores do Direito. Está posto o desafio.