

SÍNTESE

Revista da Escola de Contas e Gestão do
Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

Volume 9, números 1 e 2, jan./dez. 2014



Conselho Deliberativo

Presidente

Jonas Lopes de Carvalho Junior

Vice-Presidente

Aloysio Neves Guedes

Conselheiros

José Gomes Graciosa

Marco Antonio Barbosa de Alencar

José Maurício de Lima Nolasco

Julio Lambertson Rabello

Procurador-Geral do Ministério Público Especial

Horácio Machado Medeiros

Secretário-Geral de Controle Externo

Carlos Roberto de Freitas Leal

Secretário-Geral de Planejamento

José Roberto Pereira Monteiro

Secretário-Geral de Administração

Marcelo Alves Martins Pinheiro

Secretária-Geral das Sessões

Gardênia de Andrade Costa

Procurador-Geral

Sérgio Cavalieri Filho

Chefe de Gabinete da Presidência

Ana Helena Bogado Serrão

Diretora-Geral da Escola de Contas e Gestão

Paula Alexandra Nazareth

Coordenadora-Geral de Comunicação Social, Imprensa e Editoração

Fernanda Pedrosa

Síntese: Revista da Escola de Contas e Gestão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

ISSN: 1981 - 307 - volume 9, números 1 e 2, jan./dez. 2014

A Síntese é uma publicação organizada pela Escola de Contas e Gestão do TCE-RJ, com periodicidade semestral. Seu objetivo é disseminar trabalhos técnico-científicos – artigos, resenhas e estudos de caso – na área de administração pública, controle externo, tribunal de contas e áreas afins. Foi lançada em novembro de 2006 em substituição à antiga Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Os trabalhos publicados são de exclusiva responsabilidade de seus autores. As opiniões neles manifestadas não correspondem, necessariamente, a posições que refletem decisões desta Corte de Contas. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Conselho Editorial: Conselho Superior da ECG

Supervisão Acadêmica: Rosa Maria Chaise

Comissão Científica

Cláudio Martinelli Murta, Elaine Faria de Melo, Guilherme Pinto de Albuquerque, Jean Marcel de Faria Novo, Jorge Henrique Muniz da Conceição, Marcello Leoni L. de Arrufat Torres, Marcelo Martinelli Murta, Paula Alexandra C. P. Nazareth, Paulo Cesar Bessa Neves, Renata de Oliveira Razuk, Sérgio Lino da Silva Carvalho e Sérgio Paulo Vieira Villaça

Editora Executiva: Fernanda Pedrosa / **Editora Assistente:** Tetê Oliveira / **Projeto gráfico:** Inês Blanchart / **Diagramação:** Margareth Peçanha e Daniel Tiriba / **Fotografias:** Jorge Campos e Banco de imagens da CCS/TCE-RJ / **Arte e editoração:** Coordenadoria de Comunicação Social, Imprensa e Editoração / **Revisão:** Márcia Aguiar, com colaboração de Luiz Henrique de Almeida Pereira (referências)

Impressa na Gráfica Rio DG

Periodicidade: Anual

Tiragem: 500 exemplares – Distribuição gratuita

Endereço para correspondência

Escola de Contas e Gestão do TCE-RJ

Avenida Jansen de Melo nº 3

CEP 24030-220 – Centro – Niterói

Tel.: (21) 2729-9534

e-mail: pesquisas_ecg@tce.rj.gov.br

Rio de Janeiro (Estado). Tribunal de Contas

Síntese: Revista da Escola de Contas e Gestão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

Semestral

ISSN: 1981-3074

Continuação da Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

1. Administração Pública. 2. Controle Externo. 3. Tribunal de Contas. I. Título.

CDD 352

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da Escola de Contas e Gestão/TCE-RJ.

SUMÁRIO

4	EDITORIAL Presidente JONAS LOPES DE CARVALHO JUNIOR
6	APRESENTAÇÃO Paula Alexandra Nazareth
8	ESTUDOS
10	A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS – aspectos controvertidos Autor: Fábio Zambitte
28	O CONCEITO DE ‘NORMAS GERAIS’ EM MATÉRIA DE competência legislativa concorrente e seus efeitos na gestão e controle dos RPPS Autor: Narlon Gutierre Nogueira
56	SOLIDARIEDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS no custeio de benefícios programados da previdência complementar Autor: Fernando Ferreira Calazans
76	<i>ACCOUNTABILITY</i> PREVIDENCIÁRIA Autor: Jean Jacques Dressel Braun
94	ATITUDE E CONTÁGIO: alternativas para instituições mais sustentáveis Autora: Geiza Rocha
104	AS COMPLEXAS RELAÇÕES ENTRE <i>ACCOUNTABILITY</i> E POLÍTICAS PÚBLICAS Autor: Álvaro Miranda
122	DA CONCESSÃO DE PENSÃO AO(À) COMPANHEIRO(A) e sua análise pelo Tribunal de Contas Autor: Luiz Felipe Vancini de Oliveira



JONAS LOPES DE
CARVALHO JUNIOR

Presidente do Tribunal
de Contas do Estado
do Rio de Janeiro

Instituído por esta Corte de Contas em 2006, o Prêmio Ministro Gama Filho tem cumprido de forma eficaz seu objetivo de estimular a produção acadêmica sobre a Administração Pública. Inicialmente só eram aceitos trabalhos de servidores dos órgãos jurisdicionados, mas, há três anos, esse público-alvo foi ampliado, aceitando-se a inscrição de trabalhos de autoria de profissionais de nível superior de todo o País. Realizado por meio da Escola de Contas e Gestão, em 2014 o prêmio propôs o tema “A Gestão dos Regimes Próprios de Previdência Social” e os trabalhos vencedores estão entre os artigos publicados nesta edição da REVISTA SÍNTESE.

Destaco o Prêmio Ministro Gama Filho para demonstrar a sintonia entre o trabalho do TCE-RJ e da sua Escola de Contas e Gestão. Para ressaltar que nossa preocupação não fica restrita à fiscalização da Administração Pública fluminense, mas também engloba a capacitação dos gestores e servidores e a conscientização dos cidadãos sobre a importância do seu protagonismo no controle social.

E qual seria o papel do prêmio em relação a tudo isso? Como sabemos, a Previdência Social é uma política pública que mobiliza os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os Tribunais de Contas, órgãos e entidades de todas as esferas de governo e, principalmente, a sociedade. A discussão desse tema

é atual e recorrente no Brasil, e, como não poderia ser diferente, esta Corte faz-se atuante também nessa área.

A fiscalização dos RPPS dos municípios fluminenses foi uma das ações previstas na escolha do Tema de Maior Significância 2013 pelo TCE-RJ, o que significa dizer que concentrou pelo menos 25% da força de auditoria da Casa. Os resultados auferidos por nossos auditores revelaram um quadro preocupante na Administração Pública. O levantamento nos 74 municípios sob jurisdição do Tribunal que possuem Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) identificou unidades gestoras que utilizavam irregularmente os recursos previdenciários, prefeituras que não estavam repassando recursos ao órgão gestor do RPPS e nem realizavam os aportes necessários para a cobertura. A maioria dos municípios visitados não adotava as providências para a manutenção da base cadastral, de forma a dar confiabilidade aos números de beneficiários.

Sem dúvida, algumas dessas irregularidades são causadas pelo desconhecimento dos gestores sobre a legislação e a maneira correta de cumprir suas determinações. É importante a união de esforços para que esse quadro seja revertido, o que requer atenção e ações a curto, médio e longo prazos. O TCE-RJ e a Escola de Contas e Gestão estão

cientes de suas responsabilidades, atentos às suas respectivas atividades: fiscalização e capacitação da gestão pública.

O Prêmio Ministro Gama Filho é um exemplo dentro de uma série de iniciativas da Escola de Contas e Gestão no sentido de contribuir para a capacitação e formação de servidores e gestores fluminenses. No ano letivo de 2014, 8.387 profissionais foram capacitados em cursos regulares, projeto TCE-Escola Itinerante, pós-graduação, seminários, oficinas e palestras promovidos pela ECG.

Vale destacar, ainda, dois novos projetos que se tornaram realidade. O primeiro é o Programa de Pesquisa do TCE-RJ, que implica o financiamento de projetos que venham a contribuir para o aprimoramento da gestão pública, bem como dos procedimentos de trabalho do próprio Tribunal. O segundo é o EaD - Educação a Distância, que permite a capacitação de servidores com dificuldades de locomoção e de tempo para frequentar cursos presenciais. A turma inaugural foi formada por 35 servidores de órgãos sob a jurisdição do Tribunal, que fizeram o “Curso Básico de Planejamento e Orçamento Públicos”, desenvolvido pelo corpo docente da ECG.

Para o TCE-RJ, atuar em prol da sociedade é mais do que um desafio, é um compromisso.

Paula
Alexandra
Nazareth

Diretora-Geral da
Escola de Contas e
Gestão – ECG/TCE-RJ

A **REVISTA SÍNTESE**, mais uma vez, cumpre com o seu objetivo de estimular e divulgar a produção de artigos que trazem novas reflexões na área da Administração Pública.

Fortalecendo seu caráter multidisciplinar, nesta edição apresentamos trabalhos de pesquisadores de instituições públicas, tanto do Estado do Rio de Janeiro como de outros estados, que juntamente com os técnicos do TCE-RJ, abordam diversos assuntos e em diferentes perspectivas, dentro da temática maior, qual seja, a melhor gestão pública.

Os artigos iniciais versam sobre gestão dos Regimes Próprios de Previdência Social, tema do Prêmio Ministro Gama Filho em 2014. Esse assunto é de extrema importância para o TCE-RJ, que busca o aperfeiçoamento do controle e da fiscalização da gestão dos regimes próprios em nosso Estado.

O primeiro trabalho, “A previdência complementar dos servidores públicos federais – aspectos controvertidos”, de Fábio Zambitte, professor de Direito Tributário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, e presidente da comissão julgadora do prêmio, trata dos aspectos inovadores da Lei nº 12.618/2012. O texto enfoca o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo e a fixação do valor máximo para a concessão de aposentadorias e pensões. Ele destaca que a Constituição Federal prevê que essas entidades fechadas de previdência complementar sejam dotadas de natureza pública e que, contraditoriamente, essa previsão viola o princípio da isonomia, conferindo vantagens aos participantes dessas entidades quando comparadas com os demais fundos privados.

“O conceito de ‘normas gerais’ em matéria de competência legislativa concorrente e seus efeitos na gestão e controle dos RPPS”, de Narlon Gutierrez Nogueira, auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil que conquistou o 1º lugar do prêmio, debate a competência atribuída à União pela Lei nº 9.717/1998. A legislação determina que cabe ao Ministério da Previdência Social exercer a orientação, supervisão e acompanhamento dos Regimes Próprios de Previdência Social dos entes federativos, e estabelecer parâmetros e diretrizes gerais para sua organização e funcionamento.

O trabalho “As complexas relações entre *accountability* e políticas públicas”, de Fernando Ferreira Calazans, conselheiro deliberativo da OABPrev-MG, laureado com o 2º lugar do prêmio, faz uma análise da legislação a partir da doutrina. Nesse trabalho, Calazans observa que a responsabilidade dos

participantes do plano pelo custeio de benefícios programados deixa vulnerável a legislação previdenciária, abala a segurança jurídica dos contratos de opção pelo plano e ocasiona a transferência regressiva de renda entre participantes do plano, perspectiva que leva o autor a concluir que a União deve reavaliar o tema.

“*Accountability* previdenciária”, de Jean Jacques Dressel Braun, auditor do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - Iprev/SC e 3º colocado no prêmio, traça um histórico da Previdência Social e das principais políticas públicas para a manutenção do equilíbrio das contas previdenciárias no Brasil e no exterior. Braun apresenta o conceito que dá título ao seu artigo como alternativa de gestão dos sistemas previdenciários e discute se a legislação federal contempla os instrumentos necessários para sua aplicação.

O artigo “Atitude e contágio: alternativas para instituições mais sustentáveis”, de Geiza Rocha, subdiretora-geral do Fórum Permanente de Desenvolvimento Estratégico do Estado do Rio de Janeiro, evidencia o poder de compra do Estado no Brasil e discorre sobre a necessidade de adoção de critérios mais sustentáveis nas compras públicas, o que requer a construção de novos modelos de compras e uma nova atitude perante o cotidiano.

Os trabalhos que fecham esta edição discutem temas da maior relevância para o Controle Externo especificamente e para a Administração Pública em geral: os debates políticos envolvidos na aplicação de recursos públicos, e a fragilidade de provas e documentos utilizados com a intenção de obter vantagens pessoais, sendo ambos elaborados por técnicos do TCE-RJ.

“As complexas relações entre *accountability* e políticas públicas”, de Álvaro Miranda, assessor do gabinete do conselheiro do TCE-RJ José Gomes Graciosa, sugere uma reflexão sobre o “caráter inevitavelmente político” da *accountability* horizontal. O autor questiona a ideia de que a fiscalização da aplicação dos recursos públicos só é legítima se empreendida de forma estritamente “técnica” e legal, sem levar-se em consideração os aspectos políticos.

Luiz Felipe Vancini de Oliveira, analista de Controle Externo do Tribunal, contrapõe, em seu artigo “Da concessão de pensão ao(à) companheiro(a) e sua análise pelo Tribunal de Contas”, a defesa do erário público à concessão de pensões nos casos em que a comprovação da união estável depende de provas frágeis. O texto exprime uma realidade de diferentes campos da Administração Pública e apresenta um ponto de contato entre o mundo legal e a realidade cotidiana dos cidadãos comuns.

Boa leitura!

ESTU



10

A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS - aspectos controvertidos

28

O CONCEITO DE 'NORMAS GERAIS' EM MATÉRIA DE competência legislativa concorrente e seus efeitos na gestão e controle dos RPPS



56

SOLIDARIEDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS no custeio de benefícios programados da previdência complementar

76

ACCOUNTABILITY PREVIDENCIÁRIA



DOS

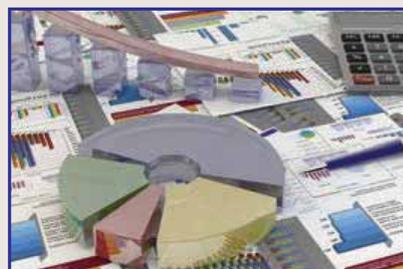


94

ATITUDE E CONTÁGIO: alternativas para instituições mais sustentáveis

104

AS COMPLEXAS RELAÇÕES ENTRE
ACCOUNTABILITY E POLÍTICAS PÚBLICAS



122

DA CONCESSÃO DE PENSÃO AO(À) COMPANHEIRO(A)
e sua análise pelo Tribunal de Contas

A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS – aspectos controvertidos



Fábio Zambitte

Professor e coordenador de Direito Previdenciário da
Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj)
Doutor em Direito Público pela Uerj
Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP

PALAVRAS-CHAVE: Entidades fechadas de previdência complementar; isonomia; Regime Geral de Previdência Social; regime de previdência complementar.

KEYWORDS: *Complementary closed pension entities; complementary pension regime; General Pension Regime; isonomy.*

RESUMO: Com o advento da Lei nº 12.618/2012 foi instituído o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, sendo fixado valor máximo para a concessão de aposentadorias e pensões. Na nova lei está prevista a criação de três entidades fechadas de previdência complementar. O objetivo das entidades é que os regimes próprios de previdência de servidores (RPPS) possam adotar o mesmo limite máximo de pagamento do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). A razão da inovação é limitar o gasto do regime público e transferir os pagamentos superiores ao sistema complementar, como já funciona no setor privado. O novo regime é um instrumento de isonomia, um exemplo de modelo previdenciário que trata todos os brasileiros com igual consideração e respeito. Contudo, embora seja regra no regime de previdência complementar a submissão ao limite máximo de pagamento do RPPS, deveria comportar exceção. Deveriam manter o benefício integral pago pelo Estado as carreiras típicas de Estado, a fim de assegurar a necessária isenção na função pública. Adicionalmente, a Constituição Federal prevê que essas entidades fechadas de previdência complementar sejam dotadas de natureza pública. Essa previsão, contraditoriamente, gera violação à isonomia, com vantagens aos participantes dessas entidades quando comparadas com os demais fundos privados. Desta forma, os efeitos práticos são limitados à necessidade de concurso para a contratação de pessoal, submissão ao procedimento licitatório e publicidade no funcionamento da entidade.

ABSTRACT: Since the edition of the law nº 12.618/2012, a complementary pension regime was implemented for the federal government servers with permanent posts, being fixed a maximum number for concessions of retirements and pensions. The new law foresees the creation of three new complementary closed pension entities. The objective of these entities is that the own government servers' pension regime would be able to use the same maximum number of payments as the General Pension Regime. The reason for the innovation is to limit the costs of the public regime and to transfer payments to a superior complementary system, just the way it works in the private segment. The new regime is an isonomic tool, an example of a pension model that treats every Brazilian citizen with equal respect and consideration. However, even though submission to the maximum limit of payments for the federal government servers' pension regime is the rule, it should have exceptions. With the purpose of maintaining necessary impartiality in the public role, the whole benefit paid by the government should be kept for the servers with typical government role. The Constitution predicts that the complementary closed pension entities have a public nature. This prediction generates a violation of isonomy, which generates benefits for these entities when compared to the others with private funds. In this way, the practical effects are limited to the necessity of exams preview to hiring people, a submission to the bidding procedure and publicity in the functioning of the entity.

INTRODUÇÃO

No dia 2 de maio de 2012 foi publicada a Lei nº 12.618, oriunda do Projeto de Lei nº 2, de 2012 (PL nº 1.992/2007 na Câmara dos Deputados), que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, fixando o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo RPPS federal.

A Lei nº 12.618/2012 autoriza a criação de três entidades fechadas de previdência complementar, sob a denominação de Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud).

A ideia original do governo federal era estabelecer uma entidade única, mas em razão das resistências de alguns setores – em especial do Judiciário – optou-se por fundos de pensão por Poder. O acordo foi importante de forma a diminuir os potenciais conflitos futuros, especialmente pela questionável atribuição dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 41/2003 ao chefe do Executivo para estabelecer o projeto de lei sobre o tema (art. 40, § 15 da Constituição Federal).

De toda forma, a Lei nº 12.618/2012 traz a expressa possibilidade de fusão das carreiras em uma única Funpresp, como se nota no art. 4º, § 2º. Não é, portanto, obrigatória a criação das três fundações; tudo dependerá dos acordos entre os responsáveis de cada um; o presidente da República, o presidente do Supremo Tribunal Federal e os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Pelo arranjo atual, há fundos para o Executivo e o Judiciário. O do Executivo prevê a

A lógica, em linhas gerais, é limitar o gasto do regime público e transferir os pagamentos superiores ao sistema complementar, como já funciona no setor privado.

inclusão do Legislativo, enquanto a fundação do Judiciário traz a possibilidade de adesão do Ministério Público Federal.

FINALIDADE E VIGÊNCIA

Como se observa no art. 40, §§ 14 a 16 da Constituição Federal (CF/1988), tais entidades devem ser criadas para que os regimes próprios de previdência de servidores (RPPS) possam adotar o mesmo limite máximo de pagamento do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). A União deu partida ao seu sistema, assim como alguns estados. A lógica, em linhas gerais, é limitar o gasto do regime público e transferir os pagamentos superiores ao sistema complementar, como já funciona no setor privado.

Em geral, tal inovação é apresentada como instrumento de isonomia, pois a sistemática diferenciada para servidores, do ponto de vista estritamente protetivo, nunca teve razão de ser. Isso não implica, necessariamente, apontar servidores como privilegiados – em especial no âmbito federal –, pois desde o advento da EC nº 03/1993 e respectiva regulamentação há contribuição sobre o total da remuneração. A questão central, como se disse, não é a derrocada de alegados privilégios, mas somente trilhar um modelo previdenciário que trate todos os brasileiros com igual consideração e respeito.

No entanto, acredito que, em algumas carreiras, seja necessária a manutenção, por lei, de benefício integral pago pelo Estado, com adequado financiamento do servidor e do Poder Público, como forma de assegurar a necessária isenção na função pública, particularmente em carreiras típicas de Estado, como magistratura, fiscalização e Ministério Público. Essa, todavia, seria a exceção, e não a regra.

Infelizmente, essa não foi a opção do constituinte derivado, o qual manteve os regimes previdenciários diferenciados – RGPS e RPPS, mas submetidos a um mesmo limite máximo de pagamento. Preserva-se, assim, a anacrônica segregação de regimes e, ao mesmo tempo, é eliminada importante prerrogativa das carreiras típicas de Estado. Sem dúvida, a pior opção.

De acordo com o art. 40, § 16 da Constituição, a limitação ao teto do RGPS somente alcançará, de forma obrigatória, os servidores que ingressarem em RPPS após a publicação da Lei nº 12.618, o que ocorreu em 2 de maio de 2012.¹ Apesar de o art. 33, I da Lei nº 12.618/2012 deslocar a vigência da parte inicial do texto, onde é instituído o novo regime, à data de criação da primeira Funpresp (o que somente ocorreu em 20 de setembro do mesmo ano) e o art. 1º, parágrafo único, da mesma lei, postergar a opção para esta última data, a Constituição é muito clara ao afirmar que o marco para o novo sistema é a publicação do novo regime, e não sua vigência.

O art. 30 da Lei nº 12.618/2012 prevê, compreensivelmente, que o *exercício* dessa opção somente poderá concretizar-se a partir da data da publicação pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) da au-

torização de aplicação dos regulamentos dos planos de benefícios. A restrição é razoável, pois não há como materializar essa opção antes disso. Todavia, o *direito* à opção existe desde a publicação da Lei nº 12.618/2012.

Ou seja, em qualquer aspecto que seja interesse do servidor, pode-se considerar válido o novo regime desde 2 de maio de 2012. Pouco importa que a Funpresp-Exe, primeira entidade, tenha sido somente criada com o Decreto nº 7.808, de 20 de setembro de 2012 (DOU de 21/09/2012).

Pelo mesmo motivo, a limitação dos benefícios de novos servidores ao teto do RGPS, *a priori*, já seria aplicável desde a publicação da Lei nº 12.618/2012, a qual, no art. 1º, prevê a instituição do regime de previdência complementar dos servidores. Todavia, é perfeitamente admissível, quando for vantajoso ao servidor, acatar a vigência postergada até 20 de setembro de 2012.

A ideia, a princípio contraditória, decorre da natural compreensão que a Constituição, ao estabelecer um marco para o novo regime previdenciário, traz forma de preservar expectativas de direito, sem excluir possíveis vantagens. Se a regulamentação legal decide estabelecer novo marco, isso somente seria admissível no sentido de ampliar as garantias já asseguradas, e nunca restringi-las.

Ou seja, aquele que ingressou no serviço público federal, após a publicação da lei, mas antes de 20 de novembro de 2012, ainda poderá escapar à limitação do teto do RGPS, tendo em vista a benesse do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 12.618/2012. Já para outros aspectos, como o benefício especial ou o benefício proporcional

¹ Art. 40, § 16, da Constituição: "Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar" (grifo nosso). Já o art. 1º da Lei nº 12.618/2012 dispõe: "É instituído, nos termos desta Lei, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União".

diferido, vale a data de publicação da referida lei, haja vista o potencial adiamento, nesse caso, implicar restrição inconstitucional.²

Com isso, preceitos possivelmente vantajosos para servidores já vinculados a RPPS desejosos de ingressar no novo sistema, como benefício proporcional diferido e autoprocínio, já estão em plena vigência, permitindo a adesão imediata, a partir da publicação da Lei nº 12.618/2012, embora o *exercício* dos mesmos permaneça postergado

até o efetivo funcionamento do sistema ou o transcurso de todos os prazos legais.

De toda forma, é importante notar que o ingresso em qualquer uma das Funpresp é sempre voluntário, nos termos do art. 202, *caput*, da Constituição. O que será obrigatório aos novos servidores é a limitação ao teto do RGPS.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E EXERCENTES DE MANDATO ELETIVO

O art. 4º da Lei nº 12.618/2012, que autoriza a criação das entidades, faz o delineamento de suas estruturas e composições. Estranhamente, o Ministério Público Federal, apesar de expressamente incluído no sistema, não faz parte da composição de qualquer uma das três modalidades de fundação. Sem embargo, isso não implicará prejuízo, mas sim a possível adesão a qualquer uma delas.

Parte do problema foi a recusa, à época, por parte do Judiciário, da inclusão dessa carreira em sua fundação. Ironicamente, quando da



criação da Funpresp-Jud, pela Resolução STF nº 496, de 26 de outubro de 2012, acabou-se por trazer a possibilidade de adesão do MPF e mesmo dos servidores do Legislativo e Tribunal de Contas.

Uma discussão interessante para os membros do MPF será a existência ou não do direito a aderir à entidade que desejarem, até de forma individual. Por uma aplicação analógica do art. 31, § 2º da Lei nº 12.618/2012, haveria o ingresso automático na primeira entidade criada, a Funpresp-Exe. Todavia, como o dispositivo prevê situação um pouco diversa, que é a inércia na criação de um dos três fundos existentes – e, aqui, não há qualquer fundo que atenda o MPF –, acredito que o silêncio legal seja interpretado como uma opção mais abrangente, permitindo a adesão a qualquer entidade.

Também o Decreto nº 7.808/2012 prevê a possibilidade de esses servidores, assim como os vinculados ao Legislativo, aderirem à Funpresp-Exe, mediante convênio de adesão (art.

² Sem embargo, o *exercício* desses direitos somente poderá tomar lugar com a publicação da autorização de aplicação dos regulamentos dos planos de benefícios (art. 30 da Lei nº 12.618/2012).

5º). Acredito que ambas as entidades possam criar planos de benefício voltados a essas carreiras, podendo os servidores, individualmente, optarem pela mais adequada.

Interessante também notar que a Lei nº 12.618/2012, no art. 4º, II prevê a adesão, no Legislativo, de servidores titulares de cargo efetivo, o que exclui, ao menos a princípio, a possibilidade de adesão de deputados e senadores. Parece-me ser tal exclusão correta, pois o art. 40 da Constituição somente trata de servidores dotados de cargo público de provimento efetivo e, na sequência, a Lei nº 10.887/2004, ao dar nova redação às Leis nºs 8.212/1991 e 8.213/1991, expressamente incluiu tais pessoas no RGPS, na qualidade de segurados empregados. Logo, por não participarem de RPPS, estão automaticamente excluídos da adesão ao Funpresp. Naturalmente, caso seja um deputado ou senador que possua cargo público efetivo, em âmbito federal, poderá optar pela adesão ao Funpresp.

Ao que parece, a organização atual restará limitada às Funpresp-Exe e Funpresp-Jud. Como o Legislativo possui quantitativo reduzido de servidores, especialmente quando confrontado com o Executivo e o Judiciário, a tendência é que tais pessoas, necessariamente, acabem por aderir a uma das fundações existentes, assim como o MPF.

NATUREZA JURÍDICA

De acordo com o art. 4º, § 1º da Lei nº 12.618/2012, cada uma das entidades será estruturada na forma de *fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado*. A redação é peculiar e expõe um percalço que, certamente, ainda será apreciado pelos Tribunais.

O tema não é irrelevante, pois há consequências decisivas na distinção, apesar de, não raramente,



a diferença não ser tão visível em entidades criadas pelo Poder Público (FERREIRA, 1970, p. 15). O tema, de saída, carece de apreciação constitucional, pois há previsão normativa sobre a questão.

Sobre a natureza de fundação, não há críticas a se fazer. A Funpresp atende as três notas típicas de quaisquer fundações, que são a universalidade de bens, a personalização e a finalidade (CRETILLA JÚNIOR, 2002, p. 4), ou seja, como é uníssono na doutrina, uma fundação é um patrimônio personificado com determinado fim (GOMES, 1978, p. 217). Trata-se de uma associação de bens com uma finalidade, ao contrário das demais pessoas jurídicas, que, em geral, são compostas por uma associação de pessoas, com determinada finalidade.

Importa notar que, a princípio, a Funpresp, assim como as entidades fechadas de previdência complementar em geral, padeceria de um obstáculo à natureza de fundação, pois, em verdade, nessas entidades o patrimônio, via de regra, ainda não existe, mas será formado por meio de cotizações fixadas atuarialmente. Sem

embargo, o obstáculo é aparente, pois o patrimônio não carece de existência real no momento da criação da entidade, mas pode ser *potencial*, estabelecido por meio de receitas ainda a serem realizadas, especialmente quando os objetivos a serem alcançados são fixados em futuro remoto. A própria doutrina, desde longa data, admite a formação patrimonial da fundação *a posteriori* (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 15). Ademais, o art. 25 da Lei nº 12.618/2012 prevê aporte inicial para as entidades.

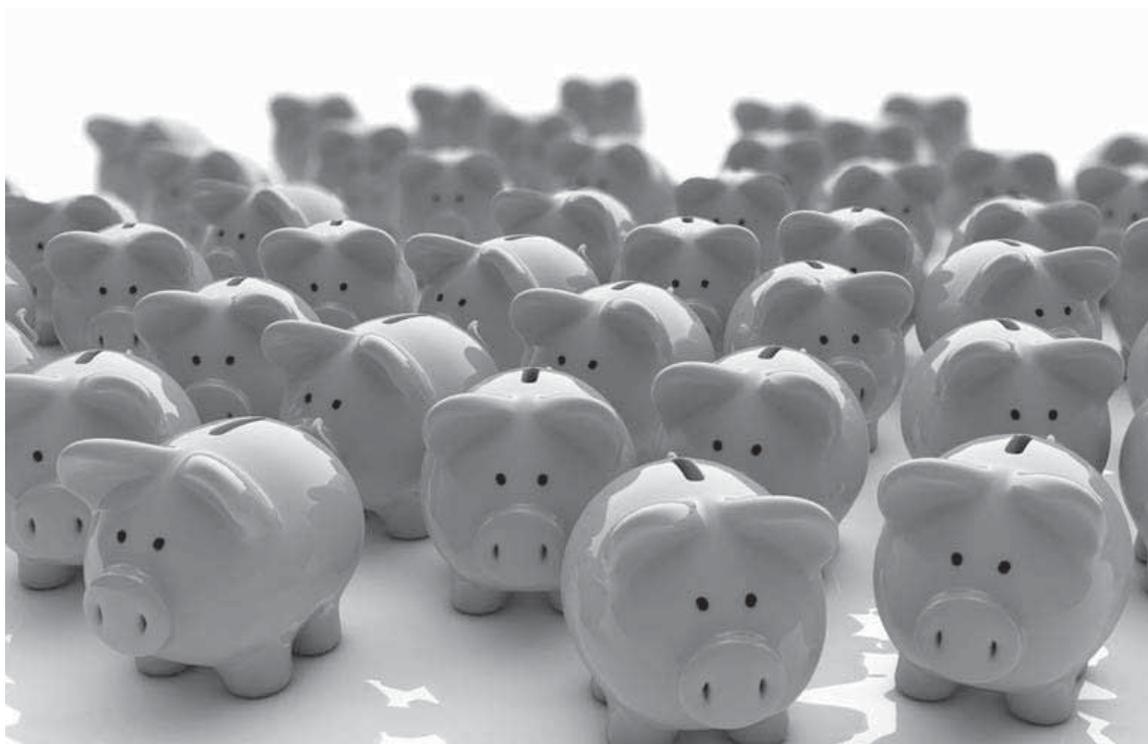
O art. 40, § 15 da Constituição, na redação dada pela EC nº 41/2003, prevê que as entidades fechadas de previdência complementar dos servidores são dotadas de *natureza pública*. A previsão não foi propriamente derivada de uma reflexão sobre o modelo ideal de sistema, mas sim da preocupação com o risco maior de qualquer sistema previdenciário, que é a insolvência. A natureza pública, nesse aspecto, teria o condão de transformar o Estado em uma espécie de ressegurador do modelo, especialmente pela cultura nacional de que empresas e entidades públicas *não quebram*. A previsão é problemática, pois a natureza pública gera potenciais vantagens frente aos demais fundos privados, como uma possível

imunidade tributária, na forma do art. 150, § 2º da Constituição, em flagrante violação à isonomia; por exemplo, pelas dificuldades gerenciais que isso provoca, como a necessidade de concurso público e licitação na contratação da gestão de recursos garantidores. Surge, também, como um contrassenso uma entidade pública para gerir, exclusivamente, recursos privados, visto que se trata de patrimônio de servidores, e não do Estado.

Entendo que tal entidade não possui condições de ostentar uma verdadeira natureza pública. Não há uma finalidade propriamente pública em seu funcionamento, porque se trata de patrimônio dos servidores. Além disso, é desprovida de poder de império e sem imposição de associação, pois a filiação é sempre facultativa, nos termos do art. 202, *caput* da Constituição, o que, enfim, exclui a possível natureza pública.³

A facultatividade de ingresso, inclusive, representa princípio constitucional da previdência complementar brasileira, atuando como expressão da livre iniciativa que fundamenta o campo das atividades econômicas (PULINO, 2011, p. 274). É neste contexto que se insere a proteção complementar nacional.

³ Sobre o poder de império e a imposição de ingresso como atributos necessários de entidades públicas, ver Ferreira (1970, p. 20).



Para contornar a questão, a Lei nº 12.618/2012 traz a figura inusitada da fundação privada com natureza pública, como forma de moldar o texto constitucional à pré-compreensão do sistema de previdência complementar. De modo mais enfático, o art. 8º da Lei nº 12.618/2012 discorre sobre os efeitos práticos dessa natureza pública, basicamente limitando-a à necessidade de concurso para a contratação de pessoal, submissão ao procedimento licitatório e publicidade no funcionamento da entidade.

Uma observação importante aqui. O fato de uma fundação ser criada por lei é, por natural, requisito necessário a uma instituição pública, mas nem toda fundação criada por lei assim será.⁴ Logo, a Funpresp, mesmo que criada por lei, não necessariamente teria de ostentar o status de pessoa jurídica de direito público. Não busca serviço público nem se submete a regime jurídico de direito público.

Ainda que a lei pretenda, com a *natureza pública*, estabelecer alguns requisitos limitadores, como na contratação de pessoal e na terceirização de gestão de recursos garantidores, isso não traz qualquer mutação da natureza dessa entidade, como se vê, por exemplo, em empresas públicas e sociedades de economia mista. Cria-se, assim, um ornitorrinco na previdência complementar, o que certamente só servirá para gerar desconfiância e dúvidas variadas no funcionamento da entidade, especialmente sobre a divisão das situações em que venha a ser submetida a regime privado ou não. Pessoalmente, considero a melhor solução a inconstitucionalidade parcial com redução de texto do art. 40, § 15 da CF/1988, na atual redação



dada pela EC nº 41/2003, excluindo a expressão *natureza pública*.

Para piorar, a lei esquece-se de prever a possível inclusão do pessoal das fundações nos planos de benefício por elas gerenciados. É erro primário, muito comum, outrora, em fundos de pensão, que se omitiam quanto ao ingresso de seus próprios funcionários. Pelo texto hoje vigente, como os funcionários são celetistas, a conclusão é pela impossibilidade de adesão, o que certamente não ajudará no comprometimento e seleção de tais profissionais.

PLANO DE BENEFÍCIOS

De modo geral, percebe-se que a Lei nº 12.618/2012 copia a terminologia tradicional da previdência complementar, com os conceitos de patrocinadores, participantes e assistidos. Nada mais natural, pois é de previdência complementar que se trata.

⁴ Neste sentido, ver Cretella Júnior (2002, p. 28-29). Como afirma o autor, fundação pública é “caracterizada por um regime jurídico de direito público típico, que não se justapõe, mas derroga e exorbita do paralelo regime a que é submetida a fundação de direito privado” (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 23). Mais adiante, de forma mais completa, afirma que “fundação de direito público, espécie do gênero autarquia, é a pessoa jurídica de direito público, administrativa, de substrato patrimonial, criada pelo Estado para a consecução de serviço público específico e sujeita à tutela administrativa da entidade política matriz criadora” (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 33).

O art. 12 desta lei estabelece, de forma compulsória, a modalidade de contribuição definida a quaisquer dos planos de benefícios ofertados. Embora a praxe dos novos planos de previdência complementar seja a adoção de tal modalidade, a restrição não é absoluta.

As normas gerais sobre previdência complementar, previstas nas LC nºs 108/2001 e 109/2001, no que couber, também vinculam o funcionamento da previdência complementar ao servidor, haja vista a expressa remissão do art. 40, § 15 da Constituição ao art. 202. Tendo a LC nº 109/2001, no art. 7º, admitido outras modalidades, não poderia a lei ordinária fixar restrição tão severa. Somente entidades fechadas constituídas por instituidores é que se submetem a tal limitação, em razão do maior risco de insolvência (art. 31, § 2º, II da lei).

Em verdade, o estabelecimento coercitivo do plano *contribuição definida*, quando analisado em conjunto com os demais dispositivos do Capítulo III da Lei nº 12.618/2012, expõe, muito claramente, a perturbadora e patológica necessidade de afastar, de toda e qualquer maneira, a responsabilidade estatal por eventuais déficits das fundações.

A neurose vai desde dispositivos desnecessários, como o art. 12, § 1º, que trata da evidente necessidade de revisão do plano de custeio quando necessário, até a exposição de motivos da lei, que defende o modelo de contribuição definida como forma de blindar a União, pois o sistema nunca seria deficitário.⁵ Por natural, em modelos de contribuição definidos puros, o benefício dura enquanto perdurarem as reservas; terminado o dinheiro, acaba o benefício.⁶

É certo que a CF/1988, na parte final do art. 40, § 15 prevê a obrigatoriedade dos planos de contribuição definida, mas cabe aqui, também, o temperamento necessário, de modo a limitar tal imposição somente aos benefícios programados, como aposentadorias por idade ou tempo de contribuição.⁷

Em prestações de risco, como benefícios por morte, doença ou invalidez, caberá algum tipo de seguro diferenciado ou, dependendo das opções das entidades, a criação de prestações na modalidade benefício definido, haja vista a dificuldade de concretizar coberturas de eventos imprevisíveis no modelo expresso na Constituição.⁸ A própria Lei nº 12.618/2012, no art. 12, §§ 3º e 4º, prevê um regime diferenciado para benefícios de risco, embora os limitando aos benefícios de invalidez ou morte. O art. 17, § 1º também traz o Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários, voltado a riscos não programados. O ideal seria o sistema atender a quaisquer afastamentos remunerados autorizados ao servidor.

SERVIDORES COM INGRESSO EM RPPS ANTERIOR À LEI Nº 12.618/2012 – OPÇÃO PELO BENEFÍCIO ESPECIAL

A Constituição, na atual redação do art. 40, § 16, dispõe que o servidor “que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”, ou seja, quando da publicação da Lei nº 12.618/2012 (art. 1º, *caput*), apenas aderirá às novas regras mediante prévia e expressa opção.

5 O item 19 do EMI nº 00097/2007/MP/MPS/MF, que acompanhou o PL nº 1997, reza que os planos de benefícios a serem oferecidos aos servidores, conforme as disposições estabelecidas no Capítulo III do Projeto, serão estruturados de modo a manter características de contribuição definida nas fases de acumulação de recursos e de percepção dos benefícios. Tal desenho apresenta vantagens do ponto de vista fiscal, pois elimina a possibilidade de geração de eventuais déficits.

6 Tal situação, em tese, poderá ser atendida pelo Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários (FCBE), previsto no art. 17, § 1º da Lei nº 12.618/2012.

7 Sobre as distinções dos benefícios típicos e atípicos da previdência complementar, ver Póvoas (2007, p. 387 e seg.).

8 Sobre o funcionamento de modelos híbridos na previdência complementar, ver McGillet et al. (2010, p. 380 e seg.).

Em primeiro lugar, cumpre reforçar a data marco para início do novo regime. Em seu art. 33, I, a lei posterga a vigência até a criação de uma das fundações, o que ocorreu em 20 de setembro de 2012, com a Funpresp-Exe. Todavia, como visto, tal adiamento só pode ser considerado válido se, com isso, amplia as vantagens para o servidor. No que for eventualmente desfavorável, há de prevalecer o marco constitucional, o qual claramente adota a *publicação*.

Por certo, o permissivo constitucional, ao prever o direito de opção, traz, implicitamente, a necessidade de alguma compensação pelo tempo de contribuição transcorrido, no qual o servidor, em muitas situações, já terá contribuído com valores superiores ao teto do Regime Geral de Previdência Social para o regime próprio de previdência.

Daí a razão para a Lei nº 12.618/2012, no art. 3º, §§ 1º a 8º prever o chamado *benefício especial*, que nada mais é do que uma indenização pela contribuição já realizada pelo servidor, em valores superiores ao limite máximo do RGPS.

A aferição somente sobre valores acima do teto do RGPS é correta, pois até tal limite ainda preservará o servidor seu direito à aposentadoria pelo RPPS. A adesão ao novo regime não o

exclui da vinculação obrigatória a regime próprio. Mesmo que deixe o serviço público, ainda poderá averbar tal interregno no RGPS.

O cálculo do benefício especial é composto de duas partes. Em primeiro lugar, faz-se a média remuneratória do servidor desde julho de 1994 (período do Plano Real) até a data de mudança do regime. De forma a facilitar o entendimento, vamos imaginar um servidor que vinha recebendo, em todos os seus anos na atividade pública, R\$ 20.000,00 e o limite máximo do RGPS, no mesmo período, tenha se mantido no fictício valor de R\$ 4.000,00. Para o exemplo, não há inflação no período.

Pois bem, admitindo-se essa permanência de valores, a média das 80% maiores remunerações do servidor, em valores atuais, será de R\$ 20.000,00. Desse valor, que é calculado a partir das remunerações atualizadas mês a mês – correção essa aqui considerada como inexistente – terá agora o RPPS que fazer a diferença frente ao limite máximo do RGPS vigente. No exemplo, R\$ 4.000,00. Logo, a base de cálculo para o benefício especial será de R\$ 16.000,00.

O segundo ponto é a fixação do percentual (fator de conversão), que será, no máximo, igual à unidade. O índice é encontrado a partir da razão entre a quantidade de contribui-



ções mensais efetuadas ao RPPS até a data de opção dividida por 455, quando servidor titular de cargo efetivo; por 390, quando servidora (ou professor de ensino fundamental); e por 325, quando professora de ensino fundamental.

Os parâmetros apresentados não são arbitrários. A regra para o homem, com divisor de 455, decorre da multiplicação de 35 anos (tempo de contribuição mínimo para o benefício pleno em RPPS) por 13, número de contribuições anuais, incluindo a gratificação natalina. O mesmo raciocínio vale para mulheres (30 anos) e professores (30 ou 25 anos, homem ou mulher, respectivamente).

Interessante notar que a Lei nº 12.618/2012 não expõe percentuais para outras situações de tempo reduzido de trabalho, como os policiais, mas prevê a adequação necessária no art. 3º, § 4º. A solução natural, até por isonomia, será aplicar a mesma razão entre tempo de contribuição *versus* tempo mínimo necessário à aposentadoria.

Continuando no exemplo citado, caso se trate de um homem, servidor há exatos 10 anos, que venha a se afastar, terá como fator de conversão o percentual de 0,2857 (130/455). Sendo a base de cálculo apurada o valor de R\$ 16.000,00, seu benefício especial, a ser concedido quando da aposentadoria do RGPS, em somatório ao valor desta, será de R\$ 4.571,20. Importante observar que o benefício especial não será pago pela Funpresp, mas sim pelo RPPS federal, quando da obtenção do benefício básico, aposentadoria ou pensão por morte, por quanto tempo esse perdurar. Em suma, o benefício especial, sem dúvida, é construído na modalidade benefício definido.

Todavia, há no art. 3º, § 5º da Lei nº 12.618/2012 uma inconstitucionalidade flagrante. Reza a lei que o benefício especial será pago quando da concessão de aposentadoria

ou pensão pelo RPPS, somente. Ou seja, ignora a opção do servidor exonerar-se do serviço público e, quando da aposentadoria do RGPS, usufruir de seu benefício especial.

O preceito, além de violar frontalmente o art. 202 da Constituição, que prevê a autonomia da previdência complementar frente aos regimes básicos, entra em choque com outros dispositivos da mesma lei, como o art. 14, III, que prevê a possibilidade expressa de benefício proporcional diferido e autopatrocínio; situações típicas (embora não exclusivas) de pessoas que se desligam do patrocinador.

O fato de o benefício especial ser concedido pelo RPPS não muda sua natureza. Uma vez feita a opção, trata-se de previdência complementar, dotada de existência autônoma. Não poderia a lei violar esse atributo fundamental, o qual foi um dos mais importantes da reforma previdenciária de 1998. Infelizmente, a meta puramente econômica da nova legislação impediu a compreensão das possíveis benesses da nova regulamentação. Provavelmente, caberá ao Judiciário reconhecer tais violações.

Conforme preceitua o art. 3º, § 7º da Lei nº 12.618/2012, o prazo para opção, irrevogável e irretratável, é de 24 meses a partir do início da vigência do regime de previdência complementar, o que, como visto, ocorrerá com a criação da primeira Funpresp (art. 33, I). Naturalmente, como a regra já vale desde a publicação da referida lei, a opção poderia ser feita desde maio de 2012.

Igualmente problemático o art. 22 da Lei nº 12.618/2012. O mesmo dispõe que o benefício especial se aplica aos servidores públicos federais oriundos, sem quebra de continuidade, de cargo público estatutário de outro ente da Federação que não tenha instituído o respectivo regime de previdência complementar e que ingressem em cargo público efetivo a partir da instituição da primeira Funpresp.

O preceito carece de interpretação conforme a Constituição. As regras transitórias em matéria previdenciária, nas EC n.ºs 20/1998, 41/2003 e 47/2005, preveem que as mesmas são aplicadas aos que já possuíam cargo público nas datas estabelecidas. Em momento algum as reformas estipularam a necessidade de permanência no mesmo cargo, função, poder ou ente federativo.

Regras transitórias, como se sabe, existem como forma de adequar o regime jurídico vigente a novas realidades, com transição razoável de forma a preservar a confiança e boa-fé que regem a relação entre Administração e administrados (BARROSO, 2004). Não há razão para a mudança de cargo público trazer a perda do regime transitório. Na verdade, isso apenas serviria para estimular a inércia profissional e a insatisfação dos que visavam a novas colocações no serviço público. Nada disso encontra amparo na Constituição de 1988.

Dessa forma, o preceito do art. 22 da Lei n.º 12.618/2012 deve ser interpretado como uma opção dada a tais servidores, para que, caso desejem, possam ingressar no novo sistema, contando com a quantificação do benefício especial pelo tempo pretérito exercido em cargos públicos estaduais, distritais ou municipais. Somente em tal contexto poderá o dispositivo vigorar.

INGRESSO E MANUTENÇÃO DA FILIAÇÃO

Mesmo para novo servidor, cumpre notar que o ingresso no regime de previdência complementar será sempre voluntário (art. 202, *caput* da CF/1988). Caso não deseje ingressar, pode optar por somente contribuir para o regime próprio sobre o limite máximo do RGPS, garantindo o benefício nas regras vigentes do RPPS. Pode mesmo optar por regime de previdência

complementar aberto, por convicção pessoal ou outro motivo, ou ainda assegurar seu futuro por investimentos diferentes, como imóveis. O que importa é que resta assegurada a liberdade do servidor em optar pelo melhor meio de usufruir de seu patrimônio.

A Lei n.º 12.618/2012, por natural, não ingressa em detalhes de manutenção mínima, períodos de contribuição, quantificação de renda mensal, os quais, por prudência, devem ser fixados nos respectivos regulamentos, passíveis de adequações periódicas quando há motivação atuarial para tanto. Portanto, o art. 13, *caput* delega aos regulamentos dos planos de benefícios a disciplina específica das prestações.

Sem embargo, a delegação não traduz liberalidade plena às fundações, pois os órgãos regulador e fiscalizador (Conselho Nacional de Previdência Complementar e Previc, respectivamente) deverão exigir o cumprimento dos preceitos administrativos vigentes e demais requisitos que demonstrem o equilíbrio financeiro e atuarial da entidade.

A contribuição, fixada na mesma lei, tanto para o participante como para o patrocinador é de 8,5% (art. 16, § 3º). Nada impede que o

É, sem dúvida, imoral que o Estado venha a subsidiar as prestações futuras de servidores com patamar remuneratório mais elevado e, por outro lado, deixe sem qualquer contraprestação aqueles com vencimentos inferiores ao teto do RGPS.

servidor efetue, além da contribuição normal, recolhimentos superiores ao percentual estabelecido, mas não haverá, para tais excedentes, contraprestação do patrocinador estatal (art. 16, § 4º).

Interessante notar que a lei, expressamente, atribui a possibilidade de servidores que recebam remuneração inferior ao limite máximo do RGPS de contribuir também para o sistema complementar (art. 13, parágrafo único). Todavia, em tais situações, como não há valores acima do teto, a contribuição voluntária será somente do servidor, sem a contrapartida do ente público.

Julgo a restrição inconstitucional. Apesar de, à primeira vista, sensata, impõe prejuízo aos servidores que, justamente, careceriam de maior estímulo à poupança e investimento. É, sem dúvida, imoral que o Estado venha a subsidiar as prestações futuras de servidores com patamar remuneratório mais elevado e, por outro lado, deixe sem qualquer contraprestação aqueles com vencimentos inferiores ao teto do RGPS.

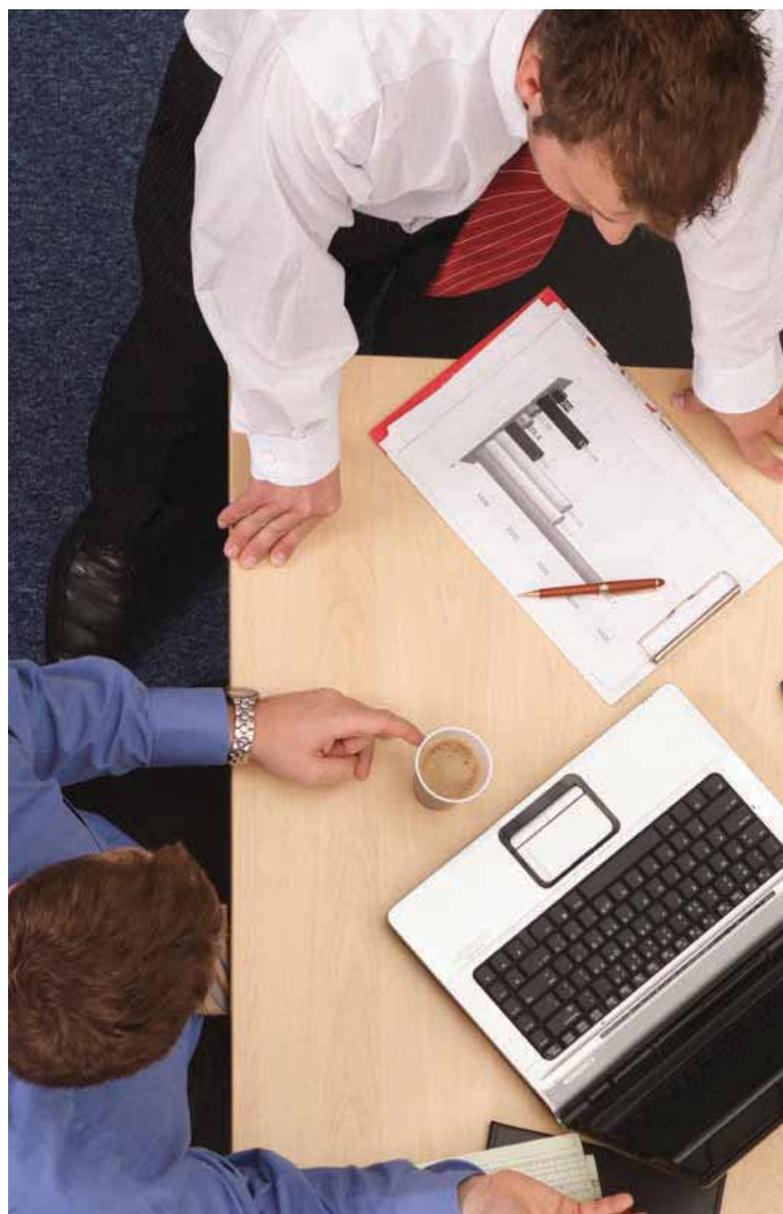
Novamente, observa-se aqui a gênese do modelo de previdência complementar com intuito unicamente financeiro, e não protetivo. A intenção de limitar as prestações dos RPPS ao mesmo limite do RGPS é defensável, mas o patrocínio estatal apenas para servidores de remunerações mais elevadas acaba por criar quadros de segunda classe no serviço público. A Lei nº 12.618/2012 também admite a manutenção da filiação ao regime complementar nas hipóteses de cessão a outro órgão, mesmo empresas públicas ou sociedades de economia mista, licenças com ou sem remuneração, e ainda para os que optarem pelo benefício proporcional diferido ou autopatrocínio (art. 14). Caso seja uma cessão com ônus, ou seja, quando o órgão cedente mantém o pagamento da remuneração, o respectivo patrocinador preserva, também, o encargo de continuar efetuando as contribuições devidas.

Caso o ônus seja do cessionário, este assume, frente ao servidor público, os encargos do patrocinador.

Interessante notar que, como o art. 14 da Lei nº 12.618/2012 prevê, expressamente, a possibilidade de permanência de filiação nas hipóteses de benefício proporcional diferido ou autopatrocínio, reconhece a lei que o servidor poderá exonerar-se do cargo público e obter, no futuro, prestações devidas. Com isso, evidencia-se a necessidade de temperamento do art. 3º, § 5º da Lei nº 12.618/2012.

PORTABILIDADE E RESGATE

Outro aspecto omissso da lei, tanto para servidores já pertencentes ao RPPS como para no-



vos integrantes, é a opção de portabilidade e resgate. Como prevê a Lei Complementar nº 109/2001, art. 14, tais institutos, em conjunto com o autopatrocínio e o benefício proporcional diferido, são obrigatórios em qualquer plano de benefícios.

Em razão da lacuna da Lei nº 12.618/2012, deve-se adotar o art. 40, § 12, da Constituição, o qual justifica, nesse caso, a aplicação analógica da LC nº 109/2001 aos servidores públicos federais. A aplicabilidade da LC nº 109/2001 é reconhecida no próprio corpo da Lei nº 12.618/2012, haja vista várias referências à mesma e previsão expressa nesse sentido, no art. 27.

Ademais, seria flagrante violação à isonomia estabelecer plano de benefícios de previdência complementar com opções mais restritivas somente pela natureza funcional dos participantes.

Como se disse, a criação da previdência complementar dos servidores, embora defensável tecnicamente, não teve tal substrato, mas voltada, de modo precípua, ao encontro de contas do Poder Público. É visível que algumas vantagens oriundas do sistema de previdência complementar foram, propositadamente, omitidas da nova regulamentação, mas é razoável concluir que o Judiciário não terá outro caminho senão reconhecê-las como válidas no modelo de previdência complementar brasileiro, em todos os setores.

CONCLUSÃO

A temática da previdência complementar, em especial desde a reforma de 1998 e a publicação das LC n^{os} 108 e 109/2001, muito tem evoluído, tendo o sistema nacional uma maturidade nunca antes alcançada. No momento em que os regimes próprios de previdência aderirem ao sistema, haverá um natural crescimento do setor, demandando acompanhamento rigoroso do Poder Público, dos participantes e assistidos. Não poderá o sistema ser utilizado como instrumento político ou meio de assegurar o equilíbrio financeiro do Estado, sem compromisso com o bem-estar dos participantes.

A Lei n^o 12.618/2012 traz algumas previsões preocupantes, as quais, talvez, sejam oriundas do descuido natural de um projeto aprovado com grande celeridade, mas que nunca poderão propiciar um modelo inferior e mais restritivo que a previdência complementar privada hoje existente.

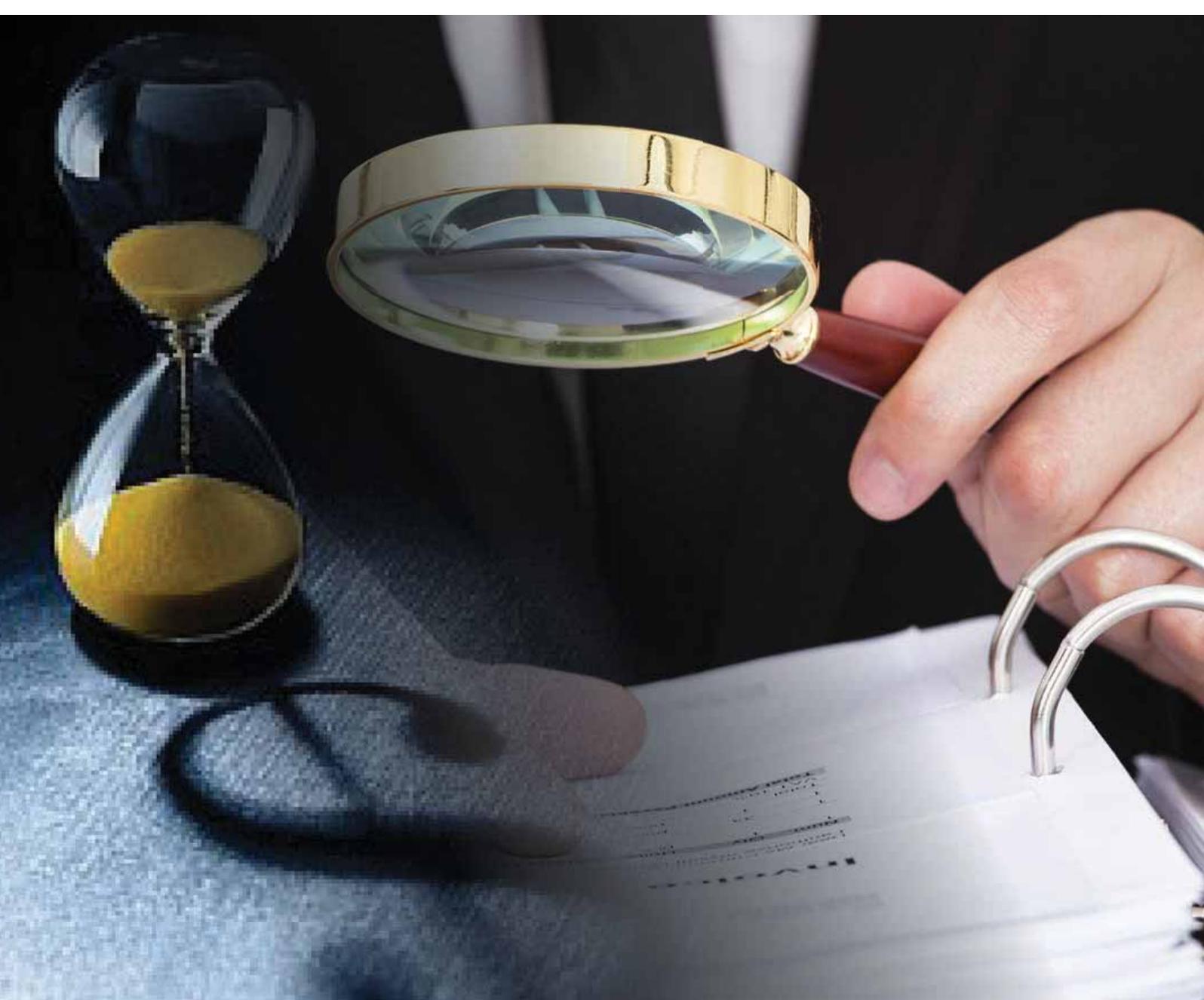
A nova disciplina normativa, inserida no contexto da seguridade social brasileira, deve observar, na melhor medida do possível, a efetividade da cobertura dos participantes e, também, o respeito ao direito acumulado de cada um. A viabilidade do novo sistema só se concretizará mediante o respeito aos ditames da Lei Complementar n^o 109/2001, os quais, necessariamente, devem ser conjugados ao regramento da Lei n^o 12.618/2012, especialmente no âmbito das prerrogativas básicas, como a portabilidade, o direito proporcional diferido, o resgate ou o autopatrocínio. Somente com tais cuidados terá o servidor a confiança para aderir ao novo sistema que, afinal, é facultativo.

Para tanto, é importante reconhecer a natureza verdadeiramente privada dos fundos de pensão dos servidores, assim como a autonomia patrimonial e financeira frente ao Estado, com plena transparência da gestão da entidade, em especial, quanto aos recursos garantidores dos benefícios. Em resumo, tendo o servidor aderido à sistemática de proteção social – o que é possível desde a publicação da Lei n^o 12.618/2012 –, terá ele a seu favor todo o arcabouço normativo existente, impondo deveres e direitos como forma de atender a preservação de seu bem-estar nos momentos e condições estabelecidos pelo regulamento previdenciário.

Sendo o objetivo principal do novo regime a isonomia, e não o mero equilíbrio financeiro, deve o Estado reconhecer os direitos decorrentes da normatização inovadora, adotando, nas dificuldades apontadas, o paradigma dos modelos privados, já maduros e robustecidos pelas experiências dos últimos anos.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e Legitimidade da Reforma da Previdência – Ascensão e Queda de um Regime de Erros e Privilégios. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro, n. 58, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Fundações de Direito Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. **As fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público no Brasil**. Rio de Janeiro, 1970.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **A previdência social no Estado contemporâneo**, Niterói: Impetus, 2011.
- McGILL, Dan et al. **Fundamentals of private pensions**. 9. ed. New York: Oxford, 2010.
- PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. **Previdência privada: filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- PULINO, Daniel. **Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas**. São Paulo: Conceito, 2010.



**O CONCEITO DE 'NORMAS
GERAIS' EM MATÉRIA DE
competência legislativa
concorrente e seus efeitos na
gestão e controle dos RPPS***

Narlon Gutierre Nogueira

Auditor-fiscal da Receita Federal do Brasil
Diretor do Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público no MPS
Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP

RESUMO: Este trabalho debate a competência atribuída à União, pela Lei nº 9.717/1998, para, por meio do Ministério da Previdência Social, exercer a orientação, supervisão e acompanhamento dos Regimes Próprios de Previdência Social dos entes federativos e estabelecer parâmetros e diretrizes gerais para sua organização e funcionamento que, se descumpridos, resultam em impedimento à realização de operações relacionadas às transferências voluntárias de recursos. Partindo de decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal e da revisão de posições doutrinárias, analisa-se a repartição de competências no âmbito da competência legislativa concorrente, a dificuldade de se estabelecer adequada definição do conceito de "normas gerais" e propõe-se uma reflexão sobre o real significado de "autonomia" em nossa República Federativa. Conclui-se que o elemento valorativo a ser considerado nas decisões proferidas sobre o tema deve basear-se no critério material, cujo fator determinante é o princípio da predominância do interesse, e que tais decisões não podem desprezar a realidade fática de nossas instituições político-administrativas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; federalismo; repartição de competências; normas gerais; supervisão dos RPPS.

KEYWORDS: *Constitutional Law; federalism; distribution of responsibilities; general standard; supervisors RPPS.*

ABSTRACT: *This paper discusses the powers of the Union, by Law nº 9.717/1998, for, through the Ministry of Social Security, exercise guidance, supervision and monitoring of Special Social Security of federal entities and establish parameters and guidelines for organization and operation which, if breached, result in impediment to the realization of the related voluntary transfers of resources operations. Starting with paradigmatic decisions of the Supreme Court and the revision of doctrinal positions, analyzes the division of powers within the legislative competence competitor, the difficulty of establishing adequate definition of "general rules" and proposes a reflection on the real meaning of "autonomy" in our Federal Republic. We conclude that the evaluative element to be considered in decisions rendered on the topic should be based on substantive criterion, whose determinant is the principle of predominance of interest, and that such decisions cannot disregard the factual reality of our political-administrative institutions.*

*Artigo originado do trabalho contemplado com o 1º lugar do Prêmio Ministro Gama Filho 2014.

INTRODUÇÃO

A previdência social brasileira possui dois regimes previdenciários de filiação obrigatória, que asseguram a proteção básica aos seus segurados: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), destinado aos trabalhadores do setor privado e aos servidores públicos não amparados por previdência própria, e os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), voltados aos servidores públicos titulares de cargo efetivo dos entes federativos que os houverem instituído.

Atualmente os RPPS, cujo regramento fundamental encontra-se estabelecido no art. 40 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), encontram-se instituídos na União, nos Estados, no Distrito Federal e em pouco mais de 2.000 Municípios brasileiros, garantindo a proteção previdenciária a aproximadamente 10 milhões de segurados (servidores ativos, aposentados e pensionistas) e a suas famílias.

A Lei nº 9.717/1998 define as normas gerais de organização e funcionamento dos RPPS, atribuindo em seu art. 9º à União, por meio do Ministério da Previdência Social, a competência para exercer a orientação, supervisão e acompanhamento dos RPPS de todos os entes federativos e estabelecer parâmetros e diretrizes gerais. Caso sejam descumpridas tais normas gerais de organização e funcionamento, os entes federativos ficam impedidos de realizar as

operações referidas em seu art. 7º, relacionadas à concessão de transferências voluntárias de recursos pela União, o que se materializa pelo não fornecimento do Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP), instituído pelo Decreto nº 3.788/2001.

Diante da não obtenção do CRP, muitos entes recorrem ao Poder Judiciário, questionando a constitucionalidade da Lei nº 9.717/1998 e a competência da União para estabelecer tais normas gerais, sob a alegação de ofensa ao pacto federativo e à autonomia dos entes. Existem decisões favoráveis aos entes instituidores de RPPS e também contrárias, porém, como nenhuma delas tem efeito vinculante e *erga omnes*, a discussão judicial sobre o tema continua em aberto.

Neste trabalho serão analisadas duas decisões paradigmáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ambas em caráter liminar: a primeira, na Ação Cível Originária (ACO) nº 830, do Estado do Paraná, na qual foi reconhecida a inconstitucionalidade da Lei nº 9.717/1998 e do controle exercido pela União sobre os RPPS; a segunda, na ACO nº 890, proposta pelo Estado de Santa Catarina, na qual se negou o pedido de tutela antecipada, por não se reconhecer a alegada inconstitucionalidade.

A análise das diferentes posições jurisprudenciais em relação à competência da União para exercer a supervisão dos RPPS exige revisitar o



tema da repartição de competências no âmbito da competência legislativa concorrente, disciplinado pelo art. 24 da Constituição Federal, e neste enfrentar a difícil missão de se buscar alcançar um conceito válido do que sejam “normas gerais”. Conforme será visto neste trabalho, a doutrina tem adotado duas principais correntes na tentativa de estabelecer essa definição, uma pelo critério lógico-formal, baseado na especificidade, e outra no critério teleológico-material, cujo elemento determinante é o princípio da predominância do interesse.

Mais adiante, propõe-se uma reflexão sobre o conceito de “autonomia” dos entes federativos e em que medida uma autonomia meramente “formal” pode afastá-los de alcançar a autonomia verdadeiramente “real”. Nesse ponto, necessário analisar também as características peculiares do modelo de federação adotado por nossa República Federativa do Brasil.

Finalmente, serão abordados os efeitos das decisões que afastam a competência da União sobre o controle social, a transparência, governança e participação dos segurados na gestão dos RPPS, com graves efeitos para a sua sustentabilidade e para as finanças públicas e a responsabilidade fiscal dos entes.

1. DECISÕES DO STF SOBRE A LEI Nº 9.717/1998

Em dezembro de 2005, o Estado do Paraná e a Parana Previdência, unidade gestora do RPPS

estadual, ingressaram no STF, contra a União, com a ACO nº 830¹, alegando a inconstitucionalidade da Lei nº 9.717/1998, que estabelece obrigações a serem cumpridas pelos entes federativos e atribui ao Ministério da Previdência Social a competência para exercer a orientação, supervisão e acompanhamento dos Regimes Próprios de Previdência Social, e contra o Decreto nº 3.788/2001, que criou o Certificado de Regularidade Previdenciária (CRP), documento de apresentação obrigatória para o recebimento de transferências voluntárias de recursos², celebração de contratos e convênios com a União, e recebimento da compensação financeira com o Regime Geral de Previdência Social. Em abril de 2006, o Ministro Marco Aurélio, relator da ACO nº 830, concedeu a tutela antecipada para afastar, a partir desse momento, o óbice vislumbrado pela União ao repasse obrigatório da compensação previdenciária bem como a observação, doravante, da exceção imposta a partir da Lei nº 9.717/1998, até mesmo quanto à realização de operações financeiras de que trata o artigo 7º dessa lei. Na fundamentação da decisão, destaca-se o seguinte trecho:

Constato, neste exame preliminar, que se adentrou não o campo do simples estabelecimento de normas gerais. Atribuem-se a ente da Administração Central, ao Ministério da Previdência e Assistência Social, atividades administrativas em órgãos da

1 Nos termos do art. 102, I, “f” da Constituição Federal, compete ao STF processar e julgar, originariamente, as causas e conflitos entre a União, os Estados e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta. Tais demandas normalmente são discutidas em Ação Cível Originária (art. 55, I do Regimento Interno do STF - RISTF), podendo ser concedida medida liminar pelo ministro relator, que deverá submetê-la a posterior *referendum* do Plenário (art. 5º, IV e art. 21, IV e V do RISTF).

2 A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) define as transferências voluntárias de recursos no *caput* de seu art. 25: “entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”. O § 3º desse dispositivo excetua das sanções de suspensão de transferências voluntárias “aquelas relativas às ações de educação, saúde e assistência social”. Essa ressalva é também observada em relação à exigência do CRP, conforme previsto no art. 4º, § 2º da Portaria MPS nº 204/2008, que disciplina a sua emissão.

Previdência Social dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos fundos a que se refere o artigo 6º da citada lei. A tanto equivale a previsão de que compete ao Ministério da Previdência e Assistência Social orientar, supervisionar e acompanhar as práticas relativas à previdência social dos servidores públicos das unidades da Federação. Mais do que isso, mediante o preceito do artigo 7º, dispôs-se sobre sanções diante do descumprimento das normas – que se pretende enquadradas como gerais. Deparo, assim, com quadro normativo federal que, à primeira vista, denota o extravasamento dos limites constitucionais, da autonomia própria, em se tratando de uma Federação. Uma coisa é o estabelecimento de normas gerais a serem observadas pelos Estados membros. Algo diverso é, a pretexto da edição dessas normas, a ingerência na administração dos Estados, quer sob o ângulo direto, quer sob o indireto, por meio de autarquias. Vale frisar que não prospera o paralelo feito entre a legislação envolvida na espécie e a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, editada a partir de previsão expressa contida no artigo 169 da Constituição Federal, impondo limites a serem atendidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Na sessão realizada em 29 de outubro de 2007, o Pleno do STF referendou por unanimidade a

liminar deferida. Votaram na ocasião os seis ministros presentes: Marco Aurélio (relator), Ellen Gracie (presidente), Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.³

O procurador-geral da República, Roberto Gurgel, em sucinto parecer apresentado em março de 2011, opinou pela procedência dos pedidos, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 7º e 9º da Lei nº 9.717/1998, “por serem normas específicas sobre a matéria”, contrariando os limites estabelecidos no art. 24 da CF/1988 à competência legislativa concorrente da União: limitar-se ao estabelecimento de normas gerais e respeitar a esfera de competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal.⁴

Em junho de 2006, foi a vez de o Estado de Santa Catarina ingressar contra a União no STF, por meio da ACO nº 890, alegando, semelhantemente, a inconstitucionalidade da Lei nº 9.717/1998, do Decreto nº 3.788/2001 e de diversas portarias editadas pelo Ministério da Previdência Social. Porém, nessa ação, relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, a decisão, proferida em dezembro de 2006, foi pela denegação do requerimento de tutela antecipada, sob os seguintes fundamentos:

13. Muito bem. Feita esta ligeira incursão na matriz normativa, não vi, a princípio, nenhum desajustamento entre ela e o texto infraconstitucional acima transcrito. Parece-me, num primeiro exame - próprio desta fase processual -, que os termos “orientação”, “supervisão” e “acompanhamento” (dos regimes de previdência social) condizem com a ideia de normas

3 Registre-se que o *referendum* da decisão liminar não se confunde com a decisão de mérito e que dos seis ministros que votaram por referendar a liminar concedida na ACO nº 830, apenas dois permanecem na atual composição do STF (Marco Aurélio e Cármen Lúcia).

4 Recente manifestação do procurador-geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, proferida em maio de 2014, nos autos da ACO nº 2.040, do Estado do Pernambuco, vai em sentido diametralmente oposto, ao afirmar a constitucionalidade da Lei nº 9.717/1998 e dos atos normativos expedidos pelo Ministério da Previdência Social, como normas de natureza geral expedidas nos limites do art. 24, XII, da Constituição.



gerais. Vejo, na mesma perspectiva, o estabelecimento e a publicação dos parâmetros e das diretrizes gerais previstos na citada lei.

14. É certo que a formulação do conceito de “normas gerais” é tarefa tormentosa, conforme anotou o Ministro Carlos Velloso no julgamento da ADI 3.098. Naquela ocasião, Sua Excelência mencionou as lições de Marçal Justen Filho e da professora Alice Gonzalez Borges. Ambas a dizerem que a expressão “norma geral”, a que se refere a Magna Carta, “tem o sentido de diretriz, de princípio geral”, apresentando “generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis”.

15. De minha parte, já tive oportunidade de exteriorizar ponto de vista sobre o conteúdo semântico da expressão “normas gerais”, tanto em trabalho doutrinário (“O Perfil Constitucional da Licitação”) quanto no exercício da suprema judicatura. Neste caso, lembro-me do voto que proferi na ADI 3.059. Dele, extraio a seguinte passagem, que, apesar de se referir ao tema

licitação, entendo pertinente a esta causa: 16. Por tudo isso – volto a dizer –, não me parece que o ato combatido tenha exorbitado do seu campo normativo, mesmo sob o ângulo da autonomia das unidades federadas.

Estas – a ACO nº 830, relatada pelo Ministro Marco Aurélio, acolhendo a tese da inconstitucionalidade da Lei nº 9.717/1998, e a ACO nº 890, relatada pelo Ministro Ayres Britto, negando essa tese – são as duas decisões paradigmáticas sobre as quais se assentam os posicionamentos do STF a respeito do tema que constitui o objeto de análise deste trabalho.⁵ A questão que se coloca na ACO nº 830 e na ACO nº 890, e que leva à confrontação entre as decisões nelas proferidas, é: estão a Lei nº 9.717/1998 e o Decreto nº 3.788/2001 inseridos no âmbito das “normas gerais” a que se referem os §§ 1º ao 4º do art. 24 da CF/1988? E, para se tentar estabelecer uma resposta válida a essa questão, há de se refletir sobre outra questão primária que a ela antecede: afinal de contas, o que são “normas gerais”?

5 Várias outras decisões relacionadas à validade da exigência do CRP são encontradas em ambos os sentidos, tanto no STF (por exemplo: ACO nº 702, RE nº 395.666-Agr, AC nº 2.866, ACO nº 2.040) como nos diferentes órgãos da Justiça Federal (juízes federais e Tribunais Regionais Federais - TRF), aonde chegam à casa de algumas centenas. Em algumas decisões, os juízes federais ressalvam o seu entendimento pessoal pela constitucionalidade do controle exercido pela União, mas optam por conceder decisão afastando esse controle, com fundamento em decisões do STF, principalmente a liminar na ACO nº 830. Observa-se que mais de 80% das decisões que afastam o controle da União sobre os RPPS estão concentradas nos TRF da 5ª e 1ª Regiões.

Porém, deve-se ressaltar que no dia 12/09/2014 o Ministro Luís Roberto Barroso negou liminar pleiteada pelo Estado de Rondônia na ACO nº 2.268, registrando que “o entendimento predominante no Tribunal não se orienta no sentido da inconstitucionalidade em tese das normas impugnadas”, citando como precedentes: RE nº 771.994 AgR (Ministra Cármen Lúcia - Município de Lucena - PB - 08/04/2014); RE nº 495.684 AgR (Ministra Ellen Gracie - Município de Castanhal - PA - 15/03/2011); AC nº 2.866 (Ministro Luiz Fux - Estado do Amapá - 03/06/2011).

2. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE E O CONCEITO DE NORMAS GERAIS

Este tópico cuida do modelo de repartição de competências adotado na Constituição Federal de 1988, analisando em especial o conceito de “normas gerais” no âmbito da competência legislativa concorrente, de que trata o art. 24.

2.1 - Repartição de competências e competência legislativa concorrente

O modelo de repartição de competências estabelecido por uma Constituição determina a fisionomia do Estado Federal e se este adotará uma tendência mais centralizadora ou descentralizadora, a definir o grau de autonomia das entidades federativas regionais ou locais, uma vez que as competências atribuídas representam as esferas de poder que permitirão a cada ente estatal realizar suas funções. O modelo clássico e predominante de repartição de competências foi estabelecido pela Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e reproduzido nas constituições de inúmeros outros países, conferindo à União os poderes enumerados e aos Estados-Membros os poderes não enumerados ou residuais. Mais recentemente, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, estabeleceu uma forma mais evoluída de repartição de competências, contemplando a legislação exclusiva da Federação e a legislação concorrente ou

comum, explorada pela Federação e pelos Estados. (HORTA, 1995; SILVA, 2007).

A Constituição de 1988 adotou um sistema complexo, que combina os modelos de repartição de competências horizontal (exaustiva, enumerada e não enumerada ou reservada) e vertical (comum, concorrente e suplementar) na repartição da competência material (voltada para a realização de diferentes tarefas ou serviços) e legislativa (relativa à edição de leis e atos normativos): enumera poderes da União (arts. 21 e 22), com esfera remanescente para os Estados (art. 25, § 1º) e competências indicativas para os Municípios (art. 30), sem prejuízo de possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas de atuação comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e possibilidade de legislação concorrente e suplementar (art. 24 e art. 30, II). No que se refere à competência tributária, a CF/1988 optou pela enumeração das competências de cada esfera da Federação (arts. 153, 155 e 156).

No que interessa especificamente a este trabalho, o art. 24 dispõe sobre a competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre as matérias nele referidas, dentre elas a previdência social (inciso XII)⁶. Os §§ 1º a 4º estabelecem que essa competência concorrente será limitada, pois a União somente poderá estabelecer normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados, e que estes exercerão a competência legislativa plena (supletiva), enquanto inexistir lei federal sobre normas gerais, a qual, uma vez editada, suspenderá a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária.

⁶ Curioso notar que embora a “previdência social” conste como uma das matérias inseridas na competência legislativa concorrente (art. 24, XII), a “seguridade social” (que inclui a saúde, a previdência social e a assistência social, conforme art. 194) aparece entre as matérias de competência legislativa privativa da União (art. 22, XXIII). Como conciliar essa contradição, ao que tudo indica decorrente de falha de sistematização no texto produzido pelo legislador constituinte? A nosso ver, a solução se dá considerando de competência privativa da União as matérias relacionadas ao Regime Geral de Previdência Social (art. 201) e ao Regime de Previdência Privada Complementar - RPPC (art. 202) e de competência concorrente entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios aquelas relativas aos Regimes Próprios de Previdência Social (art. 40), onde simultaneamente estão presentes os interesses nacional, regional e local.



Embora os Municípios não sejam expressamente referidos pelo art. 24, nos filiamos à posição adotada por aqueles que defendem serem eles alcançados pela competência legislativa concorrente, quando se tratar de matéria em que esteja presente o interesse local, por força dos incisos I e II do art. 30. Nesse sentido:

Note-se que o artigo 24 não inclui os Municípios no campo da legislação concorrente, embora afirme o artigo 30, II, que é de sua competência suplementar a legislação federal e estadual.

A competência suplementar do Município só caberá, segundo pensamos, em relação a assuntos que digam respeito ao interesse local, pois não haveria sentido o Município suplementar a legislação federal ou estadual em matérias a ele estranhas [...]. (CARVALHO, 2008, p. 870).

2.2 - O conceito de normais gerais

Há uma unanimidade por parte da doutrina em reconhecer que a grande dificuldade a ser enfrentada quando se trata da competência legislativa concorrente é a formulação de uma definição do que possa ser considerado como “normas gerais”, limite de competência da União.

Antes de abordar alguns dos inúmeros estudos sobre o tema e suas diferentes propostas

interpretativas, é curioso conhecer uma referência histórica de como a expressão “normas gerais” veio a aflorar em nossos textos constitucionais. De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, embora a Constituição de 1934 contivesse uma primeira referência (art. 5º, XIX, “c” e “i” e § 3º), foi a partir da Constituição de 1946 que a expressão normas gerais trouxe maior interesse de estudo, devido a sua vinculação, dentre outras, às “normas gerais” de direito financeiro, (art. 5º, XV, “b”, e art. 6º), o que intensificou o debate entre os estudiosos do direito financeiro e tributário. Referido autor cita então Rubens Gomes de Sousa, segundo o qual a adoção da expressão “normas gerais” foi uma saída encontrada pelo então deputado federal Aliomar Baleeiro para vencer a resistência política que a atribuição dessa competência à União traria por parte dos defensores da autonomia dos Estados e dos Municípios, porém sem que ele próprio tivesse a consciência clara do que representariam tais “normas gerais”:

O importante era introduzir na Constituição a idéia; a maneira de vestir a idéia, a sua roupagem, era menos importante do que o seu recebimento no texto constitucional e o preço deste recebimento foi a expressão normas gerais, delimitativa, sem dúvida, do âmbito da competência atribuída, mas em termos que nem ele próprio, Aliomar, elaborara ou raciocinara. Era um puro compromisso político. E a partir dessa política, juridicamente espúria, nós tivemos uma enorme produção bibliográfica, que até hoje continua a respeito do que sejam normas gerais. (SOUZA *apud* BULOS, 2005, p. 574).

A primeira das duas principais correntes que buscam estabelecer uma definição apta a determinar o que sejam “normas gerais” adota

um critério lógico-formal e funda-se no elemento da especificidade, ou seja, considera “geral” tudo aquilo que não seja “específico”. Por essa linha, a norma geral deve ficar adstrita aos princípios e diretrizes com maior grau de generalidade, não podendo descer ao detalhamento da matéria que disciplina.

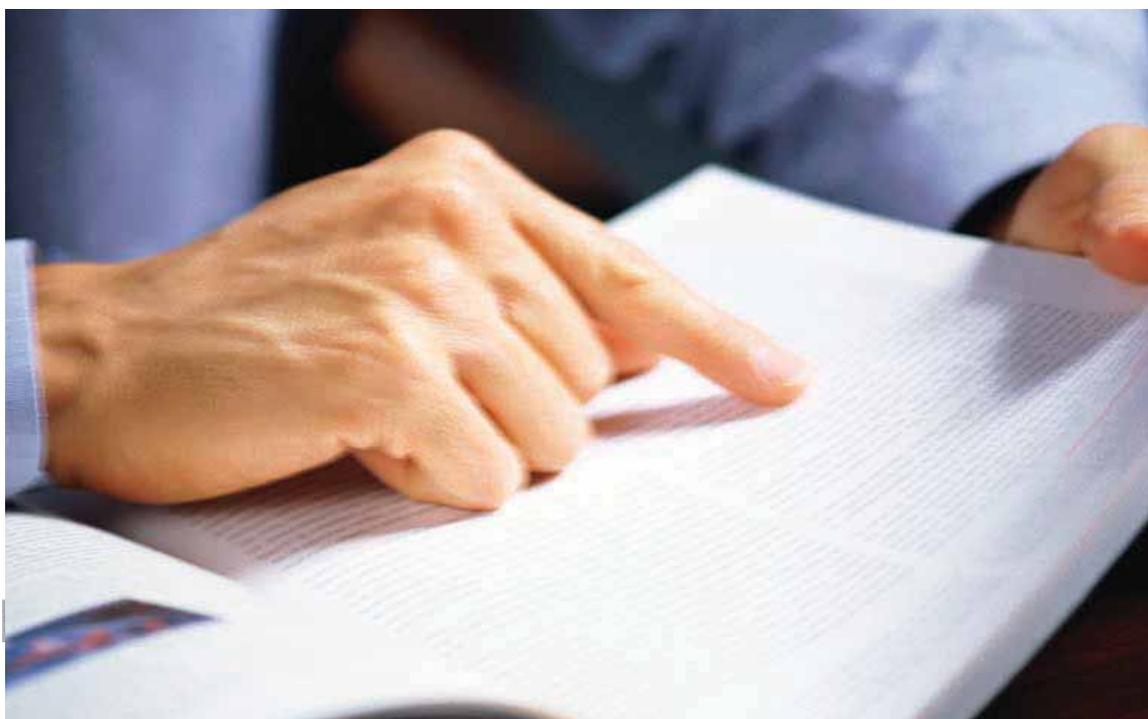
Essa concepção pode ser identificada como prevalente na definição apresentada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em importante estudo sobre a competência concorrente limitada e o problema da conceituação das normas gerais:

[...] normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos. (MOREIRA NETO, 1988, p. 159).

A segunda corrente adota um critério teleológico-material, cujo elemento determinante é o princípio da predominância do interesse, ou seja, estar-se-á diante de normas gerais conforme o interesse a ser alcançado seja eminentemente nacional, e não regional ou local.

Tercio Sampaio Ferraz Junior, por exemplo, assinala que do ponto de vista da lógica jurídica a distinção entre normas gerais e particulares pode ser encarada tanto quanto ao seu conteúdo (gerais, particulares ou singulares) como quanto aos seus destinatários (universais, especiais e individuais). Porém, essa classificação é insuficiente e a natureza das normas gerais haverá de ser determinada pelo critério teleológico, isto é, pela finalidade à qual elas se destinam:

A lógica, porém, ajuda, mas não resolve inteiramente a questão interpretativa. A expressão constitucional – normas gerais – exige também uma hermenêutica teleológica. Sob o mencionado aspecto lógico sempre será possível dizer que, por exemplo, quanto ao conteúdo, normas gerais prescrevem princípios, diretrizes sistemáticas, temas que se referem a uma espécie inteira e não a alguns aspectos, mas isto



é insuficiente para reconhecer quando estamos diante de uma norma geral ou de uma particular. Sempre restarão dúvidas, no caso concreto, para aplicar o critério estritamente lógico-formal. Deste modo, para o intérprete, a necessidade de se analisar o conteúdo num contexto finalístico se impõe. Assim, do ângulo teleológico, a distinção há de se reportar ao interesse prevaletente na organização federativa. A federação brasileira, já pelo disposto no *caput* do art. 1º, já pela ênfase na solidariedade, na redução das desigualdades regionais, na garantia de um desenvolvimento nacional (art. 3º) aponta muito mais para um federalismo do tipo cooperativo, que exige a colaboração dos entes federativos e confere, correspondentemente, menor importância à separação e independência recíproca entre eles. [...] Ora, o federalismo cooperativo vê na necessidade de uniformização de certos interesses um ponto básico da colaboração. Assim, toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18-19).

De igual forma, José Afonso da Silva destaca o princípio da predominância do interesse como norteador da repartição de competências, embora reconheça existirem situações em que se torna difícil discernir o interesse predominante:

O princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades com-

ponentes do Estado federal é o da predominância do interesse, segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local [...]. Acontece que, no Estado moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local. (SILVA, 2007, p. 478).

Outra matéria que, embora não inserida no art. 24, se defronta com a questão das “normas gerais” é a relativa às licitações e contratos administrativos, uma vez que o art. 22, XXVII previu competir privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação”, o que atrai também o interesse dos administrativistas que atuam nessa área.

Marçal Justen Filho reconhece a expressão “normas gerais” como um conceito jurídico indeterminado, que apresenta, de um lado, um núcleo de certeza e precisão em relação a compreender princípios e regras destinados a assegurar um regime jurídico uniforme a ser, obrigatoriamente, observado por todos os entes federados nas licitações e contratos administrativos, com a finalidade de garantir uma padronização mínima na atuação administrativa e a efetividade do controle pelos órgãos externos e pela comunidade, e de outro, uma relativa indeterminação das situações às quais se aplica, que permite à União exercer um juízo de oportunidade política quanto a estabelecer uma legislação mais sintética ou mais minuciosa (JUSTEN FILHO, 2008, p. 14-18).

Alice Gonzalez Borges, embora reconheça que o exercício da competência da União para estabelecer “normas gerais” não pode afastar

por completo a competência suplementar dos demais entes federados, assinala que a sua identificação deve ser feita a partir do exame material de seu conteúdo, especialmente quando elas têm por objetivo a concretização de princípios constitucionalmente definidos:

[...] o trabalho de identificação das normas gerais de caráter nacional há de direcionar-se para o exame material do seu conteúdo. Só este pode revelar a verdadeira abrangência que se lhe deve conferir, em sua aplicação.

[...]

Então, as normas gerais não de ser as que instrumentalizam princípios constitucionais, quanto a aspectos cuja regulamentação seja essencial à atuação integral do preceito que as fundamenta [...].

Entretanto, a exigência de generalidade e abstração da norma há de ser atenuada, quando a enunciação de alguns detalhes seja essencialmente necessária para assentar regras de atuação, de maneira a prevenir possíveis conflitos de atribuições entre as entidades locais, nos assuntos de competência concorrente das ordens federadas. (BORGES, 1991, p. 42-43).

Caso admitido o critério lógico-formal como aquele mais adequado para a definição do conteúdo de “normas gerais”, para os fins do art. 24 da CF/1988, seria necessário questionar a legislação produzida pela União em relação a várias outras matérias nele inseridas. Tome-se, por exemplo, a “proteção à infância e à juventude”, prevista em seu inciso XV, que tem como norma regulamentadora o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), cujos 267 artigos descem a minúcias que vão muito além do mero estabelecimento de “princípios e diretrizes gerais”. Sendo assim, a

constitucionalidade do Estatuto deveria ser colocada em dúvida, por colocar em risco a autonomia de Estados e Municípios. Ao contrário, adotando-se o critério teleológico-material, pode-se compreender que a proteção integral à criança e ao adolescente é matéria de interesse nacional, que deve estar sujeita a disciplina uniforme em todo o país.

A oposição entre as duas correntes (do critério lógico-formal da especificidade e do critério teleológico-material da predominância do interesse) pode ser observada também nos julgamentos proferidos na ACO nº 830 (em que o Ministro Marco Aurélio reconhece um extravasamento pela União dos limites constitucionais para legislar sobre “normas gerais”, a caracterizar ingerência na administração dos Estados) e na ACO nº 890 (na qual o Ministro Ayres Brito entende não haver ofensa à autonomia das unidades federadas, por se tratar de norma cujo conteúdo se volta a matéria que exige aplicabilidade federativamente uniforme).

Duas pesquisas acadêmicas sobre a posição jurisprudencial adotada pelo STF em ações nas quais se discute a competência concorrente e a problemática das “normas gerais” indicam que há uma tendência deste a privilegiar nos conflitos a norma editada pela União, em detrimento da norma estadual.

Da primeira, coordenada por Gilberto Bercovici, extrai-se que:

Da leitura do material jurisprudencial, pode-se, somente algumas vezes, identificar o posicionamento crítico dos Ministros do STF, vez que exposição da opinião sobre a matéria nem sempre é explícita.

De todo modo, na jurisprudência mais recente do STF pode ser constatada uma tendência ainda restritiva quanto a um amplo e real compartilhamento compe-



tencial, ou seja, a admissão de um largo espaço para autonomia legislativa dos estados-membros no Brasil, no que se refere a essa pontualmente prevista “competência concorrente”. É que o critério da Constituição de 1988 é por demais insuficiente, carecendo de uma concretização mais intensa por parte do Judiciário (que aqui desenvolve a delicada função de árbitro da federação) no segmento das chamadas cláusulas abertas ou conceitos indefinidos. [...]

Uma adequada compreensão das próprias competências é não apenas um problema de “poder”, de “quantidade de atribuições e grau de autonomia”, de “descentralização” ou de “repartição de finanças”. É também uma questão de deveres, cujo descumprimento por parte do Poder Público pode gerar “imputações” sociais, econômicas e jurídicas. (BERCOVICI, 2008, p. 10; 16).

Na segunda, Maria Alice Rodrigues constata existir um pequeno número de ações diretas de inconstitucionalidade questionando nor-

mas federais que sejam muito específicas, o que pode indicar uma acomodação dos Estados e da União a suas respectivas competências. Assinala em trecho de seu estudo que:

[...] apresenta-se um aspecto decisivo que não se encontra exposto nos dispositivos do art. 24, mas dele é depreendido pela interpretação dos Ministros do STF. Esse aspecto é a relevância nacional da matéria em questão, ou seja, a impossibilidade de que uma regulação diversificada em cada estado da Federação não traga prejuízos a atividades interestaduais ou internacionais, como o comércio - uma questão de razoabilidade. [...]

Mesmo sendo importante o conceito de “norma geral” na aplicação do art. 24, como se vê, não são tentativas de definições abstratas que vão determinar a decisão. É relevante, diante de toda a produção da doutrina constitucional brasileira acerca do assunto, atentar para o posicionamento dos Ministros do STF diante dessa movimentada discussão. Por mais precisas que se pretendam as definições, entretanto, impossível aplicá-las de modo totalmente uniforme. “Norma geral” é uma idéia tão aberta que não se pode construir um significado objetivo do § 1º do art. 24, pois a verificação do grau de generalidade de uma norma é algo que se concretiza através da projeção do que seria considerado, naquela matéria, norma específica, e vice-versa. Assim, o STF, que interpreta a Constituição sempre com o objetivo determinado de resolver uma polêmica, possui um instrumento que lhe dá os parâmetros necessários para enfrentar o problema: diante do conflito que lhe é apresentado, no caso entre União e Estado-membro, pode o Tribunal

ter uma base mais objetiva a respeito das possibilidades de regulação da matéria e, a partir daí, estudar, se for o caso, se uma norma federal passou dos limites, violando a autonomia estadual, ou se uma norma estadual está arrogando a si competência da União, ao estabelecer regras que seriam extensíveis a todo o território nacional e, portanto, gerais, nos casos em que não tem competência constitucional para tanto [...]. (RODRIGUES, 2007, p. 33-34).

Observa-se, contudo, que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) mencionadas nessas pesquisas dizem mais respeito a matérias em que a União e os Estados se encontravam em conflito em relação à disciplina de determinadas atividades econômicas como, por exemplo, a produção e comércio de transgênicos e a extração e comercialização de amianto.

No entanto, quando se trata do conflito gerado pela disciplina e supervisão exercidas pela União sobre o regime de previdência dos servidores públicos, área determinada de atuação dos Estados e Municípios, cuja inobservância implica restrição ao recebimento de transferências voluntárias de recursos, as decisões proferidas indicam que a posição adotada pelo Poder Judiciário não se manifesta de forma tão clara em favor da competência da União.

3. FEDERAÇÃO, AUTONOMIA DOS ENTES FEDERADOS E REPÚBLICA

O argumento recorrente utilizado por Estados e Municípios que buscam o Poder Judiciário para questionar a competência da União para exercer a orientação, acompanhamento e supervisão dos RPPS, e para afastar a exigência do Certificado de Regularidade Previdenciária



(CRP) para o recebimento de transferências voluntárias de recursos, diz respeito à suposta ofensa à autonomia dos entes federados e, por consequência, à forma federativa de Estado adotada pelo Brasil. Neste tópico são feitas algumas considerações que temos por relevantes em relação a nossa República Federativa do Brasil (“nossa”, pois há diferentes modelos de Federação entre os países que a adotam) e sobre o que de fato caracteriza uma autonomia como real, e não meramente formal. Por fim, uma breve lembrança: além de ser uma Federação, o Brasil é também uma República.

3.1 - Federação ou ‘Federações’?

O Estado Federal surgiu com a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Ainda que constituam uma minoria no quadro político mundial, prevalecendo o modelo de Estado Unitário centralizado ou descentralizado, os Estados Federais não apresentam uniformidade entre si, mas sim diversidade nas características de uns em relação aos outros, notadamente no que se refere à autonomia concedida aos Estados-Membros.⁷

Diversamente do Estado Federal norte-americano, que nasceu da reunião das 13 colônias independentes e soberanas em uma Confederação, que depois se transformou em Federação, aqui tivemos uma Federação que surgiu da desagregação de um Estado Unitário, com a elevação das províncias à condição de Estados-Membros.⁸ A esse respeito, ensina Paulo Bonavides:

As reflexões críticas acerca das origens de nosso federalismo apontavam sempre

esse aspecto tantas vezes mencionado pelos expositores do tema: nossa Federação se fez a partir de um Estado unitário que se desmembrou e não de uma Confederação que se dissolveu. Não foi exatamente como nos Estados Unidos, paradigma de todos os sistemas federativos constitucionais. Ali, as 13 Colônias separadas da Metrópole primeiro se declararam soberanas e emancipadas para, em seguida, viverem cerca de dez anos à sombra de um instrumento confederativo. Só depois dessa fase transitória ergueram aquele maravilhoso edifício jurídico - a Constituição de Filadélfia - sob cujo teto suas instituições florescem e prosperam há mais de duzentos anos. (BONAVIDES, 2010, p. 317).

As peculiaridades na formação das diferentes federações se refletem na forma como se dá a distribuição do poder entre os entes federados e no maior ou menor grau de autonomia de cada ente regional ou local em relação ao poder central, configuração que não é estática, pois também pode sofrer variações dentro de cada Federação, ao longo do tempo:

Os limites da repartição de poderes dependem da natureza e do tipo histórico de federação. Numa a descentralização é mais acentuada, dando-se aos Estados-membros competências mais amplas, como nos Estados Unidos da América do Norte. Noutras, a área de competência da União é mais dilatada, restando reduzido campo de atuação aos Estados, como o

7 Em 1990, existiam apenas 22 países no mundo que adotavam o modelo federativo, representando pouco mais de 10% do total, conforme quadro apresentado por Carvalho (2008, p. 133-134).

8 Os autores costumam classificar esse “movimento” de surgimento de uma Federação em: a) federalismo “centrípeto”: aquele que ocorre de fora para dentro, com Estados soberanos que se agregam para formar uma União (modelo dos Estados Unidos); b) federalismo “centrífugo”: aquele que se passa de dentro para fora, quando um Estado Unitário se fragmenta, formando os Estados-Membros (modelo do Brasil).

Brasil no regime da Constituição de 1967-1969, que construiu mero federalismo nominal. A Constituição de 1988 buscou resgatar o princípio federalista e estruturou um sistema de repartição de competências que tenta refazer o equilíbrio das relações entre o poder central e os poderes estaduais e municipais. (SILVA, 2007, p. 101-102).

No entanto, as discussões colocadas sobre a autonomia dos Estados e Municípios em relação à União muitas vezes parecem desconsiderar essa diferença de características entre as diferentes federações, como se todas elas tivessem surgido e se desenvolvido segundo um mesmo molde, como se a distribuição de competências entre as unidades federativas no Brasil fosse idêntica àquela adotada originalmente pelos Estados Unidos da América.

Mesmo nas federações onde as unidades federadas possuem maior grau de autonomia, como nos Estados Unidos, ao longo do século XX houve um processo de contínuo fortalecimento do poder central, aproximando o Estado Federal do Estado Unitário descentralizado, conforme ensinam Raul Machado Horta e José Alfredo de Oliveira Baracho:

A União Federal, a Federação, ampliou os poderes enumerados e esse processo de dilatação e de concentração dos poderes federais acabou reduzindo cada vez mais a área dos poderes reservados aos Estados. O federalismo norte-americano não escapou a esse perverso processo de dilatação dos poderes federais e correspondente retraimento dos poderes estaduais. [...]

A passagem do Estado liberal do século XIX ao Estado intervencionista ou dirigista do século atual envolveu a fixação no centro do poder nacional, na União, de crescentes

e novas atribuições, para realizar os objetivos mais ambiciosos do Estado intervencionista e dirigista. (HORTA, 1995, p. 351).

[...] os nossos publicistas chegam a falar no Estado Federal como forma de transição para o Estado Unitário, em decorrência do processo de gradual ampliação dos poderes federais, normativos e executivos, com redução dos pertinentes aos Estados-membros.

Se a comparação entre os estados federais existentes revela as características já sublinhadas, entre eles, todavia, existe larga diversidade. O Estado federal é um tipo extremamente variável no espaço e no tempo, um tipo em contínua modificação. E, de modo geral, manifesta-se nela a tendência centrípeta, reformando-se o poder central em detrimento dos poderes regionais, ainda que sem mudança na letra dos textos constitucionais. Por outro lado, tendência inversa nos Estados unitários os leva à descentralização, de modo que o Estado federal e o Estado unitário descentralizado, hoje mais do nunca, são tipos bem próximos. (BARACHO, 1986, p. 189; 197).

3.2 - Autonomia 'nominal' ou 'real'?

Conforme já afirmado, o argumento central das ações contrárias à supervisão exercida pela União sobre os RPPS dos Estados, Distrito Federal e Municípios é de que haveria uma invasão na esfera de atuação desses entes, que assim teriam reduzida a sua capacidade de auto-organização, de autogoverno, de autoadministração, em suma, a sua autonomia. E, segundo essa lógica, a autonomia dos entes em relação ao regime de previdência de seus servidores públicos estaria caracterizada se presente a mais ampla possibilidade de legislar e exercer a gestão desses regimes, com reduzidas ou inexistentes amarras e controles.

Porém, cumpre perguntar se a verdadeira autonomia de um ente não exige que, para além da autonomia normativa e administrativa, disponha ele dos recursos financeiros necessários para o pleno exercício de suas atribuições institucionais e a adequada prestação dos serviços públicos que lhe competem. Certamente que sim, pois o desequilíbrio entre as obrigações e os recursos cria para o ente federado uma contínua e acentuada dependência em relação ao poder central, exigindo que esteja constantemente em busca de “ajuda” para reequilibrar suas debilitadas finanças.

Em estudo sobre o princípio federativo, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que a autonomia das entidades federadas é a sua “pedra de toque” e destaca a importância da adequada distribuição de recursos financeiros para sua realização:

[...] há que se observar ser necessário haver estreita correlação entre as competências repartidas e os recursos financeiros assegurados às entidades da Federação para que elas possam ser efetiva e eficazmente exercidas. Sem esses recursos não há meio de serem satisfeitas, realizadas e cumpridas as competências outorgadas às diferentes entidades, ficando a descentralização inviabilizada.

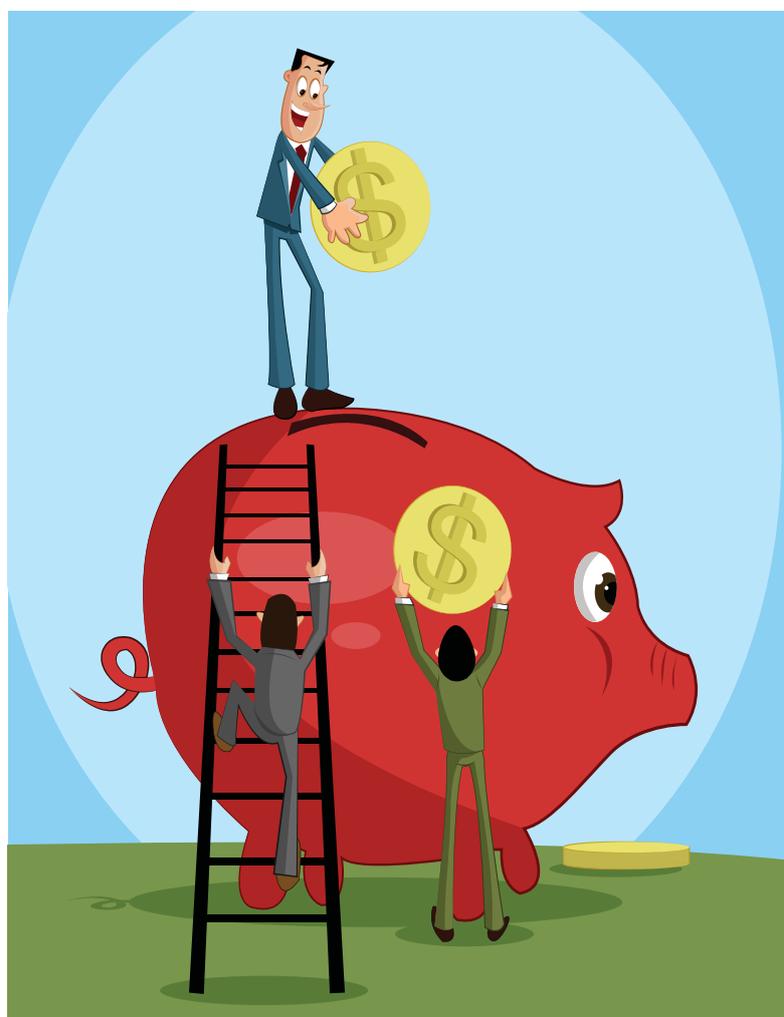
[...]

A falta de equilíbrio da equação político-financeira fragiliza a Federação, pois a autonomia política guarda estrita vinculação com a capacidade econômico-financeira. Inexiste autonomia sem independência mínima, o que exige capacidade de autossuficiência. Sem recursos próprios, com encargos a cumprir, obrigado a ver-se a braços com pedidos de favores para o acatamento de seus interesses específicos, como poderia um Estado federado fazer-se independente do poder nacional, como poderia assegurar o cumprimento de sua autonomia? E se tem como

única via pedir favores econômico-financeiros ao poder nacional, como se desvencilhar do seu correspectivo dever de a ele obedecer, com subordinação inconciliável com a autonomia? Não se pode deixar de considerar que as definições jurídicas havidas em dado sistema normativo não são determinantes por si dos fatos. A autonomia federativa não se garante pela sua só expressão textual na Constituição. Antes, cumpre-se ela pela soma de elementos que ensejam a sua realização no sistema. O retraimento dos recursos econômico-financeiros anula a autonomia [...]. (ROCHA, 1996, p. 185-186).

De modo semelhante, destaca Sérgio Assoni Filho:

Assim sendo, caberá à Constituição, por conseguinte, assegurar a autonomia política, administrativa e financeira das entidades subnacionais, pois seus dispositivos são a sede irradiadora dos poderes e da capacidade de auto-organização dos en-



tes descentralizados, bem como pelo provimento dos recursos necessários não só à sua manutenção, mas também ao cumprimento dos seus desígnios.

Com especial ênfase no que concerne à autonomia financeira, pois o texto magno deve proporcionar aos entes federativos um montante de recursos que corresponda ao volume de suas atribuições, cujo atendimento se mostra indispensável, uma vez que a carência do mínimo substrato material despe de qualquer propósito a referência à “autonomia subnacional”, implícita à idéia de Estado federativo. (ASSONI FILHO, 2009, p. 121).

A análise da autonomia financeira normalmente tem seu foco voltado para o tema da repartição das receitas tributárias, no chamado “federalismo fiscal”, que tantos debates suscita quanto à necessidade de melhor distribuição do resultado da arrecadação de tributos e outras receitas entre as unidades federadas:

[...] o federalismo fiscal significa a partilha dos tributos pelos diversos entes federativos, de forma a assegurar-lhes meios para atendimento de seus fins. Não só dos tributos, no entanto, mas também das receitas não tributárias [...].

Ao celebrar-se o pacto federativo através da elaboração do pacto político que é a Constituição, deve haver o sopesar das necessidades de cada ente autônomo e os recursos previstos no texto. Se não houver compatibilidade, o pacto é vesgo. Se não se estabelecer razoabilidade entre fins e meios, perecem as soluções democráticas, criando-se odiosa estrutura de dominação dos entes maiores sobre os menores. (OLIVEIRA, 2008, p. 40).



No entanto, a autonomia não se concretiza somente pela melhor repartição das receitas, mas também pela adequada gestão das despesas, de igual modo, necessária para o equilíbrio das contas públicas. Não é por outra razão que a Lei Complementar nº 101/2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), foi criada com o objetivo de tornar mais eficaz a gestão das finanças e a proteção ao patrimônio público, em favor de toda a sociedade. Como se detalhará mais adiante, várias das previsões encontradas na Lei nº 9.717/1998 e nos atos normativos expedidos pelo Ministério da Previdência Social que definem os parâmetros e diretrizes gerais a serem observados pelo RPPS têm correspondência direta na LRF no que diz respeito aos limites de contenção estabelecidos para as despesas com pessoal. Portanto, tais disposições, ainda que numa visão preliminar possam reduzir em parte a autonomia normativa e administrativa de Estados, Distrito Federal e Municípios em relação aos seus RPPS, contribuem para a autonomia real, na medida em que possibilitam que esses entes tenham suas finanças públicas mais equilibradas e, assim, possam melhor desempenhar suas atribuições.

3.3 - Somos uma República

Encerrando este tópico, deve ser lembrado que o Brasil não é somente uma Federação, mas uma República Federativa. E o atributo “República” não pode ser compreendido apenas como forma de governo oposta à Monarquia, mas sim a partir do conceito de “*res publica*”, no qual deve prevalecer o Estado ético, pautado pelo interesse público, pela defesa da coisa pública e pela preservação do bem comum.

A obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, definidos no art. 37 da Constituição, que devem reger a Administração Pública e a conduta do administrador público, é desdobramento do princípio republicano. Quando tais princípios não são cumpridos na gestão de um RPPS, sendo impostos mecanismos de sanção, ainda que se possa alegar que tal sanção representa um limite à autonomia federativa, deve-se ponderar que essa limitação se coloca com a finalidade de restabelecer um princípio republicano que não foi observado e, assim, contribuir para o atingimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrados no art. 3º da Constituição.

4. OS RISCOS DA AUSÊNCIA DE SUPERVISÃO PARA A GESTÃO E CONTROLE DOS RPPS

Conforme estudado, a competência da União para exercer, por meio do Ministério da Pre-

vidência Social (MPS)⁹, a orientação, supervisão e acompanhamento dos RPPS e estabelecer os parâmetros e diretrizes gerais para sua organização e funcionamento vem sendo questionada em ações judiciais propostas por Estados e Municípios, sob a alegação de que estaria sendo ultrapassado o limite para definição de normas gerais no âmbito da competência legislativa concorrente, dessa forma restringindo a autonomia dos entes federados e ofendendo o pacto federativo. Veremos agora como as decisões que determinam o afastamento da supervisão exercida pelo MPS, proferidas em parte dessas ações, prejudicam de forma direta a gestão e o controle sobre os RPPS, com efeitos negativos para as finanças públicas dos entes instituidores e risco de futuro descumprimento de suas obrigações com os servidores e a sociedade.

4.1 - Principais aspectos da supervisão exercida sobre os RPPS

Desde o início de 1999, o Ministério da Previdência Social passou a editar atos normativos voltados à disciplina da organização e do funcionamento dos RPPS¹⁰ e a exercer sobre eles a supervisão, por meio de procedimentos de auditoria direta e indireta¹¹, estes adotados a partir de 2004.

Tais procedimentos possibilitaram que ao longo dos anos se tenha experimentado uma significativa evolução na gestão dos RPPS, com a adoção de práticas de transparência e governança, maior envolvimento dos segurados

9 Segundo o estabelecido na estrutura regimental do MPS, aprovada pelo Decreto nº 7.078/2010, as atribuições relacionadas aos RPPS são de responsabilidade da Secretaria de Políticas de Previdência Social (SPPS) e de seu Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público (DRPSP).

10 O MPS, no exercício da competência de orientar os RPPS, bem como de estabelecer e publicar os parâmetros e diretrizes gerais de organização e funcionamento a eles aplicáveis, na forma do art. 9º, I e II da Lei nº 9.717/1998, atua por meio da edição de portarias, instruções normativas, orientações normativas, notas técnicas e pareceres. Esses atos estão disponíveis para consulta no endereço eletrônico <<http://www.previdencia.gov.br/legislaacao-federal>>.

11 De acordo com o art. 29 da Portaria MPS nº 402/2008, a auditoria direta é exercida por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil em exercício no MPS, na forma do art. 11, § 3º da Lei nº 11.457/2007, devidamente credenciado pelo titular do DRPSP. A auditoria indireta é realizada internamente no DRPSP, mediante análise da legislação, documentos e informações fornecidos pelo ente federativo.

nos órgãos deliberativos e de fiscalização, aprimoramento do controle social e também do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, além de sensível aumento no volume de recursos vinculados aos fundos previdenciários geridos pelos RPPS.

A seguir será apresentada uma breve descrição de como o arcabouço jurídico formado pelo art. 40 da Constituição Federal, pela Lei nº 9.717/1998 e pelos atos normativos expedidos pelo Ministério da Previdência Social fortalece a gestão e o controle dos RPPS, e de como as decisões judiciais contrárias à supervisão exercida por meio do CRP produzem efeitos negativos.

A emissão do CRP, cuja validade é de 180 dias, é disciplinada pela Portaria MPS nº 204/2008, que em seu art. 5º relaciona os critérios e as exigências a serem obrigatoriamente cumpridos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, em relação a seus RPPS. Tais critérios são consolidados em um Extrato Previdenciário, que apresenta a situação dos 36 itens verificados, e encontra-se disponível para livre consulta de qualquer cidadão no endereço eletrônico do MPS.¹² A regularidade em todos esses itens permite que o CRP seja emitido e alimente o Serviço Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias (CAUC)¹³, subsistema do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi), instituído pelo Ministério da Fazenda e gerenciado pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), onde são consolidados os registros de informações disponíveis nos cadastros de adimplência ou sistemas de informações financeiras, contábeis e fiscais geridos pelo Governo Federal.

O CRP torna-se, assim, instrumento de fundamental importância para que os entes federa-

tivos cumpram os requisitos de organização e funcionamento dos RPPS, pois sem a sua emissão os entes ficam impedidos de realizar as operações referidas no art. 7º da Lei nº 9.717/1998:

Art. 7º O descumprimento do disposto nesta Lei pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e pelos respectivos fundos, implicará, a partir de 1º de julho de 1999:

- I - suspensão das transferências voluntárias de recursos pela União;
- II - impedimento para celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União;
- III - suspensão de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais;
- IV - suspensão do pagamento dos valores devidos pelo Regime Geral de Previdência Social em razão da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999.

As informações necessárias para sua emissão são consolidadas no Sistema de Informações dos Regimes Públicos de Previdência Social (CADPREV), alimentado pelo envio obrigatório de toda a legislação sobre o RPPS e de demonstrativos financeiros e contábeis periódicos, relacionados no art. 5º, XVI, da Portaria MPS nº 204/2008 e disponíveis para consulta no endereço eletrônico do Ministério da Previdência Social.¹⁴

As decisões judiciais que determinam a emissão do CRP, ou a exclusão de irregularidades do CADPREV ou do CAUC, ou que autorizam os entes a realizarem as operações referidas no

12 A relação dos CRP emitidos e o Extrato Previdenciário de cada ente estão disponíveis para consulta no endereço eletrônico: <<http://www.previdencia.gov.br/crp-certificado-de-regularidade-previdencia>>.

13 Consulta ao CAUC: <http://consulta.tesouro.fazenda.gov.br/transferencias_voluntarias_novosite/index.asp>.

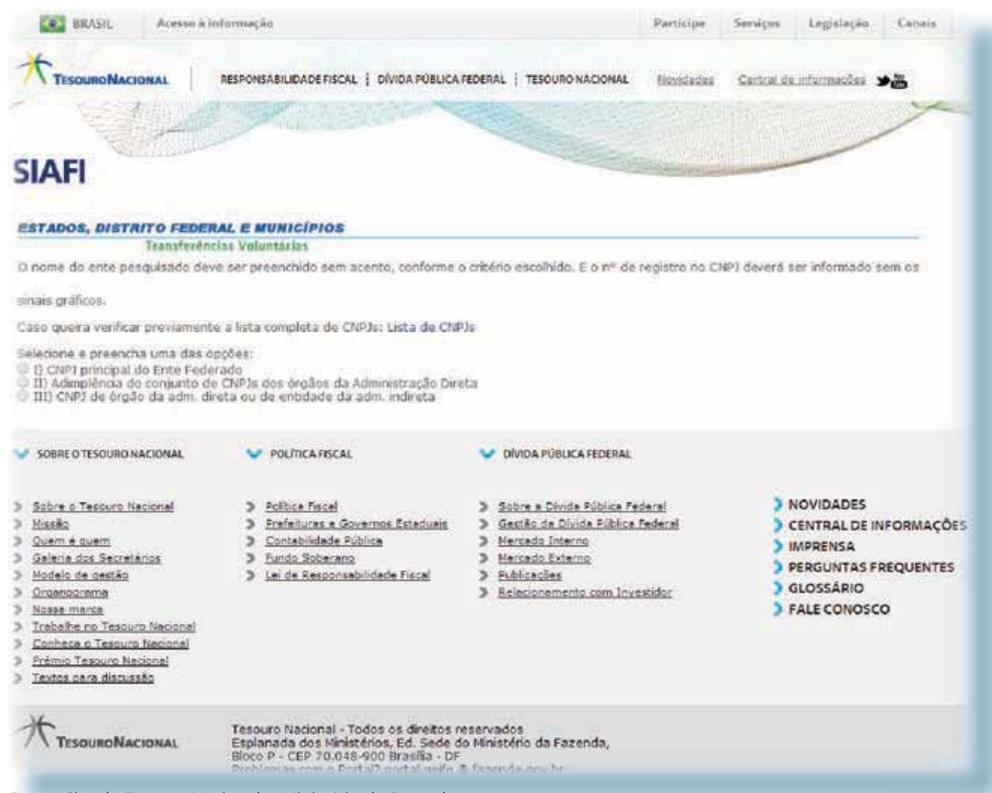
14 Endereço para consulta: <<http://www.previdencia.gov.br/demonstrativos-comprovante-e-outros-formularios/>>.

art. 7º da Lei nº 9.717/1998 sem a necessidade de comprovação da regularidade previdenciária, têm por efeito indireto o não envio da legislação e dos demonstrativos obrigatórios exigidos, reduzindo significativamente a transparência e o controle social sobre a gestão dos RPPS.

A legislação recebida é o ponto de partida para a análise da estrutura organizacional e da situação do RPPS, permitindo verificar se: possui unidade gestora única, na forma do art. 40, § 20, da Constituição e no art. 9º da Lei nº 10.887/2004; mantém colegiado ou instância de decisão em que seja garantida a representação dos segurados e o pleno acesso às informações relativas à gestão do RPPS; assegura cobertura apenas a servidores públicos titulares de cargos efetivos, nos termos do art. 40, *caput* e § 13, da Constituição; as regras de concessão dos benefícios são aderentes ao que estabelecem as regras perma-

nentes do art. 40 e as transitórias das Emendas Constitucionais nºs 20/1998, 41/2003, 47/2005 e 70/2012.

Um dos mais importantes itens de verificação para a emissão do CRP é a observância do caráter contributivo, decorrente dos arts. 40, *caput*, e 149, § 1º, da Constituição e dos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.717/1998, e que abranje, na forma do art. 5º, I, da Portaria MPS nº 204/2008: a fixação em lei das alíquotas de contribuição devidas pelo ente, pelos segurados ativos, aposentados e pensionistas, a sua retenção e repasse integral à unidade gestora do RPPS e o pagamento dos débitos objeto de parcelamento.¹⁵ A apresentação dos demonstrativos obrigatórios e outros documentos exigidos permite verificar, em auditoria direta ou indireta, se as contribuições devidas ao RPPS estão sendo efetivamente repassadas, de fundamental importância para que estes



Fonte: Site do Tesouro Nacional – Ministério da Fazenda.

¹⁵ Os arts. 5º e 5º-A da Portaria MPS nº 402/2008 estabelecem os parâmetros a serem observados na formalização de parcelamentos de débitos de contribuições devidas pelo ente federativo e não repassadas à unidade gestora do RPPS.



possam capitalizar no fundo previdenciário os recursos necessários para o futuro pagamento dos benefícios devidos aos segurados.

A cada ano deve ser elaborada reavaliação atuarial do RPPS, considerando a base de dados dos segurados a ele vinculados e as premissas e hipóteses atuariais admitidas, por meio da qual serão estimados os recursos necessários para a garantia futura do pagamento dos benefícios do plano previdenciário. Se apurado resultado deficitário, o ente deverá estabelecer em lei um plano de amortização para equacionamento do déficit atuarial, por meio de alíquotas de contribuição suplementares ou plano de aportes, ou adotar a segregação da massa dos segurados. Esses procedimentos são disciplinados pela Portaria MPS nº 403/2008, na qual estão estabelecidas as normas aplicáveis às avaliações e reavaliações atuariais dos RPPS, sendo exigidos para o critério equilíbrio financeiro e atuarial, na forma do art. 5º, II, da Portaria MPS nº 204/2008, que objetiva dar cumprimento ao art. 40, *caput*, da Constituição e ao art. 1º, *caput* e I, da Lei nº 9.717/1998.

A decisão judicial que afasta a supervisão exercida com base no CRP tem por consequência imediata a inobservância continuada dos dois princípios estruturantes sobre os

quais se estabelece a sustentabilidade de um RPPS: o caráter contributivo e o equilíbrio financeiro e atuarial. Um dos fundamentos mencionados para a concessão dessas decisões é o fato de que a população local não deve ser prejudicada pelo impedimento de acesso aos recursos oriundos das operações previstas no art. 7º da Lei nº 9.717/1998, porém não se percebe que a dispensa da exigência do CRP resultará em prejuízo muito maior a essa população no futuro, quando aquele ente tiver sua atuação inviabilizada, por não dispor dos recursos necessários para o pagamento dos benefícios previdenciários aos seus servidores.

Nos termos da disciplina estabelecida nos arts. 13 a 15 da Portaria MPS nº 402/2008, com fundamento no art. 1º, III, da Lei nº 9.717/1998, os recursos recebidos pelo RPPS somente podem ser utilizados para o pagamento dos benefícios previdenciários e para a taxa de administração destinada ao custeio das despesas correntes e de capital necessárias à organização e ao funcionamento de sua unidade gestora, sendo vedada a utilização em finalidades diversas. Busca-se dessa forma evitar prática comum no período anterior à edição da Lei nº 9.717/1998, de utilização indevida dos recursos previdenciários, responsável por

significativa parcela do déficit atuarial existente em grande parte dos RPPS.

De acordo com o previsto no art. 6º, II e IV, da Lei nº 9.717/1998, os recursos acumulados pelos RPPS devem ser mantidos em contas distintas daquelas relativas ao Tesouro e ser aplicados no mercado financeiro, conforme definido pelo Conselho Monetário Nacional. Atualmente, essa disciplina encontra-se na Resolução CMN nº 3.922/2010 e baseia-se na observância das condições de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez e transparência. Com a finalidade de fortalecer a governança e fomentar práticas de boa gestão e transparência na aplicação dos recursos, o Ministério da Previdência Social exige dos entes: comprovação de que foi elaborada a política anual de investimentos; aprovação do responsável pela gestão dos recursos em exame de certificação organizado por entidade reconhecida no mercado de capitais; credenciamento prévio das instituições escolhidas para receber as aplicações; constituição de comitê de investimentos; pleno acesso dos segurados aos documentos e demais informações relativos ao processo decisório de aplicação dos recursos. Sem a exigência do CRP, afastam-se tais obrigações, o que reduz a transparência nos investimentos e facilita a realização de operações prejudiciais ao RPPS e aos seus segurados.

Os RPPS estão sujeitos a procedimentos contábeis específicos, que têm por finalidade evidenciar sua situação orçamentária, financeira e patrimonial, na forma de atos normativos estabelecidos pelo Ministério da Previdência Social. Mais recentemente foi determinada, por meio da Portaria MPS nº 509/2013, a adoção do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP), do Plano de Contas Aplicado

ao Setor Público (PCASP) e das Demonstrações Contábeis Aplicadas ao Setor Público (DCASP), elaborados pela Secretaria do Tesouro Nacional com o objetivo de adequação da contabilidade pública nacional às normas internacionais de contabilidade aplicadas ao setor público e de permitir a consolidação das contas públicas nacionais sob a mesma base conceitual, na forma do art. 51 da LRF e da Portaria STN nº 634/2013.

Cumprir lembrar que os RPPS estão também sujeitos à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial exercida pelos Tribunais de Contas, conforme os arts. 70 a 75 da Constituição Federal e disposições correlatas das Constituições Estaduais. Esses Tribunais recorrem à normatização, demonstrações, informações e relatórios produzidos pelo Ministério da Previdência Social, dado o seu caráter de órgão regulador e fiscalizador especializado na supervisão dos RPPS, e, portanto, as decisões judiciais que afastam a exigência do CRP afetam indiretamente esse controle externo. Há ainda prejuízo indireto à atuação do Ministério Público na apuração de práticas irregulares nos RPPS, que muitas vezes se dá a partir de representações recebidas do Ministério da Previdência Social.

4.2 - A Lei nº 9.717/1998 e a Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)¹⁶, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e o equilíbrio das contas públicas da União, dos Estados, do Distrito

¹⁶ Embora a constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal tenha sido objeto de amplo debate doutrinário e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em julgamento concluído em 9 de agosto de 2007, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.238, pela sua constitucionalidade, ressalvados alguns dispositivos específicos que tiveram a sua eficácia suspensa. Um dos pontos centrais da LRF, o art. 20, que fixa os limites para a despesa total com pessoal em cada ente da Federação, foi declarado constitucional em apertada votação, por seis votos favoráveis e cinco contrários.

Federal e dos Municípios, por meio da compatibilização entre suas receitas e despesas, contém vários dispositivos relacionados aos RPPS, tais como:

a) No capítulo do “Planejamento”, o art. 4º, § 2º, IV determina que o Anexo de Metas Fiscais, que orienta a elaboração da Lei Orçamentária Anual, contenha a avaliação da situação financeira e atuarial do RPPS.

b) No capítulo da “Despesa Pública”, o art. 19, § 1º, VI estabelece que no cálculo dos limites da despesa total com pessoal para cada ente federativo, de que trata o art. 20, não devem ser consideradas as despesas com inativos custeadas com recursos provenientes da arrecadação de contribuições dos segurados, da compensação financeira previdenciária de que trata o art. 201, § 9º da Constituição e das demais receitas diretamente arrecadadas pelo fundo previdenciário.

c) No capítulo da “Transparência, Controle e Fiscalização”, os incisos I e IV do art. 50 preveem que as disponibilidades de caixa vinculadas ao fundo previdenciário sejam identificadas e escrituradas de forma individualizada e que as receitas e despesas previdenciárias sejam apresentadas em demonstrativos financeiros e orçamentários específicos.

d) Nas “Disposições Finais”, o art. 69 traz comando que se amolda perfeitamente ao *caput* do art. 40 da Constituição Federal e ao *caput* do art. 1º da Lei nº 9.717/1998, submetendo os RPPS às normas de contabilidade e atuária e à necessidade de observância do caráter contributivo e do equilíbrio financeiro e atuarial:

Art. 69. O ente da Federação que mantiver ou vier a instituir regime próprio de previdência social para seus servidores



conferir-lhe-á caráter contributivo e o organizará com base em normas de contabilidade e atuária que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial.

Desse modo, pode-se afirmar que a Lei nº 9.717/1998, o Decreto nº 3.788/2001 e os atos normativos expedidos pelo Ministério da Previdência Social para disciplinar a organização e funcionamento dos RPPS atuam como normas de concretização da Lei de Responsabilidade Fiscal e, por consequência, do art. 169 da Constituição Federal, uma vez que a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS é medida fundamental para o controle das despesas com pessoal pela Administração Pública e a manutenção da saúde das contas públicas.

4.3 - Uma última reflexão

O tema aqui tratado – estar ou não a União autorizada a exercer a orientação, supervisão e acompanhamento sobre os RPPS e a estabelecer parâmetros e diretrizes gerais para sua organização e funcionamento, sem que isso caracterize ofensa à autonomia dos entes federados e ao pacto federativo – possui um forte caráter ideológico, uma vez que a posição que se adote – favorável ou contrária a essa competência – estará muito condicionada pela visão de uma maior ou menor centralização de nosso modelo de Federação e do que efetivamente caracteriza a autonomia dos entes federados.

No entanto, para além da discussão jurídico-ideológica, deve-se ter sempre em vista o objetivo que se almeja, de que o Estado brasileiro, em suas diferentes esferas federativas, tenha a real capacidade de formular e executar políticas públicas que efetivamente atendam aos anseios e necessidades da população. Nes-

se sentido, finaliza-se o presente trabalho com uma reflexão extraída de texto de autoria de Cármen Lúcia Antunes Rocha, atual ministra do Supremo Tribunal Federal:

Mas a fome não tem ideologia. Quem tem fome busca o prato de comida, não o debate sobre centralização ou descentralização, sobre federalismo ou unitarismo. A dor da fome não permite o pensamento livre; não permite o ser livre. O debate político, a discussão jurídica passam a ser luxos. Cabe, assim, aos que não têm fome de comida, a obrigação primária de discutir e lutar pela manutenção de condições de dignidade e decência, as quais passam necessariamente pela organização política fundamental de cada povo e pela garantia livre e integral de cada cidadão. (ROCHA, 1996, p. 257).

CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar ao longo deste trabalho como a União, por intermédio do Ministério da Previdência Social, exerce a orientação, supervisão e acompanhamento e estabelece os parâmetros e diretrizes gerais aplicáveis à organização e funcionamento dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) dos servidores públicos titulares de cargos efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e como as decisões judiciais que afastam a exigência do Certificado de Regularidade Previdenciária afetam a gestão e o controle desses regimes previdenciários.

Conforme pôde ser visto, a análise do tema envolve o estudo da repartição de competências, essencial para a definição do grau de autonomia dos entes que compõem uma Federação, cujo modelo não é único, podendo assumir tendência mais ou menos centralizadora. De forma específica, tratou-se da competência legislativa concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal, na qual está inserida a matéria previdência social, e da dificuldade para se estabelecer um conceito válido e uniforme para a expressão “normas gerais”. Foi demonstrado que a doutrina adota duas linhas de interpretação principais: uma baseada no critério lógico-formal e no elemento da especificidade e outra no critério teleológico-material, voltado ao princípio da predominância do interesse.

Buscando formular uma imagem mental capaz de representar o significado dessas duas correntes, pode-se dizer que aqueles que se filiam à linha da especificidade possuem uma visão “vertical” sobre o tema, ao passo que a predominância do interesse traz uma visão “horizontal”. Nesse modelo visual de representação, o intérprete estaria colocado sobre uma torre de observação, no ponto mais elevado e geograficamente central do território no qual a norma deverá produzir os seus efeitos, e desse ponto mais elevado buscaria discernir se a definição do caráter de norma geral se daria pelo olhar que esse intérprete dirige do alto para baixo (do topo da torre ao solo, do geral ao específico) ou se pelo olhar que ele lança ao horizonte, alcançando das regiões mais próximas às mais longínquas daquele território (abrangência), sobre a qual ela incidirá.

A nosso ver, o critério vertical da especificidade revela-se insatisfatório e insuficiente, pois sempre será possível, em uma análise isolada da norma pela norma, apenas sob o ponto de vista lógico-formal, ter dúvidas sobre onde se situa a fronteira entre o geral e o específico, sendo essa medida altamente subjetiva e variável, a depender de quem possui o juízo de valor. Por outro lado, o critério horizontal da predominância do interesse permite encontrar com maior segurança o sentido da “norma geral”, uma vez que a analisará sob a perspectiva teleológico-material, perscrutando as relações que aquela norma estabelece com o mundo real, com os destinatários aos

quais ela se dirige e com os objetivos que visa a concretizar, sempre buscando conceder-lhe a máxima efetividade.

Aqueles que discordam desse critério podem objetar que também a definição de qual seja o interesse predominante – se nacional, regional ou local – comporta dificuldade de discernimento e margem de subjetividade. Porém, nesse caso o próprio texto constitucional pode apontar qual o interesse predominante indicado pelo legislador constituinte. Quando se trata da previdência social, e de forma mais específica do regime de previdência dos servidores públicos, não há dúvidas de que o grau de detalhamento existente em nossa Constituição – não encontrado em nenhum outro país – demonstra uma opção clara de que essa matéria seja tratada de modo uniforme em todo o território nacional.

Infelizmente, argumentos que são relevantes do ponto de vista da teoria política, por exemplo, a defesa da necessidade de maior autonomia para os Estados e os Municípios e o conseqüente fortalecimento do modelo federativo, são muitas vezes utilizados para encobrir objetivos menos nobres, como a intenção de manter protegidas dos órgãos de controle aquelas práticas contrárias aos princípios republicanos que devem nortear a boa conduta do administrador público. Cria-se assim uma falsa ideia de autonomia, que é apenas aparente, uma vez que somente abarca a capacidade normativa, mas enfraquece ainda mais a autonomia real, que exige finanças públicas equilibradas para o pleno exercício das atribuições institucionais do ente subnacional, sem a necessidade de recorrer continuamente ao auxílio dos entes superiores.

O afastamento, por meio de decisões judiciais, da supervisão exercida pelo Ministério da Previdência Social e da exigência do CRP para a realização das operações previstas no art. 7º da Lei nº 9.717/1998, tem efeitos negativos imediatos sobre a gestão, a transparência, a governança e o controle dos RPPS, nos mais variados aspectos a eles relacionados: regras de concessão dos benefícios, participação dos segurados, observância do caráter contributivo, equilíbrio financeiro e atuarial, utilização dos recursos previdenciários, aplicação dos recursos no mercado financeiro, adoção dos procedimentos contábeis adequados.

Além disso, acaba por ser também atingida, de forma indireta, a fiscalização sobre os RPPS exercida pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público, pois estes se valem da normatização do MPS e dos documentos produzidos no exercício de sua atividade de supervisão.

Desse modo, inviabiliza-se a concretização dos princípios e regras estabelecidos no art. 40 da Constituição Federal, nas Leis nº 9.717/1998 e nº 10.887/2004 e na Lei de Responsabilidade Fiscal, o que certamente resultará em conseqüências graves para o equilíbrio das contas públicas no futuro.

Os principais prejudicados serão, de um lado, os servidores públicos se-

gurados dos RPPS, que correrão o risco de não receberem os seus benefícios ou que estarão sujeitos a reformas constitucionais mais severas para revisão das regras de concessão, cálculo e reajustamento dos benefícios, e, de outro, a sociedade como um todo, que poderá não ter o desejado acesso às políticas públicas de que tanto necessita, pela ausência de capacidade orçamentária e financeira dos entes instituidores de RPPS para as colocarem em prática.

REFERÊNCIAS

- ASSONI FILHO, Sérgio. **Transparência fiscal e democracia**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BERCOVICI, Gilberto. O Federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa: memórias de pesquisa. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 10, n. 90, p. 1-18, abr./maio 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição: a democracia; o federalismo; a crise contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BORGES, Alice Gonzalez. **Normas gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição: Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Malheiros Editores, n. 7, p. 16-20, jul./set. 1994.
- HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- RODRIGUES, Maria Alice. **Autonomia Legislativa Estadual: a interpretação e aplicação do Artigo 24 da Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal**. 2007. Monografia (Conclusão de Curso da Escola de Formação)-Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOLIDARIEDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS no custeio de benefícios programados da previdência complementar*



Fernando Ferreira Calazans

Professor de Direito da UFMG

Conselheiro Deliberativo da OABPrev-MG

Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro de Minas Gerais

PALAVRAS-CHAVE: Servidor público; previdência complementar; custeio; benefícios; solidariedade.

KEYWORDS: *Public servant; supplementary pension; costing; benefits; solidarity.*

* Artigo originado do trabalho contemplado com o 2º lugar do Prêmio Ministro Gama Filho 2014.

RESUMO: Este artigo analisa o aspecto da solidariedade dos servidores públicos no custeio dos benefícios programados devidos pelo regime de previdência complementar à luz da experiência dos servidores do Poder Executivo Federal. Mediante análise da doutrina e da legislação, observou-se que a responsabilidade solidária dos participantes do plano pelo custeio de benefícios programados vulnera a legislação previdenciária, viola o princípio da isonomia, abala a segurança jurídica dos contratos de opção pelo plano e ocasiona a transferência regressiva de renda entre participantes do plano; portanto, deve ser reavaliada pela União.

ABSTRACT: *This article analyzes the aspect of solidarity of civil servants in the costing of scheduled benefits payable by the supplementary pension scheme in the light of the experience of the Federal Executive servers. Upon review of the literature and legislation, it was observed that the joint responsibility of plan participants for funding of scheduled benefits undermines the social security legislation, violates the principle of equality, undermines the legal certainty of the plan and option contracts causes the regressive transfer income from plan participants, which therefore should be reassessed by the Federal Government.*

INTRODUÇÃO

Este artigo analisa a solidariedade dos servidores públicos no custeio de benefícios programados devidos pelo regime de previdência complementar à luz da experiência dos servidores do Poder Executivo Federal, retratada pela Lei nº 12.618/2012, ante a recente operacionalização do seu plano de benefícios e a ausência de estudos que delineiem com precisão o objeto deste artigo. Para tanto, o artigo está estruturado em três seções, além da introdução e conclusão. Na primeira seção, é descrita a acomodação conceitual e normativa do tema relativamente à experiência dos servidores públicos do Poder Executivo Federal. Após, é analisada a questão da solidariedade dos servidores no custeio dos benefícios programados do regime de previdência complementar. Em seguida, é feita análise dos resultados e, por fim, são apresentadas notas finais à guisa de conclusão.

ACOMODAÇÃO CONCEITUAL E NORMATIVA DO TEMA

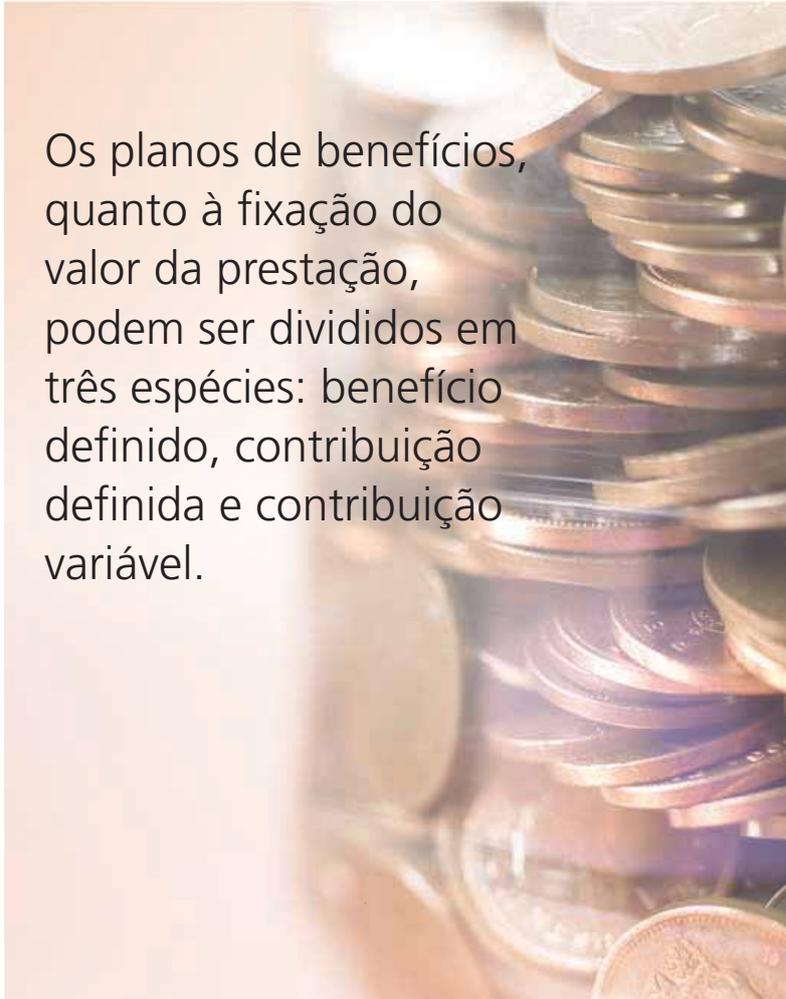
Nesta seção, serão analisados aspectos conceituais e normativos gerais e específicos do regime de previdência complementar dos servidores públicos do Poder Executivo Federal, concernentes ao objeto de pesquisa.

Aspectos conceituais

Conforme Pinheiro (2007), os benefícios da previdência complementar podem ser classificados quanto à previsibilidade (programáveis ou de risco) e forma de pagamento (prestação única ou continuada, esta dividida em temporária ou vitalícia).

Tafner (2007, p. 44), ao tratar dos tipos de regime financeiro de custeio dos sistemas de previdência, conceitua o regime de capitalização como aquele em que as contribuições dos segurados “são identificadas individualmente e aplicadas em fundos capitalizados ao longo do tempo, constituindo-se em reservas para o futuro pagamento de benefícios”; ao passo que o regime de repartição é aquele em que “os recursos correntes financiam as despesas correntes, de modo que não há constituição de fundos prévios para a cobertura de benefícios”.

Ainda segundo esse autor, outra característica distintiva desses regimes de financiamento é a possibilidade de transferência de recursos da coletividade. No regime de capitalização, “apenas nos casos de ocorrência precoce de um sinistro – uma doença, um acidente, etc. – haverá transferência da coletividade que contribui para ele ou sua família” (TAFNER, 2007, p. 45), isto é, solidariedade intrageracional entre os que não sofreram o



Os planos de benefícios, quanto à fixação do valor da prestação, podem ser divididos em três espécies: benefício definido, contribuição definida e contribuição variável.

sinistro e os que sofreram; enquanto o regime de repartição é tratado como um sistema de solidariedade entre gerações, “já que os atuais trabalhadores financiam os aposentados e pensionistas e esperam – ou melhor dizer [sic], torcem para – que os futuros trabalhadores estejam dispostos a financiá-los no futuro” (TAFNER, 2007, p. 45).

Dessa mesma maneira, Ferreira (2007, p. 66) elucida que “em um sistema de repartição os benefícios dos aposentados são exclusivamente financiados pelas contribuições dos trabalhadores atuais, ou seja, a geração “jovem” paga contribuições que custeiam os benefícios da geração “velha””, ao passo que, num regime capitalizado, os benefícios proveem das reservas acumuladas na fase contributiva.

Atualmente, os parâmetros atuariais dos regimes financeiros indicados para a estruturação dos planos de previdência complementar encontram-se estipulados na Resolução do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) nº 18/2006. Conforme reza o item 5.1 do seu Anexo “Regulamento - Bases Técnicas”, o regime de capitalização será obrigatório para o financiamento dos benefícios que sejam programados e facultativo para os demais.

O benefício de renda programada, segundo estipulado pela Resolução CGPC nº 12/2002, em seu art. 10, § 2º, poderá ser pago de duas formas: por prazo certo (em valor determinado atuarialmente) ou equivalente a um percentual do saldo da conta do participante (renda vitalícia).

Os planos de benefícios, quanto à fixação do valor da prestação, podem ser divididos em três espécies: benefício definido (BD), contribuição definida (CD) e contribuição variável (CV). No plano BD, a reserva financeira não é alocada

em contas individuais, “mas compõe um plano mutualista em que o valor do benefício é uma variável independente, previamente estabelecido pelo regulamento do plano” (PINHEIRO, 2007, p. 84), e a contribuição é uma variável capaz de financiar os benefícios futuros, determinada anualmente pelo plano.

No plano CD, conforme aduz Pinheiro (2007, p. 86),

não existe nenhum mutualismo nesses planos de contribuição definida, pois as reservas constituídas são individualizadas. Por esse modelo de plano, o benefício não tem seu valor predeterminado no regulamento, constitui simplesmente função da reserva que se pode acumular.

Por último, o plano misto, modalidade CV, é aquele segundo o qual se podem conciliar pontos favoráveis de cada tipo de plano, “de forma a reduzir o risco financeiro ou risco demográfico e manter as características previdenciárias dos planos, tais como manutenção do poder aquisitivo e garantia da renda vitalícia do participante do plano de benefícios” (PINHEIRO, 2007, p. 89).

Quanto à assunção dos riscos financeiros pelo patrocinador na hipótese de gestão ineficiente, Rodrigues (2002, p. 147) leciona que no plano BD “a eventual necessidade de aportes extraordinários fica a cargo deste [custo suplementar]”.

Caetano (2008, p. 127), ao tratar da assunção dos riscos financeiros e/ou biométricos, registra que, “em planos do tipo CD, o empregado assume o risco e o empregador somente realiza a administração. Com planos BD ocorre o oposto, o empregador toma todo risco para si, seja financeiro ou biométrico”.

Aspectos normativos gerais

Nesta subseção, serão analisados aspectos normativos gerais relativos ao objeto deste artigo. O regime de previdência complementar dos servidores públicos vinculados a um regime próprio de previdência social (RPPS) está previsto, em âmbito constitucional, nos §§ 14 a 16 do art. 40 e no art. 202, todos da Constituição Federal de 1988 (CF/1988); e, em âmbito legal, nas Leis Complementares nº 108 e 109, ambas de 2001.

A previdência complementar foi inserida no ordenamento constitucional pátrio pela Emenda Constitucional (EC) nº 20/1998 e reformulada, no que se refere aos RPPS, nos termos dos §§ 14 a 16 do art. 40 da CF/1988, pela EC nº 41/2003.

Segundo tais dispositivos constitucionais, a previdência complementar dos servidores efetivos vinculados a RPPS poderá ser instituída mediante lei de iniciativa do Poder Executivo do ente federado, por meio de entidade fechada de previdência complementar de natureza pública, que oferecerá benefícios, limitados ao teto máximo do valor dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), exclusivamente na modalidade de CD, nos

termos do disposto no § 15 do art. 40 da CF/1988:

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

A limitação do valor do benefício devido pelo RPPS ao teto do RGPS será compulsoriamente aplicável ao novo servidor e o benefício complementar será um direito a ser exercido mediante opção. Para os que já haviam ingressado no serviço público, as regras da previdência complementar de que cuidam os §§ 14 e 15 do art. 40 da CF/1988 apenas serão aplicadas mediante prévia e expressa opção.

Segundo o art. 202 da CF/1988, o regime de previdência complementar será organizado de forma autônoma em relação aos regimes previdenciários de base (o RGPS e os RPPS),



facultativo, de caráter contratual e baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

Os aspectos legais gerais estão previstos nas Leis Complementares nº 108 e 109/2001, que dispõem respectivamente sobre a previdência complementar e sobre a relação entre os entes federados e as entidades da administração indireta e as suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar (EFPC). Segundo o § 1º do art. 18 da citada LC nº 109, o plano de custeio estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras dos benefícios, sendo que o regime financeiro de capitalização é obrigatório para benefícios que sejam programados e continuados.

Os planos de benefícios serão aprovados previamente pelo órgão regulador e atenderão a padrões mínimos de transparência, solvência, liquidez e equilíbrio atuarial. Além disso, deverão prever carência mínima de sessenta contribuições mensais e cessação do vínculo com o patrocinador como condição para o participante se tornar elegível a benefício programado, com critérios de reajuste dos benefícios definidos pelos regulamentos dos planos.

Quanto ao plano de custeio, há a possibilidade de previsão de aporte de recursos pelos participantes, além de suas contribuições normais, a título de contribuição facultativa, sem a contrapartida do patrocinador. A contribuição normal do patrocinador não poderá exceder a do participante, *ex vi* do disposto no § 1º do art. 6º da LC nº 108.

Por sua vez, a solidariedade encontra-se prevista no § 1º do art. 13 da LC nº 109, dispositivo constante da Seção II - Dos Planos de Benefícios de Entidades Fechadas, admitida apenas e tão somente entre patrocinadores ou entre instituidores com relação ao plano de

benefícios, desde que expressamente prevista no convênio de adesão. Eis a redação desse dispositivo legal: “Admitir-se-á solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores, com relação aos respectivos planos, desde que expressamente prevista no convênio de adesão”.

O § 2º do art. 33 dessa lei complementar dispõe que o órgão regulador autorizará, excepcionalmente e mesmo assim durante a fase de gozo do benefício programado devido por plano do tipo CD, a transferência de recursos de benefícios para entidade de previdência complementar ou companhia seguradora com o objetivo específico de contratar plano de renda vitalícia, *in verbis*:

§ 2º Para os assistidos de planos de benefícios na modalidade contribuição definida que mantiveram esta característica durante a fase de percepção de renda programada, o órgão regulador e fiscalizador poderá, em caráter excepcional, autorizar a transferência dos recursos garantidores dos benefícios para entidade de previdência complementar ou companhia seguradora autorizada a operar planos de previdência complementar, com o objetivo específico de contratar plano de renda vitalícia, observadas as normas aplicáveis.

Aspectos legais específicos da previdência complementar dos servidores federais

Nos termos da Lei nº 12.618/2012, que terá a sua análise restrita ao objeto deste artigo, foi criado o regime de previdência complementar para os servidores federais titulares de cargo efetivo dos três poderes, fixado o teto máximo para as aposentadorias e pensões do RPPS e

autorizada criação de EFPC para os poderes da União.

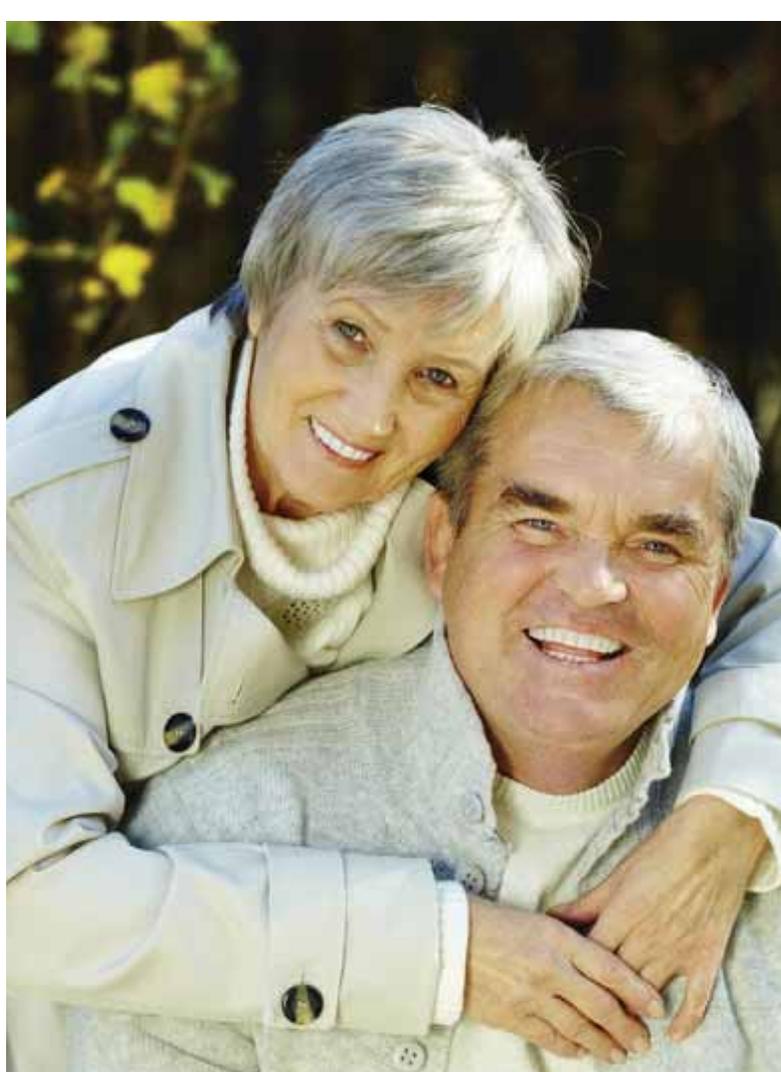
O art. 4º da referida lei autorizou a criação de três fundações para gerirem a previdência complementar dos servidores federais, ao passo que o art. 8º definiu que tais fundações integrarão a administração federal indireta.

Segundo dispõe o *caput* do art. 12 da Lei nº 12.618/2012, os planos de benefícios do regime da previdência complementar dos servidores federais serão estruturados na modalidade CD, *in verbis*:

Art. 12. Os planos de benefícios da Funpresp-Exe, da Funpresp-Leg e da Funpresp-Jud serão *estruturados na modalidade de contribuição definida*, nos termos da regulamentação estabelecida pelo órgão regulador das entidades fechadas de previdência complementar, e financiados de acordo com os planos de custeio definidos nos termos do art. 18 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, observadas as demais disposições da Lei Complementar nº 108 [...]. (Grifo nosso)

O § 2º desse dispositivo preceitua que o valor do benefício programado será calculado de acordo com o montante do saldo da conta acumulado pelo participante; e o § 3º dispõe que os benefícios de risco serão definidos nos regulamentos dos planos, que assegurarão, no mínimo, os derivados dos eventos invalidez e morte mediante custeio específico, sendo que a gestão dos mesmos poderá ser feita diretamente pelas entidades gestoras ou mediante contratação de terceiros para assumirem esses riscos.

Por sua vez, o *caput* do art. 17 da citada Lei nº 12.618 prevê que o plano de custeio definirá o percentual da contribuição do participante e



do patrocinador para cada um dos benefícios contratados. Já o § 1º desse artigo preceitua que o plano de custeio destinará parte da contribuição do participante e do patrocinador para compor o Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários (FCBE).

As hipóteses para as quais as contribuições extraordinárias, a serem vertidas ao FCBE, garantirão o pagamento dos benefícios assegurados pelo plano são listadas pelo § 2º do art. 17 da referida lei:

§ 2º As contribuições extraordinárias a que se refere o § 1º serão vertidas nas seguintes hipóteses:

- I - morte do participante;
- II - invalidez do participante;
- III - aposentadoria nas hipóteses dos §§ 4º e 5º do art. 40 da Constituição Federal;
- IV - aposentadoria das mulheres, na hipótese da alínea "a" do inciso III do § 1º

do art. 40 da Constituição Federal; e
V - sobrevivência do assistido.

Tais hipóteses podem ser agrupadas da seguinte forma, de acordo com a natureza dos benefícios assegurados pelo plano:

- a) benefícios não programados: invalidez e morte;
- b) benefícios programados com fruição precoce no período normal fixado pela tábua de vida: aposentadoria de mulher, professor e especial (deficientes, atividades de risco e que prejudiquem a saúde ou a integridade física);
- c) pagamento dos benefícios a que aludem as letras "a" e "b" por período superior ao estimado pelos cálculos atuariais.

Dentre essas hipóteses, os eventos invalidez e morte do participante estão relacionados à concessão de benefícios de risco, e os aportes extraordinários, que garantem a cobertura aos benefícios de que cuidam os incisos III e IV do citado § 2º, objetivam compensar a redução do valor do benefício por conta do acesso precoce a tais aposentadorias. Isso porque, se não fosse compensada a fruição precoce pela regra do § 3º¹ o valor do benefício seria diluído num período maior de gozo, o que resultaria num valor mensal menor que a remuneração do cargo efetivo.

Segundo Rangel e Saboia (2013, p. 37), para a hipótese de servidores que tiverem acesso antecipado às aposentadorias programadas em virtude de regras mais benéficas, o objetivo do aporte extraordinário

é compensar determinados trabalhadores pelo fato da legislação permitir-lhes aposentadoria com tempo de contribuição inferior a 35 anos. O legislador viu a

necessidade desta compensação visto que, sob um regime de capitalização com contribuição definida, o benefício do servidor que pode se aposentar com contribuição inferior a 35 anos tende a ser inferior em relação ao servidor que, por regra, precisa contribuir por 35 anos para poder se aposentar.

Por fim, nos casos em que a sobrevivência do assistido superar a estimativa da tábua de vida usada pelo regulamento do plano, o FCBE garantirá o pagamento desse período de gozo adicional do benefício, seja de natureza programada ou não.

Regulamento do plano de benefícios dos servidores federais do Poder Executivo

A Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe) foi criada pelo art. 1º do Decreto nº 7.808/2012 com o fim de gerir planos de benefícios e estruturada sob a forma de fundação de natureza pública com personalidade jurídica de direito privado, vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com sede e foro em Brasília.

O art. 5º desse decreto previu a possibilidade de o Ministério Público da União, o Conselho Nacional do Ministério Público, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e o Tribunal de Contas da União firmarem termos de convênio de adesão com a Funpresp-Exe, na qualidade de patrocinadores de planos próprios.

Em cumprimento ao disposto no inciso I do art. 4º desse decreto, a Portaria Ditec/Previc/MPS nº 44, publicada em 4 de fevereiro de

¹ Diz o § 3º do art. 17 da Lei nº 12.618/2012: "O montante do aporte extraordinário de que tratam os incisos III e IV do § 2º será equivalente à diferença entre a reserva acumulada pelo participante e o produto desta mesma reserva multiplicado pela razão entre 35 (trinta e cinco) e o número de anos de contribuição exigido para a concessão do benefício pelo regime próprio de previdência social de que trata o art. 40 da Constituição Federal".

2013, aprovou o Regulamento do Plano de Benefícios, que entrou em vigor nessa data, e aprovou o Convênio de Adesão da União, como patrocinadora do Plano Executivo, à Funpresp-Exe.

Aludido regulamento oferece benefícios tanto na modalidade CD quanto na BD, e tem o custeio de seus benefícios fixado ora pelo regime de capitalização, ora pelo de repartição de capitais de cobertura, como se pode observar da Demonstração Atuarial para implantação do Plano Executivo gerido pela Funpresp-Exe, emitida em janeiro de 2013 (tabela 1).

reduzida de acumulação de reservas ante a saída precoce, em relação aos outros participantes, para fruição do benefício;

- aporte extraordinário de aposentadoria por invalidez e pensão por morte: na hipótese de insuficiência do saldo das respectivas reservas, mesmo não tendo findado o prazo da expectativa de sobrevivência na data de concessão do benefício, obtida a partir da tábua de mortalidade de inválidos e da tábua de mortalidade geral, respectivamente;

- benefício por sobrevivência do assistido: para os casos em que sobreviver além do período de pagamento das aposentadorias normal e

Tabela 1 – Tipos, modalidades e regimes financeiros dos benefícios do regime de previdência complementar dos servidores públicos do Poder Executivo Federal – 2013

Benefício	Tipo	Modalidade	Regime financeiro
Aposentadoria normal	Programado	Contribuição definida	Capitalização
Aposentadoria por invalidez e pensão por morte	Risco	Benefício definido	Repartição de capital de cobertura
Benefício por sobrevivência	Risco	Benefício definido	Repartição de capital de cobertura

Fonte: Funpresp-Exe, adaptado pelo autor.²

Segundo o inciso XVI do art. 2º c/c o inciso XVIII do art. 18 e o art. 25 do Regulamento do Plano dos Servidores do Executivo Federal, o FCBE tem natureza coletiva, portanto, de caráter solidário, e visa a garantir o pagamento dos benefícios de risco e dos aportes extraordinários, estes, subdivididos entre benefícios de risco e programados com fruição precoce, podendo ser agrupados da seguinte forma:

- aporte extraordinário de aposentadoria programada: para as aposentadorias de que cuidam a alínea "a" do inciso III do § 1º (mulheres), o § 4º (especial) e o § 5º (professor), todos do art. 40 da CF/1988, como forma de compensar a fase

por invalidez e da pensão por morte, tendo em conta a estimativa da tábua de vida utilizada pelo regulamento do plano.

O art. 37 do regulamento preceitua que a entidade gestora poderá contratar cobertura para os benefícios de que cuidam os incisos II a V do art. 20, sob a ótica do regulamento, não programados, equívoco adiante tratado, a saber: aposentadoria por invalidez, pensão por morte e benefício por sobrevivência, este, concedido ao assistido que sobreviver ao prazo de pagamento de benefícios de risco e programados. Eis a dicção do art. 37:

² Quadros 1 e 2 da Demonstração Atuarial para implantação do Plano Executivo Federal administrado pela Funpresp-Exe. Disponível em: <http://www.funpresp.com.br/portal/wp-content/uploads/2013/09/DA_Funpresp_Exe_Assinado-copia.pdf>.

Art. 37 - A Entidade poderá, mediante licitação, contratar coberturas para os *benefícios não programados, previstos nos incisos II a V do art. 20 deste Regulamento* e no § 4º do art. 12 da Lei Federal nº 12.618, de 30 de abril de 2012. (Grifo nosso)

Note-se que o regulamento trata a aposentadoria normal com pagamento devido em período superior ao estimado pela tábua de vida, de que cuida o inciso V do art. 20, como não programado, nada obstante consubstanciar-se em benefício programado.

A alíquota de contribuição básica do participante é de livre escolha, dentre as de 7,5%, 8% ou 8,5%, cabendo ao patrocinador aportar contribuição de igual valor, limitada ao teto de 8,5% do salário de participação do servidor.³

Caberá ao plano de custeio, mediante aprovação pelo Conselho Deliberativo da entidade, definir o percentual da contribuição básica devida ao FCBE, entre outras destinações, consoante reza o § 2º do art. 13 do regulamento do plano.

Consoante estipula o plano de custeio aprovado pelo Conselho Deliberativo da Funpresp-Exe (tabela 2), dentre a taxa de custeio total do plano (contribuição do participante e do patrocinador), são destinados ao FCBE 24,4%, 22,88% e 21,53%, conforme a opção do participante pelas alíquotas respectivas de 7,5%, 8% ou 8,5%. Veja-se:

Tabela 2 – Custeio total e fracionado do Plano de Benefícios do Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais do Poder Executivo – Brasil – 2014

Plano de Custeio	Alíquota escolhida pelo participante (%)		
	7,5	8,0	8,5
(A)Fundo de Cobertura de Benefícios Extraordinários	24,40	22,88	21,53
(B)Taxa de carregamento	7,00	7,00	7,00
(C)Reserva acumulada pelo participante	68,60	70,12	71,47
(D)Taxa total de custeio do Plano (A + B + C)	100,00	100,00	100,00

Fonte: Funpresp-Exe, adaptado pelo autor.⁴

Observe-se que, para aquele que optar por alíquotas menores, maior será o volume de recursos vertidos ao FCBE e, por conseguinte, menor será o montante de capital direcionado para a sua conta, causando verdadeira solidariedade invertida no plano, onde os que contribuem menos são os que mais assumem, em termos percentuais, o ônus pelo pagamento dos benefícios devidos pelo FCBE.

Em quaisquer das opções de alíquota, em média, 22,94% da taxa de custeio total do plano destinar-se-ão ao FCBE, o que ocasionará redução do montante a ser capitalizado nas contas individuais e, por consequência, do valor dos benefícios programados dos assistidos. Diante disso, indaga-se: é juridicamente correto impor aos servidores a responsabilidade solidária pelo custeio dos benefícios programados devidos pelo seu regime de previdência complementar?

SOLIDARIEDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO CUSTEIO DE BENEFÍCIOS PROGRAMADOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Como visto, ao passo que o RPPS dos servidores possui caráter obrigatório e solidário, o regime complementar previsto para esse grupo organiza-se de forma autônoma em relação ao RPPS, é facultativo, baseado na constituição de reservas individuais e oferecerá planos de benefícios somente na modalidade CD.

A solidariedade no RPPS pode ser intra (entre segurados) ou intergeracional (entre segurados e beneficiários) e no regime complementar pode-se fazer presente entre patrocinador e participante ou entre participantes. Quando o plano elimina todo o

³ Art. 13, II, 'a', do Regulamento do Plano dos Servidores do Poder Executivo.

⁴ Disponível em: <http://www.funpresp.com.br/portal/?page_id=482>.

risco (financeiro e biométrico) do patrocinador e o transfere ao participante, está-se diante de um plano CD puro. Todavia, a solidariedade entre participantes tem sido admitida em certos casos, sob pena de o sistema previdenciário se transformar num mero regime de contas individuais de poupança.

Segundo Ibrahim (2012, p. 64 e 65), a solidariedade, presente nos regimes obrigatórios de previdência social do país, é princípio de fundamental importância, “pois traduz o verdadeiro espírito da previdência social: a proteção coletiva, na qual as pequenas contribuições individuais geram recursos suficientes para a criação de um manto protetor sobre todos”, sendo “justificativa elementar para a compulsoriedade do sistema previdenciário”. Todavia, no âmbito da previdência complementar vige a concepção de que ela “não é solidária, porém individualista, pois não há transferência de renda, mas sim contas próprias de cada pessoa com vistas à acumulação de recursos para a aposentadoria” (NÓBREGA, 2004, p. 2). Nessa direção, Pinheiro (2007, p. 86) destaca que “não existe nenhum mutualismo nesses planos de contribuição definida, pois as reservas constituídas são individualizadas”. Tal como Daykin (2002, p. 2), que registra “*the risk of long life of the individual member falls directly on the member and he or she runs the risk of exhausting their savings too early*”⁵, Bodie, Marcus e Merton (1988, p. 140) afirmam que os participantes dos planos CD assumem todo o risco do investimento, não havendo solidarização entre si no custeio dos benefícios:

*At retirement, the employee either receives a lump sum or an annuity, the size of which depends upon the accumulated value of the funds in the retirement account. The employee thus bears all of the investment risk; the retirement account is by definition fully funded, and the firm has no obligation beyond making its periodic contribution.*⁶

Mesa Lago, ao descrever os resultados de análise comparativa das reformas estruturais havidas nos sistemas de pensões da Argentina, Bolívia, Chile e Hungria, registra que os sistemas públicos de previdência, em geral, permitem a solidariedade, mediante a criação de um fundo coletivo contra a ocorrência de riscos sociais, ao passo que, nos regimes complementares, todos os riscos ficam a cargo do participante, não havendo de se falar em solidarização endógena (intrageneracional).

*The public system usually has social solidarity, for instance, a collective fund against risks whereas in the private system all risks are borne by the insured individual. Private systems normally lack endogenous social solidarity as the individual account belongs to the insured worker and is not shared with others; social solidarity was introduced through state financing of non-contributory pensions, a guaranteed minimum pension, and social protection programmes.*⁷ (MESA LAGO, 2014, p. 6)

5 “O risco de vida longa do membro individual cai diretamente no membro e ele ou ela corre o risco de esgotar as suas poupanças muito cedo.” (Tradução nossa)

6 “Na aposentadoria, o empregado ou recebe uma quantia fixa ou uma renda, o tamanho dos quais depende o valor acumulado dos fundos na conta de aposentadoria. O funcionário assume todo o risco do investimento; a conta de aposentadoria é, por definição, totalmente financiada, e que a empresa não tem nenhuma obrigação além de fazer sua contribuição periódica.” (Tradução nossa)

7 “O sistema público geralmente tem a solidariedade social, por exemplo, um fundo coletivo contra os riscos enquanto que no sistema privado, todos os riscos ficam a cargo do segurado individual. Sistemas privados normalmente não têm solidariedade social endógena como a conta do indivíduo que pertence ao trabalhador segurado e não são compartilhadas com outras pessoas; a solidariedade social foi introduzida por meio de financiamento estatal das pensões não contributivas, uma pensão mínima garantida, e programas de proteção social.” (Tradução nossa)



Da mesma forma, Thompson (2000, p. 111), ao descrever esquemas do tipo CD, informa que “nesses planos os benefícios refletem o valor das contribuições anteriores e o retorno dos investimentos”, não prevendo qualquer espécie de solidariedade quanto ao seu custeio.

Nessa direção, Hulle (2005, p. 11 e 18) sustenta que “nessa modalidade de plano, não há solidariedade, pois o participante é quem assume os riscos e se apropria dos dividendos”, cujas contas “são segregadas em nome de cada participante, excluindo qualquer possibilidade de solidariedade”.

Ferreira (2007, p. 84 e 85) registra que “sistemas de contribuição definida, por sua vez, transferem todo o risco para o cotista individual”, e complementa que os “sistemas

capitalizados de contribuição definida alocam o risco de sobrevivência no indivíduo”, não havendo de se falar, portanto, em solidariedade no custeio para este tipo de regime.

Nas palavras de Iyer (2002, p. 84), “diversamente dos sistemas de benefícios definidos, não existem escolhas, já que, por definição, um sistema de contribuição definida é totalmente capitalizado em bases individuais”, não havendo espaço para solidarização do custeio, característica dos planos BD, operando seja em regime de repartição, seja no de capitalização escritural. Também assim compreende Pulino, segundo o qual, quando a CF/1988 estabeleceu que os planos de previdência complementar devem-se pautar pela constituição de reservas garantidoras dos benefícios com a fixação do regime financeiro de capitalização, denotou que não haveria nessa senda a possibilidade de se prever solidariedade entre participantes. Veja-se:

No regime de capitalização, os próprios contratantes gerarão, na atividade, o montante necessário para financiar as prestações em sua inatividade (não havendo aqui o famoso “pacto de gerações” que é inerente ao sistema público, baseado na repartição simples, e fundado na solidariedade de toda a sociedade). (PULINO, 2013, p. 16)

Bem por isso, Pinheiro (2007, p. 102), ao registrar a tendência de migração dos planos BD para CD ante a dinâmica dos riscos biométricos, esclarece que esse tipo de plano adota “o princípio puramente financeiro e individualista em que não se agrega fator de desconto atuarial ou fator de probabilidade de sobrevivência, quando se calcula o valor do encargo necessário para pagar a renda no futuro”.

ANÁLISE DOS RESULTADOS

A análise dos resultados será feita de forma tripartite, levando-se em conta a experiência dos servidores do Poder Executivo Federal, de forma a destacar as diferenças sobre a aplicabilidade ou não da solidariedade dos participantes no custeio: I) dos aportes extraordinários para o pagamento de aposentadoria por invalidez e pensão por morte, na hipótese de insuficiência do saldo antes de findar o prazo da expectativa de sobrevivência; II) dos aportes extraordinários para garantir o pagamento, durante o período normal, dos benefícios programados com fruição antecipada em valor equivalente ao de sua remuneração; e III) do benefício por sobrevivência do assistido por período superior ao estimado pela tábua de vida para garantir o pagamento dos benefícios programados e não programados.

Conforme restou descrito nas seções anteriores, os benefícios programados serão baseados na capitalização de reservas na modalidade CD e pagos por prazo certo ou com valor equivalente a percentual do saldo da conta do participante.



Quanto ao regime de financiamento [...] o plano dos servidores do Executivo Federal criou custeio específico para os benefícios programados com fruição antecipada, previsão não existente na legislação previdenciária nacional.

Por sua vez, os benefícios de risco (invalidez e morte) terão custeio específico e poderão ser garantidos na modalidade BD, já que se admite, nessa hipótese, o compartilhamento de riscos entre os participantes do plano, haja vista a insuficiente formação de reservas individuais para custeá-los.

Apurou-se que a solidariedade nos planos de benefícios dar-se-á apenas entre instituidores ou entre patrocinadores, em nada se referindo à responsabilidade solidária dos participantes pelo seu custeio, tal como previsto para os servidores do Poder Executivo Federal.

Verificou-se também que a transferência de recursos para garantir pagamento de benefícios BD ofertados em planos de renda vitalícia será permitida, em caráter excepcional, apenas na fase de gozo do benefício e desde que prevista no convênio de adesão, diferentemente do previsto para o plano em análise, que exige dos seus participantes o custeio solidário da renda vitalícia já no período contributivo.

Especificamente, quanto ao plano de benefícios estudado, notou-se que o seu regulamento colide com a restrição da CF/1988 concernente à obrigatoriedade de oferecimento de planos de benefícios apenas na modalidade CD, conforme prevê o art. 40, § 15.

Levando-se em conta essa imposição constitucional, reforçada pela própria Lei nº 12.618/2012, em seu art. 12, restaria injurídico qualquer benefício garantido na modalidade BD, não sendo, todavia, o estipulado pelo plano do Executivo Federal e explicitado pela demonstração de sua última avaliação atuarial, na qual registra que a aposentadoria por invalidez, a pensão por morte e o benefício por sobrevivência serão pagos na modalidade BD. Por outro lado, conforme alerta Ibrahim (2012, p. 780-781), o plano CD “não é compatível com benefícios não programados, pois o participante que tenha se tornado inválido

nos primeiros anos de trabalho fatalmente não terá ingressado com recursos suficientes para a manutenção de um benefício adequado”.

Dessa forma, considerando-se o argumento acima descrito e com vistas a garantir melhor interpretação aos aludidos dispositivos, deve-se entender que a restrição da oferta de benefícios na modalidade CD limita-se aos de caráter programado, já que, para os benefícios de risco, sequer houve período contributivo para o acobertamento de suas despesas. Não por acaso, há a possibilidade legal, inclusive, de se contratar os riscos de invalidez e morte com seguradoras.

Quanto ao regime de financiamento, observou-se que o plano dos servidores do Executivo Federal criou custeio específico para os benefícios programados com fruição antecipada, previsão não existente na legislação previdenciária nacional, que estabelece tal forma de financiamento apenas para os benefícios de risco.

Notou-se ainda que, para os participantes optantes por alíquotas menores, maior será o volume de recursos vertidos ao FCBE e, por conseguinte, menor será a sua reserva individual, ocasionando redução do valor

dos benefícios programados e transferência regressiva de renda, em que aqueles com menor carga contributiva (7,5%) assumirão, relativamente, maior volume de despesas (24,4%) que aqueles (21,53%) optantes por alíquotas maiores (8,5%).

Ademais, observou-se que a transferência de recursos entre os participantes do plano do Executivo Federal para garantir planos de renda vitalícia se dá na fase contributiva, ao reverso do que autoriza a legislação, que a admite apenas na fase de gozo, em caráter excepcional e desde que prevista no convênio de adesão.

Constatou-se que o FCBE tem caráter coletivo e visa a garantir o pagamento de benefícios programados de fruição precoce em valor equivalente ao da remuneração do participante, e de benefícios de risco ou programados em razão da insuficiência de saldo na conta individual.

Quanto à análise específica da solidariedade dos participantes no custeio de benefícios, constatou-se que, na primeira situação – a dos aportes extraordinários para o pagamento de aposentadoria por invalidez e pensão por morte em caso de insuficiência de reservas antes de



findar o prazo da expectativa de sobrevivência –, a responsabilidade de todos os integrantes do plano pelo custeio desses benefícios é intrínseca à natureza da prestação continuada oriunda desses riscos. Em tais situações, o custeio solidário e específico, previsto pela Lei nº 12.618/2012, para suportar esse tipo de despesa incerta, na modalidade BD, justifica-se pela possibilidade de ocorrência desses riscos durante a fase de constituição de reservas financeiras.

Quanto à segunda situação – a dos aportes extraordinários para garantir o pagamento, pelo período normal, de benefícios programados de gozo antecipado (aposentadoria de mulher, especial e de professor) em patamar semelhante ao de sua remuneração –, apurou-se incongruência entre a natureza desses benefícios e a suposta e errônea extraordinariedade dispensada a tais despesas, já que os aportes serão utilizados para o custeio de benefícios programados por prazo certo, em nada se referindo a situações extraordinárias que demandariam custeio suplementar.

Corroboram essa assertiva Rangel e Saboia (2013, p. 37), segundo os quais, “a aposentadoria ou o risco de longevidade não são eventos não programáveis”, não devendo estar inseridos no rol de riscos financiados pelo FCBE.

Nesse sentido, Mesa Lago (2014), ao estudar as reformas dos sistemas de pensão da Argentina, Chile, Bolívia e Hungria, descreve que a desigualdade entre gêneros e a manutenção de benefícios especiais foram considerados fatores restritivos à inclusão da solidariedade na previdência complementar dos países estudados.

Além disso, a tentativa de se instituir uma solidariedade intrageracional num sistema

de capitalização do tipo CD viola o princípio da isonomia, pois os demais participantes do plano, que não têm o privilégio do acesso precoce ao benefício, seriam responsabilizados pela manutenção do valor mensal do benefício dos que optassem por se aposentar com período reduzido de tempo de constituição de reservas individuais. Trata-se de decisão particular que, portanto, deve refletir os seus resultados apenas na esfera patrimonial do titular desse direito.

Ao titular do direito à fruição antecipada já foi assegurado um tratamento discriminatório justo, sob a ótica do legislador: a saída precoce. Todavia, não se pode admitir que os outros participantes, sem acesso a tal direito, sejam coibidos a se desfazerem de parte de seu patrimônio, garantidora de sua renda complementar, para assegurarem o patamar remuneratório dos que, por sua particular disposição, optaram por se aposentar com período contributivo reduzido.

Ou seja, cabe apenas ao titular do direito de acesso precoce ao benefício o ônus pela constituição do valor da sua renda programada. Noutras palavras, não há como imputar a todos os participantes a responsabilidade pelo custeio das aposentadorias adquiridas precocemente por poucos. Seria privilegiar alguns injustificadamente em detrimento dos demais participantes, o que não é admitido pelo ordenamento jurídico pátrio, que exige o respeito à isonomia⁸ em suas diversas acepções, de forma a coibir prática de discriminações ilícitas e incentivar ações para combater desigualdades injustas (CARVALHO, 2009).

Ademais, “a previsão de aportes extraordinários para mulheres e outras categorias elegíveis

| 8 Arts. 3º, III e IV; 5º, *caput*, I e XLI; 170, VII e VIII; 196 e 205, todos da CF/1988.

[antecipadamente] resultará em necessidade mais frequente de ajuste do plano de custeio” (RANGEL e SABOIA, 2013, p. 37), o que acarreta insegurança jurídica na relação contratual firmada entre a entidade de previdência de complementar e o participante do plano.

A terceira e última situação refere-se ao pagamento de benefícios de risco e programados por período superior ao fixado atuarialmente, sendo necessário dividi-los em duas situações: os aportes devidos aos benefícios programados e os destacados para cobrir as despesas dos benefícios de risco.

Para o pagamento dos benefícios de risco devidos em virtude do aumento da longevidade, a solução deve ser a mesma adotada para esses mesmos benefícios na hipótese de insuficiência das reservas antes de findar o prazo da expectativa de sobrevida. Aqui, a solidariedade deve se fazer presente, ante a especificidade do custeio dos benefícios, uma vez que, na origem, foi o próprio risco quem levou à solidarização do custeio do seu pagamento pelos participantes.

Já para o pagamento dos benefícios programados por período superior à estimativa de vida, a solução há de ser a mesma defendida neste trabalho para os aportes extraordinários devidos aos benefícios programados com gozo precoce, ou seja, a inadmissibilidade de solidarização do custeio desses benefícios, visto que o valor do benefício deve refletir o esforço de poupança individual do participante.

Comungam com essa ideia Rangel e Saboia (2013, p. 37), segundo os quais, por serem eventos programáveis, a aposentadoria normal

e o risco de longevidade “não deveriam estar inseridos no rol de contingências a ser financiadas pelo FCBE”.

Em síntese, as três hipóteses de solidarização do custeio descritas não encontram amparo na legislação vigente, que só admite a solidariedade entre patrocinadores ou entre instituidores, tampouco encontram ressonância na literatura que a rechaça quando se trata de benefícios programados. Todavia, nada obstante a previsão constitucional e a contida na Lei nº 12.618/2012, o compartilhamento do custeio dos benefícios de risco é viável, por se tratar de forma de contratação do risco com o próprio plano, já que, caso tivesse sido contratada uma seguradora, os participantes também assumiriam esse custo, porém, com nomenclatura diferente.

Não por acaso, os novos planos das três maiores⁹ EFPC do país, em termos de ativos acumulados, não preveem custeio solidário da aposentadoria programada. O Plano de Benefícios Petros-2¹⁰, para os empregados da Petrobras, a eles imputa o ônus pela escolha da forma de recebimento da aposentadoria programada: renda mensal por prazo certo ou indeterminado, não cabendo aos demais participantes qualquer ônus financeiro pelo seu custeio. Por sua vez, o Novo Plano¹¹ dos empregados da Caixa Econômica Federal sequer prevê opção, vez que garante o pagamento da aposentadoria programada apenas na forma de renda por prazo certo; e o Previ Futuro¹², para os empregados do Banco do Brasil, assegura renda vitalícia sem previsão de solidariedade no seu custeio.

9 Informação disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2014/07/Relatorio-Previc-1%C2%BA-Trim2014-FINAL.pdf>>. Acesso em: 14 jul.2014.

10 Art. 58, I, do Regulamento do Plano de Benefícios disponível em: <<http://www.petros.com.br>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

11 Art. 42 do Regulamento do Plano de Benefícios disponível em: <<http://www.funcef.com.br>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

12 Art. 41 do Regulamento do Plano de Benefícios disponível em: <<http://www.previ.com.br>>. Acesso em: 14 jul. 2014.

NOTAS FINAIS À GUIA DE CONCLUSÃO

Este artigo analisou a solidariedade dos servidores públicos, amparados por RPPS, no custeio de benefícios programados devidos pelo regime de previdência complementar à luz da experiência dos servidores do Poder Executivo Federal.

Observou-se que tanto a Lei nº 12.618/2012 quanto o Regulamento do Plano do Poder Executivo Federal trataram da mesma forma o custeio dos benefícios de risco e o dos benefícios programados. A garantia de benefícios de risco em planos BD, apesar de contrariar a CF/1988 e a própria Lei nº 12.618/2012, é razoável já que a própria ocorrência do risco impede o participante de formar a reserva garantidora desses benefícios.

No que se refere aos benefícios programados de fruição precoce ou não, pagos durante o período de gozo normal ou de sobrevivência, constatou-se que a lei e o regulamento citados erroneamente dotaram de extraordinariedade os seus custos e despesas, via FCBE, pois despesas incertas relacionam-se apenas aos riscos de morte ou invalidez.

Notou-se que o redirecionamento de parte das contribuições dos participantes do Plano do Poder Executivo Federal e dos seus patrocinadores para o FCBE reduz em 20%, aproximadamente, o montante das suas contas individuais e, por derivação, o valor de seus benefícios programados. Para o participante que optar por alíquotas menores, maior será o volume de recursos vertidos ao FCBE e, por conseguinte, menor o capital destinado a sua conta, acarretando valores menores dos benefícios programados. Ademais, ocasionará uma solidariedade invertida, uma vez que os participantes com menor carga contributiva assumirão maior volume de despesas, em termos percentuais, que aqueles optantes por alíquotas maiores para custear o fundo solidário de que cuida a Lei nº 12.618/2012.

Conclui-se que, nada obstante a razoabilidade da previsão de solidariedade dos participantes do Plano do Executivo Federal no custeio dos benefícios de risco, a responsabilidade solidária de todos os participantes do plano, tanto pelo custeio dos benefícios programados com fruição precoce durante o período normal de fruição quanto dos benefícios programados, de fruição precoce ou não, além do período fixado pela tábua de vida, vulnera a legislação previdenciária nacional, colide com o princípio da isonomia, abala a segurança jurídica dos contratos de opção pelo plano e ocasiona solidariedade invertida entre os participantes do plano, o que, portanto, deve ser reavaliada pela União.

Ademais, verificou-se que o plano de benefícios em estudo diverge da lógica de ausência de solidariedade no pagamento das aposentadorias programadas dos planos atuais das três maiores EFPC do país.

Por fim, por se tratar de tema recente, aliado à ausência de pesquisas sobre o objeto deste artigo, faz-se necessário aprofundar o seu estudo de forma a encontrar mecanismos que evitem transferências regressivas de renda entre os participantes de planos de previdência complementar de servidores públicos vinculados a RPPS.

REFERÊNCIAS

- BODIE, Zvi; MARCUS, Alan J.; MERTON, Robert C.. Defined benefit versus defined contribution pension plans: what are the real trade-offs? In: BODIE, Zvi; SHOVEN, John B.; WISE, David A. (Eds.) **Pensions in the U.S. Economy**. Chicago: University of Chicago Press, 1988. P.139 -162. Disponível em: <www.nber.org/chapters/c6047>. Acesso em: 16 abr. 2014.
- CAETANO, Marcelo Abi-Ramia. Previdência complementar para o Serviço Público no Brasil. **Sinais Sociais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 8, p. 120-149, set./dez. 2008.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: JusPodivm, 2009.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DAYKIN, Christopher D. Risk management and regulation of defined contribution schemes. In: SEMINAR FOR SOCIAL SECURITY ACTUARIES AND STATISTICIANS: actuarial aspects of pension reform, 2002, Moscow.
- FERREIRA, Sérgio Guimarães. Sistemas previdenciários no mundo: sem “almoço grátis”. In: TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fabio, (Orgs.). **Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas**. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. P. 65-93.
- HULLE, Osvaldo. Previdência complementar do servidor público: entidade fechada, de natureza pública, gerindo interesse privado. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 3, n. 9, abr./jun. 2005.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. Niterói: Impetus, 2012.
- IYER, Subramanian. **Matemática atuarial de sistemas de previdência social**. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2002.
- MESA LAGO, Carmelo. **Reversing pension privatization: the experience of Argentina, Bolivia, Chile and Hungary**. Geneva: International Labour Office, Social Protection Department, 2014. (ESS Working Paper n. 44)
- NÓBREGA, Marcos. A Emenda Constitucional nº 41 e a previdência complementar do servidor público. **Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, ano 6, n. 25, maio/jun.2004.
- PINHEIRO, Ricardo Pena. **A demografia dos fundos de pensão**. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2007.
- PULINO, Daniel. Previdência complementar do servidor público. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jan./abr. 2013.
- RANGEL, Leonardo Alves; SABOIA, João Luiz. **Criação da previdência complementar dos servidores federais: motivações e implicações na taxa de reposição das futuras aposentadorias**. Rio de Janeiro: IPEA, 2013. (Texto para discussão n. 1847)

RODRIGUES, Flavio Martins. **Fundos de pensão de servidores públicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAFNER, Paulo. Seguridade e previdência: conceitos fundamentais. In: TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fabio, (Orgs.). **Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas**. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. P. 29-63.

THOMPSON, Lawrence. **Mais velha e mais sábia**: a economia dos sistemas previdenciários. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2000.

ACCOUNTABILITY PREVIDENCIÁRIA*



Jean Jacques Dressel Braun

Auditor do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (Iprev/SC)
Mestre em Gestão Pública pela Esag/Udesc

PALAVRAS-CHAVE:
Previdência social; gestão;
accountability previdenciária.

KEYWORDS: *Social welfare;*
management; social security
accountability.

* Artigo originado do trabalho
contemplado com o 3º lugar do Prêmio
Ministro Gama Filho 2014.

RESUMO: Os regimes próprios de previdência dos servidores públicos existem há muito tempo em diversos países e, com o passar do tempo, foram consumindo cada vez mais os seus escassos recursos. Em todo mundo, principalmente a partir da década de 1990, foram criadas políticas públicas que objetivavam reduzir o desequilíbrio das contas previdenciárias. Este trabalho faz breve resgate histórico da Previdência Social, e das principais políticas públicas para a manutenção do equilíbrio das contas previdenciárias no Brasil e no exterior. Em seguida, apresenta o conceito de “*accountability* previdenciária” com alternativa de gestão dos sistemas previdenciários. Para isso, faz um pequeno resgate histórico do conceito e verifica se a legislação federal contempla os instrumentos necessários para sua aplicabilidade. Ao final, são sugeridas as alterações necessárias para a eficiente implantação e manutenção da *accountability* previdenciária nos regimes previdenciários dos servidores públicos.

ABSTRACT: *The welfare regimes of public employees have long existed in many countries and, over time, were consuming ever more scarce resources. Worldwide, mostly from the 1990s, public policies that aimed to reduce the imbalance of pension accounts were created. This paper makes brief historical review of Social Security, and the main public policies to maintain the balance of pension accounts in Brazil and worldwide. Then introduces the concept of “social security accountability” with alternative management of pension systems. To do this, it makes a small historical review of the concept and verifies that the federal legislation includes the necessary tools for their applicability. At the end, suggested the need for efficient deployment and maintenance of accountability in social security pension schemes for civil servants changes.*

INTRODUÇÃO

A previdência social é formada por um conjunto de programas e benefícios que têm por fim garantir recursos necessários à manutenção de seus segurados e dar amparo público aos não contribuintes do sistema (FELIX; RIBEIRO; TOSTES, 2008). Assim, políticas públicas de previdência social, bem como quaisquer outras que visem a atender demandas sociais, precisam utilizar recursos diversos, recursos estes que, seja pelo seu esgotamento natural, seja pelo seu mau aproveitamento e distribuição, se encontram escassos nas sociedades.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece um sistema de seguridade universal para todos os cidadãos, o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), e um sistema especial para o funcionalismo público, o Regime Próprio de Previdência dos Servidores (RPPS), ambos norteados pelo Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial, o qual determina a manutenção da sustentabilidade financeira do sistema pela estreita relação entre os valores contribuídos e a concessão de benefícios.

Entretanto, algumas variáveis, entre elas a demográfica, podem afetar esse equilíbrio. Os estudos demográficos apontam um constante e contínuo crescimento da sobrevida das pessoas após a aposentadoria.

Para combater este problema, desde 1998, com a publicação da Emenda Constitucional nº 20, o governo brasileiro tem buscado dar sustentabilidade ao sistema previdenciário através de políticas que reduzem benefícios e incrementam as exigências para se ter direito à aposentadoria.

Entretanto, estas políticas públicas não têm sido suficientes para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPSs. Segun-

do o Anuário Estatístico da Previdência Social 2012, percebe-se um montante de receita previdenciária dos RPPSs de R\$ 58,83 bilhões. Por outro lado, o montante da despesa previdenciária foi de R\$ 97,33 bilhões. Isso gera um resultado previdenciário negativo de R\$ 38,50 bilhões (BRASIL, 2012).

A dificuldade em controlar este déficit pelas iniciativas até agora implantadas pode residir no fato de que existem outras variáveis, estas relacionadas à operacionalidade dos RPPSs, que também afetam sobremaneira o equilíbrio de suas contas: as fraudes, os desvios e a má gestão dos recursos previdenciários.

Por outro lado, os sistemas de previdência em todo o mundo, que eram basicamente regidos pela solidariedade contributiva, estão passando para a forma de acumulação individual. Assim, estão sendo formados fundos que acumularão quantidades gigantescas de recursos que, se não forem bem geridos, não conseguirão arcar com os futuros desembolsos.

A *accountability* previdenciária (AP), além de viabilizar uma gestão social desses recursos, aparece como uma solução heterodoxa à longa história das políticas públicas repetitivas e politicamente esgotadas, que buscavam o equilíbrio financeiro e atuarial pelo sacrifício dos direitos e benefícios dos segurados.

Para apresentar o conceito de *accountability* previdenciária, primeiramente será realizado um breve resgate histórico acerca da previdência social e dos RPPSs no Brasil e no mundo. Em seguida, serão descritas as políticas públicas que foram implantadas para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial. Também será apresentado o conceito de *accountability* e seus tipos, bem como uma análise de como a legislação federal contempla a existência e manutenção de uma *accountability* previdenciária nos RPPSs.

DESENVOLVIMENTO

BREVE HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E DOS RPPSs

Podemos dividir o desenvolvimento da previdência social no Brasil e no mundo em cinco períodos distintos. No primeiro, entre a Idade Média e a Antiga, ela se caracterizava pelo caráter assistencialista, voltado aos inválidos e suportado pela solidariedade individual entre os membros das famílias e tribos, bem como entre indivíduos organizados em associações profissionais. No segundo período, a partir da Poor Law, este assistencialismo foi formalizado e institucionalizado. No terceiro, com o Plano Bismark, a previdência social passou a ter caráter de seguro social, e somente aqueles que contribuísem para o seguro eram protegidos. No quarto período, com o Plano Beveridge, o Estado, financiado pelos impostos pagos por toda a sociedade, assumiu este seguro e estendeu sua cobertura para todos os cidadãos. Finalmente, no quinto e atual período, a previdência passou de um sistema financiado solidariamente entre gerações para um sistema

de acumulação individual, durante o período laboral, para custear os benefícios futuros. Quanto aos RPPSs, podemos dividir sua história no Brasil em três períodos distintos. Em um primeiro momento, de 1795 a 1988, passou de seguro social patrocinado pelos segurados e empregadores a seguro social financiado por recursos exclusivos dos Estados, ou seja, pelos impostos. Em um segundo período, de 1993 a 2003, tornou obrigatória a contribuição do segurado para que este obtivesse o benefício, sendo necessário um equilíbrio entre o que foi pago e o benefício a ser recebido. Finalmente, no terceiro e último período, foram inseridos, a exemplo de vários sistemas pelo mundo, o caráter de acumulação individual de recursos (capitalização) para o custeio dos futuros benefícios.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS IMPLANTADAS PARA A MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL

Conforme Secchi (2010), as políticas públicas são uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público. Assim, podemos considerar que políticas públicas previdenciárias são dire-



trizes de governo para enfrentar problemas relacionados à previdência pública. Neste sentido, mundialmente foram implantadas políticas públicas específicas que tinham como objetivo a tentativa de reduzir os desequilíbrios financeiros e atuariais apresentados pelos sistemas previdenciários dos países.

Com relação à Europa, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) realizou, em 2006, análise das reformas em seus sistemas de aposentadoria pelos pesquisadores Peter Whiteford e Edward Whitehouse, na obra "*Pension challenges and pension reforms in OECD countries*".

Segundo os autores, as recentes reformas previdenciárias têm alguns aspectos comuns. Em primeiro lugar, as condições de elegibilidade de aposentadoria foram esticadas. Em segundo, os reajustes das aposentadorias passaram a ser indexados por índices menos generosos. Em terceiro, determinados regimes estabeleceram gatilhos automáticos em relação às mudanças na expectativa de vida. Finalmente, alguns países, com a participação da iniciativa privada, introduziram sistemas de aposentadoria complementar por contribuição definida (CD).

Quanto às reformas na América Latina, segundo Gentil (2007), estas foram realizadas imitando um modelo mundial de estratégia liberal, baseado na privatização da previdência social, com ênfase na desregulamentação do mercado de trabalho e nos benefícios seletivos ao invés de universais.

Aqui no Brasil, nos anos 1990, alguns fatores foram comuns nos discursos que reivindicavam a necessidade de reformas nos sistemas previdenciários em todo o mundo, dentre eles, segundo Marques, Batich e Mendes (2003), a crescente crise fiscal-financeira do Estado, o fraco desempenho da economia e o crescimento da taxa de desemprego e do trabalho informal. Outrossim, acrescenta-se o argumento de que os direitos introduzidos pela Constituição de 1988 teriam provocado fortes desequilíbrios no sistema previdenciário, causados pelo tratamento desigual entre diferentes categorias de trabalhadores ou pelos impactos provocados pelas alterações no perfil demográfico, entre outros.

Segundo Ogasavara (1998), a ideia central, à época, era a constituição de entidades independentes dos respectivos governos, pelo menos formalmente, com o fim específico de arrecadar contribuições, bem como acumular e gerir recursos capazes de fazer frente ao pagamento dos benefícios previdenciários. Nesse modelo também era prevista a criação de conselhos superiores com a competência para traçar as diretrizes gerais dos RPPSs. Estes conselhos teriam a participação de membros provenientes do governo, do quadro de servidores e também de indicação da própria sociedade civil. Do mesmo modo, com a introdução do regime de capitalização, tentava-se dar um caráter técnico e profissional à composição da diretoria executiva e, principalmente, à administração dos recursos mediante a terceirização parcial ou total pela contratação de empresas ou bancos especializados em gestão de recursos no mercado financeiro e de capitais. Esse modelo alternativo de enfrentamento ao déficit previdenciário foi materializado na Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 33, de 1995. Conforme Marques, Batich e Mendes (2003), as discussões a respeito des-





ta PEC deram origem à Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

Naquele momento, o grande argumento para a reforma foi, de modo redundante, o crescente desequilíbrio negativo nas contas da previdência social no Brasil. O grande causador desse desequilíbrio era o sistema de seguridade do servidor público, e nele os privilégios das aposentadorias precoces com vencimentos integrais, fazendo com que este fosse o foco da reforma.

Segundo Silva (2004), em janeiro de 2003, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional uma proposta de emenda à Constituição que estabelecia um regime único para o setor privado e público, um teto único de aposentadoria para o setor privado e público e a aposentadoria complementar por meio de fundos de pensões. Pode-se observar aqui um resgate das intenções da PEC 33, que originou a EC nº 20/1998. Após quase um ano de negociações no Congresso, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 41, em 31 de dezembro

de 2003. Com as Emendas Constitucionais nºs 20/1998 e 41/2003, o Estado Brasileiro deu início aos ajustes dos RPPSs.

O Projeto de Lei (PL) nº 1.992, de 2007, que instituiu o regime de previdência complementar, deu sequência ao que já havia sido aprovado pelo Congresso, agora de forma mais clara e técnica, e foi o precursor da Lei nº 2.618/2012, que finalmente regulamentou a previdência complementar do servidor público da União. Entre seus principais objetivos, destaca-se o de oferecer um tratamento igualitário entre os trabalhadores dos setores público e privado. Para isso, previu a limitação das aposentadorias dos futuros¹ servidores públicos federais até o teto do RGPS.² Com esse limitador no pagamento dos futuros benefícios, foi necessário proporcionar aos novos servidores públicos a contratação de uma renda complementar. Nesse sentido, a lei também prevê a criação da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp).

Novamente aqui se destaca a fundamental criação de um sistema eficiente de controle e fiscalização, devido aos montantes expressivos a serem acumulados neste fundo. Nesse sentido, Caldas (2012) ressalta que uma das alterações propostas para viabilizar a aprovação da matéria pelo Congresso foi tirar de instituições profissionais e especializadas a gestão financeira da Funpresp, passando-a para os diretores desta, geralmente eleitos por sindicatos ou indicados por partidos políticos. Essa mistura, segundo a autora, resultou em muitos negócios fracassados e enormes prejuízos para os patrimônios dos fundos de pensão estatais.

1 Que ingressarem no serviço público federal após a criação da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp).

2 Inicialmente, esse valor foi fixado pelo governo em R\$ 3.916,20. Em 2014, é de R\$ 4.390,24.

CONCEITO E TIPOS DE *ACCOUNTABILITY*

Campos, em 1990, já relatava a dificuldade de encontrar um termo em português que correspondesse à completa abrangência do vocábulo anglo-saxão. No artigo "*Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português?*", a autora cita Frederick Mosher, com sua obra "*Democracy and the Public Service*", de 1968, como um dos pioneiros na tentativa de compreensão do vocábulo. Segundo este autor, *accountability* significava responsabilidade objetiva ou obrigação de responder por algo. *Accountability*, nas palavras de Mosher, "acarreta a responsabilidade de uma pessoa ou organização perante uma outra pessoa, fora de si mesma, por alguma coisa ou por algum tipo de desempenho" (MOSHER *apud* CAMPOS, 1990, p. 3).

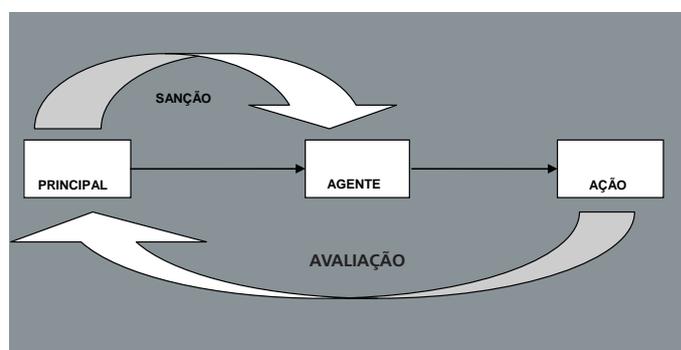
Deve-se destacar aqui uma das principais características da *accountability*: a capacidade de sanção por parte de seus mecanismos e agentes. Mainwaring, citado por Ceneviva (2006, p. 2), alega que "a *accountability* não pode se limitar à exigência de justificção ou prestação de contas, mas envolve inevitavelmente alguma forma de sanção, mesmo que de maneira indireta".

Ceneviva (2006), citando Moreno, Crisp e Shurgart, apresenta um modelo esquematizado que facilita bastante o entendimento básico do processo de *accountability*. Nele é considerada a existência da tríade *Principal, Agente e Ação*.

O modelo tem como premissa que um Principal encarrega um Agente de realizar alguma Ação. Somente é identificada a *accountability* nos casos em que o Principal pode responsabilizar e punir diretamente o Agente com algum tipo de sanção. A figura 1 representa este esquema incluindo uma avaliação da Ação, realizada pelo Principal,

acerca da Ação realizada pelo Agente. O modelo descrito por Ceneviva (2006) não contempla explicitamente esta avaliação. Ela foi incluída na figura devido à dedução de que, para o Principal apurar a conformidade da realização da Ação pelo Agente conforme por ele deliberado, necessária se faz a utilização de algum instrumento de avaliação.

Figura 1 - Esquema do Processo de *Accountability* de Forma Geral



Fonte: Elaboração do autor, com base em Ceneviva (2006).

Estabelecida assim a definição e a dimensão de *accountability* a serem consideradas neste trabalho, é preciso descrever rapidamente os tipos de *accountability* aos quais os agentes públicos podem ser submetidos.

Guillermo O'Donnell foi pioneiro em relação a esta classificação das formas da *accountability*. Conforme Pinho e Sacramento (2009, p. 1.350), a classificação de O'Donnell "ocorre de acordo com o lugar ocupado pelos atores que participam do processo", sendo esta classificação "considerada até hoje uma das principais referências na literatura de ciência política, estabelecendo uma diferenciação espacial" (CENEVIVA, 2006, p. 5).

O'Donnell define a *accountability* em vertical e horizontal. A primeira consiste na fiscalização e na premiação ou punição por parte do cidadão e da sociedade civil organizada através das:

Eleições, reivindicações sociais que possam ser normalmente proferidas, sem que se corra o risco de coerção, e cobertura regular pela mídia ao menos das mais visíveis dessas reivindicações e de atos supostamente ilícitos de autoridades públicas. (O'DONNELL, 1998, p. 28).

Para esse autor, o processo eleitoral é o principal canal da *accountability* vertical. Por meio das eleições, os cidadãos podem punir ou premiar um mandatário votando contra ou a favor dele.

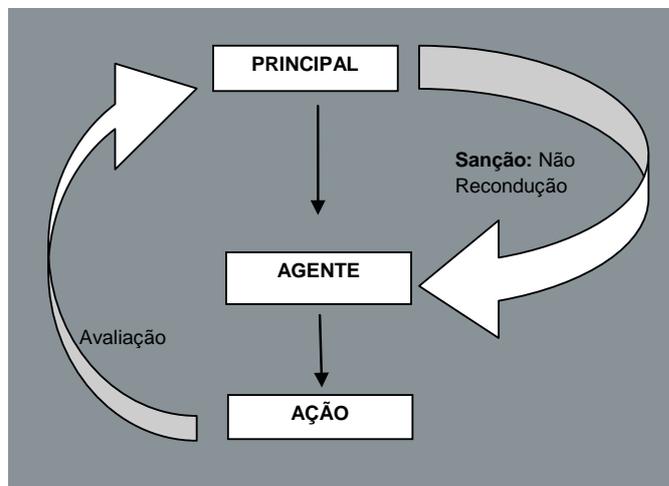
No que diz respeito à *accountability* horizontal, ela compreende:

[...] a existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o impeachment contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas. (O'DONNELL, 1998, p. 40).

Dessa forma, ocorre então a *accountability* horizontal ou intraestatal quando mecanismos institucionalizados de controle e fiscalização e agências governamentais de monitoramento de órgãos e do poder público, dentro da esfera do aparato estatal, exercem a supervisão, premiação ou punição dos administradores ou órgãos governamentais. Como exemplo de órgão de *accountability* horizontal pode-se citar os Tribunais de Contas brasileiros, cuja competência é fiscalizar a aplicação dos recursos públicos e o cumprimento da legislação pertinente.

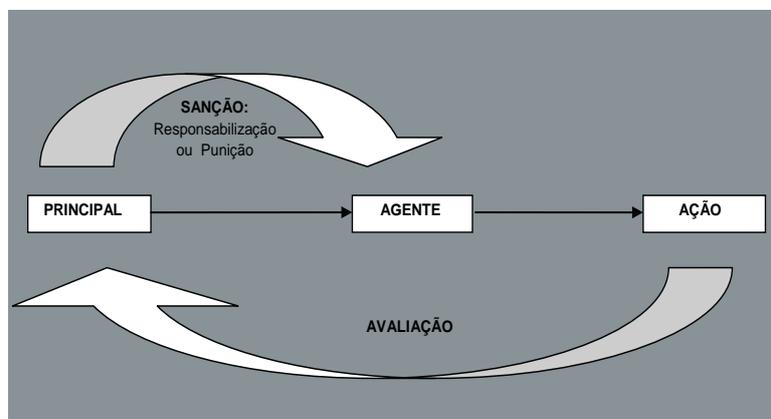
Adaptando o modelo representado na figura 1 às duas tipologias até agora descritas, temos as figuras 2 e 3, a seguir:

Figura 2 - Esquema do Processo de *Accountability* Vertical/Eleitoral



Fonte: Elaboração do autor, com base em Ceneviva (2006).

Figura 3 - Esquema do Processo de *Accountability* Horizontal/Intraestatal



Fonte: Elaboração do autor, com base em Ceneviva (2006).

Finalmente, após esse breve resgate conceitual, onde se buscou uma definição de *accountability* que venha ao encontro das reais necessidades dos agentes de controle e fiscalização dos RPPS no Brasil, passa-se agora a apresentar o conceito de *accountability* previdenciária.

A ACCOUNTABILITY PREVIDENCIÁRIA E A LEGISLAÇÃO FEDERAL

Em relação à *accountability*, a Constituição de 1988 determina, em seu artigo 24, as linhas gerais das competências dos entes federativos para legislar acerca de matéria previdenciária. Este regramento estabelece uma hierarquia de competências para legislar em matéria previdenciária, pois, apesar de ser uma competência concorrente entre os entes, destaca-se, no parágrafo 4º, a superveniência da lei federal no caso de contrariedade desta por lei estadual. Nesse caso, pode-se considerar, em analogia ao esquema descrito na figura 1, que a União corresponde ao Principal na tríade de Ceneviva (2006). Isso porque possui a competência de orientar, supervisionar e acompanhar a legalidade na gestão dos RPPSs. Com a publicação da Lei Federal nº 9.717/1998, denominada Lei Geral da Previdência no Serviço Público, foi retomado o estabelecimento de dispositivos que viabilizam a *accountability* nos RPPSs. A referida lei, já em seu artigo 1º, prioriza o objetivo da manutenção do equilíbrio financeiro atuarial:

Art. 1º. 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 organiza-

dos, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, [...]. (Grifo nosso)

Aqui, novamente pode-se considerar, em analogia ao esquema descrito na figura 1, que a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial corresponde à Ação descrita na tríade de Ceneviva. Isso porque determina que os RPPSs sejam organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial.

O mesmo artigo, em seus incisos I a XI, estabelece quais os critérios que devem ser observados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPS) na organização dos RPPSs para que o objetivo acima estabelecido seja atingido. Tais critérios servirão para o MPS, como Principal, avaliar a Ação de organizar a previdência do servidor delegada aos Agentes, nesse caso, os órgãos gestores dos RPPSs. A objetivação de critérios a serem respeitados e exigidos dos Agentes é uma das condições para a avaliação dos processos de *accountability*, como descritos na figura 1.

Nessa mesma linha de comparação, a previsão de sanção pelo descumprimento de critérios a serem observados na Ação, delegada pelo Principal e executada pelo Agente, também são imprescindíveis nos proces-



dos de *accountability*. Dessa forma a Lei nº 9.717/1998, em seus artigos 7º e 8º, também prevê as sanções pelo descumprimento desses procedimentos:

Art. 7º. O descumprimento do disposto nesta Lei pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e pelos respectivos fundos, implicará, a partir de 1º de julho de 1999:

I - suspensão das transferências voluntárias de recursos pela União;

II - impedimento para celebrar acordos, contratos, convênios ou ajustes, bem como receber empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União;

III - suspensão de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais;

IV - suspensão do pagamento dos valores devidos pelo Regime Geral de Previdência Social em razão da Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999.

Art. 8º. Os dirigentes do órgão ou da entidade gestora do regime próprio de previdência social dos entes estatais, bem como os membros dos conselhos administrativo e fiscal dos fundos de que trata o art. 6º, respondem diretamente por infração ao disposto nesta Lei, sujeitando-se, no que couber, ao regime repressivo da Lei nº 6.435, de 15 de julho de 1977, e alterações subsequentes, conforme diretrizes gerais. (BRASIL, 1998).

A lei em questão novamente estabelece que o órgão fiscalizador dos RPPSs seja o Ministério da Previdência e Assistência Social.

No texto legal, pode-se observar a presença de todos os elementos do esquema de *accountability* retratados na figura 1. A

União, através do MPS, é o Principal. O gestor estadual do RPPS representa o Agente. A Ação é a gestão do RPPS.

O mesmo também determinou outro importante dispositivo de *accountability* nos RPPSs, desta vez do tipo vertical/eleitoral.

Art. 9º. A unidade gestora do regime próprio de previdência dos servidores, prevista no art. 40, § 20, da Constituição Federal:

I - contará com colegiado, com participação paritária de representantes e de servidores dos Poderes da União, cabendo-lhes acompanhar e fiscalizar sua administração, na forma do regulamento; (BRASIL, 1998).

Observando-se que a Lei nº 9.717/1998 foi a primeira que estabeleceu os elementos da tríade Principal, Agente e Ação, bem como os critérios de avaliação da Ação e as respectivas sanções, pode-se considerá-la como marco na regulamentação dos processos de *accountability* nos RPPSs.

O mais importante instrumento para a *accountability* horizontal/interestatal da gestão dos RPPSs foi criado pelo Decreto nº 3.788/2001. Esse decreto, conforme seu preâmbulo, "Institui, no âmbito da Administração Pública Federal, o Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP".

O CRP, fundamentado na avaliação das informações prestadas pelos gestores dos RPPSs dos entes federativos, atesta que esses estão de acordo com os mandamentos da Lei nº 9.717/1998. A não emissão do CRP considera que o ente não atendeu aos critérios de avaliação estabelecidos, submetendo-o às sanções previstas na referida lei, em seu artigo 7º, mais especificamente a contenção de repasses de verbas e federais. Em analogia ao esquema da figura 1, a não emissão do CRP

corresponde a uma sanção ao ente federativo do gestor (Agente) que, após avaliação da sua gestão do RPPS pelo MPS (Principal), não atendeu aos critérios exigidos por este.

A Portaria MPS nº 402/2008 estabeleceu importantes normativas que reforçam os processos de *accountability* nos RPPSs, dentre outras coisas:

- a) quem será o agente da tríade descrita na figura 1, nesse caso, a unidade gestora do RPPS do ente federativo;
- b) o conceito de unidade gestora dos RPPSs;
- c) as competências da unidade gestora;
- d) o estabelecimento de colegiado ou instância de decisão colegiada na gestão dos RPPSs.

Destaca-se, nesse momento, a ratificação de um importante instrumento de *accountability* nos RPPSs, previsto legalmente em outros dispositivos já apresentados: o colegiado ou instância de decisão.

Em outras palavras, a legislação estabelece um modelo de gestão com a participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e governo nos órgãos colegiados, nos moldes do artigo 194, parágrafo único, inciso VII da CF/1988. A intenção do legislador era fazer com que os segurados/patrocinadores do sistema participassem ativamente da gestão previdenciária dos recursos custodiados ao gestor do RPPS. Eles, institucionalizados em forma de conselhos, serão os Principais que delegarão a um Agente a responsabilidade de conduzir a gestão dos RPPSs, conforme as diretrizes deliberadas por eles.

Na Lei Federal nº 12.618/2012, que regulamentou a aposentadoria complementar dos servidores públicos da União, também foram contemplados instrumentos legais que ratificam e fortalecem a atuação dos conselhos nos processos de *accountability* vertical/eleitoral das entidades que serão responsáveis pela gestão dos novos fundos. A normativa regulamentou alguns procedimentos inerentes e necessários para que a sua função de

accountability vertical/eleitoral fosse plenamente exercida.

Art. 5º A estrutura organizacional das entidades de que trata esta Lei será constituída de conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria executiva, observadas as disposições da Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001.

§ 1º Os Conselhos Deliberativos terão composição paritária e cada um será integrado por 6 (seis) membros.

§ 2º Os Conselhos Fiscais terão composição paritária e cada um deles será integrado por 4 (quatro) membros.

§ 3º Os membros dos conselhos deliberativos e dos conselhos fiscais das entidades fechadas serão designados pelos Presidentes da República e do Supremo Tribunal Federal e por ato conjunto dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente.

§ 4º A presidência dos conselhos deliberativos será exercida pelos membros indicados pelos patrocinadores, na forma prevista no estatuto das entidades fechadas de previdência complementar.

§ 5º A presidência dos conselhos fiscais será exercida pelos membros indicados pelos participantes e assistidos, na forma prevista no estatuto das entidades fechadas de previdência complementar.

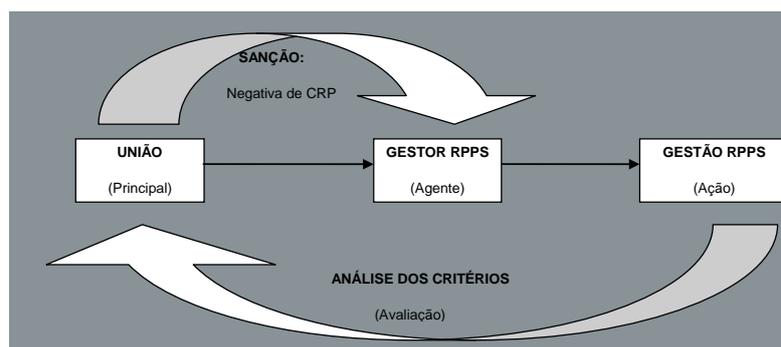
§ 6º As diretorias executivas serão compostas, no máximo, por 4 (quatro) membros, nomeados pelos conselhos deliberativos das entidades fechadas de previdência complementar. (BRASIL, 2012a).

O mandamento, além de ratificar a existência dos conselhos deliberativos/administração e fiscal, bem como determinar suas formas de composição e escolha, prevê que as diretorias

executivas das entidades sejam nomeadas por eles. Foi estabelecida assim mais uma forma de sanção típica da *accountability* vertical/eleitoral. Considerando o conceito de *accountability* apresentado anteriormente, sua representação pela tríade Principal, Agente e Ação, além da descrição dos dispositivos legais acerca da matéria, pode-se deduzir que há uma série de instrumentos na legislação previdenciária que viabilizam a existência e manutenção de processos de *accountability*, tanto vertical/eleitoral como horizontal/intraestatal sobre a gestão dos RPPSs. Esta *accountability*, que se preza especificamente para a otimização da gestão previdenciária dos RPPSs, é denominada neste trabalho de *accountability* previdenciária (AP). Na legislação analisada, pode-se constatar que existe AP tanto do tipo horizontal/intraestatal como do tipo vertical/eleitoral. A AP horizontal/intraestatal é a exercida pelo MPS sobre os RPPSs. Nesse caso, o MPS ocupa a figura de Principal, os entes e os gestores dos RPPSs representam os Agentes e a Ação é a gestão do RPPS. Da mesma forma, pode-se identificar a viabilização da avaliação da Ação pela obrigatoriedade do gestor do RPPS em prestar as informações solicitadas pelo MPS, bem como o estabelecimento de critérios/parâmetros para a avaliação dessas informações. O dispositivo de sanção também foi previsto, sen-

do a não emissão/renovação do CRP para o ente. A figura 4 identifica, na AP horizontal/intraestatal exercida pelo MPS sobre os RPPSs, todos os elementos da tríade Principal, Agente e Ação.

Figura 4 - Esquema do Processo de Accountability Previdenciária Horizontal/ Intraestatal exercido sobre os RPPSs pelo MPS



Fonte: Elaboração do autor, com base em Ceneviva (2006).

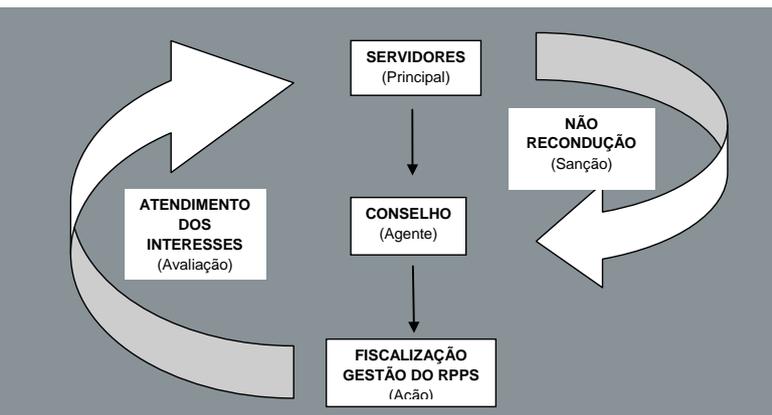
A AP vertical/intraestatal foi contemplada pela instituição dos colegiados de decisão ou conselhos de administração. Na realidade, a legislação, ao criar os conselhos de administração, submeteu os RPPSs a dois processos de AP vertical/eleitoral. O primeiro ocorre quando a legislação determina que os membros devem ser eleitos, no caso dos representantes dos



segurados, e indicados, no caso dos representantes dos patrocinadores.

Em analogia à tríade de Ceneviva, os segurados/patrocinadores passam a representar a figura do Principal, que delega ao conselho eleito/indicado a competência da fiscalização da gestão dos RPPSs. Estes, caso não obtenham uma avaliação favorável no atendimento dos interesses dos segurados, podem sofrer a sanção de não serem reconduzidos. A figura 5 apresenta, no processo de AP exercido pelos servidores/patrocinadores sobre os conselhos, todos os elementos da tríade.

Figura 5 - Esquema Processo de Accountability Previdenciária exercido sobre os Conselhos dos RPPSs pelos Servidores/Patrocinadores

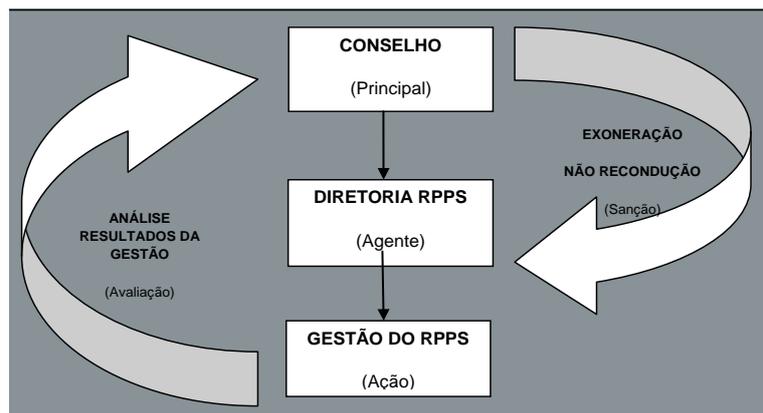


Fonte: Elaboração do autor, com base em Ceneviva (2006).

O segundo processo de AP vertical/eleitoral é estabelecido quando a legislação determina, entre as competências dos conselhos de administração, a nomeação e a exoneração da diretoria executiva. Agora, os conselheiros passam a representar a figura do Principal, avaliando a gestão da diretoria executiva, que representa o agente que tem como ação a gestão do RPPS. Caso os gestores não obtenham uma avaliação favorável no desempenho da ação, podem sofrer a sanção de serem exonerados ou não reconduzidos. A figura 6 mostra, na AP exerci-

da pelos conselhos sobre a diretoria executiva, todos os elementos da tríade.

Figura 6 - Esquema Processo de Accountability Previdenciária exercido sobre a Diretoria Executiva dos RPPSs pelos Conselhos



Fonte: Elaboração do autor, com base em Ceneviva (2006).

Finalmente, o quadro 1 apresenta um resumo dos tipos de AP exercidos sobre os RPPSs estaduais, bem como identifica as figuras da tríade e seus critérios de avaliação e sanções aplicáveis conforme a legislação federal.

Quadro 1 - Tipos e Elementos de Accountability Previdenciária presentes nos RPPSs Estaduais estabelecidos pela Lei Federal

TIPO	PRINCIPAL	AGENTE	AÇÃO	AValiaÇÃO	SANÇÃO
Horizontal/ Intraestatal	União - MPS	Entes – Unidades Gestoras	Gestão do RPPS	Legalidade Resultados do RPPS	Não emissão do CRP
Vertical/ Eleitoral 1	Servidores Patrocinadores	Conselho	Fiscalização Gestão do RPPS	Atendimento dos interesses dos segurados	Não recondução dos conselheiros
Vertical/ Eleitoral 2	Conselho	Diretoria Executiva	Gestão do RPPS	Legalidade Resultados do RPPS	Exoneração ou não recondução da Diretoria Executiva

Fonte: Elaboração do autor.

CONCLUSÃO

Esse trabalho apresentou o conceito de *accountability* previdenciária como instrumento de gestão para o equilíbrio das contas previdenciárias.

Para alcançar esse objetivo, primeiramente foi feito um breve resgate histórico e conceitual do tema Previdência Social, bem como dos RPPSs, no Brasil e no mundo.

O que se observou foi um natural processo de amadurecimento dos diversos sistemas previdenciários no mundo. Todavia, na segunda metade do século XX, sob o argumento neoliberal de estancar o déficit fiscal provocado, em grande parte, pelo desequilíbrio nas contas previdenciárias, proliferaram modelos baseados na unificação dos regimes previdenciários, bem como em sistemas complementares de capitalização. Sob esse tipo de sistema, os valores acumulados são enormes, além dos riscos aos quais tais valores serão expostos para sua adequada remuneração.

Dessa forma, demanda-se a institucionalização de instrumentos eficientes de controle e fiscalização da gestão desses recursos. A criação de políticas públicas que priorizem os mecanismos de controle e gestão teria menor resistência política, uma vez que a histórica resistência popular às reformas previdenciárias pelo mundo se deve ao fato de que estas, em sua grande maioria, penalizavam sobremaneira os segurados, prolongando os prazos de aquisição de direitos ou incrementando as alíquotas de contribuição.

Nesse sentido, foi apresentado o conceito de *accountability* previdenciária como uma alternativa para a manutenção do equilíbrio das contas dos RPPSs.

Para garantir a eficiência dos processos de AP, foi destacada a necessidade da presença de todos os elementos da tríade Principal, Agente e Ação nos processos de *accountability* estabelecidos para a gestão dos RPPSs. Indispensáveis também se fazem os dispositivos legais que assegurem o acesso às informações necessárias à avaliação da Ação realizada pelo Agente, bem como a definição de mecanismos de sanção, caso sua Ação seja insuficiente. De maneira geral, ao serem analisados os dispositivos da legislação federal, ficou evidenciado que estes preveem a existência e a manutenção de processos de AP.

Neste momento, ficam as seguintes questões:

- Qual o índice de participação dos segurados dos RPPSs nas eleições dos Conselhos de Administração?
- Existem instrumentos de avaliação objetiva da gestão dos RPPSs?

- As legislações dos RPPSs estaduais e municipais contemplam a existência e manutenção dos instrumentos necessários à efetividade do conceito de *accountability* previdenciária, principalmente nas do tipo eleitoral/vertical?

Estas questões se justificam, pois, para que os segurados exerçam plenamente o seu direito de participar da gestão dos seus RPPSs, é necessário que os entes federativos, por intermédio de seus gestores do RPPS, invistam na divulgação da cultura previdenciária junto às associações e sindicatos de servidores. Somente com esta “educação previdenciária” é que se pode esperar que os Conselhos possuam a representatividade devida para exercerem suas competências.

Por outro lado, é preciso que os mecanismos de avaliação de gestão dos RPPSs estaduais pelo Ministério da Previdência Social (MPS) não somente contemplem a existência de previsão legal da AP, mas também a existência dos instrumentos e condições imprescindíveis para a sua execução. Com isso, o MPS poderia constatar se as verdadeiras atribuições, determinadas pela legislação federal aos conselhos como instrumento fundamental de AP, estão sendo plenamente exercidas. Assim, é primordial que o MPS estabeleça indicadores para a objetivação da avaliação da gestão dos RPPSs.

Quanto às legislações estaduais, necessário se faz que elas não sejam uma simples cópia do mandamento federal para a obtenção do CRP, mas que ainda disponibilizem os meios e as alternativas de avaliação e sanção para o Conselho de Administração de seu RPPS. Isto porque, diante da impossibilidade de sancionar o agente, a AP perde uma de suas características fundamentais: a capacidade de sanção a um agente que executa uma ação aquém dos parâmetros estabelecidos pelo principal. Somente dessa forma o Conselho de Administração poderá exercer suas competências de maneira eficiente e tempestiva, conforme previsto pela legislação federal. Além disso, nada mais injusto ser exercida plenamente a AP, pelos segurados do RPPS sobre os conselheiros, e não dar a estes os mesmos instrumentos necessários para sancionar a diretoria executiva, responsável direta pelos atos de gestão dos RPPSs.

Por último, no caso dos Conselhos de Administração, apesar de o MPS verificar a previsão legal desses conselhos na legislação previdenciária estadual, também poderia proceder análise mais criteriosa do regulamento da sua eleição e do seu extrato, do ato de nomeação dos conselheiros, do seu regimento interno, bem como da divulgação das atas das reuniões.

REFERÊNCIAS

BISPO, Helenilson Santos. **O desafio da sustentabilidade dos regimes próprios de previdência social**: uma análise a partir da situação de oito municípios baianos. 2004. Dissertação (Mestrado em Administração)–Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2004.

BORGES, Mauro Ribeiro. **Previdência funcional e regimes próprios de previdência**. Curitiba: Juruá, 2003.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. PNAD 2009: primeiras análises: tendências demográficas. **Comunicados IPEA**, Brasília, n. 64, 13 out. 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/101013_comunicadoipea64.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.717, 27 de novembro de 1998**. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9717.htm>. Acesso em: 15 set. 2012.

BRASIL. **Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012**. 2012a. Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo [...] e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12618.htm>. Acesso em: 15 set. 2012.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **AEPS 2012**: Anuário Estatístico da Previdência Social 2012. Brasília, 2012b. Disponível em: <www.previdencia.gov.br/estatisticas/aeps-2012-anuario-estatistico-da-previdencia-social-2012>. Acesso em: 16 jun. 2014.

CALDAS, Suely. Bem-vinda a FUNPRESP. **Revista da Previdência Social**, Brasília, ano 2, n. 3, p. 20-21, maio/ago. 2012.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30-50, fev./abr. 1990.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. Florianópolis: Conceito, 2006.

CENEVIVA, Ricardo. Accountability: novos fatos e novos argumentos – uma revisão da literatura recente. In: ENCONTRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DA ANPAD, 2., 2006, São Paulo. **Anais...** São Paulo, 2006.

COELHO, Daniela Mello. **Aspecto contemporâneo e prospectivo do regime de previdência dos servidores públicos**. 2007. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

FELIX, Cláudia Lima. **Regime Próprio de Previdência e Assistência Social**: uma análise do grau de conhecimento que o servidor público do Município do Rio de Janeiro detém em relação às informações gerenciais do regime previdenciário municipal. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração)–Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Administração e Finanças, 2009.

FELIX, Cláudia Lima; RIBEIRO, Heliton José; TOSTES, Fernando P. Uma contribuição à análise de fatores que influenciam o equilíbrio do sistema previdenciário. **Pensar Contábil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 39, p. 23-28, 2008.

GENTIL, Denise Lobato. A falsa crise no sistema de seguridade social no Brasil: uma análise financeira do período de 1990-2005. In: CONGRESSO TRABALHISTA BRASILEIRO, 1., 2007, Brasília. **Anais...** Brasília, 2007.

GOMES, Jane Pinto. **As reformas previdenciárias no Brasil e no Chile e seus impactos sobre os benefícios de aposentadoria do regime geral**. 2009. Dissertação (Mestrado em Administração Pública)–Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2009.

MAINWARING, Scott; WELMA, Christopher (Eds.). **Democratic accountability in Latin America**. Oxford: Oxford University Press. 2003. (Oxford Studies in Democratization)

MARQUES, Rosa Maria; BATICH, Mariana; MENDES, Áquila. Previdência social brasileira: um balanço da reforma. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v.17, n. 1, p. 111-121, jan./mar. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MESA LAGO, Carmelo. La reforma estructural de las pensiones de seguridad social em América Latina: modelos, características, resultados y lecciones. **Revista Internacional de Seguridad Social**, Ginebra, v. 54, n. 4, p.77-103, out./dez. 2001.

MORENO, Erika; CRISP, Brian F.; SHUGART, Mathew S. The *accountability* deficit in Latin America. In: MAINWARING, Scott; WELMA, Christopher (Eds.). **Democratic accountability in Latin America**. Oxford: Oxford University Press. 2003. (Oxford Studies in Democratization)

NASCIMENTO NETO, José Afonso. **O regime próprio da previdência social**. 2009. Disponível em: <www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1190>. Acesso em: 26 ago. 2011.

NOGUEIRA, Narlon Gutierrez. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos e a capacidade de implementação de políticas públicas pelos entes federativos**. 2010. Dissertação (Mestrado)–Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. 2010.

- O'DONNELL, Guillermo (1998) *Accountability* horizontal e novas poliarquias. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 44. p. 27-54, 1998. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2012.
- OGASAVARA, Roberto Shoji. **Previdência dos servidores públicos**: riscos e oportunidades. 1998. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/iiipremio/financas/MencaoHonrosa2topicosIII_PTNI/OGASAVARA_Roberto_Shoji.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2012.
- OLIVEIRA, Antonio Carlos de. **Direito do Trabalho e previdência social**: estudos. São Paulo: LTr, 1996.
- PASSOS, Benetido Claudio. **IDP - Índice de Desenvolvimento Previdenciário**: uma nova ferramenta para a gestão previdenciária no Brasil. Rio de Janeiro: E-Papers, 2005.
- PINHEIRO, Vinícius C. Modelo de desenvolvimento e políticas sociais na América Latina em uma perspectiva histórica. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 12, p. 63-90, jun./dez. 1995.
- PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability: já podemos traduzi-la para o português?* ENCONTRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DA ANPAD, 3., 2008, Salvador. **Anais...** Salvador, 2009.
- POLANYI, Klaus. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- RAMOS, Severino Garcia. **Noções de previdência privada aberta**. Rio de Janeiro: Editora Funenseg, 1988.
- ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- RUSSEL, Bertrand. **Ética e Política na sociedade humana**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Previdência Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- SILVA, Ademir Alves da. A reforma da previdência social brasileira: entre o direito social e o mercado. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 18, n. 3, p.16-32, jul./set. 2004.
- WHITEFORD, Peter; WHITEHOUSE, Edward. Pension challenges and pension reforms in OECD countries. **Oxford Review of Economic Policy**, Oxford, v. 22, n. 1, 2006.

ATITUDE E CONTÁGIO: alternativas para instituições mais sustentáveis



Geiza Rocha

Subdiretora-geral do Fórum Permanente de Desenvolvimento Estratégico do Estado do Rio de Janeiro

Pós-graduada em Comunicação com o Mercado pela ESPM

Graduada em Jornalismo pela PUC-Rio

PALAVRAS-CHAVE: Produto Interno Bruto; Compras Públicas e Critérios mais sustentáveis.

KEYWORDS: *Gross Domestic Product; Public Procurement; Criteria more sustainable.*

RESUMO: O direcionamento do poder de compra do Estado no Brasil é o impulso necessário para uma produção mais sustentável na medida em que movimenta parte importante do Produto Interno Bruto (16%) e gera escala. O Estado é um dos maiores, se não o maior, dos contratantes permanentes de produtos, serviços e obras. Estima-se em R\$ 320 bilhões o valor total dos contratos celebrados por órgãos e entidades estatais e paraestatais na economia do país. Já há uma série de mecanismos que permitem a adoção de critérios mais sustentáveis nas compras públicas. Mas a adoção desses parâmetros requer a construção de novos modelos de compras e uma nova atitude perante o cotidiano. No texto, destacamos o contexto e experiências de adoção de critérios para compras públicas mais sustentáveis.

ABSTRACT: *The direction of the State's purchasing power in Brazil is the impetus for a more sustainable production by moving a significant part of Gross Domestic Product (16%) and generate scale. The state is one of the largest, if not the largest, permanent contractor of products, services and works. It is estimated at R\$ 320 billion the total value of contracts awarded by agencies and state and parastatal entities in the country's economy. Already there is a number of mechanisms that enable the adoption of more sustainable criteria in public procurement. But the adoption of these parameters requires the construction of new models of shopping and a new attitude to everyday life. In the text, we highlight the context and experiences of adopting criteria for more sustainable procurement.*

O INÍCIO DE TUDO

Vontade política e ação técnica. Esta é a combinação perfeita para que as políticas públicas saiam do papel. Ser estratégico é pensar em como trilhar esse caminho, e em como olhar o horizonte e a cada passo ir removendo as pedras que aparecem. E por que o Fórum Permanente de Desenvolvimento Estratégico do Estado do Rio de Janeiro decidiu, em fevereiro de 2013, focar no poder de compra do estado como matriz para a reflexão?

Em junho de 2012, o Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável (Cebds) lançou a publicação *Visão Brasil 2050*, inspirado pelo projeto *Vision 2050 – the new agenda for business, do World Business Council for Sustainable Development (WBCSD)*.¹ O documento propõe uma nova agenda para as empresas alcançarem a sustentabilidade. Os desafios estão divididos em nove temas básicos: Valores e Comportamento; Desenvolvi-

mento Humano; Economia; Biodiversidade e Florestas; Agricultura e Pecuária; Energia e Eletricidade; Edificações e Ambiente Construído; Mobilidade; Materiais e Resíduos.

O *Vision 2050* partiu da visão de grandes empresas multinacionais, com atuação mundial, de que se elas continuassem fazendo o "*business as usual*", explorando os recursos disponíveis no planeta na velocidade do crescimento populacional, em 2050, com nove bilhões de habitantes na Terra, não haveria possibilidade de sobrevivência. Foi um chamamento a uma realidade que para as empresas parece mais natural, que é a de pensar o futuro, e para a necessária mudança de rota, tendo em vista todas as transformações pelas quais passa o planeta. Esse trabalho se desdobrou no *Visão Brasil 2050*, trabalho divulgado durante a Rio+20.² No Fórum Permanente, o documento foi apresentado pelo Cebds em uma reunião conjunta, com 55 representantes das 36 entidades que o integram e que participam de nossas oito câ-

1 Segundo o Cebds, a diferença é que o documento brasileiro usa o cenário atual como ponto de partida para aprofundar a visão de curto, médio e longo prazos, facilitando a identificação das metas que precisam ser adotadas no planejamento estratégico das empresas e do país.

2 Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada na cidade do Rio de Janeiro, em 2012.





maras setoriais. A conclusão a que chegamos foi a de que num espaço em que promovemos o encontro entre a Academia, entidades da sociedade civil organizada e o Governo, o Fórum poderia atuar aprofundando a discussão em torno do uso do poder de compra do Estado na promoção da sustentabilidade. E isso seria feito a partir da análise das normas existentes, da apresentação por parte das empresas de seus desafios, e da busca pelo alinhamento do desenvolvimento sustentável a uma práxis.

Na sequência, fomos pesquisar os fóruns já existentes sobre compras governamentais que estivessem debruçados sobre esse desafio da sustentabilidade, e envolvemos dezenas de instituições na elaboração de um primeiro seminário, que promovesse a troca de ideias entre esses atores. O evento "Compras Públicas Sustentáveis no Rio de Janeiro: Fazendo acontecer" foi realizado em 2013, com o apoio de entidades empresariais, universidades, instituições públicas estaduais e federais. Em uma manhã, apresentamos o conceito de compras públicas sustentáveis, a importância da análise do ciclo de vida dos produtos, mecanismos que estimulam as construções sustentáveis, e os mecanismos legais para compras sustentáveis. Um material impresso com referências de manuais e publicações sobre cada um desses temas foi distribuído aos presentes.

Após esse evento, que atraiu 190 participantes, o tema se transformou no assunto focal da Câmara Setorial de Desenvolvimento Sustentável do Fórum e desde então temos debatido mensalmente os desafios, desdobramentos, avanços, e iniciativas que possam servir como base para a ação. Virou nossa obsessão secreta, e comum, e tem sido muito interessante o fato de que, à medida que vamos caminhando, mais importante se torna esse espaço porque nele podemos trocar experiências, sair da caixa.

Muito se fala da lógica do menor preço instituída pela Lei nº 8.666/1993, também conhecida como Lei de Licitações e Contratos (LLC). E que essa lei seria um impeditivo para o avanço das compras públicas sustentáveis. Mas pelo que temos acompanhado nos debates travados na Câmara Setorial de Desenvolvimento Sustentável há outros entraves primordiais para entendermos e enfrentarmos esse tema. Não são aspectos de ordem jurídica, embora existam. São aspectos culturais e comportamentais que, à proporção que os reconhecemos, podem nos ajudar a avançar com maior velocidade.

ARTICULAÇÃO

Esse é um ponto que nossa Câmara Setorial de Desenvolvimento Sustentável resolveu to-

mar como primordial para o avanço do tema. Quanto mais troca de ideias e boas práticas, mais velocidade podemos imprimir à utilização do poder de compra do Estado para estimular a sustentabilidade nos governos, empresas e negócios. À medida que avançam os debates sobre o assunto, fica claro que os desafios são os mesmos para os setores público e privado. Ambos os setores estão buscando formas de implementar ações que deem mais sustentabilidade aos seus processos. E por mais que as velocidades pareçam diferentes, há um fator primordial para que as instituições e empresas absorvam novas práticas e é o item que enumeramos na sequência que torna esses desafios tão comuns.

CULTURA

Nós, brasileiros, fomos instados por muito tempo a acreditar que vivemos no paraíso, e que aqui seria a terra da abundância. Quem nunca ouviu que temos a maior reserva de água doce do planeta, que nossa matriz energética é limpa? Isso nos dá certa calma quando olhamos os vizinhos, e faz parecer que podemos deixar para depois de amanhã algumas das ações de mitigação de problemas ambientais.

No entanto, somos, apesar dos avanços, extremamente desiguais. E essa desigualdade se reflete no acesso à água, saneamento básico, educação, transporte de qualidade, tratamento dos resíduos sólidos. Reflete-se ainda no desafio diário de reduzir essas disparidades no nosso país. Não é que não tenhamos de fato vantagens comparativas se olharmos países da Europa ou da Ásia, por exemplo, mas o aquecimento global, como o próprio nome diz, não escolhe territórios.

Estamos vivendo a era da escassez. No mundo. E em vez de aproveitarmos nossas reservas para fazer uma passagem mais tranquila para

essa era, escolhemos o caminho mais árduo, que é o de adiarmos as decisões mais difíceis. Não é comum ouvirmos e, às vezes, até falarmos: "Ah, de que adianta eu fazer, se o meu vizinho não faz?"

O desafio da resiliência passa pela mudança em nossa cultura, por pensar a médio e longo prazos e, principalmente, não adiar mais iniciativas que isoladas parecem pequenas, mas se unidas tomam uma escala enorme e contribuem para o enfrentamento de problemas que não escolhem ricos ou pobres.

Temos o exemplo recente do desastre ambiental da Região Serrana e das chuvas na Baixada Fluminense, mas antes desses quantos outros eventos já ocorreram? E quantos vão precisar ocorrer para entendermos que a mudança de atitude é o primeiro passo que temos que adotar como Humanidade? Se nos conscientizarmos de que decisões difíceis devem ser tomadas não apenas nas crises, isso vai se refletir nas instituições.





CICLO DE VIDA DOS PRODUTOS

Um dos desafios com que nos deparamos nessa jornada em direção à sustentabilidade é que, tanto às empresas quanto ao setor público, faltam dados para subsidiar ações mais sustentáveis. Na nossa jornada, o Fórum tem buscado sublinhar a importância de entendermos e aprofundarmos o conceito de Análise do Ciclo de Vida dos Produtos e adotarmos essa prática.

O ciclo de vida de um produto é o conjunto de etapas necessárias para que o produto cumpra sua função. Agrega os custos, o impacto ambiental e o caminho percorrido desde a extração da matéria-prima necessária para a produção final, a distribuição, o uso do produto e, por fim, o descarte no meio ambiente. A avaliação do ciclo de vida (ACV) é uma tendência mundial e já se encontra bem avançada em países como França, Holanda e Alemanha.

Empresa com atuação no setor químico e petroquímico, a Braskem, junto com outras oito grandes empresas brasileiras, criou em 2012 a Rede Empresarial Brasileira de Avaliação de Ciclo de Vida. Em 14 de fevereiro de 2014, recebemos em nossa reunião mensal um representante da Braskem para falar sobre os desafios que eles vêm enfrentando na área. É uma tendência mundial que a avaliação de ciclo de vida faça parte da cultura das empresas, otimizando o uso de recursos, e que se transforme em critério de opção na hora

de aquisição dos produtos. Quem não se adequar, pode perder competitividade no mercado.

A Rede Empresarial Brasileira de Avaliação de Ciclo de Vida formou cinco grupos de trabalho para tratar de acreditação de profissionais de ACV, capacitação de empresas em Gestão do Ciclo de Vida (GCV), comunicação, Banco de Dados Brasileiro e rotulagem. Os representantes da rede querem formar um banco de dados nacional de referência sobre o tema, não apenas para que as empresas possam optar pelo método de produção mais econômico e sustentável, como para informar o consumidor sobre o impacto da produção para o meio ambiente. Enquanto isso não se concretiza pela dificuldade de reunir as informações por setor, eles afirmam que é possível adaptar bancos de dados internacionais à realidade brasileira e avançar com o tema, mas a articulação para que isso ocorra é fundamental. Se não criarmos o senso comum de que esse assunto é primordial e se não formarmos uma massa crítica de especialistas na área, dificilmente evoluiremos na velocidade necessária e nos anteciparemos para tornar as empresas que estão sediadas no país competitivas dentro desse cenário.

INFORMAÇÃO

Já há uma série de dispositivos legais que viabilizam as compras sustentáveis federais. Esses dispositivos têm servido como base para a ação

da GesRio, um grupo de gestores públicos de órgãos federais sediados no Estado do Rio que vem realizando anualmente compras compartilhadas de itens sustentáveis. No âmbito estadual, o Decreto nº 43.629/2012 dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços e obras pela administração estadual direta e indireta. Existem também diversos estudos e manuais que enfrentam a questão. E que podem servir de base para a reflexão e a ação dos órgãos de controle no sentido de contribuir para a disseminação dos conceitos e boas práticas.

CAPACITAÇÃO

Para que tudo o que foi pensado pela legislação se torne prática é necessário capacitar os responsáveis pelas compras nos órgãos públicos. Em março de 2014, participei de um evento organizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) sobre Compras Governamentais, em Brasília, e na nota técnica encaminhada ao Senado sobre a revisão da Lei nº 8.666/1993, os autores sublinharam a importância de se criar uma carreira e profissionalizar esse setor dentro dos órgãos públicos. O que eles ressaltaram no encontro é que a Lei de Licitações e Contratos surgiu com o propósito de combater a corrupção. E que nesse ponto ela possui mecanismos importantíssimos para identificar e punir esses atos. Mas essa legislação tem um limite: vai até a entrega do item comprado. Já há um entendimento, passados todos esses anos, de que é preciso ir além. Gasta-se muito mais comprando errado do que desviando recursos. A LLC não impede que se adquira produtos de maior qualidade, mas para isso eles precisam estar bem identificados e descritos nos termos de referência. Por isso é tão importante a capacitação dos responsáveis pelas compras.

PADRÃO

Existem diversas publicações e manuais sobre compras públicas e sustentabilidade. No entanto, a realidade nos órgãos públicos, olhando de fora ou olhando para dentro, é que cada gestor e cada fiscal de contrato "faz de um jeito" o seu trabalho. Dessa forma, a criação de um conjunto de documentos orientadores, que padronizem o entendimento sobre a norma e sedimentem boas práticas, torna-se essencial. E quanto mais esse trabalho puder ser compartilhado, mais rico será o resultado final. Afinal de contas, se os desafios são semelhantes, as soluções também são e podem servir como base e modelo para o aperfeiçoamento da rotina nas instituições públicas.

CERTIFICAÇÃO E NORMAS TÉCNICAS

Para cada item que precisa ser comprado há no mercado uma série de certificações e normas técnicas que, se conhecidas, podem orientar os gestores para a elaboração de um bom termo de referência. Mas é preciso pesquisar, pois, infelizmente, ainda não há um banco de dados que centralize essas informações, o que reforça a importância de trabalhar em rede. Sustentabilidade é reconhecer que o outro, que está ao nosso lado, ou desempenha papéis semelhantes aos nossos em outros órgãos públicos, pode deter uma informação fundamental. Para descobrir isso é necessário compartilhar problemas e soluções. É em ambientes em que as ideias circulam que são geradas as inovações.

Por fim, e reunindo todos os desafios anteriores, o mais importante para que possamos dar esse passo em direção a um compromisso com a sustentabilidade é adotarmos individualmente uma atitude mais sustentável e coerente. São gestos simples, como deixar de usar copos descartáveis no trabalho em nosso dia a dia,

racionalizar o uso do papel, separar o lixo seco do molhado, reutilizar embalagens quando isso é possível, reaproveitar.

Existe um poder imenso na atitude: ela é contagiosa. Por isso é tão importante a criação e a gestão de programas socioambientais nas instituições. Eles permitem que possamos aliar a prática ao que se fala, até que isso se transforme em hábito e passe a ser tão natural que pareça ter estado sempre ali. Para concluir, cito o professor Paulo Freire, que em seu livro *Pedagogia da Autonomia* (1996, p. 26), afirma:

As qualidades ou virtudes são construídas por nós no esforço que nos impomos para diminuir a distância entre o que dizemos e o que fazemos. Este esforço, o de diminuir a distância entre o discurso e a prática, é já uma dessas virtudes indispensáveis - a da coerência.

É esse o nosso desafio comum. Sempre.



REFERÊNCIAS

BETIOL, Luciana Stocco et al. **Compra sustentável: A força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva.** São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1041wiu>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BIDERMAN, Rachel; MACEDO, Laura Silvia Valente de; MONZONI, Mario; MAZON, Rubens (Orgs.). **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/1041irz>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010.** Disponível em: <<http://bit.ly/1041KGo>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Compras governamentais.** Portal de compras do Governo Federal. Disponível em: <<http://bit.ly/10AGqXY>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. **Contratações públicas sustentáveis.** Disponível em: <<http://bit.ly/13z6PuB>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

_____. **Instrução Normativa nº 10, de 12 de novembro de 2012.** Disponível em: <<http://bit.ly/16BWJMu>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

CONSELHO EMPRESARIAL BRASILEIRO PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **Visão Brasil 2050: a nova agenda para as empresas.** 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1BGd93f>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

COSTA, Carlos Eduardo Lustosa da. **As licitações sustentáveis na ótica do controle externo.** Brasília, 2011. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2435919.PDF>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa.** São Paulo: Paz e Terra, 1996.

LEMOS, Haroldo Mattos de; BARROS, Ricardo Luiz Peixoto de. **Gestão do ciclo de vida dos produtos e rotulagem ambiental: guia de negócios para as micro e pequenas empresas brasileiras.** Rio de Janeiro: Comitê Brasileiro do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/1m8CHCg>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto nº 43.629, de 05 de junho de 2002.** Disponível em: <<http://bit.ly/10SsluR>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria de Estado do Ambiente. **Ambiente. Relatório de ações da Superintendência de Economia Verde da Secretaria Estadual do Ambiente, contendo instrumentos legais.** Disponível em: <<http://bit.ly/14ss00i>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria de Estado do Ambiente; GOVERNOS LOCAIS PELA SUSTENTABILIDADE. **Teoria e práticas em construções**

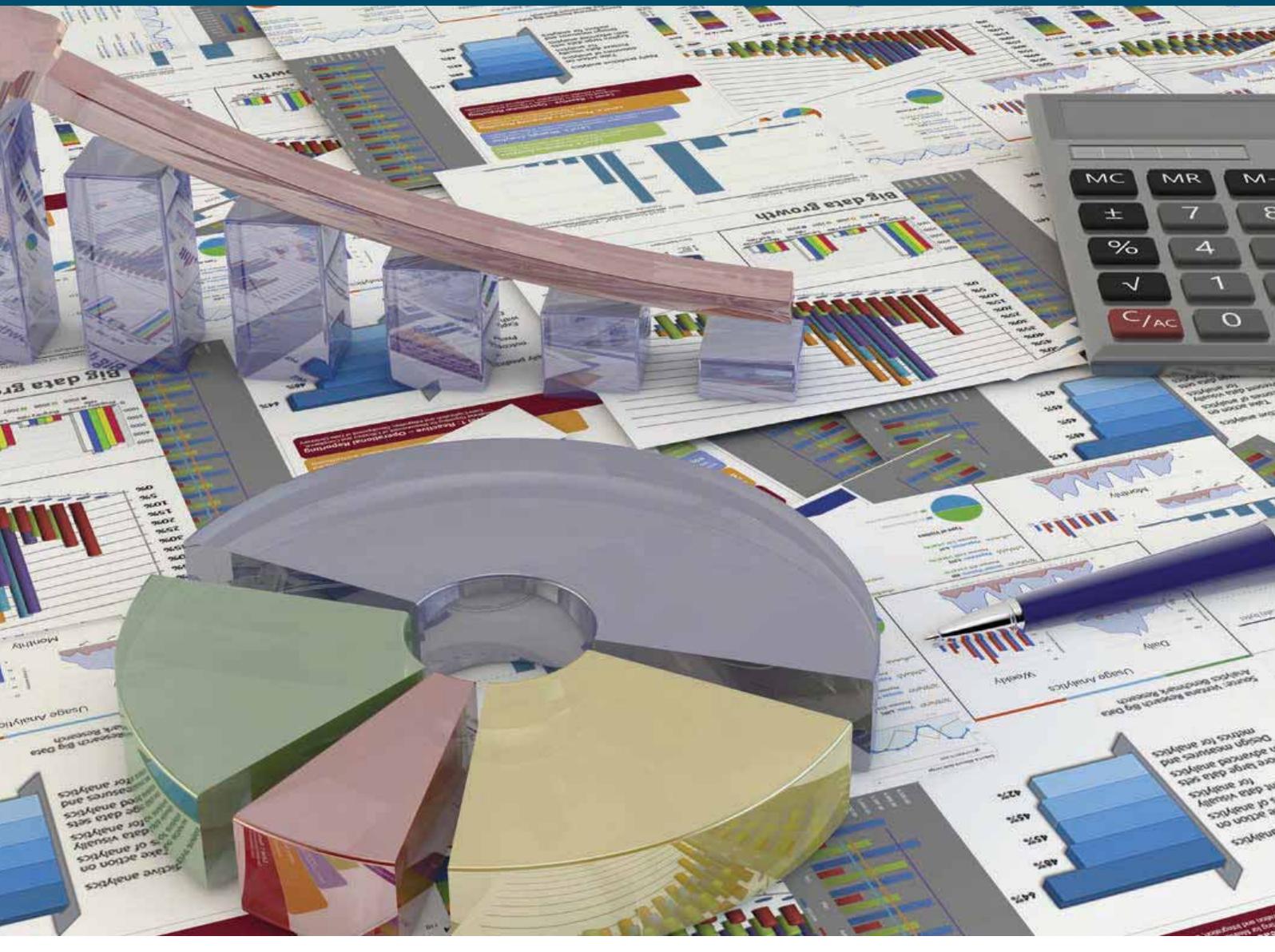
sustentáveis no Brasil: subsídios à implementação de gestão e insumos para construção e compras públicas sustentáveis no Estado do Rio de Janeiro - Projeto CCPS. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/10u2Td8>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Ato Normativo nº 04/2013.** Disponível em <<http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

SANTOS, Rejane Maria Tavares. **Compras públicas sustentáveis:** a utilização do poder de compra do Estado no fomento de produtos ecologicamente corretos na Fiocruz. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/10ZMhG8>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

WORLD BUSINESS COUNCIL FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. **Vision 2050:** the new agenda for business. 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/GHYTvw>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

AS COMPLEXAS RELAÇÕES ENTRE *ACCOUNTABILITY* E POLÍTICAS PÚBLICAS



Álvaro Miranda

Assessor de gabinete do conselheiro José Gomes Graciosa, do TCE-RJ
Mestre e doutor em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento pelo
Instituto de Economia da UFRJ
Graduado em Jornalismo pela Escola de Comunicações e Artes da USP

RESUMO: O presente artigo sugere uma reflexão sobre o caráter inevitavelmente político da *accountability horizontal*. Procura, assim, destronar o mito segundo o qual a fiscalização da aplicação dos recursos públicos só é legítima se empreendida de forma estritamente “técnica” e legal, sem consideração dos aspectos políticos. Nessa perspectiva, a própria ação administrativa já é política por natureza, política como imanência do Estado.

O tema tem sido objeto da teoria política contemporânea, mais especificamente da teoria democrática, conforme atesta o debate sobre *accountability* na Europa e Estados Unidos. Autores de diversas origens têm explorado o assunto, abordando diferentes dimensões da *accountability*, desde sua origem conceitual até a interpenetração das questões técnicas, financeiras, legais, administrativas, políticas e culturais.

O debate é mais do que oportuno na atmosfera criada pelo chamado *New Public Management*, disseminado a partir do auge do receituário neoliberal, na década de 1990. Uma das ideias propagadas nesse contexto é a noção de que o Estado seria mais eficiente e competente se adotasse princípios e métodos da iniciativa privada. O artigo contesta esse viés, considerando as complexidades de uma sociedade democrática onde são múltiplos os atores, as arenas de atuação e os recursos de poder.

ABSTRACT: The present paper suggests a reflection about the inevitable political character of horizontal accountability. It aims to clarify the myth concerning the observation of the employment of public resources which is only considered legal if understood in a technical and legal form, not considering the political aspects. In this perspective, the administrative action is political in its nature as well as part of the State.

The theme has been object of studies of contemporaneous political theories, more specifically of the democratic theory, according to the debate about accountability in Europe and the United States. Authors from varied origins have been exploring the subject, showing different dimensions of accountability, since its conceptual origin up to the interpenetration of technical, financial, legal, administrative, political and cultural issues.

The debate is very convenient for the atmosphere created by the New Public Management that was started in a neoliberal scenario in the 1990s. One of the ideas spread in this context is the notion that the State would be more efficient if it adopted principles and methods from the private sphere. This article opposes this point of view, considering the complexities of a democratic society where the actors, the arenas of acting and power resources are multiple.

PALAVRAS-CHAVE:
Accountability; políticas
públicas; democracia.

KEYWORDS: *Accountability*;
public policies; *democracy*.

INTRODUÇÃO

Num contexto de complexas relações entre atores, ações e recursos do processo de políticas públicas, o termo *accountability* requer algumas considerações importantes sobre os dilemas relacionados às fronteiras do seu sentido. De um lado, a palavra, que não tem tradução para o português, encerra um conceito simplificado e restrito à noção de mera fiscalização contábil para fins de responsabilização. De outro, sua elasticidade o faz confundir, paradoxalmente também de forma reducionista, com outros aspectos imanentes ao seu objeto, tais como os termos *answerability* e *responsiveness*.

Outro agravante torna ainda sua tradução nebulosa do ponto de vista semântico e sinonímico. Trata-se de sua utilização fluida e facilitada pela atmosfera calcada nos princípios do *New Public Management* que formam o que se convencionou chamar de “gerencialismo público”. Dentre outras coisas, este dissemina a noção de que a fiscalização da aplicação dos recursos públicos só é eficiente, honesta e justa se for estritamente “técnica”, afastada da política. Noção essa imbricada na ideia de que o Estado funcionaria melhor se adotasse princípios e procedimentos das empresas privadas.

Assim, *accountability* fica reduzida a procedimentos técnicos e gerenciais sem consideração dos aspectos políticos de uma sociedade democrática. Como se o Estado e suas burocracias prescindissem de líderes e políticos, necessitando apenas de “gerentes”. A reflexão proposta aqui procura assinalar as complexidades das relações do processo de políticas públicas, explicitando alguns elementos cruciais do conceito de *accountability* e sua importância para o que se pode esperar de uma instituição fiscalizadora como o Tribunal de Contas no Brasil.

Na perspectiva da teoria democrática, o debate sobre a *accountability* atesta a importância do que para alguns é polêmico e para outros, uma inevitabilidade do processo de políticas públicas. Mais ainda, o próprio debate mundo afora revela, em relação a essa controvérsia, aquilo que Norberto Bobbio chamou de a “falsa cisão entre técnica e política”. A discussão torna-se ainda mais oportuna num ambiente em que, paradoxalmente, as divergências se expressam por meio de um suposto consenso, qual seja: o de que a fiscalização só será eficiente e justa se for apenas técnica e contábil, afastada da política.

O PROCESSO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NUMA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

Dois elementos baseiam a premissa de nossa reflexão. De um lado, o que diz respeito à interação entre diferentes atores, dentro e fora do Estado, em torno do poder de decisão em diversos níveis e fases do processo de políticas públicas. De outra parte, o que se relaciona à distinção entre *accountability pública* e *accountability privada*. A diferença parece evidente no que diz respeito à atribuição de autoridade e ao poder de decisão na esfera pública, considerando que o conflito e a pluralidade são inerentes a uma sociedade democrática contemporânea.

Questões sobre deliberação, decisão e execução, bem como sobre monitoramento dos resultados de ações, se processam de maneira diferente nos governos das sociedades e nas empresas privadas. Nossa premissa baseia-se, portanto, na noção de que a administração pública é um fenômeno distinto da administração privada, ainda que empresas particulares também atuem como atores importantes no processo de políticas públicas. Nesse sentido,



torna-se problemático o transplante para os negócios do Estado de princípios e práticas da iniciativa privada. Isso, sobretudo, em face dos mecanismos de representação de interesses na esfera pública, com decisões e ações verticais e horizontais, diferentemente da preponderância da hierarquia vertical em organizações como indústrias, lojas comerciais, instituições bancárias, corporações diversas do setor produtivo e de serviços, etc.

Souza (2007, p. 83) observa que a “luta pelo poder e por recursos entre grupos sociais é o cerne da formulação de políticas públicas”. A autora afirma que a política pública distingue as intenções e as práticas efetivas de um governo, envolvendo vários atores em diferentes níveis de decisão. Além de compreender ações intencionais com determinados objetivos, o processo não se origina apenas da observância das regras ou leis. Vale dizer, não são as leis que determinam as políticas públicas, mas uma dinâmica constante de necessidades, demandas, decisões, imprevistos, conflitos, acidentes e outros eventos. Obviamente, as

políticas devem seguir as leis, mas estas também podem se modificar no curso de demandas que fazem emergir iniciativas, programas e ações. Nesse sentido, os estudos de políticas públicas pesquisam processos, seus participantes e a articulação para a constituição de regras (2007, p. 80).

Saravia (2006, p. 28-29) define política pública como “um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade”. Essas decisões, segundo o autor, seriam condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações no contexto social, bem como por questões ideológicas e visões dos tomadores de decisão. São ações buscando resultados almejados por diferentes atores do processo decisório. Para ele, o processo de políticas públicas pode compreender fases, tais como: a) formação da agenda; b) elaboração; c) formulação; d) implementação; e) execução; f) acompanhamento; e g) avaliação (SARAVIA, 2006). Entretanto, são fases que não seguem necessariamente uma linha cronológica e sucessória linear, dependendo do contexto e de fatores imprevisíveis.

De acordo com o relatório *A política das políticas públicas: progresso econômico e social na América Latina*, do Banco Interamericano de Desenvolvimento, os processos de políticas públicas são complexos,

devido à multiplicidade de atores que deles participam, com diferentes graus de poder, horizontes temporais e incentivos; à variedade de cenários em que atuam; e à grande diversidade das regras de jogo que podem repercutir sobre o modo como se atua. (Stein *et al.*, 2006, p. 6).

A mensagem do BID sugere que, ao analisarmos o processo de políticas públicas, não podemos

nos ater somente às regras eleitorais ou ao sistema de representação. Sim também à estrutura institucional de forma sistêmica, a fim de evitar um olhar fragmentado sobre a realidade específica de cada contexto.

POLÍTICAS PÚBLICAS NO SISTEMA DE *CHECKS AND BALANCES* E *ACCOUNTABILITY*

Embora o termo *accountability* seja de uso contemporâneo, refere-se a noções sobre mecanismos instituídos por diversas sociedades em tempos remotos. A prestação de contas para fins de responsabilização e os mecanismos de controle e limitação do poder relacionam-se a instituições da Grécia antiga e dos tempos modernos.¹ A peculiaridade das questões postas hoje pelo debate sobre *accountability* em geral diz respeito a algo além dos elementos que formaram a base de princípios da separação dos poderes. Se já havia algum tipo de mecanismo de prestação de contas ontem, a singularidade agora é a “democracia de massas” do Estado ocidental.

No contexto do mundo atual, caracterizado por maiores complexidades dos Estados nacionais, uma reflexão sobre a divisão e limitação do poder político e suas relações com a sociedade requer, necessariamente, um exame da teoria política moderna conjugada à teoria democrática contemporânea. Imprescindível a leitura de Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau e dos federalistas dos Estados Unidos que inauguraram o chamado constitucionalismo dos tempos atuais. Essa teoria converge para o que podemos considerar



central para a chamada modernidade política, a partir dos séculos XVII e XVIII – entendida como o processo em que as revoluções burguesas da Europa destronaram diferentes absolutismos² e o direito divino dos reis.

Sendo a teoria política moderna bem conhecida, a presente seção limita-se a sublinhar o que mais se relaciona diretamente ao problema central discutido aqui – que é a consagração em diferentes formações sociais da noção de *checks and balances*, sobretudo a partir dos federalistas dos Estados Unidos. Neste sentido, dentro dos limites deste trabalho, assinalamos apenas os dilemas das ligações dessa noção com a ideia de *accountability*, uma vez que essas duas expressões não são sinônimas, embora possam desempenhar funções similares em determinadas situações e relações.

Além da separação montesquiana (e aristotélica) de poderes por funções, esses dilemas dizem respeito ao papel do Legislativo e sua prescrição como “poder supremo” por Locke e aos problemas da representação que levaram Rousseau a postular a impossibilidade

¹ Guardadas as devidas peculiaridades de contexto, no século V antes de Cristo, portanto muito antes de Montesquieu, a tripartição de poderes já fora discutida por Aristóteles, assim como outros temas nevrálgicos da contemporaneidade, como o critério de indicação de magistrados, de onde eles deveriam ser recrutados, se apenas alguns eleitos, outros não, etc. Ver Aristóteles (2005, p. 141-142).

² Sobre os diferentes tipos de absolutismo, de acordo com cada trajetória de formação dos Estados nacionais da Europa e Ásia, ver Anderson (2004).



de autoalienação da soberania popular. Todas essas questões confluem para o debate sobre a necessidade de se definir a natureza e a posição de um novo mecanismo de controle e fiscalização do Estado contemporâneo face à tripartição dos poderes clássicos – se inserido e/ou vinculado, de alguma forma, a um desses poderes ou totalmente independente e autônomo.

Discussão nada simples, lembrando que, ao inaugurarem o constitucionalismo moderno com base na tripartição de poderes, os estadunidenses não chegaram a criar, no fim do século XVIII, esse mecanismo “extra”. Este acabou sendo constitucionalizado ao longo dos séculos XIX e XX na maior parte dos países ocidentais em face da incapacidade do Poder Legislativo para realizar a *accountability* de que trata nossa discussão.³ Ao proporem em 1787 uma nova Constituição para os Estados Unidos, substituindo os artigos da Confederação firmados em 1781, os federalistas procuraram derrubar os dogmas de uma longa tradição que vinha de Maquiavel até Montesquieu, segundo a qual haveria incompatibilidade entre governos populares e tempos modernos (LIMONGI, 1997). A ideia dos federalistas consolida a noção da necessidade de se evitar que os poderes fiquem concentrados nas mesmas mãos, o que poderia resultar em tirania. No caso da monarquia, o perigo viria do Executivo. Já em relação às repúblicas, a ameaça poderia vir do Legislativo, que é o poder que elabora as leis, sendo a origem de todos os demais poderes. O surgimento do Senado teria como base essa necessidade de frear

o Poder Legislativo. O Judiciário, por sua vez, seria o mais “fraco” dos poderes porque não detentor da prerrogativa de iniciativa. Entre outros temas contemporâneos de diversas⁴ *poliarquias* abordados também pelos federalistas, pode-se citar a atribuição ao Poder Judiciário de anular atos contrários à Constituição, a vitaliciedade de magistrados, a limitação dos mandatos dos eleitos, o sufrágio universal, o instituto da reeleição e a proporcionalidade da representação, dentre outros pontos.

A ‘FALSA CISÃO ENTRE TÉCNICA E POLÍTICA’ NOS PROCESSOS DE ACCOUNTABILITY

A teoria contemporânea ilumina aspecto relevante do tema deste artigo, qual seja, as interações entre as dimensões vertical e horizontal da *accountability*, expressão que foi objeto de diferenciação por O’Donnell (2007). De acordo com o autor, a primeira dimensão compreende eleições rotineiras e institucionalizadas, ações de indivíduos e grupos organizados de fora do aparato estatal, bem como dos meios de comunicação, a fim de coibir práticas corruptas ou transgressões de autoridades, além de demandas relacionadas ao cumprimento de programas de governo, etc. A segunda diz respeito à existência de instituições estatais que são capacitadas e com atribuição legal para coibir e prevenir ações ilegais de outras organizações públicas e/ou agentes políticos e funcionários.

³ É digno de atenção o fato de a França ter fundado seu Tribunal de Contas em 1807 e os Estados Unidos só criarem na década de 1920 o órgão de fiscalização – o *General Accounting Office*, transformado em 2004 em *General Accountability Office*. Tornou-se senso comum, nos estudos da ciência política, a afirmação de que os tribunais de contas surgiram em consequência da incapacidade do Poder Legislativo de realizar a fiscalização rotineira. Entretanto, quase não se fala que esses mesmos organismos foram criados pelo Poder Executivo, a exemplo de Napoleão Bonaparte, na França, e do primeiro governo republicano brasileiro, dentre outros. Iniciativas que evidenciavam a intenção de controle das finanças por parte do Executivo e não dos representantes dos cidadãos no Legislativo. Incapacidade do Legislativo ou ativismo antecipatório em relação a maiores poderes por parte do Executivo?

⁴ Ver Robert Dahl (2005).

Se as eleições são o principal elemento da *accountability vertical*, para O'Donnell (2007) não está claro o quão eficaz tem sido esse mecanismo para garantir o pleno funcionamento de uma democracia. Isso, considerando problemas relacionados ao sistema partidário e eleitoral, os diferentes e complexos temas da agenda pública e outros fatores. Segundo o autor, esses e problemas tais como ações de máfias, práticas clientelísticas, financiamento privado de campanhas eleitorais e corrupção tendem a neutralizar a efetividade da *accountability vertical*.

Uma das questões do debate sobre a democracia diz respeito à complexidade envolvendo diversos elementos da *accountability* que são inseparáveis do processo mais geral de políticas públicas. Isto é, não apenas aos do combate à corrupção e das técnicas específicas de avaliações contábeis e financeiras para fins de conformidade com a lei. Para além dessas situações, *accountability pública* (ou *accountability democrática*) é algo mais político e cultural do que gerencialmente técnico. Em relação ao termo auditoria, por exemplo, conforme lembra Power (1997, p. 144), “sua base de conhecimento pode ser obscura”, ainda que profissionais especializados e instituições se esforcem na produção de documentos técnicos pretendendo uma “aura de objetividade apropriada”.⁵

Dubnick (2002) e Bovens (2005) abordam as origens do termo, aquele lembrando que a primeira referência à *accountability* teria aparecido numa publicação histórica de Vermont, em 1794. Em relação à língua inglesa, seu significado mais corrente no início do século XIV estaria relacionado à noção de

“ser responsável”. A palavra seria derivada do equivalente francês de “fornecer uma contagem”.

Bovens (2005), por sua vez, afirma que as raízes do conceito contemporâneo podem ser buscadas no reinado de William I, por volta de 1066, quando a Inglaterra foi conquistada pelos normandos. Em 1085, William I teria exigido que todos os proprietários em seu reino fizessem *a count* (uma contagem) do que possuíam. Essas propriedades foram avaliadas e listadas pelos agentes do rei e chamadas de *Domesday Books*. Para além dos objetivos fiscais de impostos, esse censo estabelecia as fundações da governança real.⁶

O *Domesday Books* listava o que era domínio do rei, que recebia juramentos de lealdade de todos os proprietários. No século XII essa prática evoluiu para uma realeza altamente centralizada em termos administrativos e governada por meio de auditoria com prestações de contas semianual. Segundo o autor, a noção de *accountability* se expandiu para além do seu caráter vinculado às questões da contabilidade, tornando-se hoje símbolo da boa governança tanto pública como privada.

Essa expansão do conceito é abordada por Bovens (2005), que usa a expressão “marca da governança democrática”, sugerindo cinco fóruns ou dimensões da *accountability*: a) organizacional, através dos superiores hierárquicos; b) política, através dos representantes eleitos e partidos políticos; c) legal, através das cortes de justiça; d) administrativa, por auditores financeiros, inspetores e controladores; e) profissional, realizada pelos próprios pares de uma categoria de trabalhadores.

⁵ O autor chega a afirmar de forma irônica que auditor não é super-homem.

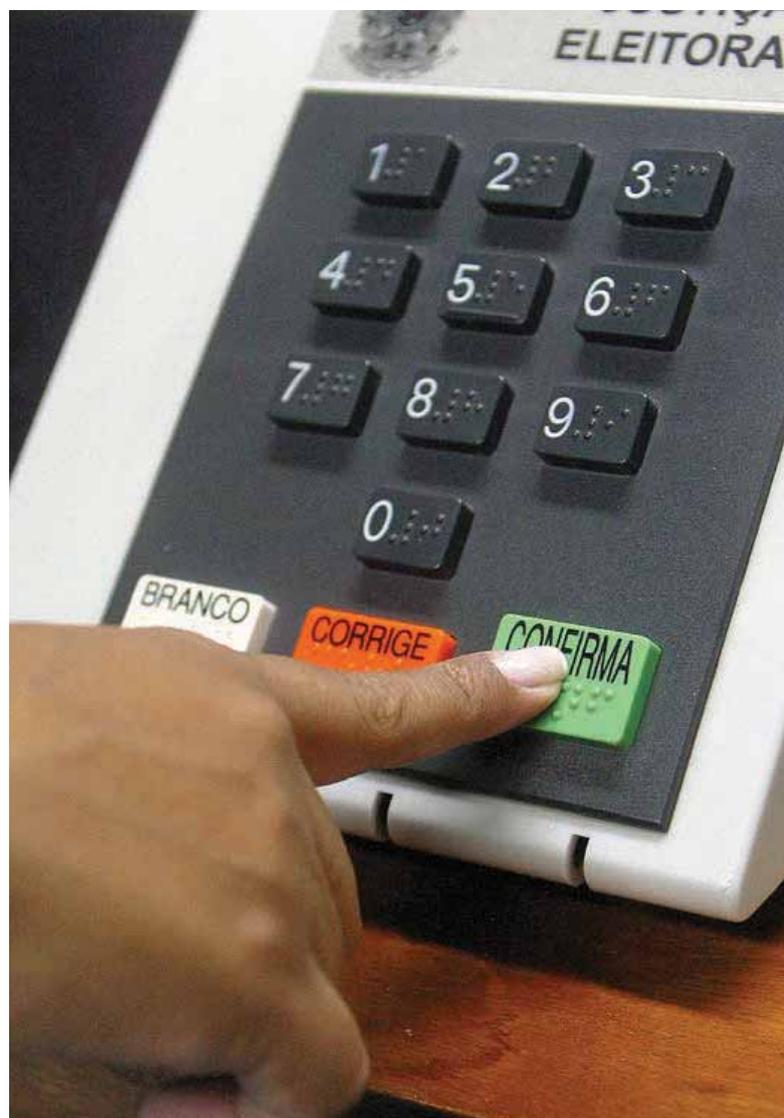
⁶ Não caberia nos limites deste artigo explorar os diversos enfoques sobre o conceito de *accountability* e suas modalidades, conforme vêm fazendo diversos autores dentro da teoria democrática. Para o nosso objetivo, basta a reflexão sobre as complexas relações entre *accountability* em geral e o processo de políticas públicas. Sobre outras abordagens do termo ver, por exemplo, Xavier (2014).

Lindberg (2009) considera *accountability* como uma noção “central na teoria política comparada”. Enxergando seus rastros conceituais na teoria lockeana da superioridade da representação democrática, o autor a compreende como um “método de limitação do poder”. Brinkerhoff (2001), por sua vez, enfatiza o papel da *accountability* para a “boa governança” dos Estados contemporâneos cada vez mais complexos. Assim como O’Donnell, o autor também ressalta sua importância para a consolidação da democracia, tendo como termos relacionados e, a nosso ver, iminentes mesmo à noção de *accountability*, por exemplo, a) *answerability*, isto é, a obrigação de fornecer informações sobre os atos praticados, e b) *responsiveness*, que significa dar soluções para os problemas.

Uma das principais contribuições que Brinkerhoff (2001) fornece ao debate sobre o tema é a tese de que as três principais dimensões da *accountability* (política, financeira e performance) estariam necessariamente interpenetradas. Nesse sentido, o autor também enfatiza os nexos das modalidades vertical e horizontal com o processo de políticas públicas.

Peruzzotti (2007) sugere outra abordagem, com a noção de “*accountability social*”, conceito que estaria vinculado ao de representação. Instrumento, segundo ele, para “reduzir o *gap* entre representantes e representados”. Para o autor, *accountability* é uma relação “assimétrica”, pois implica a situação na qual alguém tem poder para exigir explicações a outros que, por sua vez, são obrigados a responder. Também assinala o papel dessa modalidade de *accountability* para o aprimoramento da *accountability vertical* (eleições e representação). E mais do que isso, para ele, *responsiveness* deve ser esperada não só dos governos, mas também dos agentes de *accountability*. Segundo o autor, a *accountability social* seria resultado de uma série de fatores culturais, sociais e institucionais.

Num trabalho em conjunto com Schillemans e Hart, Bovens (2008) estabelece as relações entre *accountability* e democracia a partir de três dimensões: a) democrática, no tocante à legitimidade da cadeia de delegação; b) constitucional, baseada na tradição do pensamento de Locke, Montesquieu e os federalistas dos Estados Unidos, e c) pedagógica, referente à avaliação da performance dos governos. Guy Peters (2010) sugere que um dos problemas deste debate é o fato de os administradores não só executarem procedimentos, mas também adjudicarem e “fabricarem” leis. Power (1997), por sua vez, observa que as instituições de auditoria têm evoluído num ambiente de mudanças jurídicas e políticas para além da mera preocupação técnica e legalista, numa crítica ao “gerencialismo” do *New Public Management*.



Assim como esses autores, O'Donnell (2007) também destaca a importância do mecanismo da *accountability horizontal* como um dos complementos indispensáveis para o aprimoramento do regime democrático. O aspecto distintivo do seu argumento, porém, é a noção de que a dimensão *horizontal* seria um subconjunto de um sistema. E que, se a *vertical* é a modalidade principal, na forma, dentre outros mecanismos, de eleições periódicas, a *horizontal* é uma das mais importantes para o aprimoramento da democracia como um todo, e não somente ao regime.

Com base nessa linha de reflexão, as questões da *accountability horizontal* não ficariam restritas à capacitação e efetividade de ações isoladas por parte de auditorias, controladorias ou tribunais de contas. Não seriam reduzidas também, dentre outros aspectos, ao critério de indicação dos agentes de *accountability*, embora isso seja nevrálgico e deva ser considerado de maneira especial quando se examina o desenho institucional do órgão fiscalizador.

A POSSÍVEL 'CONVERGÊNCIA' DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS E LIBERAIS PARA A DEMOCRACIA

Diferentemente das teses "minimalistas" da democracia, as análises de O'Donnell (2007) talvez sejam as que mais aprofundaram os problemas da *accountability horizontal*, considerada como elemento necessário e indispensável à democracia, na condição de mecanismo contemporâneo que transcende a tripartição clássica dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Fator que contrabalançaria a dimensão "delegativa" e "representativa" do regime democrático.

Em primeiro lugar, assinala o autor, a democracia não deve ser reduzida ao regime político. O'Donnell (2007) está fazendo referência às visões "minimalistas" e shumpeterianas que,

segundo ele, têm exercido forte influência na teoria democrática nas últimas três décadas. Ele adverte ainda que o Estado contemporâneo não pode ser compreendido somente como um conjunto de burocracias, mas sim também pelo sistema legal. Se para ele uma teoria democrática adequada deve levar em consideração as especificidades históricas de cada sociedade, não pode deixar de incluir também aspectos da teoria do direito, especificamente falando de "estado de direito".

Esse é um aspecto importante na sua argumentação, considerando que a dimensão republicana talvez seja a mais incidente nos problemas da *accountability horizontal*, uma vez que seus instrumentos têm como objeto a fiscalização, a supervisão, o controle de ações de funcionários estatais submetidos a leis promulgadas constitucionalmente. Segundo ele, a maioria das definições de democracia tem suas origens nos países do "noroeste". Todavia, democracias recentes de outras regiões do planeta, a exemplo dos da América Latina, vêm percorrendo trajetórias com especificidades diversas daquelas nações. De acordo com O'Donnell (2007), a democracia política tem quatro características básicas que podem ser consideradas como elementos diferenciadores de todos os demais sistemas políticos. Em primeiro lugar, eleições limpas e rotineiras, isto é, institucionalizadas – o que significa, em segundo, uma "aposta inclusiva e universalista". Em terceiro, uma legislação que promulga e garante direitos e liberdades de um regime democrático. Isso implica, em quarto, a estrutura de um sistema legal que exclua a possibilidade de *legibus solutus*, isto é, que impeça que funcionários e governantes fiquem acima das leis. As duas primeiras características dizem respeito ao regime e as outras, ao Estado, incluindo burocracias e, principalmente, o sistema legal. Nas palavras do autor,



Horizontalmente [...] no que respeita às relações internas ao regime e ao estado, um sistema legal democrático implica que nenhum funcionário público pode escapar do controle da legalidade de suas ações (e às vezes omissões), tal como são definidas por outras instituições públicas legalmente habilitadas para exercer os respectivos controles. Em ambas as dimensões, a vertical e a horizontal, o sistema legal de um regime democrático pressupõe [...] um estado efetivo; [...] não é só questão de legislação adequada, se não também de que haja uma vasta e complexa rede de instituições estatais que operam, em geral, com vistas a assegurar a efetividade de um sistema legal que é democrático [...]. (O'DONNELL, 2007, p. 73-74).

Para O'Donnell (2007), a democracia seria resultado da convergência, ainda que contraditória, de três correntes históricas, a saber: o liberalismo, o republicanismo e a própria democracia. Essa convergência torna-se ainda mais complexa com a formação do Estado moderno e contemporâneo, especificamente o Estado de base territorial de grandes dimensões.

A importância de se pensar o conceito de *accountability horizontal* nessa perspectiva é que, segundo o autor, as ações de transgressão ou corrupção de agentes estatais podem afetar as esferas relacionadas àquelas correntes:

Uma, a democracia, se ressentida, por exemplo, de decisões que cancelam a liberdade de associação ou introduzem a fraude nas eleições. Estas são ações importantes e preocupantes, mas não as considerarei porque implicam a abolição da poliarquia e, portanto, a exclusão do caso em questão do conjunto que aqui analiso. Outra esfera é a liberal, infringida quando, digamos, as instituições estatais transgridem ou permitem a atores privados transgredir liberdades e garantias liberais (direitos humanos), como a inviolabilidade de domicílio, a proibição da violência doméstica e a tortura, o direito de cada pessoa a um juízo razoavelmente imparcial e outras similares. A terceira esfera afetada é, por suposto, a republicana. Trata-se de ações de funcionários que, eleitos ou não, em sua maioria ocupam altos cargos no estado ou no regime. Estas ações implicam

séria depreciação das exigências que os impõe a tradição republicana: vale dizer que se subordinam à lei e/ou que deem clara prioridade aos interesses públicos, não aos privados. (O'DONNELL, 2007, p. 99-100).

O'Donnell (2007) se diz distante da maioria das análises contemporâneas segundo as quais as democracias seriam regimes tensionados no sentido do liberalismo se contrapondo à democracia ou no do liberalismo contra o republicanismo. A convergência dessas correntes históricas, segundo ele, é contraditória, mas não impossível, porque seus princípios são muitas vezes incompatíveis, imprimindo às democracias contemporâneas "suas características dinâmicas e abertas" (O'DONNELL, 2007, p. 88-89). O autor se refere ao componente liberal como a noção de que certos direitos não podem ser objeto de ação de nenhum poder, menos ainda o de governos; já o republicano diz respeito à área em que a devoção ao bem público está imbricada na ideia de que o melhor desenvolvimento humano se dá na pública e não na esfera privada.

Uma das contradições subjaz à necessidade do liberalismo ter como referência a esfera pública para garantir certos direitos privados. Por sua vez,

a democracia é, segundo O'Donnell, monista, não dualista, vale dizer, não reconhecendo limites válidos entre a esfera pública e a esfera privada. A democracia, diz ele, não exige que "os cargos públicos sejam ocupados por pessoas particularmente virtuosas ou dedicadas; pelo contrário, os procedimentos democráticos canônicos e a alternância por eleição (ou sorteio) pressupõem, em termos gerais, que todos estão igualmente qualificados para desempenhar esses papéis" (O'DONNELL, 2007, p. 90).

Embora valorizem e tracem de maneira diferente, o corte dualista entre público e privado levantado pelo liberalismo e o republicanismo implica a ideia de limites ou fronteiras que deveriam ser rigorosamente reconhecidos. Este dualismo levou o liberalismo e o republicanismo a adotar o mecanismo da representação política; como, por seu lado, o monismo da democracia – em sua prática ateniense e como Rousseau concluiu em função de suas premissas democráticas – é estranho, se não hostil, à ideia mesma de representação. A orientação dos direitos e das obrigações também é diferente: o liberalismo basicamente atribui direitos a indivíduos



situados na esfera privada; o republicanismo basicamente atribui obrigações a indivíduos que se desempenham na esfera pública; e a democracia basicamente afirma o direito positivo à participação nas decisões do demos. (O'DONNELL, 2007, p. 91).

O'Donnell sugere que, apesar das contradições e dilemas, a convergência não deixa de ser um fenômeno importante: a democracia, com sua dimensão de igualitarismo; o liberalismo, com seu compromisso de proteção das liberdades, e o republicanismo, com seu rigor em relação às obrigações dos governantes. A convergência diz respeito a um aspecto crucial da democracia e o Estado constitucional, o chamado estado de direito.

A questão do Estado, com suas burocracias e sistemas legais, por sua vez, acaba ficando imbricada nessa convergência com o constitucionalismo moderno, a partir do surgimento e desenvolvimento simultâneos, por assim dizer, primeiro do liberalismo e do capitalismo, e, posteriormente, da democracia com o republicanismo.

O sistema legal é uma das dimensões constitutivas do Estado. O segundo ponto é outra cara do estado: suas burocracias, sedes cruciais dos recursos de poder que se mobilizam quando, entre outras coisas, entram em jogo os temas da *accountability horizontal*. (O'DONNELL, 2007, p. 95).

ACCOUNTABILITY HORIZONTAL SÓ É POSSÍVEL ATRAVÉS DE UMA REDE DE AGÊNCIAS

Segundo O'Donnell (2007), a efetividade da *accountability horizontal* está condicionada à existência de instituições estatais autorizadas a realizar a fiscalização, tendo autoridade

instituída para essa finalidade, mas não só isso. Para que seu trabalho tenha resultado são necessários mecanismos que formem uma rede composta por outros setores dentro do próprio Estado. Nas *poliarquias* contemporâneas, essas instituições incluem os clássicos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, além das organizações de supervisão, *ombudsman*, controladorias, auditorias gerais, cortes de contas e similares.

Uma *accountability horizontal* efetiva não é produto de instituições isoladas, senão de redes de instituições que incluem em cima, porque é ali onde se fecha com a última palavra todo o sistema legal constitucional, tribunais (incluídos os supremos) comprometidos com essa *accountability*. (O'DONNELL, 2007, p. 101-102).

As análises de O'Donnell e outros autores enfatizam a necessidade de serem claras as fronteiras entre as instituições. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno teria fornecido os princípios normativos para que poderes clássicos, por exemplo, ajam de maneira superposta entre si, interferindo-se mutuamente, mas não transgredindo seus limites.

No nível das três principais instituições da *poliarquia*, como tem assinalado Bernard Manin, a sabedoria dos constituintes federalistas nos Estados Unidos propiciou não só a mecânica divisão de poderes proposta por seus opositores, senão também instituições que se superpõem parcialmente em sua autoridade. (O'DONNELL, 2007, p. 103).

A chamada "democracia delegativa", segundo O'Donnell (2007), faz com que os líderes eleitos e os indicados para o Poder Executivo, na medida em que suas administrações são

exitosas, respondendo às demandas dos eleitores, tendam a realizar esforços para neutralizar as ações e a própria existência das organizações de *accountability*. Em outras palavras, ficam com fortes incentivos para fazer a “lógica monista do *demos*” se articular com a lógica da delegação.

Outro problema apontado pelo autor diz respeito à dimensão territorial de alguns países e seu federalismo, fatores que podem propiciar dificuldades de controle diante de poderes locais em relação ao poder central. O peso do liberalismo e do republicanismo nas sociedades e, portanto, das formas de *accountability*, depende da trajetória de cada país e da maneira como essas tendências se configuraram ao longo da história.

Segundo ele, todos os tipos de *accountability* são importantes para um bom funcionamento do regime democrático, sendo principal a *vertical*, que inclui o elemento prioritário da realização de eleições rotineiras e institucionalizadas. Sem esse mecanismo não haveria possibilidade de afastar governantes que não cumpriram suas promessas ou que lesaram os cofres públicos. “Mas é errôneo equiparar prioridade lógica à preeminência fática”, diz O’Donnell (2007, p. 13). Isso porque as investigações sobre os problemas mais amplos da democracia e os aspectos específicos dos vários tipos de *accountability* iluminam uns e outros nas interações entre esses mecanismos.

O’Donnell (2007) usa o termo *accountability horizontal de balance* para designar o exercício por parte de alguns dos três poderes clássicos – Executivo, Legislativo e Judiciário. Segundo ele, originalmente o que se temia nos Estados Unidos e em outros países eram os excessos do Poder Legislativo. Posteriormente, a preocupação se voltou para o poder exacerbado do Executivo com o grande crescimento do aparato estatal. Os temores

eram em relação à transgressão por parte do Executivo, bem como com a corrupção praticada por políticos e funcionários não eleitos, dominando a máquina pública.

Para o autor, entre as limitações para uma efetiva *accountability* por parte das instituições de *balance*, está a tendência à atuação de maneira reativa e intermitente em relação a transgressões de outras instituições. Outro aspecto é que conflitos entre os clássicos poderes de Estado tendem a ser dramáticos com altos custos políticos. Nesse sentido, em terceiro lugar, esses conflitos acabam sendo percebidos – e frequentemente são de fato – como de razão partidária, clientelista ou corporativista. Por último, seus mecanismos de atuação acabam sendo toscos diante da complexidade das instituições públicas do mundo contemporâneo. Em contrapartida, as agências especializadas em *accountability horizontal*, tais como controladorias, auditorias e cortes de contas, são proativas e contínuas em suas tarefas, isto é, existem e funcionam especificamente para cumprir com a finalidade da fiscalização e controle. Consequentemente, podem ser eficazes para prevenir ou desestimular práticas corruptas, agindo com base em critérios profissionais e técnicos – embora seu objeto seja político –, e não partidários ou “políticos” no sentido de atender ou contrariar interesses clientelistas. Além disso, talvez o ponto mais importante diante das demandas do mundo contemporâneo, o caráter permanente de suas ações confere a esse tipo de organização uma capacidade não só de reunir grande quantidade de informações de diferentes setores da administração pública, como também de examinar as questões complexas das políticas mais gerais dos governos (O’DONNELL, 2007, p. 125). Esse último ponto corrobora o ponto de vista de que *accountability* é sempre política com todas as técnicas imbricadas nos procedimentos contábeis e financeiros, gerenciais e legais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate contemporâneo sobre *accountability* mostra que fiscalização da aplicação dos recursos públicos faz parte de um conjunto de ações que transcendem os aspectos estritamente contábeis, técnicos e legais da coisa pública. Mais ainda: atesta a noção de que avaliar e julgar compõe, inevitavelmente, uma ação política e não meramente técnica (ROSSI; LIPSEY; FREEMAN, 1993). Nesse sentido, sugere-nos a necessidade de considerar a compreensão dos tribunais de contas brasileiros, levando-se em conta a opção pela forma federativa da República, dentre outros aspectos do sistema político. Esta é caracterizada pela diversidade de forças, atores e recursos de poder atuando no processo de políticas públicas nos diferentes níveis de governo. Outro aspecto a ser considerado é a necessidade de se verificar se os tribunais de contas agem, ou podem agir, num Estado altamente fragmentado como o brasileiro, dentro de uma rede de instituições de outros poderes, de maneira efetiva e não meramente retórica ou formal. O que se constata em relação ao contexto da trajetória de formação do Estado brasileiro contemporâneo corrobora as questões postas por diversos autores da teoria democrática sobre *accountability*. Aponta para a necessidade de examinarmos os mecanismos de *accountability* não só do ponto de vista gerencial e técnico, mas também político, considerando as especificidades da formação do Estado nacional. Isso tudo dizendo respeito à interpenetração das dimensões técnicas, financeiras, administrativas e políticas do objeto em análise. Ou seja, além da “modernização infraestrutural”, há que se indagar se os tribunais de contas não precisariam também da “modernização política” – entendida como uma transformação e reconfiguração das relações institucionais de poder.

Essa necessidade fica evidenciada quando se analisam os debates constituintes de 1934, 1946 e 1988 – sendo as décadas de 1930 e 1940 os momentos emblemáticos da clivagem institucional mais ampla das diversas estruturas do Estado republicano. Nossos constituintes republicanos sempre hesitaram, por exemplo, em relação à definição de uma identidade institucional para o Tribunal de Contas no Brasil diante dos interesses políticos e da complexidade inerente ao que é, em si, a fiscalização da aplicação dos recursos públicos.⁷ Mais do que isso, diante da própria fragmentação já referida do Estado brasileiro.

⁷ Ver Miranda (2013). O trabalho procurou mostrar, dentre outras coisas, como foram os debates sobre o Tribunal de Contas nas diversas assembleias nacionais constituintes, desde 1891. Em 1987/1988, por exemplo, os constituintes discutiram oito modelos sobre o organismo, inclusive a possibilidade de sua extinção.

Os políticos abdicaram também de dar um caráter “jurisdicional” ao órgão, diferentemente do Poder Judiciário, não permitindo, assim, que o julgador de contas públicas possa executar suas decisões. Com a bandeira da “independência institucional”, recusaram-se ainda a vinculá-lo ao Poder Legislativo, deixando de resolver os problemas referentes aos nexos entre *accountability* e as questões da representação democrática.⁸ Anunciaram-se mais democráticos, a partir de 1988, ao assumirem a prerrogativa de indicação da maior parte dos julgadores (dirigentes das cortes), retirando-a das mãos do chefe do Poder Executivo. Entretanto, não resolveram os problemas institucionais relacionados à captura clientelística, suposta ou não, dos órgãos de fiscalização pelos próprios políticos. Assim, acabaram deixando nebulosa a própria natureza da *accountability horizontal*, com a assunção do discurso “gerencialista” de políticas públicas – a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal –, discurso esse defensor de uma suposta e questionável lisura da fiscalização técnica afastada e em detrimento da política.

⁸ Cabe indagar se a independência do Tribunal de Contas em relação ao Legislativo foi uma conquista da cidadania ou uma ação estratégica dos políticos da ocasião de não querer conferir uma identidade definida ao órgão fiscalizador. Seria melhor ou pior esse organismo vinculado ao Poder Legislativo, como é nos Estados Unidos? Os políticos não permitiram também que a corte fizesse parte do Poder Judiciário, proposta que chegou a ser debatida em audiência pública da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Esses pontos são analisados na tese de doutorado referida na nota anterior.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Perry. **Linhagens do estado absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BLONDEL, Jean. Evaluando el poder efectivo de los Congressos. **Política: Revista de Ciência Política**, Santiago de Chile, v. 47, p. 9-26, 2006. Disponível em: <www.redalyc.org/articulo.oa?id=64504701>. Acesso em: 19 ago. 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010. V. 2.
- _____. **Entre duas repúblicas**: as origens da democracia italiana. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.
- _____. **Teoria Geral da Política**: a filosofia e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BOVENS, Mark. Public accountability. In: FERLIE, E. et al (Eds.). **The Oxford handbook of public management**. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; HART, Paul. Does public accountability work? An assessment tool. **Public Administration**, Oxford, v. 86, n. 1, p. 225-242, 2008.
- BRINKERHOFF, Derick W. **Taking account of accountability**: a conceptual overview and strategic options. Washington, DC: U.S. Agency for International Development, 2001.
- CARDOSO, Sérgio. Que República? Notas sobre a tradição do “governo misto”. In: BIGNOTTO, Newton. (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2000.
- DAHL, Robert. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.
- _____. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2001.
- DUBNICK, Melvin J. **Seeking salvation for accountability**. 2002. *Paper* preparado para o Annual Meeting of the American Political Science Association. Disponível em: <<http://andromeda.rtgers.edu/~dubnick/papers/salvation.htm.internet>>. Acesso em: 20 set. 2013.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheirub. Instituições e Política no controle do Executivo. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 4, p. 689-727, 2001.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheirub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.
- FOX, Jonathan. Civil society and political accountability: propositions for discussion. In: INSTITUTIONS, ACCOUNTABILITY AND DEMOCRATIC GOVERNANCE IN LATIN AMERICA, 2000, Notre Dame. Disponível em: <<http://kellogg.nd.edu/faculty/research/pdfs/Fox.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2014.
- HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- LIMONGI, Fernando Papaterra. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**:

- Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, O Federalista. São Paulo: Ática, 1997.
- LINDBERG, Staffan I. **Accountability**: the core concept and its subtypes. 2009. *Paper* publicado em série editada por Richard Crook. London: Overseas Development Institute, 2009.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.
- MIRANDA, Álvaro Guilherme. **Desenho institucional do Tribunal de Contas no Brasil (1890 a 2013)**: da legislação simbólica ao “gerencialismo público” do ajuste fiscal. 2013. (Doutorado em Economia)–Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.
- _____. **Mudança institucional do Tribunal de Contas**: os oito modelos debatidos na Constituinte de 1988 para o sistema de fiscalização do Brasil. 2009. Dissertação (Mestrado em Economia)–Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- O’DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal* e novas poliarquias. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2014.
- _____. **Democracia, agência, estado**: teoria com intenção comparativa. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- _____. **Disonâncias**: críticas democráticas a la democracia. Buenos Aires: Prometeo, 2007.
- PERUZZOTTI, Enrique. The workings of social accountability: context and conditions. In: GENERATING GENUINE DEMAND WITH SOCIAL ACCOUNTABILITY MECHANISMS, 2007, Paris. Disponível em: <www.sasnet.org/documents/Curriculum/Strategic%20Communication/E%20Peruzzotti.doc>. Acesso em: 19 ago. 2014.
- PESSANHA, Charles. Accountability e controle externo no Brasil e na Argentina. In: GOMES, Angela de Castro (Coord.). **Direitos e cidadania**: justiça, poder e mídia. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007.
- PETERS, B. Guy. **The Politics of bureaucracy**: an introduction to comparative public administration. London: Routledge, 2010.
- POWER, Michael. **The audit society**: rituals of verification. New York: Oxford University Press, 1997.
- ROSSI, Peter H.; LIPSEY, Mark W.; FREEMAN, Howard E. **Evaluation**: a systematic approach. Thousand Oaks: Sage, 2003.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- SARAVIA, Enrique. O conceito de política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elizabete (Orgs.). **Políticas Públicas**: coletânea. V. 1. Brasília: ENAP, 2006.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto, ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Orgs.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.

STEIN, Ernesto et al. (Orgs.) **A política das políticas públicas**: progresso econômico e social na América Latina, Relatório de 2006 do Banco Interamericano de Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

XAVIER, Roberto Salles. **Accountability e regime de não proliferação nuclear**: uma avaliação do modelo de vigilância mútua brasileiro-argentina de salvaguardas nucleares. 2014. Mimeo. Tese (Doutorado em Economia)– Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014.

Luiz Felipe Vancini de Oliveira

Analista de Controle Externo do TCE-RJ

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá

Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela UCAM

Especialista em Direito Processual Civil pelo FORUM (UGF)

PALAVRAS-CHAVE: União estável; pensão; análise.

KEYWORDS: Stable relationship; pension; analysis.

RESUMO: Este trabalho visa a discutir as dificuldades na análise dos processos de pensão cujo requerimento foi formulado por pessoa que afirma ter mantido união estável com o(a) falecido(a) servidor(a) ou segurado(a), tendo em vista a informalidade de que é dotada a relação de companheirismo, a fragilidade das provas que instruem os autos e os artifícios muitas vezes usados por pessoas que não detêm tal status e buscam obter vantagens à custa do erário.

ABSTRACT: This paper aims to discuss the difficulties in the analysis of pension processes in which the request was made by a person who claims to have established stable relationship with the deceased employee (or insured). In view of the informality of the relationship which is endowed fellowship, the evidence fragility which instructs the process and the artifices often used by people who do not hold such status and seek to gain advantage at the expense of the exchequer.

INTRODUÇÃO

O instituto da união estável ganhou relevantes contornos com a edição da Constituição da República de 1988 (CF/1988), que a reconheceu como verdadeira entidade familiar, ao lado do casamento. Atualmente, os institutos distinguem-se pela forma de constituição e na prova de sua existência, mas não quanto aos efeitos protetivos em relação aos seus componentes.

A relação de companheirismo, assim, gera uma série de consequências, de ordem pessoal e patrimonial, sendo certo que um dos principais efeitos patrimoniais do instituto, na hipótese de óbito do segurado, é a concessão do benefício da pensão ao(a) companheiro(a) sobrevivente. A lei enumera os possíveis postulantes do referido benefício, que, por sua vez, procedem com o requerimento perante o órgão competente. Após a formalização do processo e a concessão do benefício, os autos são remetidos para o Tribunal de Contas respectivo para análise da legalidade do ato para fins de registro. E, em nossa prática como agentes fiscalizadores dos gastos públicos, não raro nos deparamos com atos de pensão cujo pedido foi formulado por sujeito que se qualifica como companheiro(a) do(a) ex-servidor(a), sem, no entanto, formalizar os autos com elementos de prova providos da robustez necessária à concessão do benefício nos termos legais. Isso se dá, principalmente, em razão da ausência de solenidades para a formalização da união, como se dá no casamento, tendo em vista ser a união estável uma situação de fato. Não se trata de um contrato matrimonial, nem tampouco se exige algum tipo de chancela ou marco para o início da produção de efeitos. Verificada a existência de certos pressupostos e características, tem-se a exis-



tência da união e a consequente produção de efeitos jurídicos. A questão da prova, portanto, é extremamente sensível, sendo inúmeras as contendas judiciais envolvendo o tema.

Considerando, portanto, que a concessão de pensão e seu posterior pagamento acarretam dispêndio de dinheiro público, e considerando a missão dos Tribunais de Contas consistente na fiscalização e controle dessas despesas, torna-se necessário o estabelecimento de balizas para o controle da legalidade dos atos de pensão concedidos àquele(a) que se qualifica como companheiro(a) do(a) falecido(a) servidor(a), principalmente no que diz respeito à caracterização do instituto da união estável, questão extremamente sensível e frequente nos tribunais pátrios, justamente porque é o seu reconhecimento que autoriza uma série de consequências jurídicas para os envolvidos.

CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL E INSTITUTOS ANÁLOGOS

Antes de conceituarmos união estável e de analisarmos seus elementos, torna-se primordial fazer algumas distinções entre institutos similares.

Denominam-se “união livre” as relações mantidas entre pessoas que, não sendo casadas e não convivendo maritalmente, sem formalidades, mas com intenção de constituir família, mantêm uma comunhão afetiva. Ex.: namoro, noivado. Tais uniões são desprovidas de efeitos de ordem familiar, sendo possível, entretanto, delas decorrer a formação de uma sociedade de fato, cujos efeitos se produzem no âmbito do Direito das Obrigações.

Por sua vez, “concubinato” é a união afetiva entre homem e mulher sem casamento. Antes da CF/1988, havia a distinção entre concubinato puro (pessoas que optavam por não casar) e impuro (pessoas impedidas de se casar). Com a nova ordem constitucional, temos apenas o concubinato “impuro”, tendo em vista que o então “puro” passou-se a denominar união estável. Hoje, o concubinato é tratado pelo ordenamento como relação meramente obri-

gacional. O exemplo típico de concubinato envolve a amante de homem casado, ou o amante de mulher casada, quando não há separação de fato.

Vale lembrar, ainda, que as chamadas “uniões plúrimas”, que ocorrem, por exemplo, quando um homem solteiro possui duas ou mais companheiras, sem que uma saiba da outra, não são reconhecidas como união estável perante a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça (STJ), embora haja doutrina sustentando que apenas a primeira relação constituída seja caracterizada como união estável.

Da análise dos conceitos, conclui-se que as duas espécies de relação enumeradas acima não geram direito ao benefício da pensão, sobretudo ante a ausência de previsão legal.

A partir do que dispõe o § 3º do art. 226 da CF/1988, é possível entender a união estável como uma situação de fato existente entre duas pessoas que vivem juntas *como se casadas fossem* (convivência *more uxorio*), caracterizando uma entidade familiar.

Neste sentido, reza o art. 1.723 do Código Civil de 2002: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na *convivência pública, contínua e duradoura* e estabelecida com o *objetivo de constituição de família*” (grifo nosso).

A partir do que dispõe o § 3º do art. 226 da CF/1988, é possível entender a união estável como uma situação de fato existente entre duas pessoas que vivem juntas como se casadas fossem (convivência *more uxorio*), caracterizando uma entidade familiar.

Assim, nasce a união estável de um fato jurídico, qual seja, a convivência duradoura com *intuitu familiae*, produzindo efeitos jurídicos típicos de uma relação familiar, distinguindo-se do casamento apenas pela inexistência de formalidades legais e obtendo a mesma proteção dispensada a outros núcleos familiares.

ELEMENTOS CARACTERIZADORES

A partir das noções até aqui apresentadas, observa-se que o elemento principal caracterizador da união estável é o *ânimo de constituir família*, ou seja, a *intenção* de estarem vivendo como se casados fossem. Trata-se de elemento subjetivo, que deve existir necessariamente e estar associado com os seguintes abaixo enumerados:

- 1) diversidade de sexos;
- 2) estabilidade;
- 3) publicidade;
- 4) continuidade;
- 5) ausência de impedimentos matrimoniais.

Por outro lado, não constitui elemento caracterizador da união estável a existência de um lapso temporal mínimo de relacionamento e a convivência sob o mesmo teto. Neste sentido, o verbete 382 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Ter conhecimento desses elementos é de suma importância para aquele que tem a missão de analisar as provas acerca da existência da relação de companheirismo, pois, ausente um deles, estará obstada a produção de efeitos e, conseqüentemente, o pedido de pensão deve ser indeferido pelo órgão de origem, ou, caso não o seja, o ato não deve ser registrado pelo respectivo Tribunal de Contas.

Passemos, então, a analisar tais elementos.

ELEMENTO SUBJETIVO: O ÂNIMO DE CONSTITUIR UMA FAMÍLIA

Trata-se da firme intenção de viver como se casados fossem, não se enquadrando no presente conceito os relacionamentos livres, mas desprovidos da intenção de criar laços familiares. Justamente por ser um elemento subjetivo, a prova da intenção de constituir família pode se apresentar como de difícil caracterização, especialmente quando um dos conviventes vier a negá-la. No entanto, a demonstração do *intuitu familiae* decorre da comprovação da existência de vida em comum. O casal é reconhecido no meio social como marido e mulher, da mesma forma que ocorre em um casamento. É possível identificar projetos afetivos, pessoais e patrimoniais,



com esforço comum. Como indicadores, podemos trazer como exemplo a existência de contas bancárias conjuntas, declarações de dependência em imposto de renda, em planos de saúde e em entidades previdenciárias, além, é claro, da frequência a eventos sociais e familiares.

Cabe observar ser bastante comum nos depararmos com “escrituras” de união estável, por meio das quais o suposto casal busca, através de declarações, atestar a convivência duradoura, como se casados fossem. No entanto, alertamos que tal prova, por si só, não se mostra hábil a demonstrar o elemento subjetivo que aqui se analisa, mormente quando presentes outros elementos dificultadores, como veremos adiante.

Neste sentido:

A despeito da existência nos autos de escritura pública onde o suposto companheiro da apelada afirma ter vivido em sua companhia por longo período como se casados fossem, a prova testemunhal colhida em audiência demonstra que não havia entre o casal a affectio societatis familiar, bem como a publicidade da união. (ESPÍRITO SANTO, 2010 – Grifo nosso).

Evidencia-se, portanto, a necessidade de se atestar a existência de vida em comum com o ânimo familiar, o que não se revela possível tão somente por meio de uma escritura lavrada em cartório.

DUALIDADE DE SEXOS

A Constituição é expressa ao exigir a dualidade de sexos para a constituição da união estável, caminho este seguido pelo Código Civil. Não obstante, cabe ressaltar que os tribunais superiores protegeram as uniões homoafetivas,



reconhecendo-lhes todos os efeitos (pessoais e patrimoniais) decorrentes da união estável. O STF, por unanimidade, em controle de constitucionalidade (efeitos vinculantes), reconheceu a natureza familiar das uniões homoafetivas, estabelecendo a sua submissão às normas do Direito de Família (BRASIL, 2011).

ESTABILIDADE

Exige-se um caráter estável à união, ou seja, não acidental, não momentânea, sem, no entanto, ser requisito a existência de algum lapso temporal mínimo, dependendo a caracterização das circunstâncias concretas de cada hipótese. Confere-se, portanto, ao intérprete, caso a caso, a tarefa de verificar se a união perdura por tempo suficiente para ser adjetivada como estável. Aqui, vale observar, entre outros fatores, a convivência prolongada, durante bons e maus momentos, a repartição de alegrias e tristezas, vitórias e derrotas, a expectativa criada entre ambos de alcançar objetivos futuros em comum, etc.

CONTINUIDADE

Busca-se a verificação da solidez do vínculo, ou seja, que o relacionamento não sofre interrupções constantes. Eventuais conflitos são naturais, mas não podem implicar a perda do caráter contínuo exigido pela lei. Trata-se aqui da intenção das partes em imprimir continuidade ao relacionamento.

PUBLICIDADE

É preciso que os conviventes mantenham comportamento notório, apresentando-se aos olhos de todos como se casados fossem, mantendo o respeito recíproco e a convivência em qualquer situação. Assim, eventuais relações furtivas, misteriosas e secretas não podem estar aptas a constituir um vínculo familiar, justamente por comprometer a intenção das partes de viver como se casadas fossem. Isso não quer dizer, entretanto, que o casal seja obrigado a propagar, a todo tempo, sua convivência amorosa. Os companheiros podem manter uma vida discreta, não estando obrigados a declarar em instrumento público, ou mesmo perante terceiros, sua relação.

AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

O Código Civil (BRASIL, 2002) estabelece que a existência de alguns impedimentos matrimoniais, previstos no art. 1.521, obstará a configuração da união estável.

Art. 1.521. Não podem casar:

- I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;



- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Deve-se alertar apenas para uma ressalva: a existência de casamento anterior (inciso VI) não será óbice para a caracterização da união estável se um dos companheiros, embora ainda casado, já estiver separado de fato.

Tais elementos devem estar evidenciados nos autos, de forma que o auditor possa, com segurança, atestar a existência da relação de companheirismo e, assim, tornar perfeito o ato de pensão com a chancela do registro. Nota-se claramente, portanto, que a questão atinente à prova é dotada de extrema sensibilidade e, em nome da segurança jurídica, merece maior atenção dos envolvidos na condução do processo – o requerente, o órgão de origem e o auditor do Tribunal de Contas.

DA ANÁLISE DO PROCESSO DE PENSÃO

Relativamente aos efeitos patrimoniais decorrentes da união estável, para os fins aqui propostos, vamos nos ater à questão relativa ao direito ao recebimento do benefício previdenciário da pensão.

O Decreto-Lei nº 7.036/1944 e a Lei nº 6.367/1975 já asseguravam o direito ao recebimento de benefícios previdenciários aos antigos concubinos. Após o advento da Carta de 1988, foi editada a Lei nº 8.213/1991, dispondo sobre os planos de benefícios da Previdência Social, e regulada pelo Decreto nº 357/1991. O citado diploma contemplou, no art. 16, I, o(a) companheiro(a) como dependente do segurado(a), em idêntica situação ao cônjuge, estendendo-lhe os benefícios previdenciários. No Estado do Rio de Janeiro (2008), a Lei nº 5.260/2008 prevê o(a) companheiro(a) como beneficiário(a) da pensão (art. 14, I), em igualdade de condições com o cônjuge, inclusive, com a presunção de dependência econômica em seu favor. No entanto, o citado diploma remete a caracterização do instituto ao Código Civil, que traz os elementos já analisados. E não poderia ser diferente, tendo em vista que compete à União legislar sobre Direito Civil e qualquer lei estadual neste sentido padeceria do vício da inconstitucionalidade.

Tendo em mira, portanto, os elementos caracterizadores elencados no Código Civil, o intérprete (juiz, auditor, analista do órgão previdenciário) deve proceder à análise dos autos com o intuito de verificar a existência destes (ou não) e, por conseguinte, da relação de companheirismo apta a autorizar a produção de efeitos jurídicos. E o meio de prova mais usual para tais fins é o documento.

Neste sentido, não há uma regulação uniforme

acerca de quais documentos seriam necessários para comprovar a relação de união estável, o que faz com que cada ente, ou órgão, disponha sobre o tema.

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 3.189/1999 instituiu o Rioprevidência, autarquia pública que possui a finalidade de gerir ativos financeiros visando ao custeio do pagamento dos benefícios previdenciários. É, portanto, a unidade gestora do regime próprio de previdência dessa unidade da Federação.

A Portaria Rioprevidência nº 130, de 17/03/2008, em seu Anexo Único, elenca alguns documentos que poderiam ser apresentados pelo postulante do benefício:



Para comprovar a união estável, devem ser apresentados cópia e original de, no mínimo, 03 (três) dos seguintes documentos:

- Declaração de Imposto de Renda do ex-segurado, constando o interessado como seu dependente;
- Disposições testamentárias;
- Anotação constante no Órgão de origem do segurado constando a dependência do interessado;
- Declaração especial feita perante tabelião;
- Certidão de nascimento de filho havido em comum;
- Certidão de casamento religioso;
- Prova de mesmo domicílio;
- Prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;
- Procuração ou fiança reciprocamente outorgada. (FUNDO ÚNICO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2008).

O “Manual do Segurado”, que pode ser encontrado no endereço eletrônico do Rioprevidência (www.rioprevidencia.rj.gov.br), ainda acrescenta outros documentos:

- Conta bancária conjunta;
- Registro de associação de qualquer natureza onde conste o interessado como dependente do ex-segurado;
- Apólice de seguro da qual conste o ex-segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;
- Ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o ex-segurado como responsável;
- Escritura de compra e venda de imóvel pelo ex-segurado em nome do dependente.

Note-se que existe uma gama de documentos que podem ser apresentados pelos postulantes do benefício, sendo certo que a referida portaria exige, no mínimo, três. No entanto, o meio de prova maciçamente eleito pelos requerentes é a declaração de união estável registrada em cartório. Por meio deste instrumento, o suposto casal declara a existência da relação afetiva, muitas vezes sem a existência de maiores elementos, ou testemunhas, e, quando do óbito do segurado, o suposto companheiro, apenas com este documento, instrui o pedido de pensão.

Mesmo que não haja, no sistema jurídico brasileiro, hierarquia entre os meios de prova, cabe-nos chamar atenção para a fragilidade deste documento, pelo simples fato de que é possível nele fazer constar qualquer declaração. E, justamente pela ausência de maiores formalidades, o que diferencia a união estável do casamento, tem-se aproveitado desta brecha para a instrução dos processos, o que ocorre, inclusive, em âmbito judicial.

No entanto, em juízo, sobretudo em situação de litígio, a análise das provas é feita de maneira bem mais pormenorizada e cuidadosa, tendo em vista que, após a chancela judicial, diversos efeitos serão produzidos em relação à parte vencida, o que requer o exercício de cognição exauriente. Assim, a parte contrária, no exercício do contraditório, buscará refutar a caracterização da união e o julgador terá a seu dispor um acervo probatório bem mais robusto para a formação do seu convencimento.

Não podemos ignorar que a fragilidade da escritura sobressai ainda mais quando estamos diante de outras circunstâncias sensíveis, como, por exemplo, a expressiva diferença de idade entre os supostos companheiros. É frequente nos depararmos com processos de pensão onde a requerente possui idade bastante inferior à do ex-servidor (40, 50 anos de diferença), que quase sempre não possui herdeiros, e, ao

analisarmos a escritura de união estável, verificamos que, na imensa maioria das vezes, ela foi elaborada poucos dias antes do óbito. Tal conjunto fático indica a extrema fragilidade das provas e a mínima evidência acerca da existência de qualquer relação afetiva.

É de conhecimento notório que, em muitas situações, o sujeito, geralmente enfermo, busca agraciar a pessoa que cuidou de sua saúde nos últimos momentos, ou alguém que o acompanhou por toda vida (sem, no entanto, ter mantido relação afetiva), deixando para esta pessoa a pensão. Ocorre que, inobstante louvável tal atitude, o erário não pode arcar com o sustento de uma pessoa que não se enquadra nos moldes legais a ensejar o recebimento deste benefício. E cabe ao intérprete (para nossos fins, o auditor) exercer este “contraditório” em favor do Estado. Abaixo, trazemos à colação julgado que trata exatamente do que aqui se discute:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO COMPROVAÇÃO. VALORAÇÃO DA PROVA. DIFERENÇA SIGNIFICATIVA DE IDADE ENTRE O FALECIDO E A AUTORA. ART. 7, I, “B”, LEI Nº 3.765/60. RECURSO IMPROVIDO. 1. Cuida-se de apelação cível

impugnando sentença que, nos autos de ação de conhecimento, sob o rito comum ordinário, julgou improcedente o pedido de percepção de pensão por morte, extinguindo o processo, com resolução do mérito, na forma do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil (CPC), sob o fundamento de que não restou comprovada, na espécie, a existência de relação de união estável entre a demandante e o *de cujus*. 2. Necessário, para fins de concessão de pensão por morte de militar, que seja demonstrada a existência da união estável entre o instituidor do benefício e sua pretensa beneficiária, caracterizada pela convivência duradoura, pública e contínua entre ambos, estabelecida com o objetivo de constituição de uma entidade familiar, o que vem definido no art. 1º da Lei nº 9.278/96, que regulamentou o § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988. 3. Da análise das provas produzidas pela demandante, *constata-se a inexistência de elementos que assegurem a existência de união estável com o fim de constituir família. A escritura pública acostada demonstra, tão somente, uma declaração de vontade, não se prestando para comprovar, por si só, os fatos alegados. Com efeito,*



a Escritura Pública Declaratória de União Estável, por se tratar de documento produzido de modo unilateral, não pode servir como elemento de prova seguro, pois pode ensejar burla à lei, com declarações que não correspondem à verdade. 4. Demais disso, deve ser observado que o caso em tela envolveria um alegado relacionamento que teria perdurado por 12 (doze) anos, com suposto início quando a demandante possuía apenas 18 (dezoito) anos de idade e o militar falecido, 78 (setenta e oito) anos. É certo que não existe hierarquia entre as provas para fins de comprovação de determinado fato ou ato jurídico. Ocorre que a diferença de idade entre o falecido militar e a autora - 90 (noventa) e 30 (trinta) anos de idade, respectivamente, na época do óbito daquele - é indicativa da ausência de convivência *more uxorio*, não tendo sido suficientes as provas produzidas para o reconhecimento da afirmada união estável fundada no companheirismo, sendo certo que, em se tratando de alegação da convivência como se casados fossem, seria

indispensável a demonstração cabal da presença de projeto familiar comum aos dois, o que não ocorreu. 5. Apelação conhecida e improvida. (BRASIL, 2014 – Grifo nosso).

Resta claro, portanto, que o registro público da declaração de convívio não prova, por si só, a existência de união estável, podendo, no máximo, ser empregado na análise do quadro fático resultante da união, como um indicativo. Veja-se, no entanto, que, para o leigo, o registro do fato de convívio já é o bastante para se alegar e comprovar a união estável. E, pior, esse instrumento tem sido considerado hábil a atestar a existência da entidade familiar naquelas variadas situações em que a pessoa pleiteia os direitos advindos desse estado civil.

O registro público da união, portanto, pode corroborar com as demais provas da existência de união estável, mas *jamaiz ser sinônimo de sua existência*.

Outro expediente bastante observado na prática é a afirmação da relação de companheirismo após a dissolução do casamento pelo divórcio, o que, da mesma forma, enseja suspeitas quanto



à higidez da união. Foram inúmeros os casos de processos analisados em que o postulante junta aos autos a sentença de divórcio, ou o acordo feito em cartório, e, em seguida, afirma que passou a viver novamente com o ex-segurado, tentando fazer figurar uma relação de companheirismo. Em situações tais, o intérprete deve agir com ainda mais cautela na verificação das provas trazidas, tendo em vista ser bastante provável a utilização de afirmações inverídicas para a obtenção de benefícios.

Vale ressaltar que a exigência da prova é legítima e, sobretudo, constitucional, na medida em que homenageia a segurança jurídica, valor fundamental à vida em sociedade. Logo, o defeito não está em exigir prova a quem alega estar em união estável, mas no instituto que, por sua precariedade, está a depender dessa análise.

Justamente em razão dessa precariedade, como já enfatizamos, na prática, corre-se ao primeiro cartório e procede-se ao registro antes comentado, onde os interessados declaram estar em união estável, atendendo, com esse artifício, a exigência, quando, em verdade, isso não passa de um elemento meramente indicativo da relação de companheirismo. Eis aí uma prática inconcebível juridicamente, que só aumenta a carência de segurança jurídica, fator inato do instituto, o que é preocupante. Em presença de testemunhas, ou sem estas, faz-se a pública declaração, muitas vezes com dados fictícios, para aferição de vantagens.

Essa prática, avessa à verdade e ao Direito, fragiliza, gerando prejuízo potencial, e até efetivo, a terceiros e aos próprios declarantes. Para os fins aqui propostos, o prejuízo patente ocorre em relação ao erário, ao equilíbrio financeiro da previdência, que, cada vez mais, se encontra em declínio. Cabe, portanto, ao fiscal das contas públicas maior acuidade na análise de tais processos, pois a cada pensão concedida a pessoa que não teria direito a tal benefício, nasce um



novo prejuízo ao Estado, que é justamente o que se pretende evitar.

Por fim, cabe pontuar que os documentos enumerados na portaria do Rioprevidência devem ser entendidos como meramente indicativos para a análise do auditor, que pode entender cabível a comprovação de novos indícios. Inclusive, cabe apontar que a indicação da “quantidade” de documentos (três), além de não ser de boa técnica, não vincula a análise no sentido da concessão, não estando o intérprete obrigado a registrar o ato caso seja atendido referido quantitativo. Deve-se lembrar que a caracterização do instituto encontra previsão em legislação federal (Código Civil) e lá estão enumerados os elementos de análise, não competindo a um ato normativo inferior limitar esse exame. Assim, não estando o auditor convencido da existência da relação de companheirismo, mesmo tendo sido apresentados três (ou mais) documentos, deve diligenciar no sentido de maiores esclarecimentos.

CONCLUSÃO

Tendo em vista, portanto, a equiparação da união estável ao casamento e, por conseguinte, dos seus efeitos, a sua caracterização traz uma série de consequências e é justamente em razão do caráter não solene do instituto que o auditor deve proceder com maior acuidade em sua análise e, assim, trazer maior segurança jurídica para os envolvidos, justamente o ponto fraco do instituto.

A caracterização do instituto encontra previsão na legislação federal, qual seja, o Código Civil. Tendo em vista que cabe ao Tribunal de Contas a análise da legalidade dos atos de pensão, é tarefa do auditor de controle externo verificar se estão presentes os elementos caracterizadores da união estável, para, assim, registrar o ato que concede o benefício àquele(a) que se intitula companheiro(a). O agente fiscalizador, portanto, deve perquirir se tais elementos encontram-se evidenciados nos autos, através dos documentos que são anexados ao processo pela parte interessada. Não há (pelo menos, não deveria haver) qualquer limitação nesta análise, tampouco limite (mínimo ou máximo) de documentos a serem anexados, tendo em vista que a hierarquia entre as normas deve ser observada. Assim, podem ser requisitados quantos documentos forem necessários, não havendo adstrição a qualquer quantidade previamente estabelecida.

A escritura de união estável registrada em cartório, utilizada em larga escala, deve ser entendida tão somente como um indicativo da existência da relação de companheirismo, devendo ser analisada em cotejo com outros documentos, jamais de forma isolada, principalmente quando presentes situações que fogem da normalidade, como, por exemplo, a expressiva diferença de idade entre os supostos companheiros.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. 2011. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal, 2. **Apelação Cível nº 201151180014890**. 2014. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24970657/ac-apelacao-civel-ac-201151180014890-trf2>>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Câmara Cível, 2. **Apelação Cível nº 035089003731**. 2010. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemas-publicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/9850248931.pdf?CFID=18242107&CFTOKEN=50415547>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. V. 6.
- FUNDO ÚNICO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Portaria nº 130, de 17 de março de 2008**. Dispõe sobre a rotina padrão do benefício da pensão por morte.
- RIO DE JANEIRO (Estado). **Lei nº 5.260, de 11 de junho de 2008**. Estabelece o regime jurídico próprio e único da previdência social dos membros de Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Tribunal de Contas e dos servidores públicos estatutários do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <www.amperj.org.br/store/legislacao/mp/L5260-RJ.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2011.

