

14/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.138 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS -
AMB
ADV.(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 149, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ALTERADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003).

1. A norma que fixa alíquota mínima (contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos na União) para a contribuição a ser cobrada pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40 da Constituição da República não contraria o pacto federativo ou configura quebra de equilíbrio atuarial.

2. A observância da alíquota mínima fixada na Emenda Constitucional n. 41/2003 não configura quebra da autonomia dos Estados Federados. O art. 201, § 9º, da Constituição da República, ao estabelecer um sistema geral de compensação, há ser interpretado à luz dos princípios da solidariedade e da contributividade, que regem o atual sistema previdenciário brasileiro.

3. Ação julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto da Relatora, **julgou improcedente a ação direta**, contra os votos dos Senhores Ministros Ayres

ADI 3.138 / DF

Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela requerente, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso.

Brasília, 14 de setembro de 2011.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA** – Relatora

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.138 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
REQTE.(S) : **ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB**
ADV.(A/S) : **ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, em 13.2.2004, na qual se questiona a validade constitucional do art. 1º da Emenda Constitucional n. 41/2003, na parte em que incluiu o § 1º no art. 149 da Constituição da República, por pretensa contrariedade aos arts. 24, § 1º, 25, § 1º, e 60, § 4º, inc. I, da Constituição da República.

Eis o teor da norma impugnada:

“Art. 149.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União”.

2. A Autora argumenta que a parte final do § 1º do art. 149 da Constituição da República, inserido pela Emenda Constitucional n. 41/2003, ao estabelecer que a alíquota de contribuição previdenciária a ser cobrada pelos entes federativos não pode ser inferior à cobrada de seus servidores pela União, seria materialmente inconstitucional, pois afrontaria o pacto federativo, o princípio do equilíbrio atuarial e a autonomia dos Estados.

ADI 3.138 / DF

Alega que a Constituição da República teria garantido aos Estados a instituição da previdência de seus servidores, estabelecida de acordo com as especificidades de cada ente federativo, e que, ao impor-lhes uma alíquota mínima, a norma impugnada teria criado uma limitação então inexistente a essa garantia, invadindo a competência estadual para fixar o valor da contribuição de acordo com as características e o equilíbrio atuarial local, o que desrespeitaria o pacto federativo (fls. 7-13).

Afirma que a definição da alíquota da contribuição previdenciária a ser cobrada dos servidores constituiria questão local, que deve corresponder aos cálculos atuariais referentes ao universo de contribuintes de cada sistema e às necessidades financeiras para seu custeio, o que impediria a União de fixar uma alíquota geral e uniforme para todos (fl. 15).

Pede a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 149 da Constituição da República.

3. Em 17.2.2004, a Ministra Ellen Gracie, então Relatora, adotou o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999 (fl. 41).

4. Em suas informações prestadas em 1º.3.2004, o Senado Federal ponderou inexistir ofensa ao pacto federativo ou ao princípio do equilíbrio atuarial (fls. 47-76) e requereu seja julgada improcedente a presente ação.

5. Em 20.5.2004, o Advogado-Geral da União manifestou-se pela improcedência do pedido (fls. 78-85).

6. Em 22.6.2004, o Vice-Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido (fls. 87-99).

7. O Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino

ADI 3.138 / DF

Superior – Andes e a Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social – Fenafisp foram admitidos no feito como *amici curiae* (fl. 158).

É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada aos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei n. 9.868/1999 c/c art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

14/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.138 DISTRITO FEDERAL

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Como relatado, cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, na qual se questiona a validade constitucional do art. 1º da Emenda Constitucional n. 41/2003, na parte em que alterou o § 1º no art. 149 da Constituição da República, por pretensa contrariedade aos arts. 24, § 1º, 25, § 1º, e 60, § 4º, da Constituição da República.

2. A Autora assevera, basicamente, ofensa ao pacto federativo, ao princípio do equilíbrio atuarial e à autonomia dos Estados.

O art. 149, § 1º, da Constituição da República, alterado pela Emenda Constitucional n. 41/2003, dispõe:

“Art. 149.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União”.

Ao fixar o patamar mínimo da alíquota a ser adotado pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios para fins de cobrança de contribuição previdenciária, o constituinte derivado nada mais fez que reiterar critério adotado para outros impostos:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

ADI 3.138 / DF

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

III - propriedade de veículos automotores.

§ 1º O imposto previsto no inciso I:

(...)

IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

V - é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

(...)

§ 6º O imposto previsto no inciso III:

I - terá alíquotas mínimas fixadas pelo Senado Federal;

II - poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização.

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art.

ADI 3.138 / DF

155, II, definidos em lei complementar.

(...)

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar:

I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas;”.

3. A manifestação do Advogado-Geral da União juntada aos autos esclareceu que:

“Não se deve cogitar, portanto, de ofensa ao pacto federativo, porquanto ao poder constituinte, mesmo o derivado, é assegurado estabelecer condições a todos os entes federativos que melhor atendam ao interesse da sociedade brasileira em geral. Logo, a Constituição Federal, em virtude da atuação desse poder, originário ou derivado, pode estabelecer diretrizes gerais de observância obrigatória pelos entes federativos, a exemplo do preceituado pela Assembleia Constituinte de 1988, quando estatuiu, no art. 155, V, “a”, da Carta Política, que o Senado Federal tinha a faculdade de estabelecer as alíquotas mínimas em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS, nas operações internas.

Essa disposição constitucional, embora restrinja a autonomia dos Estados-membros, não pode ser tida como violadora do pacto federativo, porquanto vem exatamente conferir uma situação de igualdade entre estes entes federativos, pois impossibilita que os mesmos, com intuito de privilegiar as empresas neles estabelecidas, imponham-lhes alíquotas inferiores às aplicadas nos demais Estados.

Na realidade, com a adoção de um limite mínimo das alíquotas das contribuições previdenciárias, está o poder constituinte derivado preservando a unidade federativa e perquirindo a efetivação de um tratamento isonômico. Cumpre ressaltar, ademais, que não se está fixando uma alíquota única, mas sim um padrão mínimo que deve ser observado, sob pena de se desvirtuarem todos os esforços enviados no sentido da reformulação do regime de previdência social dos servidores públicos. (...)

Cumpre ressaltar, ainda, que não se deve falar em ofensa aos arts. 24, XII e § 1º, e 25, § 1º, ambos da Carta Magna, na medida em

ADI 3.138 / DF

que os dois dispositivos constitucionais traçam as competências concorrentes da União, Estados e Distrito Federal e a competência residual dos Estados, respectivamente, enquanto a Emenda Constitucional diz respeito à atividade do Poder Constituinte Derivado. Ao se promulgar uma emenda constitucional não se observa o exercício da competência legislativa da União, motivo pelo qual não procede o argumento da Requerente no sentido de que a União exorbitou a sua competência para estatuir sobre normas gerais em relação à previdência social” (fls. 82-84).

4. Na mesma linha se posicionou a Procuradoria-Geral da República, que, reiterando o parecer apresentado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.133/DF, asseverou:

“32. Não subsiste a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo, pois ao contrário do afirmado, a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios foi preservada, na medida em que apenas restou fixado um patamar mínimo a ser observado para o valor da contribuição.

33. Vê-se, portanto, que àqueles entes caberá a definição do valor das alíquotas, as quais deverão ser estabelecidas de acordo com suas necessidades próprias e específicas, o que demonstra o pleno respeito da norma ao pacto federativo” (fl. 98).

5. A possibilidade de cobrança da contribuição previdenciária, calculada a partir de alíquota superior à estabelecida para os servidores titulares de cargos efetivos da União foi explicitada pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Suspensão de Segurança n. 3.146/PE:

“É que a matéria discutida nos presentes autos é de índole tributária e já está devidamente pacificada nesta Corte no sentido da constitucionalidade da cobrança da contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos e dos pensionistas (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.105/DF e 3.128/DF, redator para o acórdão Min. Cezar Peluso, DJ de 18.02.2005), não tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos referidos julgamentos,

ADI 3.138 / DF

limitado as alíquotas das contribuições previdenciárias a serem cobradas pelos Estados.

Ademais, o Plenário desta Casa, ao julgar a ADC 8-MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.4.2003, entendeu que a “contribuição de seguridade social, como qualquer outro tributo, é passível de majoração, desde que o aumento dessa exação tributária observe padrões de razoabilidade e seja estabelecido em bases moderadas. Não assiste ao contribuinte o direito de opor, ao Poder Público, pretensão que vise a obstar o aumento dos tributos - a cujo conceito se subsumem as contribuições de seguridade social (RTJ 143/684 - RTJ 149/654) -, desde que respeitadas, pelo Estado, as diretrizes constitucionais que regem, formal e materialmente, o exercício da competência impositiva”.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução do acórdão proferido pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco nos autos do Mandado de Segurança nº 0077438-3” (DJ 17.4.2007).

Em 14.4.2010, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 573.540/MG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal reiterou esse entendimento:

“O art. 149, caput, da Constituição atribui à União a competência exclusiva para a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas. Essa regra contempla duas exceções, contidas no arts. 149, § 1º, e 149-A da Constituição. À exceção desses dois casos, aos Estados-membros não foi atribuída competência para a instituição de contribuição, seja qual for a sua finalidade. A competência, privativa ou concorrente, para legislar sobre determinada matéria não implica automaticamente a competência para a instituição de tributos. Os entes federativos somente podem instituir os impostos e as contribuições que lhes foram expressamente outorgados pela Constituição. Os Estados-membros podem instituir apenas contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores. A expressão “regime previdenciário”

ADI 3.138 / DF

não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos” (RE 573.540/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 11.6.2010).

6. Ademais, a observância da alíquota mínima fixada na Emenda Constitucional n. 41/2003 não configura quebra da autonomia dos Estados Federados porque o art. 201, § 9º, da Constituição da República, ao estabelecer um sistema geral de compensação, há ser interpretado à luz dos princípios da solidariedade e da contributividade, regentes do atual sistema previdenciário brasileiro.

7. Pelo exposto, **julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.**

É como voto.

14/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.138 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, pela ordem. Também estou acompanhando Sua Excelência, a Senhora Relatora, porque verifico que o artigo 149, § 1º, está de acordo com a própria razão de ser da Constituição ao determinar apenas uma alíquota mínima, de tal modo que os estados e municípios poderão, para atender às exigências do equilíbrio financeiro e atuarial, eventualmente, até estabelecer alíquotas superiores.

É verdade que ouvi, aqui da Tribuna, que, em nome dessa independência e autonomia das unidades da Federação, há até unidades que isentam de pagamento dessa contribuição. Pela experiência que eu tenho do meu Estado - e aqui foi citado o meu Estado -, essa estratégia de isentar os pensionistas dessa alíquota mínima representou o que, no Rio de Janeiro, se considera um desastre eleitoreiro, tanto que agora há um projeto de lei, que foi aprovado ontem na Câmara com manifestações contrárias, para instituir essa contribuição na medida em que o sistema previdenciário sobrevive do caráter solidário e universal, que lhe é peculiar.

Sem prejuízo, também aqui me fundamento, consoante a eminente Relatora, no artigo 201, § 9º, da Constituição Federal, que dispõe:

"§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei".

Então, anoto, sob esse enfoque, que o objetivo do constituinte reformador, tanto na Emenda Constitucional nº 20/1998 quanto na Emenda Constitucional nº 41/2003, foi de aproximar, tanto quanto

ADI 3.138 / DF

possível, os diversos regimes previdenciários e convergir para a uniformidade com relação ao regime de previdência de servidores federais, estaduais e municipais, porque, forçoso recordar, que, com essa previsão do artigo 201, § 9º, de compensação recíproca, em diversos regimes, é muito comum que o servidor estadual seja aprovado em concurso para o cargo federal e vice-versa. E essas alíquotas mínimas, evidentemente, favorecerão não só a compensação como a verdadeira razão de ser do sistema previdenciário, que é esse seu equilíbrio financeiro e atuarial.

Por fim, para derruir essa questão do rompimento do pacto federativo, relembro que é da competência da União editar normas gerais de previdência social, na forma do artigo 24, inciso XII e § 1º.

Por todos esses motivos, então, não vejo como entrever, nessa disposição, qualquer eiva de inconstitucionalidade, Senhor Presidente, razão pela qual, nessa Ação Direta nº 3.138, eu acompanho integralmente Sua Excelência a eminente Ministra Relatora Cármen Lúcia.

14/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.138 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A Constituição Federal regrava de forma deficiente a natureza contributiva do regime de previdência pública nos âmbitos estadual, distrital e municipal, apenas facultando a possibilidade de cobrança de contribuição. **Vide:**

“Art. 149. (...)

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **poderão** instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.”

Em face dessa liberdade conferida aos Estados e aos Municípios, bem se sabe que alguns entes federativos não instituíram contribuição dos seus servidores para o custeio dos benefícios de aposentadoria, de forma que acabava o Poder Público arcando integralmente com a responsabilidade pelo pagamento dos proventos de aposentadoria e das pensões.

Todavia, após a Emenda Constitucional nº 41/03, a Carta Maior passou a impor, de forma expressa, a contribuição aos servidores, em prol da manutenção do sistema previdenciário. Nesses termos, o § 1º do art. 149, na redação conferida pela EC 41/03, passou a exigir que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituísem “*contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União*”.

Essa disposição está em consonância com a nova redação do art. 40, **caput**, da Lei Maior, após as modificações da EC 41/03, a qual fixou, expressamente, o caráter necessariamente contributivo e solidário do regime próprio de previdência, além de ter determinado que se

ADI 3.138 / DF

preservasse o seu equilíbrio financeiro e atuarial, nos seguintes termos:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de **caráter contributivo** e solidário, mediante **contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas**, observados critérios que preservem o **equilíbrio financeiro e atuarial** e o disposto neste artigo (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).”

Dentro desse contexto, passou a ser imprescindível a incessante busca do equilíbrio financeiro e atuarial, requisito que, nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim, é “desde sempre elementar a todo sistema previdenciário, estatal ou privado” (**Curso de Direito Previdenciário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 42).

Com efeito, esse equilíbrio destina-se à preservação da suficiência, presente e futura, do regime de previdência pública, tendo em vista o sopesamento entre as receitas e as despesas com benefícios, o qual restaria prejudicado com a assunção de obrigação desprovida de qualquer contraprestação pecuniária.

Assim sendo, como forma de regrar a subsistência financeira do regime próprio de previdência, tratou a Emenda Constitucional nº 41 de impor, de forma expressa e generalizada, a contribuição aos servidores, fixando como alíquota de contribuição mínima aquela aplicada aos servidores titulares de cargos efetivos da União.

Ao fixar como alíquota mínima aquela aplicada pela União, buscou o legislador, exatamente, evitar burla ao **caráter contributivo** e solidário do regime próprio de previdência. Isso porque, caso se exigisse tão somente a instituição de contribuição a ser cobrada dos servidores, poderiam os entes federativos fixar para tanto **alíquotas irrisórias ou artificiais**, não suficientes para garantir o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

ADI 3.138 / DF

Ademais, não vejo como o dispositivo ora em análise possa atingir o núcleo essencial do princípio federativo. Bem se sabe que, embora a forma federativa do Estado tenha sido consagrada como cláusula pétrea, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão a respeito de ofensa à forma federativa do Estado, já prescreveu que "*(...) as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege (...).*" (ADI 2.024/DF, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJe de 22/6/07).

Por essas razões, acompanho a eminente Ministra Relatora.

14/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.138 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, assim como a eminente Relatora, não vejo nenhuma ofensa ao princípio federativo, porque entendo que a hígidez orçamentária e também o equilíbrio atuarial no campo previdenciário é de interesse de todos os entes federativos. E, depois, penso também que a União pode, sem dúvida nenhuma, no exercício de sua competência concorrente, editar normas gerais em temas previdenciários e financeiros. Então, quando esse dispositivo ora questionado estabeleceu uma alíquota mínima, nada mais fez do que estabelecer uma norma geral e, portanto, a União atuou dentro dos lindes constitucionais.

Julgo também improcedente a ação nesse aspecto.

14/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.138 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, apenas faria uma ponderação, que partilho com Vossas Excelências.

A Constituição originária, ao cuidar do sistema próprio de previdência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, parágrafo único do artigo 149, prevê o seguinte:

"(...)

Art. 149.....

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes" - dos servidores, lógico - "de sistemas de previdência e assistência social".

Mas não estabeleceu nenhum percentual mínimo. Não impôs percentual para nenhum desses três entes federativos: nem o Distrito Federal, nem os municípios, nem os estados. Esse percentual mínimo obrigatório para os estados, o Distrito Federal e os municípios foi instituído pela Emenda nº 41. E, de início, tenho certa dificuldade para, no espectro federativo, superar essa arguição de inconstitucionalidade que se faz na ação **sub judice**. Porque, no artigo 25, ao cuidar dos estados, a Constituição diz que eles se regeriam pelas constituições e leis que adotassem, observados apenas os princípios da Constituição. É o mesmo discurso do artigo 11 do ADCT. E o fato é que, pela Emenda nº 41, há uma imposição aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios de uma alíquota mínima a ser cobrada dos respectivos servidores para efeito da instituição de sistema próprio de previdência social.

Então, quer me parecer que o § 4º, inciso I, do artigo 60 da Constituição, que faz do regime federativo uma cláusula pétrea, em linha de princípio, estaria ofendido esse dispositivo constitucional. Mas, eminente Relatora, Vossa Excelência fundamentou o seu voto no caráter solidário, contributivo, do sistema de previdência?

ADI 3.138 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Contributivo e num sistema geral. Se o sistema é geral e admite compensação, se não tiver o mínimo, essa solidariedade fica, a meu ver, comprometida.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Foi o voto também do Ministro Luiz Fux - a partir da compensação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A partir da compensação do § 9º do artigo 201.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - A partir do § 9º do artigo 201, que é um dos fundamentos do meu voto. Porque o artigo 201, § 9º, estabelece que:

"(...)

Art. 201.....

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei".

Considerando-se, portanto, esta natureza do sistema adotado no Brasil e essa possibilidade de compensação, sem este mínimo não teríamos a garantia inclusive dos princípios da solidariedade e da possibilidade de conversarem entre si os sistemas.

Por isso há um mínimo estabelecido, é um dos fundamentos do meu voto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Certo. Vossa Excelência dá pela interpenetração dos sistemas, com base fundamentalmente nesse § 2º do artigo 202.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Porque, na autonomia, até à primeira vista, considerando o que pode

ADI 3.138 / DF

fixar o estado para os seus servidores, causaria um certo estupor, mas a leitura completa da Constituição quanto ao que se refere é que me leva a essa conclusão.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Pelo menos, por enquanto, eu vou pedir vênia a Vossa Excelência e aos Ministros que acompanharam o seu douto voto para julgar procedente a ação, entendendo que a autonomia dos chamados entes periféricos da Federação, para instituir o seu regime próprio de previdência, alcança a determinação do percentual contributivo de cada servidor, de cada aposentado, de cada pensionista e esse percentual não pode ser, de cima para baixo, imposto pela União. Em última análise, a União é quem vai determinar o percentual mínimo.

Peço vênia, portanto, para dissentir do douto voto de Vossa Excelência.

14/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.138 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, pedindo vênia à divergência, eu acompanho o voto da eminente Relatora e os votos dos Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski.

Se olharmos o texto constitucional, não apenas na série de textos derivados, mas também de textos originários, vamos perceber uma série de disposições, na linha de José Afonso, os chamados princípios estabelecidos, que formam esse modelo singular brasileiro de federalismo cooperativo.

No caso específico, além do argumento trazido pela Relatora – e o Ministro Luiz Fux também enfatizou isso – quanto à interpenetração, inter-relação do sistema, temos algumas diretivas concernentes à própria ideia de responsabilidade fiscal, que também faz parte desse plexo e cuja emenda inclusive antecipou em alguns anos – recentemente comemoramos os dez anos da própria Lei de Responsabilidade Fiscal – a estruturação dos sistemas com base atuarial mínima. Nesse caso, então, eu não vejo essa hipótese.

É claro, o Ministro Ayres Britto formula com muita acuidade a possibilidade aqui de se verificarem abusos que são suscetíveis de controle. Eventualmente essa prática, a parte final, se houvesse uma maximização da alíquota que refletisse no âmbito estadual, isso seria duplamente controlável pelos próprios servidores, que poderiam contra ela se insurgir – nós já chegamos a dizer isso aqui, invocando o princípio da proporcionalidade –, ou ainda por parte dos servidores dos estados-membros ou das próprias unidades federadas.

De modo que – a meu ver – pode ocorrer eventual abuso? Sem dúvida nenhuma, mas não será um abuso insuscetível de controle. Em princípio, é de presumir que a alíquota aqui estará fixada dentro de padrões, de patamares razoáveis.

Eu me lembro até, Presidente, foi Vossa Excelência o Relator da ADI

ADI 3.138 / DF

nº 3.105, em que se discutiu a própria contribuição dos inativos e, numa decisão ousada deste Tribunal, a partir da proposta de Vossa Excelência, declarou-se a inconstitucionalidade daquela diferenciação que se fazia entre os servidores municipais e estaduais e os servidores federais. Até me lembro que essa matéria tem sido objeto de estudos por parte de doutrinadores de renome. O professor Carlos Blanco de Moraes escreveu um texto chamando a atenção para essa decisão, dizendo que se tratava de uma sentença aditiva de caráter demolitório, porque, ao declarar a inconstitucionalidade daquelas normas e impor, por consequência, o critério da União para todos e, portanto, evitar essa sobreoneração dos servidores estaduais, o Tribunal, na verdade, teria criado uma norma diferenciada.

De modo que, com essas considerações, também peço vênias ao Ministro Britto para acompanhar a eminente Relatora, ressaltando inclusive, nesta linha, que até princípios sensíveis – naquilo que consideramos, o 34, inciso VII – têm sido criados, a meu ver de forma adequada, no âmbito do poder do constituinte derivado. Fale-se, por exemplo, no mínimo para a saúde, que foi acrescido por uma emenda constitucional, na linha do que já havia para a educação.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Se Vossa Excelência permite, o sistema de saúde já nasceu constitucionalmente imbricado. Ele é interfederativo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quanto ao sistema integrado, sim. Eu estou dizendo quanto à possibilidade de se ter uma intervenção federal, baseado na representação, essa foi uma previsão recente, a partir da Emenda nº 29.

Em suma, ressalto a acuidade da observação de Vossa Excelência, peço vênias, porém, para acompanhar a eminente Relatora.

14/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.138 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, é cláusula pétrea a relativa à preservação da Federação. Quando se cogita de Federação, imagina-se autonomia governamental do Estado federado e autonomia, que reconheço relativa, no campo da normatividade.

O que nos vem da Constituição – e o Ministro Carlos Ayres Britto já se referiu ao artigo? Que "Os Estados se organizam e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem,..." – e vem a cláusula que longe fica de mitigar a Federação e fortalecer o poder central, que é o poder da União – "... observados os princípios desta Constituição".

O Ministro Carlos Ayres Britto também se referiu ao teor primitivo da Carta, ao que se continha, antes da Emenda nº 41, no § 1º do artigo 149:

"Art. 149 [...]"

§ 1º - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, ..." – autogoverno, autonormatividade – "... cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social."

Indago: seria possível o legislador constituinte de emenda vincular a atuação do Estado, que se quis livre – a teor do § 1º do artigo 149 – a singularidades observadas pela União? Seria possível, mediante emenda constitucional, esvaziar-se até mesmo a legitimação concorrente prevista no artigo 24, segundo a qual – como está no 149, § 1º – cabe ao Estado normatizar no campo da previdência social? Será que podemos dizer que fixação de alíquota quanto a tributo está no âmbito dos princípios gerais, contrariando toda a sistemática pátria sobre tributos?

Presidente, assusta-me a centralização do poder, e se começamos a

ADI 3.138 / DF

admitir que o Estado, que a União, por meio de emenda constitucional – não se trata de poder constituinte originário –, pode balizar tributos de competências diversas da competência dos estados-membros e da competência dos municípios, talvez seja melhor não termos tantas casas legislativas: as assembleias legislativas e as câmaras de vereadores.

Preocupa-me também o problema da compensação de sistemas previdenciários, porque o próprio preceito que dela cogita – não sei se já veio a balha a lei disciplinadora dessa compensação, e são tantas as leis que, mesmo como julgador, não tenho o domínio desse entulho legislativo – versa sistemas previdenciários diferentes, e a diversidade pode estar nessa escolha política normativa do estado-membro, homenageada, acima de tudo – o que é salutar –, a Federação e não a centralização de poder.

Presidente, a União acabou por reger matéria que está ligada ao pessoal do Estado no que impôs – e não foi a *manu militari* – alíquota mínima a ser observada, emendando o artigo 149 no que, no âmbito da competência originária constitucional, apenas previu que os estados poderiam – não impôs, sequer, a criação – criar a contribuição a ser satisfeita pelos respectivos servidores.

Não consigo conceber que a União tenha atuado em harmonia com a Carta da República, com o sistema próprio à Federação, presente a competência concorrente, que diz respeito não à alíquota de tributo, mas a princípios gerais, prevista no artigo 24 da Constituição Federal, que – repito – precisa ser um pouco mais amada pelos brasileiros.

Peço vênias à relatora para acompanhar a divergência, julgando procedente o pedido formulado.

14/09/2011

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.138 DISTRITO FEDERAL**VOTO****O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Se Vossa Excelência me permite. O poder originário é o poder de tudo poder, porque não conhece tabus materiais, mas nós estamos tratando é de um poder reformador da Constituição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite só uma observação? Eu tinha a impressão de que aqui nós temos a necessidade – pelo menos eu tenho pensado nesse sentido – de identificar, quer dizer, a partir do 60, § 4º, o que é esse núcleo essencial, esse núcleo básico desses princípios, no caso, especialmente, o princípio federativo ou o princípio da separação dos Poderes ou também os direitos e garantias individuais. Mas, nos direitos e garantias individuais, nós temos uma definição mais precisa, porque estamos a falar de cada um dos direitos individualmente, então, a parametrização é mais precisa. Agora, em se tratando do princípio federativo, objeto então, agora, da preocupação, nós precisamos eleger qual é esse núcleo essencial. O Tribunal já fez, aqui, algumas construções a partir daquela ADI que tratava do IPMF, quando assentou que a imunidade recíproca compõe esse elemento básico. Nós precisamos ter a visão normativa desse princípio federativo, tendo em vista as várias prescrições constitucionais existentes. Sabemos, por exemplo, que, em se tratando de saúde, já temos, por definição e opção do legislador, depois alterada constitucionalmente, o Sistema Único de Saúde, que já preconiza, portanto, um serviço integrado.

Em relação à educação, já tínhamos exigências básicas que foram

ADI 3.138 / DF

adensadas, veja a ideia do sistema de fundos. E são intervenções, vamos dizer assim, benfazejas, porque o poder constituinte derivado está a um só tempo estabelecendo prescrições com o objetivo de melhorar a qualidade do ensino, criando um fundo que contribua para que o estado-membro possa arcar com as exigências que estão estabelecidas. Essa ideia do Fundef, Fundeb, dentro desse espírito. E não ocorreu a ninguém dizer: "Trata-se de uma intervenção inconstitucional".

O Ministro Pertence, fazendo essas observações, dizia que há um mínimo de "centralidade" ou de "centralismo", que tem um alto alcance republicano. Ele dizia: "Se não houvesse uma prescrição no Texto Constitucional sobre concurso público, muito provavelmente nós teríamos, aí, práticas, as mais diversas, nessa seara, tendo em vista os exemplos que ocorrem, mesmo havendo tal exigência".

Então, a mim me parece que aqui, como procurou demonstrar a Relatora, claro, há uma exigência, mas, tendo em vista, inclusive, práticas culturais que nós conhecemos. O próprio Texto preconiza um sistema minimamente equilibrado, tanto é que estabelece essa ideia de um modelo de solidariedade e um modelo de viés contributivo. Para ser contributivo, obviamente, não se pode optar por um modelo de contribuição ficta, quer dizer, tem que ter o mínimo de consistência atuarial.

Então, entendo perfeitamente a colocação de Vossa Excelência e acho extremamente importante, e aqui já tivemos essa oportunidade de discutir isso e acho que temos que continuar a discutir a questão federativa, porque ela tem múltiplos alcances, o alcance no que diz respeito a uma administração participativa, a chamada divisão de poderes no plano vertical, a locação de poderes nesse plano, o próprio processo democrático dessa forma é reforçado, mas aqui me parece que se quer, de fato, finanças hígdas para todos. E, veja, isso é um bem importante do qual não falamos; nós não falamos disto como não falamos sobre o ar que respiramos, mas sem um mínimo de equilíbrio nesta seara, obviamente, nós corremos o risco de termos todos os demais direitos ameaçados, não apenas o direito à previdência social, mas outros.

ADI 3.138 / DF

Quem acompanha neste momento o que se passa, por exemplo, em alguns países europeus, a situação da Grécia especificamente, em que está havendo redução de salários, demissão de servidores públicos, criação de banco de reserva, sabe que o limite do financeiramente possível existe, e ele se faz presente. E aí volto àquela frase, inclusive que eu cito, de Hesse, quando dizia da necessidade de que o próprio estado de necessidade se tivesse regulado: "É melhor que se regule juridicamente esse tipo de situação do que termos que aceitar a normatividade dos fatos". Porque ele dizia de forma muito clara: "Necessidade não conhece princípio" (*Not kennt kein Gebot*).

Então, só para ter um pouco de marco teórico em torno desse princípio federativo, eu acho importante que nós tenhamos, como pano de fundo, como *Leitmotiv*, o que o próprio Texto Constitucional já tece, já estabelece em matéria de federalismo cooperativo. Não se trata de uma norma exótica e estranha à modelagem institucional do sistema federativo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Se Vossa Excelência me permite um pequeno aparte também: no plano estritamente teórico, os estudiosos verificaram que nós não vivemos mais, isso com todas as letras, o federalismo dual de 1891. Nós transitamos dentro desse movimento pendular que caracteriza o federalismo brasileiro, deste federalismo dual para um federalismo de cooperação; alguns dizem até que nós estamos num federalismo de integração. O que o eminente Ministro Gilmar Mendes assentou me parece uma realidade inafastável; quer dizer, a própria Constituição reflete esse federalismo de integração na área da saúde e da educação, e a necessidade. O Ministro Gilmar Mendes, a meu ver, fez uma menção muito a propósito: a crise financeira hoje que abala o mundo todo exige um equilíbrio fiscal, e o equilíbrio fiscal, nos Estados federados, só pode ser feito a partir de uma ação do governo central. Isso tem influência dos mais distintos campos, até na taxa SELIC, por exemplo. Se tivermos um Estado que não tem o equilíbrio fiscal em matéria previdenciária afeta a atuação do Banco Central brasileiro.

ADI 3.138 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência me permite um pequeníssimo aparte?

Veja que interessante, justamente a partir da crise de 29, que se estendeu por todos os anos 30, é que o federalismo norte-americano mudou de natureza, ele passou a sofrer uma intensa centralização, porque houve a necessidade da intervenção do governo central para garantir o equilíbrio orçamentário e financeiro.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - *Packing of the Supreme Court.*

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite fazer duas observações? Eu me lembro da observação do Ministro Direito, também fiz coro a ela, e acho que nós temos aqui um grande desafio, que é, talvez, um desafio que cabe a todos. Cabe, claro, a esta Corte, mas também, aos próprios estados-membros, que é o espaço que o Texto Constitucional suscita e deixa para a chamada legislação concorrente. Essa experiência existe, também, no modelo alemão. Tanto é que o professor...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Raul Machado Horta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Raul Machado Horta chama a atenção para esse modelo do chamado condomínio legislativo.

ADI 3.138 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Condomínio legislativo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Invoca a doutrina alemã, a propósito. E no Direito alemão, o que se diz é que quando - já da perspectiva doutrinária - há esse modelo da competência concorrente, que invoca uma legislação complementar necessária, a União deveria limitar-se a proceder a edição de normas gerais. Aqui, está o grande problema dessa construção, porque, com movimentos, os mais diversos, de índole variada, nós temos, muitas vezes, a exaustão, por parte da União, desta competência; às vezes, até reivindicada por setores dos próprios estados. É a lei orgânica da Polícia, é a lei do Ministério Público, e, assim por diante, quer dizer, há uma exaustão. Então, cabe-nos, aqui, como órgãos de controle, uma grande responsabilidade para realmente assegurar aquilo que constitui a preocupação de Vossa Excelência.

Agora, um outro ponto, voltando apenas a um aspecto que Vossa Excelência feriu, e que eu também tinha mencionado. A discussão sobre a necessidade de estabelecer quais são os parâmetros para a aferição, entre nós, esse debate já é antigo. Lembro-me da Representação - talvez - 95/96, de 1947, em que se discutiu a constitucionalidade ou não do modelo parlamentar de governo no Estado do Rio Grande do Sul; também houve o mesmo debate em torno da Constituição do Ceará. Então, se perguntou, à luz dos princípios sensíveis - porque era uma representação de caráter interventivo: é constitucional ou é inconstitucional essa forma? E Castro Nunes, então, dá a resposta - porque a discussão era sobre a divisão de poderes, e ambas as posições diziam que o Princípio da Separação dos Poderes estava atendido, tanto no regime presidencial, presidencial, como no regime parlamentar, ambas as posições diziam que isto estava, de alguma forma, atendido. E veja, o Rio Grande do Sul foi representado pelo legendário João Mangabeira nesse processo. Bem, Castro Nunes, então, diz: "Esse conceito, a despeito do seu alcance teórico, no caso o Princípio da Separação dos Poderes, na verdade, como princípio sensível, é de

ADI 3.138 / DF

direito positivo; e ele precisa, então, encontrar a sua matriz no Texto Constitucional". E aí faz, então, toda uma construção para mostrar que a divisão de poderes de que falava o Texto Constitucional era divisão de poderes estabelecida no Texto Constitucional e era aquela prevista para o plano federal, que deveria se impor aos estados. E coloca, inclusive, algum argumento adicional, que é aquele a respeito da impossibilidade de se adotar o modelo parlamentar, naquele desenho, considerando-se que os mandatos tinham prazos prefixos, prazo de quatro anos. Então, esse ponto, acho importante que se resgate. Acho extremamente importante que nós discutamos um modelo, seja de divisão de poderes, seja do princípio federativo, à luz da base positiva do Texto Constitucional.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - É porque a federação é o que a Constituição diz que ela é, e os espaços de autonomia são diferentes. Tanto que a federação norte-americana é completamente diferente da nossa, mas é uma federação; a Suíça nem se diga com relação ao modelo brasileiro. E Francisco Campos também alerta muito para isso. A federação dá o espaço de autonomia a cada um dos entes, mas é a Constituição que diz o que é essa autonomia.

Daí, porque, quando eu disse, Ministro Celso, que, inicialmente, ao tratar desta Ação especificamente, eu me preocupei com isto, e fui estudar, então, como este sistema, no caso específico, previdenciário, se põe dentro de uma opção constituinte derivada que é essa, não de um dualismo, mas de uma integração dos sistemas. Por isso que considerei e votei no sentido que votei.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É. Mas, Ministro, Vossa Excelência me permite mais uma última observação? Porque não estamos, evidentemente, num ambiente acadêmico, embora essas considerações teóricas sejam muito importantes. Os analistas da

ADI 3.138 / DF

federação brasileira cunharam uma frase muito importante: que a nossa federação nasceu sob o pecado original. Foi justamente. Ela nasceu de um Estado centralizado e se descentralizou, as antigas províncias se transformaram em estados, num processo completamente distinto do que ocorreu nos Estados Unidos, em 1776, quando as treze ex-colônias britânicas se transformaram em Estados, adotaram constituições próprias, e depois deliberaram por unir-se em 1787, definitivamente. Portanto, há, na raiz do nosso federalismo, este pecado original que é insuperável.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Então, não podemos raciocinar, com todo o respeito, e sei que Vossa Excelência não o faz, com modelos alienígenas, sobretudo com o modelo norte-americano.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu disse, mas fiz as ressalvas.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - (CANCELADO)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.138

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB

ADV.(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação direta, contra os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela requerente, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso. Plenário, 14.09.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário