

**EXMO. SR. MINISTRO PRESIDENTE DO EG. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Distribuição por prevenção ao Min. Marco Aurélio, Relator da ADI n. 4863

A **ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 34.102.228/0001-04, representativa dos interesses dos magistrados brasileiros, com sede no SCN, Quadra 2, Bloco D, Torre B, Sala 1302, Shopping Liberty Mall, Brasília-DF, CEP: 70712-903, e a **ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO - ANAMATRA**, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 00.536.110/0001-72, representativa dos interesses dos magistrados da Justiça do Trabalho, com sede no SHS, Quadra 06, bloco E, conj. A, salas 602 a 608, Ed. Brasil XXI Business Center Park I, Brasília, DF, CEP.: 70.316-000, vêm, respeitosamente, por seus advogados, respeitosamente, à presença de V.Exa, propor a presente **ação direta de inconstitucionalidade** (CF, art. 102, I, a), com **pedido de medida cautelar** (Lei n. 9.868/99, art. 10) do art. 1º, da EC n. 41/2003, no ponto em que alterou a redação do § 15 do art. 40 da Constituição Federal, bem ainda contra a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, na parte que autorizou a criação de entidade fechada de previdência complementar do regime próprio de previdência dos servidores públicos civis ocupantes de cargo efetivo que alcança os membros do Poder Judiciário (magistrados), nos termos e pelos motivos que passa a expor.

## **I – AS QUESTÕES EM DEBATE: INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS VIGENTES QUE AUTORIZARAM A INSTITUIÇÃO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA DOS SERVIDORES PÚBLICOS (MAGISTRADOS)**

1. Por meio da EC n. 41/2003 -- chamada Reforma da Previdência 2 -- o legislador constituinte pretendeu promover importante alteração no texto do § 15 do art. 40 da CF, qual seja, a de afastar a exigência de uma lei complementar especial para dispor sobre o regime de previdência complementar de natureza pública, tal como previsto na redação originária dada pela EC n. 20/98.

2. Essa pretensa alteração, assim como outras, veiculadas pela EC n. 41/2003, sabe-se agora, resultou de ato criminoso (corrupção) perpetrado por integrantes do Poder Executivo em face de membros do Poder Legislativo, como restou decidido por esse eg. STF no julgamento da AP n. 470.

3. Pois bem. Com base nessa premissa, demonstrarão as associações autoras que o § 15 do art. 40 da CF, com a redação dada pela EC n. 41/2003, padece de vício de inconstitucionalidade formal, decorrente (a) da violação ao art. 1º, § único, porque não houve a efetiva expressão da vontade do povo por meio dos seus representantes na votação da PEC, (b) da não observância do § 2º do art. 60 da CF, porque a PEC não foi efetivamente discutida e votada pelas duas casas do Congresso, (c) da violação ao art. 37 caput, porque a votação da PEC se deu com violação ao princípio da moralidade, e (d) da violação ao art. 5º, LV, porque o processo legislativo, que integra o devido processo legal, foi fraudado por meio de conduta criminosa. Afinal, ainda que essa eg. Corte tenha reconhecido apenas a prática do crime de corrupção no processo legislativo que resultou na promulgação da EC n. 41/2003, dúvida não pode haver que a conduta ocorrida subsume-se à hipótese de um dos **“crimes contra o livre exercício dos poderes constitucionais”**, qual seja o previsto no art. 6º, item 2, da Lei 1.079 (**“usar de violência ou ameaça contra algum representante da Nação para afastá-lo da Câmara a que pertença ou para coagi-lo no modo de exercer o seu mandato bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção”**), daí resultando a prova da inconstitucionalidade.

\* \* \*

4. Com base no princípio da eventualidade, vindo essa eg. Corte a recusar a inconstitucionalidade dessa parte da reforma da previdência, instituída pela EC n. 41/2003, demonstrarão as autoras que o § 15 do art. 40 da CF, com a redação dada pela EC n. 41/2003, carece de uma interpretação conforme às demais normas da Constituição Federal, diante das duas interpretações possíveis -- uma de que teria deixado de exigir a edição de uma lei complementar para dispor sobre o regime de previdência complementar de natureza pública e outra de que continuaria exigindo a edição dessa lei complementar especial --, para o fim de fixar que subsiste a necessidade de edição de uma lei complementar especial que disporá sobre o regime de previdência complementar de natureza pública.

5. Isso, porque, a redação atual do § 15 do art. 40 da CF, ao estabelecer que o regime de previdência complementar de natureza pública, previsto no § 14 do art. 40 da CF, deverá observar “*no que couber*” o art. 202 da CF -- que trata de forma especial a previdência complementar de natureza privada -- somente pode ser interpretado no sentido de exigir uma lei complementar especial, como previsto no *caput* do art. 202, e não a mera aplicação das Leis Complementares já existentes, que estão disciplinando a previdência complementar de natureza privada.

6. Afinal, sem a edição de uma lei complementar especial para disciplinar a previdência complementar de natureza pública, haverá uma grande insegurança jurídica na criação das dezenas ou centenas de entidades de previdência complementar pela União, Estados e Municípios, diante da incerteza sobre quais normas atualmente existentes -- pertinentes à previdência complementar de natureza privada -- seriam aplicáveis ou não ao regime de previdência complementar de natureza pública.

\* \* \*

7. Não é só. Ainda que pudesse ser autorizada a instituição de entidade de previdência complementar para os servidores públicos, por lei de iniciativa do Poder Executivo -- como passou a dispor no § 15 do art. 40 da CF -- tal entidade não poderia alcançar a magistratura, porque, nos termos do art. 93, VI, da CF, compete a esse eg. STF a iniciativa de lei complementar que disporá sobre a previdência dos magistrados.

8. Com efeito, se o texto do inciso VI, do art. 93, da CF, com a redação dada pela EC 20/98, somente está sendo considerado válido sob o fundamento de que não teria ocorrido modificação substancial entre o texto votado na Câmara dos Deputados (*a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40, no que couber*) e o texto votado no Senado Federal (*a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40*) -- conforme motivação expressa dos debates sobre a retirada da expressão “no que couber” no processo de votação no Senado Federal -- é porque precisa ser interpretado como uma norma que determina a observância das regras do art. 40 à Magistratura, APENAS NO QUE COUBER. Logo, subsistiria a exigência de uma lei própria, de natureza complementar e iniciativa do STF, para disciplinar o regime de previdência da magistratura, inclusive a complementar, que deverá observar o art. 40 da CF.

\* \* \*

9. Por último, demonstrarão as associações autoras que, ainda que se admita a interpretação sustentada pela União em face do § 15º do art. 40 da CF -- no sentido de que não seria necessária uma lei complementar especial para dispor sobre a previdência complementar de natureza pública -- a Lei n. 12.618/2012 não observou a exigência contida no próprio § 15, de que a previdência complementar seria instituída por “*intermédio de entidades fechadas ..., de natureza pública*”, já que autorizou a criação de uma entidade de previdência complementar com nítido caráter de natureza privada.

\* \* \*

10. O acolhimento de qualquer desses quatro (4) fundamentos autônomos inviabiliza a instituição da previdência complementar aos membros da magistratura, pelo menos até que seja editada uma lei complementar de iniciativa desse eg. STF, ou editada uma lei complementar especial para dispor sobre a previdência complementar de natureza pública, ou ainda, com base no princípio da eventualidade, uma lei ordinária que efetivamente preveja a criação de uma entidade de previdência complementar de natureza pública e não privada.

## **II – A LEGITIMAÇÃO ATIVA *AD CAUSAM* DAS AUTORAS, NA QUALIDADE DE ASSOCIAÇÕES DA CLASSE DOS DE MAGISTRADOS DE ÂMBITO NACIONAL, E A PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM AS SUAS FINALIDADES INSTITUCIONAIS**

11. Como visto, a presente ação visa impugnar dispositivos constitucionais e legais que estão afetando diretamente o regime de previdência dos magistrados, razão pela qual estão preenchidos os requisitos tanto da legitimação, como da pertinência temática com as finalidades institucionais das associações autoras.

12. A legitimidade ativa *ad causam* decorre do art. 103, IX, da Constituição Federal, e do art. 2º, IX, da Lei 9.868/99, que autorizam a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por “*entidade de classe de âmbito nacional*”.

13. As autoras representam, em âmbito nacional, a classe dos magistrados brasileiros de forma ampla (AMB) e dos magistrados trabalhistas (ANAMATRA) apresentando, dentre os seus objetivos institucionais, a defesa dos interesses corporativos

14. São inúmeros os precedentes reconhecendo a legitimação da AMB (p. ex.: ADI 4696-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, e ADI 4698-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa), assim como da ANAMATRA (p. ex.: ADI 2885-SE, Rel. Min. Ellen Gracie e ADI 4372-DF, Rel. Min. Ayres Britto).

15. Logo, é indiscutível a legitimidade das duas associações de classe de magistrados para propor a presente ação direta de inconstitucionalidade, ainda mais em hipótese na qual também é clara a pertinência temática entre o objeto da ação e os fins sociais das autoras, até porque os seus associados estão sujeitos às determinações das normas aqui impugnadas, que afetarão (a) tanto os atuais magistrados que quiserem optar pelo novo regime de previdência complementar, (b) como de forma compulsória todos os novos integrantes da magistratura brasileira.

**III – A NULIDADE CONSTITUCIONAL DAS NORMAS VEICULADAS PELA EC N. 41/2003. VIOLAÇÃO DO § ÚNICO DO ART. 1º (SOBERANIA POPULAR EXERCIDA INDIRETAMENTE) DO § 2º DO ART. 60 (EFETIVA VOTAÇÃO EM DOIS TURNOS NA CÂMARA E NO SENADO), DO ART. 37 CAPUT (PRINCÍPIO DA MORALIDADE), E DO ART. 5º, LV (DEVIDO PROCESSO LEGAL) DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

16. No julgamento ainda não concluído da AP n. 470, esse eg. STF reconheceu e declarou ter ocorrido o crime de corrupção praticado por membros do Poder Executivo em face de membros do Poder Legislativo, que visou exatamente à obtenção da aprovação da Reforma da Previdência n. 2, promovida pela PEC N. 40/2003, que resultou na promulgação da EC n. 41/2003. É o que se pode extrair da notícia do julgamento, uma vez que o acórdão ainda não foi publicado (doc. 3):

*Quinta-feira, 20 de setembro de 2012*

**AP 470: Relator vota pela condenação de 12 réus no item VI (...).**

*Para o ministro Joaquim Barbosa, as provas nos autos “conduzem à conclusão de que parlamentares, valendo-se de suas funções como deputados federais, líderes e altos dirigentes de partidos, condicionaram seu apoio e das suas bancadas ao recebimento de recursos para si e para seus partidos, e receberam a vantagem solicitada, pessoalmente ou com auxílio de intermediários diretos, valendo-se principalmente da estrutura empresarial vinculada a Marcos Valério”. (...)*

*Segundo o ministro Joaquim Barbosa, ficou provado que a vinculação entre os pagamentos e o apoio aos projetos de interesse do governo existiu e foi duradoura. “Houve mais repasses vultosos nas vésperas e no decorrer da votação de matérias importantes, como a reforma tributária e a reforma da previdência, período em que todos os acusados foram contemplados com recursos do esquema e simultaneamente garantiram o voto majoritário das bancadas por eles lideradas. Na verdade, o que houve foi a compra de parlamentares para consolidar a base aliada do governo”, sustentou. Para ele, “afirmar que o recebimento de dinheiro em espécie não influencia o voto e que a manifestação parlamentar é guiada pelo programa do partido, no caso brasileiro, é posicionar-se a léguas de distância da realidade política nacional”.*

*Na avaliação do relator, a lavagem de dinheiro funcionou como “grande catalisador” da prática dos crimes de corrupção passiva. “Os réus ficaram livres para utilizar os recursos do jeito que bem entendessem, sem prestar contas a quem quer que seja”, apontou*

17. Não desconhecem as autoras que algumas normas da EC 41/2003 já foram objeto de questionamento perante essa eg. Corte, sem que tivesse sido cogitado desse vício, razão pela qual não houve pronunciamento sobre tal inconstitucionalidade.

18. Houve, por exemplo, o julgamento parcialmente procedente das ADIs n. 3.105 e 3.128, nas quais foi questionado o artigo 4º e seu parágrafo único, incisos I e II, da EC 41 (ADI 3.128 proposta pela ANPR).

19. Houve, ainda, o início do julgamento da ADI 3184, proposta pela AMB, na qual foi questionado (a) tanto o art. 1º na parte em que incluiu o §º 18 no art. 40, (b) como também o art. 4º, § único, I e II, e (c) ainda o art. 9º da EC 41.

20. Não houve, porém, a impugnação da norma da EC 41/03 que tratou da **previdência complementar dos servidores públicos** -- a parte do art. 1º que alterou o texto do § 15 do art. 40 --, cuja previsão inicial se deu na Constituição Federal por meio da EC n. 19/98, ao incluir os §§ 14, 15 e 16 no texto do art. 40.

21. A despeito de ter havido a impugnação de alguns dos dispositivos inseridos por meio da EC n. 41/03 com base em outros fundamentos, não haveria óbice ao conhecimento de uma outra ação de inconstitucionalidade que viesse a questionar a referida emenda com base em fundamento que não fora objeto de exame e consideração por essa eg. Corte, especialmente diante de questão de fato nova, inexistente à época da anterior impugnação.

22. Referem-se as autoras, à possibilidade do ajuizamento de nova ação direta de inconstitucionalidade em face da mesma norma quando ocorrem mudanças relevantes sobre as circunstâncias de fato então vigentes, quer à época da edição da lei impugnada, quer à época do julgamento da ação.

23. Trata-se da inconstitucionalidade superveniente, mencionada por Gilmar Mendes (Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 1ª. Ed., 1008, pgs. 1022/1023):

*“A doutrina admite a caracterização da inconstitucionalidade da lei em vista significativa alteração das relações fáticas.*

*Assim, a norma legal que não podia ser acoimada de inconstitucional, ao tempo de sua edição, torna-se suscetível de censura judicial em virtude de uma profunda mudança nas relações fáticas, configurando o processo de inconstitucionalização (der Prozess des Vergassungswidrigwerdens).”*

24. Na mesma obra, Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins, citando Bryde, voltam a tratar da possibilidade de uma lei já reconhecida como constitucional, vir a ser reexaminada pelo Poder Judiciário visando ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade (Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 1ª. Ed., 1008, pg. 537 e 538):

*“Se se considera que o direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional (no caso, uma lei nascida constitucional) pode vir a tornar-se inconstitucional, tem-se de admitir a possibilidade da questão já decidida poder ser submetida novamente à Corte Constitucional. Se se pretendesse excluir tal possibilidade, ter-se-ia a exclusão dessas situações, sobretudo das leis que tiveram sua constitucionalidade reconhecida pela Corte Constitucional, do processo de desenvolvimento constitucional, ficando elas congeladas no estágio do parâmetro de controle à época da aferição. O objetivo deve ser uma ordem jurídica que corresponda ao respectivo estágio do direito constitucional e não uma ordem formada por diferentes níveis de desenvolvimento, de acordo com o momento da eventual aferição de legitimidade da norma a parâmetros constitucionais diversos. Embora tais situações não possam ser eliminadas faticamente, é certo que a ordem processual-constitucional deve procurar evitar o surgimento dessas distorções.*

*A aferição da constitucionalidade de uma lei que teve sua legitimidade reconhecida deve ser admitida com base no argumento de que a lei pode ter se tornado inconstitucional após a decisão da Corte (...). Embora não se compatibilize com a doutrina geral da coisa julgada no âmbito das decisões da Corte Constitucional é amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência. Não se controverte, pois, sobre a necessidade de que se considere eventual mudança das “relações fáticas”. Nossos conhecimentos sobre o processo de mutação constitucional exigem, igualmente, que se admita nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional”.*

*(...)*

*“Daí parecer-nos plenamente legítimo que se suscite perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de norma já declarada constitucional, em ação direta ou em ação declaratória de constitucionalidade”.*

25. Esse entendimento doutrinário tem inegável aplicação ao caso sob exame -- ainda que as anteriores ADIs não tenham tratado da alteração empreendida no § 15 do art. 40 pela EC n. 41/2003 -- porque houve uma mudança da maior relevância quanto ao conhecimento do processo legislativo que resultou na EC n. 41/2003.

26. Como dito anteriormente, **tornou-se público e notório**, a partir do julgamento da AP n. 470, realizado por esse eg. STF, **que o processo legislativo da PEC 40/2003 que resultou na promulgação da EC n. 41/2003, decorreu de ato criminoso (corrupção) perpetrado por integrantes do Poder Executivo em face de membros do Poder Legislativo, sem o qual não teria sido possível aprovar a Reforma da Previdência n. 2.**

27. Não é só. Os órgãos de imprensa deram ampla publicidade ao início de debate que se travou nesse eg. STF, sobre a possibilidade de os atos legislativos decorrentes da conduta criminosa virem a ser anulados, como se pode ver da notícia abaixo reproduzida, colhida aleatoriamente dentre as várias existentes (doc. 4):



*Leis votadas via mensalão podem ser contestadas*

**O Estado de S. Paulo - 03/10/2012**

A confirmação, pelo Supremo Tribunal Federal, de que deputados venderam apoio ao governo Lula pode levar à contestação dos projetos por ele votados e que contaram com apoio dos partidos envolvidos no escândalo - PP, PMDB, PTB e PR. **O questionamento foi levantado pelo decano da Corte, ministro Celso de Mello, ao manifestar seu voto na segunda-feira - como antecipado pelo Estado.**

Naquela sessão consolidou-se a opinião majoritária, na Corte, de que o mensalão não consistiu em caixa 2 para ajudar os partidos, **mas de compra de votos para aprovação de projetos de interesse do governo.**

Em sua exposição, **o ministro Celso de Mello comparou o deputado que vende seu voto ao ao juiz que vende sentenças.** Se confirmado que o magistrado recebeu dinheiro para alterar o resultado de um julgamento, lembrou o ministro, aquele que se sentiu prejudicado pode contestar a decisão e anular a sentença. **Neste caso, segundo o decano do STF, partidos políticos poderiam questionar a validade das propostas aprovadas à custa do recurso dos votos comprados.**

Conforme acusou o Ministério Público - e confirmaram ministros da Corte -, **deputados receberam dinheiro do mensalão para aprovar, por exemplo, as reformas da Previdência e Tributária e a Lei de Falências. O processo legislativo, por isso, poderia estar viciado.**

Recurso. O PSOL, criado por dissidentes que se rebelaram contra a orientação do PT e decidiram votar a favor da Reforma da Previdência, ainda no governo FHC, já estuda um recurso ao Supremo.

Procurado pelo Estado ainda no decorrer do julgamento, o senador Randolfe Rodrigues (PSOL-AP) acionou a assessoria jurídica do partido para averiguar a viabilidade de recorrer ao Supremo Tribunal Federal, alegando vícios na aprovação daqueles projetos.

"Havendo brecha jurídica, eu concordo com essa interpretação: **se, para aprovar a emenda constitucional, foram utilizados meios escusos, ilegais, o instrumento da compra, da corrupção eleitoral, obviamente o processo de aprovação não foi amparado pela soberania popular do parlamentar**", disse o deputado do PSOL do Amapá.

Consultados, **alguns ministros do Supremo admitem que a condenação dos parlamentares, já dada como certa, pode servir de argumento para a contestação da legalidade dos projetos.**

Um dos ministros chegou a lembrar que, nos Estados Unidos, já houve caso em que foi pedida a anulação de uma lei por esse mesmo motivo - os votos que a aprovaram teriam sido comprados. Um terceiro ministro afirmou não ver espaço para contestações, pois as votações, mesmo que compradas, têm "presunção de legalidade, regularidade e legitimidade".

28. Mostra-se necessário, assim, o pronunciamento desse eg. STF sobre tal matéria, seja para acolher a alegação de nulidade, seja para rejeitá-la, **porque o que não pode subsistir é a dúvida sobre a validade dessas normas, após o julgamento da AP 470, pelo menos quanto a Reforma da Previdência n. 2.**

29. Passou a estar em jogo a própria legitimidade da norma constitucional, que pressupõe, necessariamente, a verificação da "legitimidade através de competências e procedimentos" de acordo com a lição de J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional, Almedina, 5a. ed., 1991, pg. 116/117):

*"Nos debates mais recentes, a teoria da legitimidade científico-espiritual tem sido acusada de estar ligada a uma ordem dos valores que corre sempre o risco de ser, deliberada ou de forma encapuçada, uma ordem "fechada" e "totalizante" de alguns valores, heterónoma e autoritativamente impostos como a "verdade" ou a "justiça" do "mundo dos homens". **Daí a proposta actual legitimada através de competências e procedimentos.** Em vez de se insistir na legitimidade através da "verdade" ou dos "valores", sempre susceptíveis de se tornarem integracionistas e totalizantes, e, ao mesmo tempo, de sofrerem erosão progressiva quanto à sua credibilidade, a **legitimidade deve resultar das competências de decisão e do procedimento.** As linhas ou padrão de conduta incorporadas numa constituição não são "aceites" por serem intrinsecamente justas; elas são aceites como "legítimas" porque são o resultado de um poder constituinte revelado através dum procedimento constituinte típicos de um "sistema jurídico" funcionalmente ordenado."*

30. Salvo melhor juízo, será a primeira vez que esse eg. Supremo Tribunal Federal examinará a constitucionalidade de uma norma em razão dessa modalidade de vício -- corrupção dos membros do parlamento -- ocorrido no processo legislativo, que resultou na promulgação de uma emenda constitucional.

31. Para as associações autoras, o vício ocorrido no processo legislativo é de tal gravidade que não há como aceitar a validade das normas.

32. Afinal, se o processo legislativo não decorreu do livre convencimento dos membros do parlamento, mas sim do interesse de terceiros que os convenceram a votar de determinada forma por meio de ato criminoso, **mostra-se possível apontar a violação, no processo legislativo, de alguns princípios constitucionais que constituem cláusula pétrea.**

\* \* \*

33. A primeira violação de cláusula pétrea, reside na ofensa ao **princípio da soberania popular**, previsto no parágrafo único do art. 1º, quando estabelece que *"todo o poder emana do povo, que o **exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.**"*

34. A norma constitucional impugnada, que deveria ter sido produzida pelos "representantes eleitos" foi, em verdade, produzida pelos "corruptores ativos" dos "representantes do povo" e igualmente "por eles aprovada" -- os integrantes do Poder Executivo --, na medida em que os "representantes do povo" aprovaram o

projeto de emenda constitucional, mediante pagamento em pecúnia, apenas para atender a vontade do corruptor ativo.

35. A questão não demanda, d.v., maiores debates, porque **o que seria mais difícil de ocorrer, para não dizer impossível, já ocorreu, que foi a prova de que os membros do Congresso votaram a Reforma da Previdência n. 2 em razão de terem sido corrompidos por membros do Poder Executivo.**

36. A partir desse fato incontroverso, não há como aceitar que o princípio da soberania popular, protegido pelo § 4º do art. 60 da CF -- **no ponto em que é exercido de forma indireta**, por meio dos representantes eleitos --, tivesse sido observado.

37. Esse eg. STF já teve a oportunidade de examinar a questão da violação a esse princípio em face do exercício "direto" da soberania pelo povo, na hipótese de plebiscito para consulta sobre o desmembramento do estado-membro e município, oportunidade em que assentou que toda a população do Estado deve ser consultada -- incluindo a do território remanescente -- e não apenas a do território a ser desmembrado (STF, Pleno, ADI 2650, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ. 17.11.11).

*EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei 9.709/98. Alegada violação do art. 18, § 3º, da Constituição. **Desmembramento de estado-membro e município. Plebiscito. Âmbito de consulta. Interpretação da expressão "população diretamente interessada".** População da área desmembranda e da área remanescente. Alteração da Emenda Constitucional nº 15/96: **esclarecimento do âmbito de consulta para o caso de reformulação territorial de municípios.** Interpretação sistemática. Aplicação de requisitos análogos para o desmembramento de estados. **Ausência de violação dos princípios da soberania popular e da cidadania. Constitucionalidade do dispositivo legal.** Improcedência do pedido. (...)6. Ação direta julgada improcedente."*

38. Nesse julgamento concluiu que "a *realização de plebiscito abrangendo toda a população do ente a ser desmembrado não fere os princípios da soberania popular e da cidadania. O que parece afrontá-los é a própria vedação à realização do plebiscito na área como um todo*", vale dizer, conclui que a consulta apenas da população que ocupasse o território a ser desmembrado, violaria o princípio da soberania popular, diante da INEXISTÊNCIA de consulta da população que ocupasse o território remanescente.

39. Ora, **da mesma forma** como esse eg. STF -- na hipótese da manifestação "direta" da soberania popular -- afirmou que somente a consulta feita a toda a população de um Estado, em face da pretensão de desmembramento de parte dele, estará observando corretamente o princípio da soberania popular, **haverá, aqui**, de reconhecer que, no caso sob exame, **não se verificou a existência da manifestação da vontade dos parlamentares na votação da Reforma da Previdência n. 2**, já que os votos proferidos **representaram a vontade do agente corruptor**.

40. É certo que o membro do parlamento, no exercício do mandato que lhe foi conferido, pode votar pela aprovação ou rejeição de qualquer projeto de lei ou de emenda constitucional, explicitando ou não a sua motivação, porque o mandato representativo é geral, livre e irrevogável e não comporta ratificação na lição de José Afonso da Silva. Está autorizado, pois, a votar de acordo com sua consciência (Curso de Direito Constitucional Positivo, RT, 6a. ed., 1990, pg. 123, título "do princípio democrático e garantia dos direitos fundamentais):

*"É livre, porque o representante não está vinculado aos seus eleitores, de quem não recebe instrução alguma, e se receber não tem obrigação jurídica de atender, e a quem, por tudo isso, não tem que prestar contas, juridicamente falando, ainda que politicamente o faça, tendo em vista o interesse na reeleição. Afirma-se, a propósito, que o exercício do mandato decorre de poderes que a Constituição confere ao representante, que lhe garante a autonomia da vontade, sujeitando-se apenas aos ditames de sua consciência".*

41. No entanto, a partir do momento em que se faz a prova de que ele votou determinado projeto de lei em razão de ato criminoso -- corrupção -- tal voto não poderá ser tido como válido, porque **não está de acordo com sua consciência, mas sim com a consciência do corruptor**.

42. **O voto do membro do parlamento, no caso, é tão inválido quanto seria diante de algum outro crime do qual ele fosse vítima, como o da violência ou grave ameaça para votar em determinado sentido.**

43. Não é por outra razão que a Lei de Crimes de Responsabilidade (n. 1.079) previu, como hipótese de **crime contra "o livre exercício dos poderes constitucionais"** a conduta de *"usar de violência ou ameaça contra algum representante da Nação para afastá-lo da Câmara a que pertença ou para coagi-lo no modo de exercer o seu mandato"* equiparando-a à conduta de **"conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção"**, como se pode ver do item 2, do art. 6º:

#### CAPÍTULO II

##### DOS CRIMES CONTRA O LIVRE EXERCÍCIO DOS PODERES CONSTITUCIONAIS

Art. 6º São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos poderes legislativo e judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados:

(...)

2 - usar de violência ou ameaça contra algum representante da Nação para afastá-lo da Câmara a que pertença ou para coagi-lo no modo de exercer o seu mandato bem como conseguir ou tentar conseguir o mesmo objetivo mediante suborno ou outras formas de corrupção".

44. Em verdade, a **obtenção de uma maioria no parlamento, por meio de ato criminoso**, d.v., assemelha-se até mesmo à hipótese do vedação temporal circunstancial de reforma da Constitucional contida no § 1º do art. 60 da CF, segundo o qual, *"a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio"*.

45. Realmente, diante dessas situações de fato -- intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio -- deve-se considerar a existência de uma presunção de ausência de liberdade ou de ausência de uma garantia plena do parlamento.

46. Diante da indagação sobre **"qual o fundamento da proibição de emenda da Constituição na vigência do estado de sítio"**, responde J. Cretella Jr (Comentários à Constituição de 1988, Forense Universitária, 2a. ed., 1992, vol. V, pg. 2725) afirmando que **"durante a vigência do estado de sítio ficam suspensas as garantias constitucionais, aumentam os poderes do chefe do executivo e, nesse caso, os parlamentares acabam por perder a objetividade nas discussões e votações"**.

47. Se no caso sob exame a conduta dos parlamentares se subsume à hipótese de um dos crimes contra o livre exercício dos poderes constitucionais", parece evidente que a Reforma da Previdência n. 2 se deu de forma viciada, contrária ao art. 60, § 1º, da CF.

48. Afinal, naquele espaço de tempo -- de tramitação do processo legislativo da PEC n. 40/2003 -- integrantes do Poder Executivo estavam cooptando por meio de ato tipificado como crime membros do Poder Legislativo para votar a Reforma da Previdência n. 2.

\* \* \*

49. **O segundo fundamento**, imbrincado com o primeiro, decorre da não observância da norma constitucional que exige **a dupla votação e aprovação em cada casa do parlamento**, das Emendas Constitucionais, conforme previsto no § 2º do art. 60:

*Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*

*(...)*

*II - do Presidente da República;*

*(...)*

*§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.*

50. Com efeito, se já é certo que a Reforma da Previdência levada a efeito por meio da PEC 40/03, que resultou na promulgação da EC n. 41/03, somente foi aprovada em razão da "corrupção" de "membros do Poder Legislativo" por "integrantes do Poder Executivo", não há como deixar de reconhecer que **a EC n. 41/03 reflete a vontade exclusiva do Poder Executivo**, pois a PEC 40/03 foi apresentada pelo Presidente da República e, ato seguinte, aprovada "formalmente" por "membros do Poder Legislativo" corrompidos por "integrantes do Poder Executivo" para aprová-la.

51. Logo, a EC n. 41/2003 reflete a vontade exclusiva do Poder Executivo, diante da afirmação desse eg. STF, no julgamento da AP n. 470, que a corrupção perpetrada contra os membros do Congresso Nacional se deu por parte de integrantes do Poder Executivo para o fim de obter uma maioria no Parlamento e, assim, poder aprovar as matérias do seu interesse.

52. Por mais que o resultado da votação tenha sido o de aprovação da PEC n. 40/2003, diante da existência do crime de corrupção, não se pode afirmar que teria se dado a expressão da efetiva vontade do Parlamento.

53. Tem aplicação no caso sob exame um precedente desse eg. STF, no qual o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei por vício formal, recusando a existência de um fato posterior que pudesse sanar o vício existente.

54. Com efeito, diante de uma lei, cuja competência de iniciativa seria do Poder Executivo mas que tivera início no Poder Legislativo, entendeu esse eg. STF que o fato de ter sido objeto de sanção posterior pelo Poder Executivo -- ou seja, de manifestação de vontade expressa do Poder Executivo concordando com a lei que tivera início no Poder Legislativo -- , não seria a sanção posterior capaz de afastar vício formal existente na origem. Senão vejamos:

*"E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PROMOÇÃO DE PRAÇAS DA POLÍCIA MILITAR E DO CORPO DE BOMBEIROS - REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS - PROCESSO LEGISLATIVO - INSTAURAÇÃO DEPENDENTE DE INICIATIVA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - DIPLOMA LEGISLATIVO ESTADUAL QUE RESULTOU DE INICIATIVA PARLAMENTAR - USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA - SANÇÃO TÁCITA DO PROJETO DE LEI - IRRELEVÂNCIA - INSUBSISTÊNCIA DA SÚMULA Nº 5/STF - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL - EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. OS PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROCESSO LEGISLATIVO IMPÕEM-SE À OBSERVÂNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS. - O modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Constituição da República, impõe-se, enquanto padrão normativo de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-membros. Precedentes. - A usurpação do poder de instauração do processo legislativo em matéria constitucionalmente reservada à iniciativa de outros órgãos e agentes estatais configura transgressão ao texto da Constituição da República e gera, em consequência, a inconstitucionalidade formal da lei assim editada. Precedentes. **A SANÇÃO DO PROJETO DE LEI NÃO CONVALIDA O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE RESULTANTE DA USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA.** - A ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubstância da Súmula nº 5/STF. Doutrina. Precedentes. (...). (STF,Pleno, ADI 2867, Min. Celso de Mello, dj. 09.02.07)*

52. Ora, assim como esse eg. STF afirmou que "*a sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa*" poderá dizer no caso sob exame, que a promulgação da EC 41 não foi capaz de convalidar o vício decorrente da usurpação da consciência dos parlamentares -- decorrente da corrupção já reconhecida e declarada --, no processo de votação ocorrido no Parlamento pertinente à Reforma da Previdência 2.

53. Realmente, a situação aqui é mais grave do que no precedente, porque **não há, no caso, sequer alguma manifestação de vontade livre por parte dos membros do Poder Legislativo, no processo legislativo que resultou na EC 41,** que pudesse ser invocada para validar a votação viciada ocorrida.

54. A votação continua maculada. Só houve a manifestação de vontade do Poder Executivo, quer na remessa da PEC n. 40/2003, quer na votação da mesma, por meio da "maioria comprada" do Parlamento.

55. Diante da prova da corrupção dos membros do Parlamento, não há como aceitar que tivesse ocorrido, de forma válida, a observância do procedimento previsto no § 2º do art. 60 da CF.

56. **A falta de votação válida assemelha-se à ausência de votação,** que poderia estar materializada em uma Ata de Votação que não refletisse a realidade da Sessão de Votação.

57. Aliás, assim entendeu o Min. Carlos Britto ao votar na ADI n. 4425 que impugna a EC n. 62/99, como se pode ver da notícia divulgada no Informativo n. 643:

*TÍTULO: Precatório: regime especial e EC 62/2009 - 3 PROCESSO ADI 4425*  
*Inicialmente, **em face da inobservância do devido processo legislativo (CF, art. 60, § 2º), o relator acolheu a alegação de inconstitucionalidade formal da referida emenda. Asseverou que a exigência de 2 turnos para a apreciação do projeto de emenda constitucional não teria sido cumprida, dado que a proposta fora aprovada no mesmo dia, com discussão, votação, rediscussão e nova votação do projeto em menos de 1 hora. Advertiu que o artifício de abrir e encerrar, numa mesma noite, sucessivas sessões deliberativas não atenderia ao requisito da realização de segunda rodada de discussão e votação, precedida de razoável intervalo, em fraude à vontade objetiva da Constituição. Em seguida, procedeu ao exame dos pretensos vícios de inconstitucionalidade material. ADI 4357/DF, rel. Min. Ayres Britto, 6.10.2011.***



58. Da mesma forma que se assinalou que teria ocorrido "*fraude à vontade objetiva da Constituição*", em razão do "*artifício de abrir e encerrar, numa mesma noite, sucessivas sessões deliberativas*" "*com discussão, votação e rediscussão em nova votação do projeto em menos de 1 hora*", aqui, d.v., houve fraude à vontade objetiva da Constituição, **em razão do "artifício" promovido pelo Poder Executivo de corromper membros do Poder Legislativo para que viessem a votar e aprovar a PEC n. 40/2003.**

59. E a fraude à vontade objetiva da Constituição se mostra mais evidente, desculpe-se pela repetição, em razão de haver expressa previsão legal "***dos crimes contra o livre exercício dos poderes constitucionais***", quando a Lei de Crimes de Responsabilidade estabeleceu como conduta reprovável, a de conseguir ou tentar conseguir, mediante suborno ou outra forma de corrupção do parlamentar, o "*modo de exercer o mandato*".

60. Sem a correta observância do processo legislativo previsto no § 2º do art. 60, não há como salvar a EC n. 41/2003, pelo menos na parte que toca à Reforma da Previdência n. 2.

\* \* \*

61. **O terceiro fundamento** apresentado pelas autoras da ação, para demonstrar o vício de inconstitucionalidade formal da EC 41/2003, decorre do fato de que a sua aprovação -- o processo legislativo -- **se deu em flagrante violação ao princípio da moralidade, considerado cláusula pétrea da Constituição Federal**, nos termos da jurisprudência dessa eg. Corte.

62. Não desconhecem as autoras que no passado essa eg. Corte recusava a alegação de inconstitucionalidade da norma por ofensa exclusiva ao princípio da moralidade, como se deu no julgamento da ADI n. 2306, tanto da medida cautelar, como do pedido final.

63. Passados, porém, mais de cinco (5) anos -- de 2002 a 2007 --, voltou esse eg. STF a apreciar a questão da violação ao princípio da moralidade por parte de uma lei estadual que concedia subsídio aos Governadores do Estado do Mato Grosso do Sul, como se pode ver da ementa do acórdão:

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2006, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. ACRÉSCIMO DO ART. 29-A, CAPUT e §§ 1º, 2º E 3º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO SUL-MATO-GROSSENSE. INSTITUIÇÃO DE SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO AOS EX-GOVERNADORES DAQUELE ESTADO, DE NATUREZA IDÊNTICA AO PERCEBIDO PELO ATUAL CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. GARANTIA DE PENSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, NA METADE DO VALOR PERCEBIDO EM VIDA PELO TITULAR. 1. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em 'caráter permanente', receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. 2. **No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro**, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 3. Conquanto a norma faça menção ao termo 'benefício', não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público. 4. **Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República)**. 5. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. (ADI 3853, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2007, DJe 26-10-2007 DJ 26-10-2007 PP-00029 EMENT VOL-02295-04 PP-00632 RTJ VOL-00203-01 PP-00139)*

64. Nesse julgamento, esse eg. STF evoluiu para **admitir a verificação da violação ao princípio da moralidade por parte da lei**, como se pode ver do voto que prevaleceu no julgamento da ADI n. 3.853:

*Min. Cármen Lúcia:*

*“(…) também obriga a todos, na forma republicana de governo, o princípio da moralidade pública. Ao direito do cidadão ao governo ético impõe-se ao juiz, ao administrador e ao legislador o dever da moralidade pública, que há de perpassar e informar todos os seus atos.*

*Desde a antiguidade se observa, consoante ensina, dentre outros, Gustav Radbruch que uma lei que contravenha os princípios básicos da moralidade não é direito, ainda que formalmente válida (In Princípios Constitucionais da Administração Pública, p. 181).*

*O conteúdo do princípio da moralidade põe-se no sentido de ser a norma ou o comportamento administrativo tendente a realizar interesse público específico, objetivamente determinado.*

65. No debate que se seguiu esse eg. STF fixou a **possibilidade de examinar a violação ao princípio da moralidade por parte da lei, desde que vinculado a outra(s) violação(ões) e não isoladamente**, como se pode ver dos votos proferidos:

*Gilmar Mendes:*

**“A mim me preocupa, na verdade – só também para efeitos de nota mnemônica -, a invocação do princípio da moralidade. Realmente, fico muito preocupado – já falei isso quando discutimos a questão da anistia – que comecemos a invocar o princípio da moralidade como parâmetro de controle, porque sabemos onde começa e não sabemos onde termina em termos de atividade jurisdicional constitucional, mas isso será objeto das discussões quando o Min. Eros Grau trazer o seu voto.”**

*Min. Eros Grau:*

**“Isso bem ponderado, compreenderemos perfeitamente esteja confinado, o questionamento da moralidade da Administração - e dos atos legislativos -- nos lindes do desvio de poder ou de finalidade. Qualquer questionamento para além desses limites estará sendo postulado no quando da legalidade pura e simples. Essa circunstância é que explica e justifica a menção, a um e a outro princípio, na Constituição e na legislação infraconstitucional. Permitam-me que insista neste ponto: a moralidade da Administração – e da atividade legislativa, se a tanto chegarmos -- apenas por ser concebida por referência à legalidade. (...) E como não seria exigível a demonstração, pelo legislador, da moralidade de sua ação - ao contrário, a quem impugna o texto normativo incumbiria demonstrar que o texto consubstancia devido de poder ou de finalidade -- não vejo como, também desde essa perspectiva, sustentar-se a inconstitucionalidade dos preceitos impugnados.”**

*Min. Gilmar:*

**“De toda forma, creio que o ponto que merece uma reflexão pormenorizada do Tribunal diz respeito à alegada violação ao princípio da moralidade. Isso porque, como já deixei consignado em voto proferido na ADI 1.231/DF, o princípio da moralidade não pode servir, isoladamente, de parâmetro de controle abstrato da constitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador democrático. Alio-me, neste ponto, ao entendimento de Sepúlveda Pertence, também já declarado em outras ocasiões neste Tribunal, de que a moralidade pura e simples não pode ser condição determinante da inconstitucionalidade de uma lei. Certamente, o Tribunal não pode se ater unicamente à fluidez de conceito de moralidade para anular atos do Poder Legislativo. Seguindo esse mesmo entendimento, o Ministro Eros Grau, em seu voto, bem acentuou que “o conteúdo do princípio da moralidade há de ser encontrado no interior do próprio direito” Deixei-se claro, todavia, que não quero com isto defender uma rígida separação entre Direito e Moral, própria de um positivismo formalista. Desde seu primeiro incurso na doutrina administrativista de Maurice Hauriou (Précis de Droit Administratif et de Droit Public. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey; 1927), o princípio da moralidade traduz a idéia de que sob o ato jurídico-administrativo deve existir um substrato moral, que se torna essência de sua legitimidade e, em certa medida, condição e sua validade.**

*Intento apenas alertar o Tribunal para o problema da declaração de nulidade de uma norma sob o único argumento de que é imoral ou, melhor dizendo, de que afronta uma indefinida moral pública. Entendo que, neste caso, estaríamos a penetrar indevidamente no juízo político e ético do legislador e, conseqüentemente, a estabelecer uma indesejável vinculação do Direito à Moral, que seria muito cara à própria democracia, cuja essência está no pluralismo de valores éticos; pluralismo este declarado como “valor supremo” no preâmbulo da Carta de 1988.*

*Evidente, por outro lado, que o tema pode ser devidamente densificado, tendo em vista outro parâmetros, como o princípio da proporcionalidade, o **princípio da não-arbitrariedade da lei**, e o próprio princípio da isonomia. O princípio da moralidade, portanto, para funcionar como parâmetro de controle em abstrato de constitucionalidade, deve vir aliado a outros princípios fundamentais, dentre os quais assumem relevância aqueles que funcionam como diretriz para a atuação da Administração Pública.”*

66. Esse entendimento ficou claro especialmente nos votos dos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes.

67. Para julgar a ação de inconstitucionalidade “improcedente” afirmou o Min. Eros Grau que *“como não seria exigível a demonstração, pelo legislador, da moralidade de sua ação”, caberia, “ao contrário, a quem impugna o texto normativo incumbiria demonstrar que o texto consubstancia devido de poder ou de finalidade.”*

68. Ora, no caso sob exame, já há o reconhecimento do desvio de finalidade da conduta dos membros do parlamento no processo legislativo, na medida em que essa eg. Corte considerou que a Reforma da Previdência n. 2 somente restou vitoriosa no Parlamento em razão da “corrupção” perpetrada pelos integrantes do Poder Executivo. Então, já está demonstrada e comprovada a imoralidade da conduta dos membros do Parlamento no processo legislativo, tal como exigia o Min. Eros Grau.

69. Veja-se, ainda, que **o Min. Gilmar Mendes**, diante do “*problema da declaração de nulidade de uma norma sob o único argumento de que é imoral ou, melhor dizendo, de que afronta uma indefinida moral pública*” -- porque “*neste caso, estaríamos a penetrar indevidamente no juízo político e ético do legislador e, conseqüentemente, a estabelecer uma indesejável vinculação do Direito à Moral*” -- **concluiu** no sentido de que **“o tema pode ser devidamente densificado, tendo em vista outro parâmetros, como o princípio da proporcionalidade, o princípio da não-arbitrariedade da lei, e o próprio princípio da isonomia. O princípio da moralidade, portanto, para funcionar como parâmetro de controle em abstrato de constitucionalidade, deve vir aliado a outros princípios fundamentais, dentre os quais assumem relevância aqueles que funcionam como diretriz para a atuação da Administração Pública”**

70. Recusou o Min. Gilmar Mendes a possibilidade de se estabelecer, como parâmetro de controle de constitucionalidade das leis, apenas o princípio da moralidade, de forma isolada, mas admitiu que tal violação poderia ser verificada em conjunto com outros princípios constitucionais.

71. Até porque, fez questão de deixar claro que *“o princípio da moralidade traduz a idéia de que sob o ato jurídico-administrativo deve existir um substrato moral, que se torna essência de sua legitimidade e, em certa medida, condição e sua validade.*

72. **Nenhum desses entendimentos** -- rigorosos para admitir o princípio da moralidade como parâmetro de controle de constitucionalidade das leis -- **se mostram colidentes** com a pretensão veiculada no caso sob exame, porque, aqui, já se tem a prova de que a lei (a EC n. 41/2003) decorreu de um processo legislativo fraudado por ato criminoso.

73. Como demonstrado anteriormente, a conduta dos parlamentares “corrompidos” está prevista não apenas no Código Penal, mas igualmente na Lei de Crimes de Responsabilidade, no capítulo intitulado **“dos crimes contra o livre exercício dos poderes constitucionais”**, quando essa estabeleceu como conduta reprovável, a de conseguir, mediante suborno ou outra forma de corrupção do parlamentar, o “modo de exercer o mandato” (art. 6º, número 2).

74. No caso sob exame, é importante destacar, nenhum dos membros do parlamento que foram réus na AP 470, pelo que se sabe, teriam respondido algum processo por infração à Lei de Improbidade.

75. Esse fato não impede, porém, que essa eg. Corte possa, a partir do julgamento ocorrido na AP n. 470, verificar que a conduta ocorrida no processo legislativo que resultou na EC n. 41/03 está, efetivamente, violando o princípio da moralidade, em razão do descumprimento da Lei de Crimes de Responsabilidade.

76. E se houve a conduta criminosa prevista no item 2, do art. 6º da Lei dos Crimes de Responsabilidade, dúvida não pode haver que houve, também, a violação ao princípio da moralidade no processo legislativo que culminou com a aprovação da EC n. 41/2003.

77. Estando a alegação de violação ao princípio da moralidade, que constitui cláusula pétrea, atrelada a violação de outros princípios constitucionais, restará facultado a essa eg. Corte acolher a presente ação quanto a esse fundamento de inconstitucionalidade por vício formal, tal como tem admitido a recente jurisprudência do Tribunal.

\* \* \*

78. Todas essas violações, examinadas em conjunto, acabam por configurar ainda o **quarto fundamento**, pertinente à violação ao devido processo legal (art. 5º, LV) -- que o processo legislativo deve observar -- decorrente do poder arbitrário do Poder Executivo que, não satisfeito com todas as hipóteses previstas na Constituição para interferir na produção legislativa, valeu-se de seus agentes para praticar conduta criminosa visando a aprovar proposta de emenda constitucional do seu particular interesse.

79. A EC n. 41 **traduz o exercício arbitrário da vontade do Poder Executivo**, que **depois de encaminhar o Projeto** de Emenda Constitucional, **corrompeu membros do Congresso Nacional** para obter sua aprovação, sem o que não teria conseguido obtê-la.

80. Ademais, se o processo legislativo foi fraudado por meio de uma conduta criminosa, não há como negar que se deu a **violação ao devido processo legal no seu sentido material**, não em razão da norma produzida, do seu teor, mas sim do meio empregado no processo legislativo para que a norma viesse a ser aprovada.

81. A observância do devido processo legal, no seu sentido substantivo ou material visa exatamente a permitir o controle do arbítrio do poder legiferante.

82. No caso sob exame, diante da incerteza quanto a aprovação da PEC n. 40/2003 no Congresso Nacional, valeu-se o Poder Executivo de meios criminosos para obter a referida aprovação, fato esse que configura a violação ao devido processo legal considerado nele o devido processo legislativo.

**IV - A ALTERAÇÃO DO TEXTO DO § 15º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO NÃO FOI SUFICIENTE PARA AFASTAR A EXIGÊNCIA DE UMA LEI COMPLEMENTAR "ESPECIAL" DESTINADA A DISPOR SOBRE O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DE NATUREZA PÚBLICA PARA OS SERVIDORES**

83. Diante da possibilidade de essa eg. Corte não acolher a alegação do vício de inconstitucionalidade formal, cumpre às associações autoras, com base no princípio da eventualidade, sustentar que **a nova redação dada pela EC n. 41/2003 ao § 15º do art. 40 da CF, não se mostrou suficiente para o fim de afastar a exigência da edição de uma lei complementar especial**, destinada a dispor sobre as regras gerais do regime de previdência complementar de natureza pública para os servidores públicos, em especial para os magistrados.

84. Com efeito, a **possibilidade de instituição de um regime de previdência complementar para os servidores públicos** foi introduzida na Constituição Federal por meio da EC n. 20, ao inserir os §§ 14, 15 e 16 no art. 40, com a seguinte redação:

*§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)*

*§ 15 - **Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.***

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

85. Quando foi editada a EC n. 20, **previa-se, no § 15º, a necessidade de uma lei complementar especial para dispor sobre tal regime de previdência complementar** dos servidores públicos, observado o disposto no art. 202 da CF.

86. Estava claro, portanto, que a eventual instituição da previdência complementar de natureza pública para os servidores públicos, estava condicionada à prévia edição de uma lei complementar especial, que deveria observar o disposto no art. 202 da CF.

87. Ocorre que **o legislador constituinte -- aquele que se corrompeu para aprovar a Reforma da Previdência --**, alterou a redação do texto do § 15 do art. 40, por meio da EC n. 41/03, de sorte a "aparentemente" retirar a exigência da lei complementar especial para dispor sobre o regime de previdência complementar de natureza pública. Senão vejamos o novo texto vigente:

*§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

88. Se o texto originário do § 15º do art. 40 não comportava mais de uma interpretação -- porque era claro ao exigir a edição de uma lei complementar para dispor sobre normas gerais da previdência complementar de natureza pública, que deveria observar o art. 202 da CF --, agora, com a nova redação, **deixou de estar clara essa exigência**, pois nele passou a constar a possibilidade de o Poder Executivo instituir, por meio de lei ordinária, o regime de previdência complementar de natureza pública, observado o art. 202 apenas "no que couber".

89. Teria, portanto, o legislador constituinte, optado por determinar a aplicação "no que couber" das normas gerais pertinentes às "previdência complementar de natureza **privada**" à "previdência complementar de natureza **pública**", que já estariam contempladas, tanto no art. 202 da CF, como nas leis complementares exigidas por esse artigo 202 e nele previstas:

*Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado **por lei complementar**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*



§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 4º **Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive** suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, **enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada**, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 5º **A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias** de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

§ 6º **A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros** das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

90. As autoras não têm como negar que essa foi a intenção do legislador constituinte que elaborou a EC n. 41/2003, vale dizer, a intenção de poder aplicar, ao regime de previdência complementar de natureza pública, as regras já constantes do art. 202 e das leis complementares que o regulamentaram. Basta ver o item 52 da exposição de motivos da PEC 40/03 que resultou na EC n. 41 (EMI n 29-MPS/CCIVIL-PR, de 29.04.2003, doc. 6):

"52. O Texto Constitucional vigente determina a aprovação de uma lei complementar que serviria de marco para a futura previdência complementar dos servidores públicos. **Todavia, após a elaboração e a publicação das Leis Complementares no 108 e 109, em 29 de maio de 2001, esta exigência tornou-se meramente condicionante da implantação dos regimes de previdência complementar, haja vista todos os princípios e normas necessários para a implementação de um sistema de previdência complementar já estarem positivados**, motivo pelo qual a exigência contida na redação atual dos §§ 15 e 16 do art. 40 da Constituição, bem como o art. 10 da Emenda Constitucional no 20, de 15 de dezembro de 1998, resulta desnecessária"

53. **Tal medida visa**, inspirada nos Princípios da Igualdade e da Solidariedade, **homogeneizar os regimes de Previdência Social** existentes no País, em razão de os trabalhadores da iniciativa privada estarem vinculados, obrigatoriamente, ao Regime Geral de Previdência Social gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, cujos benefícios são limitados atualmente a um teto de R\$ 1.561,56 (um mil, quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta e seis centavos) e, a partir deste valor, os que quiserem garantir uma renda maior para sua aposentadoria contribuem, facultativamente, para a previdência complementar. Cabe apontar que a presente Emenda

Constitucional submete a Vossa Excelência a proposta de elevação do teto de benefícios e contribuição do Regime Geral de Previdência Social, o qual serve de referência para a instituição do teto nos regimes próprios do funcionalismo, para R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais) a partir do momento de promulgação desta Emenda.

**54. Os futuros servidores públicos estarão, assim, submetidos a princípios similares aos trabalhadores da iniciativa privada, com o que se cumpre o Programa de Governo de Vossa Excelência, submetido ao sufrágio das urnas em outubro de 2002. Proporciona-se mais racionalidade e equidade ao sistema previdenciário vigente no país, à medida que se desenha uma estrutura igualitária que abrange todos os trabalhadores e, ao mesmo tempo, fortalece um modelo de previdência que tem como corolários, em primeiro lugar a proteção social com base no princípio da solidariedade, bem como a adesão voluntária à previdência complementar, que, ademais, participa da formação de poupança de longo prazo capaz de gerar riquezas e postos de trabalho.**

91. Ocorre que, conforme já decidiu essa eg. Corte em inúmeros julgados, “a *“mens legislatores”* representa fator secundário no processo hermenêutico, pois, neste, o que se mostra relevante é a indagação em torno da *“mens legis”*, vale dizer, a definição exegética do sentido que resulta, objetivamente, do texto da lei (Ag.Rg. no AI 401.338/PE, DJ. 30.05.2011, Ementário 2532, vol. 4, pg. 489).

92. No voto que proferiu nesse precedente, lembrou o Min. Celso de Mello a lição de Geraldo Ataliba sobre o valor (não valor) da *“intenção do legislador”*:

*“Daí a precedente advertência que GERALDO ATALIBA faz em lapidar magistério (“Revisão Constitucional”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 110/87-90, 87):*

*“Em primeiro lugar, o jurista sabe que a eventual intenção do legislador nada vale (ou não vale nada) para a interpretação jurídica. A Constituição não é o que os constituintes quiseram fazer; é muito mais que isso: é o que eles fizeram. A lei é mais sábia que o legislador. Como pauta objetiva de comportamento, a lei é o que nela está escrito (e a Constituição é lei, a lei das leis, a lei máxima e suprema). Se um grupo maior ou menor de legisladores quis isto ou aquilo, é irrelevante, para fins de interpretação. Importa somente o que foi efetivamente feito pela maioria e que se traduziu na redação final do texto, entendido sistematicamente (no seu conjunto, como um todo solidário e incindível) (...).*

*O que o jurista investiga é só a vontade da lei (...)*”

*Em suma: a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu o legislador, pois, em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo (“mens legis”) e o que buscava instituir o seu autor (“mens legislatores”), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica da intenção pessoal do legislador.*

93. Esse entendimento foi utilizado por essa eg. Corte para repelir alegação de validade da *“intenção do legislador constituinte”* (EC 45), pertinente à intenção de atribuir à Justiça Estadual o processo e julgamento das ações que versam sobre indenização por danos morais e morais decorrentes de acidente do trabalho, mas que essa eg. Corte fixou como sendo da competência da Justiça do Trabalho. Veja-se o trecho do voto do Min. Cezar Peluso no Ag.Rg. no RE 503.453/SP:

*“Por fim, no que concerne à alegada intenção do legislador que, com o projeto da emenda constitucional, teria pretendido atribuir à Justiça Estadual o processo e julgamento das ações que versam sobre indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente do trabalho, sufrago o entendimento esposado na decisão do AI 401.337 (Rel. Min. Celso de Mello), que transcrevo na parte que interessa:*

*“É preciso advertir, neste ponto, que a “mens legislatores” representa fator secundário no processo hermenêutico (...)*

*“Na interpretação da lei prevalece a “mens legis” sobre a “mens legislatoris” (RT 305/064, Rel. Min. Aguiar Dias – grifei).*

94. É preciso, assim, no caso sob exame, verificar a “mens legis” que resultou do texto constitucional após a alteração pelo art. 40, § 15, da CF.

95. Pois bem. A partir da alteração do § 15º do art. 40 da CF, pela EC n. 41/2003, **passou a União a compreender que**, se o texto constitucional exigia, expressamente, a edição de uma lei complementar para disciplinar determinada relação jurídica (regime de previdência complementar de natureza pública), mas foi alterado de sorte a não mais exigir uma lei complementar específica e sim a aplicação "no que couber" do art. 202 da CF, que prevê o regime de previdência complementar de natureza privada -- ou seja, uma disciplina de relação jurídica assemelhada -- , **não seria mais exigível a edição de uma nova lei complementar** para dispor sobre as "normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar" de "natureza pública".

96. Na compreensão da União, seriam aplicáveis, no que couber, ao regime de "natureza pública", as regras gerais constantes (a) tanto do art. 202 da CF, (b) como da lei complementar que disciplina o regime de previdência complementar de "natureza privada".

97. A despeito da intenção do legislador -- e a interpretação da *mens legislatores* pode ser útil para informar o processo de compreensão da norma, mas não para determinar a sua exata compreensão -- **é preciso verificar se a alteração produzida** no texto do § 15º do art. 40, pela EC n. 41/2003, **acabou por afastar a exigência da edição de uma lei complementar especial, ou não, foi inócua**, permanecendo necessária a edição dessa lei complementar especial.

98. Se a interpretação da norma levar à compreensão de que subsiste a exigência da edição de uma lei complementar, será necessário que esse STF confira essa interpretação ao § 15º, do art. 40 da CF.

99. No entanto, se a interpretação levar à compreensão de que deixou de haver tal exigência, será necessário que esse eg. STF **verifique se o afastamento da referida exigência não se mostra arbitrário**, violador dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (devido processo legal substantivo), em razão da impossibilidade de aplicação das normas gerais de um regime que se mostra incompatível com o outro para o qual deveriam ser aplicadas as regras do primeiro, no que couber.

\* \* \*

100. É preciso verificar, então, se a alteração levada a efeito pela EC n. 41/2003, no § 15º do art. 40, teria efetivamente afastado da Constituição Federal, a exigência de uma lei complementar para dispor sobre as regras gerais do regime de previdência complementar de natureza pública. Para tanto é necessária a leitura conjunta do § 15º do art. 40 e do art. 202:

*Art. 40. (...)*

*(...)*

*§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

*(...)*

*Art. 202. O regime de previdência **privada, de caráter complementar** e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, **será facultativo**, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado **por lei complementar**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)*

101. Diante desse texto cabe indagar se **a norma do § 15º do art. 40** -- ao prescrever que o regime de previdência complementar, de natureza pública, será instituído por lei de iniciativa do Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber -- **teria determinado a aplicação, no que couber, do art. 202 ou das leis complementares previstas no art. 202 ?**

102. As autoras estão convencidas de que a correta compreensão do novo texto da Constituição Federal é no sentido de que serão aplicáveis, no regime de previdência complementar de natureza pública, APENAS as regras gerais constantes EXCLUSIVAMENTE do art. 202 e seus parágrafos COMPATÍVEIS com o regime de previdência complementar de natureza pública.

103. **Não serão aplicáveis, d.v.,** as Leis Complementares que já foram editadas para regular o regime de previdência complementar de natureza privada, quais sejam, **as Leis Complementares de n 108 e 109.**

104. Ninguém pode negar, porém, que É COMPATÍVEL e, portanto, APLICÁVEL ao regime de previdência complementar de natureza pública, a exigência prevista no art. 202, pertinente à edição de uma lei complementar para dispor sobre as regras gerais.

105. A leitura do art. 202, em face do regime de previdência complementar de natureza pública, **deveria** ser a seguinte:

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

106. Pouco importa que o legislador constituinte tenha pretendido, arbitrariamente, afastar a exigência da edição de uma nova lei complementar, especialmente destinada a dispor sobre regras gerais aplicáveis ao regime de previdência complementar de natureza pública.

107. O que importa é que o texto que resultou da alteração legislativa não permite a interpretação pretendida pela União, que a levou a editar a Lei n. 12.618/2012, sem que tivesse sido editada, antes, uma lei complementar especial.

\* \* \*

108. **A exigência de uma lei complementar especial** para dispor sobre as regras gerais do regime de previdência complementar de natureza pública **não é lúdica ou corporativista ou desnecessária.**

109. Afinal, se a relação jurídica existente entre os servidores públicos e a União é objeto de regência por uma lei própria e especial (Estatuto do Servidor Público - Lei n. 8.211/90) -- os magistrados pela LOMAN -- e a relação jurídica entre os trabalhadores e os empregadores é objeto de regência por uma lei própria e especial (CLT e legislação esparsa para algumas atividades especiais), é porque as situações são tão distintas que exigem tratamento especial por meio de leis igualmente distintas.

110. O mesmo se dá com relação à previdência dos servidores públicos (denominada por Regime Próprio da Previdência dos Social da União), que possui uma Lei Especial (n. 9.717/98) para dispor sobre *"as regras gerais para o organização e o funcionamento dos regime próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do DF e dos Municípios"*, assim como se dá com relação à previdência dos trabalhadores (denominado por Regime Geral da Previdência Social) que também dispõe de uma Lei Orgânica para dispor sobre as normas gerais (Lei n. 8.212/91).

111. Ora, se a distinção entre os regimes dos servidores públicos e trabalhadores privados exigiu leis próprias para dispor sobre o regime de trabalho e igualmente sobre o regime de previdência, o mesmo há de ocorrer na parte que toca à previdência complementar.

112. A exigência de uma lei complementar especial para dispor sobre as normas gerais da previdência complementar de natureza pública é de extrema necessidade, porque o Brasil é composto por mais de 5 mil municípios (5.564), 26 Estados, um Distrito Federal e a União.

113. Ninguém, em sã consciência, pode imaginar a quantidade de leis que serão editadas, diante de um quadro de absoluta e manifesta incerteza sobre o quê poderá dispor cada lei desses entes da Federação, destinados à criação de uma entidade de previdência complementar de natureza pública.

114. Aliás, é possível supor, a partir de uma informação constante de trabalho doutrinário publicado pelo Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, intitulado "Previdência Complementar dos Servidores Público", no qual o autor aponta para a existência de 1.874 Municípios que oferecem regime próprio de previdência, aos quais devem ser somados os dos Estados, do Distrito Federal e da União. Senão vejamos (Consultor de Orçamentos Fernando B. Meneguim, doc. 7):

*A previdência dos servidores públicos é um ponto relevante para todo gestor público, independentemente de estar na esfera federal, estadual ou municipal.*

*Para se ter idéia da dimensão do tema, além da União, do Distrito Federal e de todos os estados da Federação, 1.874 municípios oferecem regime próprio de previdência social (RPPS) para seus servidores. Em dezembro de 2008, foram contabilizados 9.280.366 servidores públicos ativos, inativos e pensionistas filiados a algum regime próprio. No ano de 2009, o montante da receita previdenciária desses regimes foi de R\$ 43,4 bilhões e o montante da despesa previdenciária foi de R\$ 67,2 bilhões, tendo, conseqüentemente, como resultado previdenciário o déficit de R\$ 23,8 bilhões.<sup>3</sup> Muitas mudanças foram empreendidas no âmbito da previdência do setor público desde a proclamação da Constituição Federal em 1988. No entanto, talvez a mais importante, que trará maiores efeitos no longo prazo, virá com a criação futura dos regimes de previdência complementar dos servidores.*

*Essa possibilidade surgiu com a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, que estipulou que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíssem fundos de previdência complementar, poderiam fixar o mesmo teto do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) para as aposentadorias e pensões a serem concedidas a seus servidores.*

115. Sem a edição de uma lei complementar especial, para dispor sobre as regras gerais do regime de previdência complementar de natureza pública, é possível supor -- e o argumento é *ad terrorem* -- que diante de qualquer desvio do legislador municipal ou estadual, a lei será questionada perante esse eg. STF para dizer se foi aplicado corretamente, no que couber, a regra do art. 202 da CF.

116. Exigindo-se a lei complementar especial, para dispor sobre regras gerais do regime de previdência complementar de natureza pública, o eventual desvio da lei municipal ou estadual, implicará, eventualmente, na violação dessa lei complementar e não na violação da Constituição Federal.

\* \* \*

117. Acresce que, sendo certa a existência mais de uma interpretação em face do § 15º do art. 40 da CF, haverá essa eg. Corte de lhe conferir a interpretação que seja consentânea com os princípios e demais dispositivos da própria Constituição.

118. Carece, pois, a referida norma, de uma interpretação conforme às demais normas da Constituição Federal, diante das duas interpretações possíveis -- uma de que teria deixado de exigir a edição de uma lei complementar para dispor sobre o regime de previdência complementar de natureza pública e outra de que continuaria exigindo a edição dessa lei complementar especial --, para o fim de fixar que subsiste a necessidade de edição de uma lei complementar especial que disporá sobre o regime de previdência complementar de natureza pública.

119. Isso, porque, a redação atual do § 15 do art. 40 da CF, ao estabelecer que o regime de previdência complementar de natureza pública, previsto no § 14 do art. 40 da CF, deverá observar “no que couber” o art. 202 da CF -- que trata de forma especial a previdência complementar de natureza privada -- somente pode ser interpretado no sentido de exigir uma lei complementar especial, como previsto no *caput* do art. 202, e não a aplicação das Leis Complementares já existentes, que estão disciplinando a previdência complementar de natureza privada.

120. Afinal, sem a edição de uma lei complementar especial para disciplinar a previdência complementar de natureza pública, haverá uma grande insegurança jurídica na criação de centenas ou milhares de entidades de previdência complementar pela União, Estados e Municípios, diante da incerteza sobre quais normas atualmente existentes -- pertinentes à previdência complementar de natureza privada -- seriam aplicáveis ou não ao regime de previdência complementar de natureza pública.

**V - SITUAÇÃO PECULIAR DOS MAGISTRADOS, PORQUE O ART. 93, VI, DA CF, É NORMA VOLTADA PARA O LEGISLADOR COMPLEMENTAR. APÓS A EC N. 20/98, SOMENTE LEI COMPLEMENTAR PODE DISPOR SOBRE O ASSUNTO**

121. Conforme anunciado no primeiro capítulo da presente ação, ainda que pudesse ser autorizada a instituição de entidade de previdência complementar para os servidores públicos, por lei de iniciativa do Poder Executivo -- como passou a dispor o § 15 do art. 40 da CF -- tal entidade não poderia alcançar a magistratura, porque, nos termos do art. 93, VI, da CF, compete a esse eg. STF a iniciativa de lei complementar que disporá sobre a previdência dos magistrados.



122. Esclarecem as autoras -- AMB e ANAMATRA -- que a presente ação não pressupõe qualquer incompatibilidade com a pretensão deduzida, respectivamente, nas ADIs de n. 3308, 3363, 4802, e 4803, na quais impugnaram a reforma implementada pela EC n. 20/98, no ponto em que se deu a alteração do inciso VI, do art. 93 da CF.

Redação original do inciso VI do art. 93 da CF:

*Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)*

*VI - a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura;*

Redação dada pela EC n. 20/98:

*Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)*

*VI - a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40;*

123. É que, enquanto não julgadas as referidas ações, subsiste integra a redação dada pela EC n. 20/98 ao inciso VI, do art. 93 da CF.

124. Importa esclarecer que nas ADIs 3308 e 4802 as associações de magistrados estão questionando o vício formal da EC n. 20/98, no ponto em que se deu a aprovação exclusivamente do texto do inciso VI, do art. 93 da CF.

125. Sustentam as associações que não houve a votação do texto aprovado na forma prevista no § 4º do art. 60 da CF, uma vez que ocorreu uma alteração da redação quando da votação no Senado Federal.

126. O texto que havia sido aprovado continha, na parte final da norma, a expressão "no que couber". Deu-se amplo debate no Senado Federal sobre a possibilidade de aprovar a nova redação sem a expressão "no que couber". A parte majoritária dos Senadores compreendia que estaria havendo uma alteração apenas da redação, sem mudança do sentido da norma. A parte minoritária, compreendia que alteração da redação implicava mudança substancial da norma.

127. Ainda que a "*mens legislatores*" não deva ser a fonte própria para a melhor exegese da lei -- e não é, conforme mencionado anteriormente -- a partir desse debate é possível afirmar **que a validade formal do texto vigente** do inciso VI, do art. 93, da CF **depende da compreensão de que o art. 40 somente pode ser aplicado à magistratura "no que couber"**.

128. Então, por mais que os magistrados estejam sendo submetidos ao regime previdenciário dos demais servidores públicos (o regime próprio), previsto no art. 40, da CF, desde a alteração promovida pela EC 20, é preciso deixar claro que isso não poderia estar ocorrendo.

129. Tome-se a título de exemplo as normas introduzidas no art. 37, XI, 39, § 4º e inciso V, do art. 93, da CF -- referente ao regime remuneratório da magistratura --, que são da mesma natureza da norma introduzida no inciso V, também do art. 93, da CF, mas pela EC n. 19.

130. Essas normas, foram consideradas por esse STF como normas de eficácia contida, como se pode ver do seguinte precedente, dentre os vários existentes (STF, Pleno, AO 584, Min. Maurício Corrêa, DJ. 27.06.03):

*"EMENTA: AÇÃO ORIGINÁRIA. REMUNERAÇÃO DOS MAGISTRADOS. EC 19/98. DISCIPLINA DO ARTIGO 39, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUBSÍDIO DOS MINISTROS DO STF, DE INICIATIVA QUÁDRUPLA (CF, ARTIGO 48, XV). TETO. EFICÁCIA CONTIDA DOS ARTIGOS 37, XI, E 39, § 4º, DA CARTA DA REPÚBLICA. PREVALÊNCIA DA REGRA GERAL QUE VEDA A VINCULAÇÃO DE VENCIMENTOS. EXIGÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA. AJUSTE ARITMÉTICO PARA FIXAR-SE ADMINISTRATIVAMENTE O SUBSÍDIO. INCONSTITUCIONALIDADE. CARÁTER NACIONAL DO PODER JUDICIÁRIO. APARENTE ANTINOMIA EM FACE DA AUTONOMIA DAS UNIDADES FEDERADAS. 1. Remuneração dos magistrados na vigência da EC 19/98. Regência do § 4º do artigo 39, com remissão ao artigo 37, X e XI, da Constituição Federal: parcela única em forma de subsídio, exigência de lei específica e teto correspondente ao valor devido aos Ministros do STF. 2. **A nova estrutura judiciária nacional (CF, artigo 93, V), criou ampla vinculação, embora indireta, entre toda a magistratura, independentemente do nível organizacional, se federal ou estadual. Antinomia apenas aparente, em face da autonomia dos Estados-membros, por força do constituinte derivado.** 3. **O sistema de subsídio instaurado pela EC 19/98 somente terá eficácia após a edição da lei de iniciativa dos Presidentes da República, do Senado, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal (CF, artigo 48, XI).** 4. **Enquanto não editada a lei de iniciativa quádrupla, prevalece a regra geral que veda a vinculação de vencimentos, exceção feita apenas aos limites da própria carreira, que, no nível federal, se encerra nos Tribunais Regionais e, no estadual, nos Tribunais de Justiça.** 5. Qualquer reajuste administrativo da remuneração dos magistrados viola a Constituição, quer no regime anterior, quer após a EC 19/98. Segurança denegada.*

131. O raciocínio que foi adotado por esse STF em face dos arts. 37, XI, 39, § 4º e inciso V, do art. 93, da CF, tem aplicação em face do inciso VI do art. 93 da CF.

132. Com efeito, assim como o novo regime remuneratório da magistratura, previsto no art. 37, XI, 39, § 4º e inciso V, do art. 93, da CF, somente veio a se tornar eficaz em 2005 -- portanto, 7 anos depois, e só após ser promulgada a EC 41, que alterou o inciso XV, do art. 48, pertinente a iniciativa da lei dos subsídios dos Ministros do STF, de forma a permitir que legislador federal editasse a Lei n. 11.143/2005 que pela primeira vez fixou o valor dos subsídios dos Ministros do STF --, também o novo regime de aposentadoria, previsto no inciso VI, do art. 93, da CF, somente poderia se tornar válido e eficaz quando viesse a ser editado o novo Estatuto da Magistratura.

133. Essa afirmação tem por premissa não apenas a jurisprudência formada em torno da interpretação dos arts. 37, XI, 39, § 4º e inciso V, do art. 93, da CF -- cuja exegese mostra-se aplicável ao inciso VI, do art. 93 --, como principalmente os fundamentos lançados pelos Ministros desse eg. STF quando do julgamento da ADI n. 1.878, na qual foi questionada a constitucionalidade da lei federal n. 9.528/97, que veio a disciplinar o regime de aposentadoria dos juízes classistas da Justiça do Trabalho em decisão assim ementada (STF, Pleno, ADI n. 1878/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ. 07.11.03):

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 5º, CAPUT E § 1º DA LEI Nº 9.528, DE 10.12.97. APOSENTADORIA DE MAGISTRADOS CLASSISTAS TEMPORÁRIOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INAPLICABILIDADE DO REGIME PREVISTO NO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A nova redação do inc. VI do art. 93 da CF, dada pela EC nº 20/98, não foi capaz de provocar substancial alteração dos parâmetros apontados para a aferição da inconstitucionalidade do ato normativo questionado. Além disso, a superveniência da EC nº 24, de 09.12.99, que extinguiu a representação classista na Justiça do Trabalho ao modificar a redação dos arts. 111, 112, 113, 115 e 116 da Constituição Federal, não retirou a natureza normativa do preceito impugnado, que permanece regendo um número indeterminado de situações que digam respeito à aposentadoria dos juízes temporários. Preliminares afastadas, com o conseqüente conhecimento da ação. Entendimento original do Relator, em sentido contrário, reconsiderado para participar das razões prevalecentes. 2. Embora a CF/88 tenha conferido, até o advento da EC nº 24/99, tratamento de magistrado aos representantes classistas da Justiça do Trabalho, a estes não se aplica o regime jurídico constitucional próprio dos magistrados togados, disposto no art. 93 da Carta Magna. 3. A aposentadoria dos juízes temporários, assim como os demais benefícios e vantagens que a estes tenham sido outorgados, devem estar expressamente previstos em legislação específica. Precedentes: MS nº 21.466, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06.05.94 e MS nº 22.498, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 03.04.98. 4. Por este motivo é que a aposentadoria dos magistrados classistas já se encontrava disciplinada por Diploma legal especial, a saber, a Lei nº 6.903, de 30.04.81, recebida pela ordem constitucional vigente e revogada pelos dispositivos ora impugnados. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por decisão majoritária.*

134. Naquela oportunidade, diante da pretensão dos juízes classistas de não se submeterem a uma lei de iniciativa do Poder Executivo, que veio a disciplinar a aposentadoria deles, e, assim, da pretensão de permanecerem submetidos ao regime da LOMAN, os Ministros dessa Corte **admitiram a tese de que a norma do inciso VI, do art. 93, da CF, tal como passou a dispor após a EC 19, somente seria aplicável em face do Novo Estatuto da Magistratura.**

135. Daí a conclusão de que *"a nova redação do inc. VI do art. 93 da CF, dada pela EC nº 20/98, não foi capaz de provocar substancial alteração dos parâmetros apontados para a aferição da inconstitucionalidade do ato normativo questionado"*.

136. A divergência se deu apenas no ponto em que a corrente vencedora, ao rejeitar a alegação de inconstitucionalidade da lei ordinária -- que estava dispendo sobre o regime previdenciário dos juízes temporários, como os classistas -- assim o fazia sob o fundamento de que a própria LOMAN havia delegado tal competência à legislação ordinária.

*"Dir-se-á que o art. 113 da CF perdeu aptidão para embasar o entendimento esposado quando do julgamento cautelar, a partir do momento em que, entre os órgãos da Justiça do Trabalho, em face da reforma introduzida pela EC 24/99, á não se podem contar os juízes representantes de trabalhadores e empregadores. Não há negar, entretanto, que emprestou ele o necessário suporte constitucional à lei ora impugnada, vinda à luz em 10.12.97, mediante conversão de medidas provisórias sucessivamente reeditadas, datada, a primeira, de 11.10.96, não se podendo dizer, pois, que se trata de diploma normativo incompatível com a Constituição. Ainda, entretanto, que se tenha o art. 113 da CF como inaplicável à espécie - já que não fala em direitos mas, tão-só, em garantias (dos juízes) - o certo é que a aposentadoria dos classistas já se achava disciplinada por lei ordinária antes da edição da lei ora impugnada, por efeito da norma do parágrafo único do art. 74 da LOMAN, segundo o qual "lei ordinária disporá sobre a aposentadoria dos juízes temporários de qualquer instância", no caso, a Lei n. 6.903, de 30.04.81, que foi recebida pela nova Carta. Na verdade, como asseverado pelo Ministro Luciano Brandão (citado pelo Ministro Celso de Mello no MS 21.466), não obstante a nova Constituição houvesse dispensado aos dignos representantes classistas o tratamento de magistrado, são inúmeras as dessemelhanças verificadas entre eles e os juízes togados, observando-se que os classistas não gozam da garantia de vitaliciedade, não lhes é vedado o exercício de outro cargo ou função, não presidem os tribunais e juntas, exercem mandato e possuem suplentes. (...) Essas, possivelmente, além de várias outras constantes de legislação ordinária, as razões pelas quais os juízes temporários foram submetidos a regime especial de aposentadoria pela Lei Orgânica da Magistratura, tendo sido equiparados, para esse efeito, aos funcionários públicos civis da União, com tempo de serviço apurado na forma da legislação a estes aplicáveis, dispositivos que o STF, como já foi dito, teve por acolhidos pela atual Carta, por com ela não conflitarem, principalmente, em face dos art. 40, § 2º, e 113.*

*A referida lei veio a ser revogada pelos dispositivos ora impugnados, também estabelecidos por lei ordinária, portanto, na forma prevista o mencionado parágrafo único do art. 74 da LOMAN, em situação que, ressalte-se, em nada altera as aposentadorias anteriormente concedidas, com base na Lei n. 6.903/81, aos membros classistas do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais do Trabalho e das Juntas de Conciliação e Julgamento, nem afeta aqueles que, quando da edição da novel Lei n. 9.528/97, já satisfaziam os requisitos para aquisição de tal benefício.*

137. É dizer: se a LOMAN já estabelecia que cumpria à lei ordinária dispor sobre o regime de previdência dos juízes temporários, como os classistas, equiparando-os aos demais servidores públicos, não se poderia cogitar de inconstitucionalidade da nova lei ordinária que disciplinava esse regime de aposentadoria para os juízes classistas.

138. Já a corrente vencida compreendida que, diante do fato de a CF de 1988 ter passado a considerar os juízes classistas como magistrados, a lei ordinária pretérita à CF de 1988, que tratava do regime previdenciários dos classistas, teria sido recepcionada como lei complementar, razão pela qual somente nova lei complementar poderia reformá-la. Senão vejamos o voto do Min. Carlos Velloso:

*"O argumento básico posto na inicial da ação é este: os juízes classistas da Justiça do Trabalho forma incluídos, pela CF/88, entre os magistrados da União. Por isso, estão sujeitos, como os demais magistrados, à norma do art. 93 da mesma Carta, não podendo a legislação comum dela se afastar, principalmente no que concerte a aposentadoria dos mencionados juízes classistas (C.F., art. 93, VI).*

**Esclareça-se, por primeiro, como fez o eminente Relator, que a "EC 20/98 não alterou o texto do referido artigo 93, da CF, tendo-se limitado, no que tange à aposentadoria dos magistrados, a substituir o texto original do inciso VI** ("a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura") por um novo, que submete a aposentadoria do magistrado ao regime comum dos funcionários públicos titulares de cargo efetivo ("aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40"), circunstância que não foi bastante para prejudicar a presente ação, em que se impugnam textos normativos, porque ditados por lei ordinária, e não complementar, como exigido pelo art. 93 da CF, e por haver submetido os juízes classistas da Justiça do Trabalho (e os magistrados da Justiça Eleitoral) ao regime de inativação da previdência social, conquanto, então, também considerados magistrados da União, nos artigos 105, I, a; art. 11, § 1º, II; art. 115, III; e art. 116, caput, e parágrafo único, da Carta da República" (...)

A CF/88, art. 93, estabeleceu que Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o estatuto da Magistratura, observados os princípios enumerados nos incisos I a XI do mencionado artigo 93. Um desses princípios é este: art. 93, VI, sem a EC 20/98: ("a aposentadoria com proventos integrais é compulsória por invalidez ou aos setenta anos de idade, e facultativa aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura". Art. 93, VI, redação da EC 20/98: "aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40".

**Conforme já foi dito, não há diferença substancial entre o disposto no art. 93, VI, sem a EC 20/98, e o mesmo art. 93, VI, com a EC 20/98.**

*Com a CF/88, pois, a aposentadoria do magistrado será regida por lei complementar (CF., art. 93, caput, e inc. VI). Entendo, pois, que a Lei 6.903, de 30.4.81, que dispõe sobre aposentadoria dos juizes temporários da União, foi recebida, pela CF/88, como lei complementar. (...)*

*Assim posta a questão, estou em que tem razão o autor da presente ação, quando sustenta que o art. 5º e seus § 1º da Lei 9.528, de 1997, são inconstitucionais. E o são, porque mandam que a aposentadoria dos magistrados classistas e dos juizes temporários da Justiça Eleitoral se faça "de acordo com as normas estabelecidas pela legislação previdenciária", sem observância, portanto, dos critérios inscritos no inc. VI do art. 93 da Constituição Federal."*

139. Mas é da maior relevância destacar dessa decisão que todos concordaram --- com exceção única do Min. Nelson Jobim -- que o Projeto de Lei Complementar do Novo Estatuto da Magistratura (PLC 144), nada tinha de inconstitucional em face do disposto na EC n. 20.

140. E nesse PLC n. 144 estava previsto o seguinte no art. 46:

*"Art. 46. Ressalvado o disposto nos artigos 89 e 90, a aposentadoria dos magistrados, com proventos integrais, é compulsória, por invalidez ou aos setenta anos de idade e facultativa, aos trinta anos de serviço, após cinco anos de exercício efetivo na judicatura."*

141. A interpretação dada por esse eg. STF, seja ao novo texto do inciso VI, do art. 93, da CF, seja ao texto do dispositivo contido no projeto de lei complementar, foi no sentido de que "*não há diferença substancial entre o disposto no art. 93, VI, sem a EC 20/98, e o mesmo art. 93, VI, com a EC 20/98.*"

142. Inexplicavelmente, porém, esse entendimento não tem sido observado, tendo a União e os Estados da Federação passado a submeter os magistrados, desde logo, ao regime de aposentadoria previsto no art. 40, da CF, e não apenas no que "couber".

143. Ora, a regra introduzida no inciso VI, do art. 93, da CF, não poderia ser lida e interpretada de forma isolada e estanque, principalmente dissociada da norma contida no *caput* do próprio art. 93 da CF.

144. Se o *caput* do art. 93 da CF é claro ao assinalar que o Estatuto da Magistratura deveria observar os princípios contidos nos seus diversos incisos e o atual Estatuto contém uma disciplina sobre a aposentadoria dos magistrados -- como se vê nos artigos 74 a 77 -- resta evidente que **a norma contida no inciso VI era e**

**ainda é direcionada ao legislador complementar, portanto, uma norma de eficácia contida, que depende de outra para se tornar eficaz.**

145. Tal como assinalado pelos Ministros desse eg. STF no precedente anteriormente mencionado -- a ADI 1878 -- a norma do inciso VI é voltada para o próprio STF, a quem incube a iniciativa do projeto de lei sobre o regime de aposentadoria dos magistrados.

146. Esse novo Estatuto da Magistratura é que deverá observar, "no que couber" o regime previsto no art. 40, da CF.

147. Se assim é, deveriam continuar sendo observadas, para a implementação da aposentadoria dos magistrados, as regras contidas nos artigos 74 a 77, da atual LOMAN, uma vez que ainda não foram revogadas, quer pela CF, quer por qualquer outra lei complementar.

148. **E se a Lei Complementar que deve ser observada -- a LOMAN -- confere ao magistrado direito à aposentadoria integral, revela-se incompatível com ela a instituição de uma previdência complementar, porque não haverá o que complementar.**

149. Poderá haver a necessidade de instituição da previdência complementar, se no futuro Estatuto da Magistratura, o direito à aposentadoria integral vier a ser mitigado. Vindo a ser reconhecida a prevalência da eficácia dos artigos 74 a 77 da LOMAN em face do texto do inciso VI, do art. 93, da CF, não haverá efetivamente necessidade da previdência complementar.

150. Daí já se pode ver que, além de a Lei n. 12.618/12 não ser uma lei complementar, nem ter tido início nesse eg. STF -- o que já a tornaria inconstitucional por vício formal em face da magistratura -- não se poderia cogitar de sua aplicação, a partir da preservação da LOMAN, diante da interpretação de que o art. 40 da CF somente seria aplicável "no que couber", vale dizer, no que for compatível com o regime previsto na LOMAN.

151. Com efeito, se o texto do inciso VI, do art. 93, da CF, com a redação dada pela EC 20/98, somente está sendo considerado válido sob o fundamento de que não teria ocorrido modificação substancial entre o texto votado na Câmara dos Deputados (*a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40, no que couber*) e o texto votado no Senado Federal (*a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40*) -- conforme motivação expressa dos debates sobre a retirada da expressão “no que couber” no processo de votação no Senado Federal -- é porque precisa ser interpretado como uma norma que determina a observância das regras do art. 40 à Magistratura, APENAS NO QUE COUBER.

152. Logo, subsistindo a exigência de uma lei própria, de natureza complementar e iniciativa desse eg STF, para disciplinar o regime de previdência da magistratura observando, APENAS NO QUE COUBER, o disposto no art. 40 da CF -- inclusive a previdência complementar, se vier a ser necessária, com o advento do novo Estatuto da Magistratura -- não há como aceitar validamente a aplicação da Lei n. 12.618 à magistratura.

**V - A LEI N. 12.618 PREVIU A CRIAÇÃO DE ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DE NATUREZA PRIVADA E NÃO DE NATUREZA PÚBLICA. DAI A VIOLAÇÃO AO § 15º DO ART. 40 DA CF**

153. Por último, cumpre às autoras demonstrar que, ainda que venha a ser mantida a interpretação sustentada pela União em face do § 15º do art. 40 da CF -- no sentido de que não seria necessária uma lei especial para dispor sobre as regras gerais da previdência complementar de natureza pública -- ou mesmo que ela seja aplicável aos magistrados, não haverá como aceitar a validade constitucional da Lei n. 12.618/2012, porque ela não observou a exigência contida no próprio § 15, do art. 40, de que a previdência complementar seria instituída por “*intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública*”.

154. É que o seu exame releva ter sido autorizada, em verdade, a criação de uma entidade de previdência complementar com nítido caráter de natureza privada e não de natureza pública, ao se determinar que ela teria personalidade jurídica de direito privado, ou seja, seria regida pelas normas de direito privado.



155. Ocorre que, vindo a ser declarada a nulidade constitucional dos diversos dispositivos que descaracterizam as entidades que a lei autorizou serem criadas como de natureza pública -- e as caracterizaram como de direito privado --, restará inviável a criação dessas próprias entidades, em razão do *déficit* normativo da própria lei.

156. Necessário se mostra, assim, examinar os dispositivos da Lei n. 12.618 que demonstram ter sido autorizada a criação de entidades de natureza privada e não de natureza pública, d.v.

157. Veja-se que, inicialmente, dispôs o legislador no sentido de que estaria sendo autorizada a criação dos Fundos de Previdência Complementar com natureza pública, mas com personalidade jurídica de direito privado, como constou do **§ 1º do art. 4º**:

*Art. 4º É a União autorizada a criar, observado o disposto no art. 26 e no art. 31, as seguintes entidades fechadas de previdência complementar, com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário nos termos das Leis Complementares nºs 108 e 109, de 29 de maio de 2001:*

*I - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Executivo, por meio de ato do Presidente da República;*

*II - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas da União e para os membros deste Tribunal, por meio de ato conjunto dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; e*

*III - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo e para os membros do Poder Judiciário, por meio de ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal.*

*§ 1º A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud serão estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado, gozarão de autonomia administrativa, financeira e gerencial e terão sede e foro no Distrito Federal.*

158. Certo. A Constituição passou a admitir expressamente -- a partir da redação dada pela EC 19/98 ao inciso XIX -- a instituição de Fundação Pública sob regime de direito privado, ao equipara-las às empresas públicas e sociedades de economia mista:

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

159. Aliás, a lei federal já cogitava da existência dessa modalidade de fundação, como se pode ver do inciso VI do art. 5º do Decreto Lei n. 200, com a redação dada pela Lei n. 7.596/87 (norma antecedente à CF de 1988 tida como recepcionada em diversos precedentes jurisprudenciais):

*Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:*

*I - Autarquia (...)*

*II - Empresa Pública -*

*III - Sociedade de Economia Mista -*

*IV - **Fundação Pública** - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.*

160. Apesar de haver expressa previsão constitucional e legal para a criação de Fundação Pública com personalidade de direito privado, a regra contida no § 15 do art. 40 **não está admitindo a criação de tal modalidade de Fundação Pública para a instituição da Previdência Complementar dos Servidores Públicos.**

161. No ponto, convém registrar que o inciso XIX do art. 39 da CF, previu expressamente a necessidade de edição de uma lei complementar para o fim de serem definidas as áreas de atuação das Fundações Públicas:

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

162. Há, inclusive, Projeto de Lei Complementar (PLP 92/07), tramitando no Congresso Nacional que está admitindo a autorização para instituição de Fundação Pública, com personalidade jurídica de **direito público ou de direito privado**, sobre a matéria pertinente à previdência complementar do servidor público. Senão vejamos o seu texto (doc. 08):

*Art. 1º. **Poderá, mediante lei específica, ser instituída ou autorizada a instituição de fundação sem fins lucrativos, integrante da administração pública indireta, com personalidade jurídica de direito público ou privado, nesse último caso, para o desempenho de atividade estatal que não seja exclusiva de Estado, nas seguintes áreas: (...)***

*VII - **previdência complementar do servidor público, de que trata o art. 40, §§ 14 e 15, da Constituição;** (...)*

*Art. 2º. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.*

163. Admitindo que esse projeto venha a se transformar em lei, ou padecerá de inconstitucionalidade -- diante da interpretação de que estaria permitindo a instituição de fundação com personalidade jurídica de direito privado -- ou deverá ser compreendido como fundação que realize "atividade exclusiva do Estado", para se adequar ao § 15 do art. 40 da CF.

164. Isso porque a própria Constituição Federal estabeleceu no § 15º do art. 40 que seria possível a criação de **"entidade fechada de previdência complementar de natureza pública"**.

165. Então, cumpria ao legislador ordinário, ao editar a lei ordinária prevista no § 15º do art. 40 -- no caso, a Lei n. 12.618/12 --, autorizar a instituição da Fundação Pública sob regime público, e não sob o regime privado, tal como prevista na Constituição Federal, cujo texto convém reproduzir novamente:

*§ 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.*

166. O texto constitucional está exigindo, da mesma forma como previsto no PLP 92/2007, para a instituição da entidade fechada de previdência complementar do servidor público, que ela possua "natureza pública".

167. Quanto a essa matéria, convém lembrar a jurisprudência desse eg. Supremo Tribunal Federal a respeito das três modalidades de Fundação previstas na legislação brasileira:

- No Agravo no RE n.º 219.900-1/RS, Acórdão de 4 de junho de 2002, Relatora Ministra Ellen Gracie.

*De tudo se conclui que o ordenamento jurídico brasileiro contempla três espécies do gênero fundação: aquelas tipicamente privadas, melhor dito, particulares, por não registrar qualquer participação, em sua criação, do Poder Público, regidas exclusivamente pelo Código Civil Brasileiro; aquelas criadas pelo Poder Público e que consignam, no ato de sua instituição, personalidade jurídica de direito público; e, finalmente, aquelas que, criadas pelo Poder Público, são instituídas, todavia, como pessoas jurídicas de direito privado... Essas*

**duas últimas espécies** – as fundações com personalidade jurídica de direito público, criadas pelo Estado, e as fundações com personalidade jurídica de direito privado, também criadas pelo Estado, agora mediante lei e antes por autorização legislativa, **compõem o subgênero dito ‘fundações públicas’, submetendo-se, ambas, aos controles públicos, e integrando, ambas, a Administração Pública Indireta. O que as distingue entre si é que as fundações de direito público nada mais são que autarquias travestidas em forma fundacional. Por essa razão os seus servidores são considerados servidores públicos civis, aplicando-se-lhes, por exemplo, a norma do art. 39 da Constituição Federal. Já a fundação de direito privado instituída pelo Poder Público – também fundação pública – é privada, mas não é particular.**

- No MS n.º 24.427-5/DF, Acórdão de 30 de agosto de 200628, Relator Ministro Eros Grau.

Apesar das divergências doutrinárias, **podem ser visualizadas no Brasil três tipos de fundações: as privadas, as públicas com regime de direito privado e as públicas propriamente ditas.** Afirma que, entre as espécies citadas, a única que prescinde de lei para a sua criação é a estritamente privada, sendo vedada ao Estado a criação de fundações dessa modalidade.

Na ADI n.º 191-4/RS Acórdão de 29 de novembro de 2007, Relatora Ministra Cármen Lúcia.

- Veja-se o voto da Min. Carmen Lúcia na ADI 191:

*Criadas como tais – mesmo quando instituídas pelo ente público – não tiveram a sua transformação em pessoas de direito público quando do advento da Constituição de 1988.*

**4. A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados. [...]**

**5. A interpretação e aplicação daquele dispositivo, nos tempos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, levaram à distinção entre fundações simplesmente instituídas pelo Poder Público e aquelas mantidas pelo Poder Público, às quais se atribuiu, em geral, natureza de direito público e regime idêntico.**

*Entretanto, permaneceram, nos diferentes quadros de Administração Pública, não poucas fundações de direito privado, e a elas não se aplicavam o regime de direito público, nem aos seus servidores regime jurídico-administrativo.*

**6. Aquela orientação constitucional alterou-se pela Emenda Constitucional n. 19/98, pela qual se retornou ao entendimento antes adotado, possibilitando-se a existência de fundações de direito privado no âmbito da Administração pública. Daí o comentário que se tem, agora, na obra de Hely Lopes Meirelles (edições posteriores ao advento daquela Emenda), onde se observa: “A EC 19/98 deu nova redação ao inc. XIX do art. 37 da CF, deixando transparecer ter voltado ao entendimento anterior de que a fundação é entidade com personalidade jurídica de direito privado: ‘somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação. Cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação’. A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de direito privado): a lei não cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de direito privado. E mais: lei complementar deverá definir as áreas em que poderá atuar a fundação, não podendo essa figura jurídica servir de panacéia para qualquer atividade que a Administração pretenda efetuar com relativa autonomia” (**

- Veja-se os votos dos Mins. Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau na ADI 191:

*A matéria chegou a suscitar muitas controvérsias na doutrina, mas, efetivamente, como disse a Ministra Cármen Lúcia, com a Emenda Constitucional n.º 19, na realidade, restabeleceu-se a possibilidade da instituição de fundações sob o regime privatista, porque se retirou a expressão 'fundações de direito público' e colocou-se as fundações ao lado da sociedade de economia mista e das empresas públicas (voto do Ministro Menezes Direito, fl. 15 do acórdão).*

*Com a Emenda Constitucional n.º 19, de fato, já se manteve a possibilidade de o Poder Público criar fundações tanto de direito privado como de direito público, porque depende do regime que a lei complementar expressamente determinar. Por esse motivo que, no dispositivo, no tocante às fundações, colocou-se a oração subordinada de acordo com a lei complementar, que vai determinar o seu alcance, o seu regime (esclarecimento do voto do Ministro Menezes Direito, fl. 17 do acórdão).*

*Verifico que há fundações com regime diferenciado (voto do Ministro Ricardo Lewandowski, fl. 19 do acórdão).*

*Aprendi com o meu professor no Largo de São Francisco, Silvio Marcondes, imenso comercialista, que escreveu um notável artigo sobre as fundações, que existem autarquias fundacionais, pessoas jurídicas de direito público, e as fundações, pessoas jurídicas de direito privado (voto do Ministro Eros Grau, fl. 20 do acórdão).*

*Autarquia fundacional é uma expressão clássica na doutrina desde o artigo do Silvio Marcondes. O professor Celso Antonio usa exatamente a mesma expressão (Esclarecimento do voto do Ministro Eros Grau, fl. 25 do acórdão).*

168. Ainda que a jurisprudência e a doutrina assinalem que "a distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados" é preciso ter presente, que mesmo que não haja a lei complementar exigida no inciso XIX do art. 37, para dispor no sentido de que seria possível a instituição de Fundação Pública sob o regime privado, tal como demonstrado anteriormente, não seria tal regime aplicável na hipótese.

169. Então, mostra-se necessária a interpretação do § 15º do art. 40 da Constituição Federal, para o fim de estabelecer sua exata compreensão.

170. Para as associações de magistrados não parece possível aceitar a idéia de que a regra do § 15º do art. 40 da CF tivesse cogitado das duas primeiras modalidades de Fundação Pública: (a) privada, ou (b) pública sob regime privado.

171. Veja-se, por obséquio, que o texto da PEC n. 40/03, que resultou no § 15º do art. 40, estava veiculando no primitivo § 14 da PEC, a seguinte redação:

*§ 14 (da PEC). A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir, por iniciativa do respectivo Poder Executivo, regime de previdência complementar para seus servidores, na forma da lei, observado o disposto no art. 202.*

172. **Não se cogitava inicialmente na PEC, da observância da natureza pública para as entidades de previdência complementar** que poderiam ser criadas para os servidores públicos.

173. Convém registrar que, nos debates ocorridos no processo legislativo da EC n. 41, exatamente no ponto pertinente ao § 15º do art. 40, cogitou-se da alteração do texto, para admitir que as entidades de previdência complementar pudessem ser submetidas ao regime privado, tendo tal proposta sido recusada na votação. Senão vejamos (doc. 10, Voto Separado do Senador Pedro Taques na CCJC, pg. 10):

*"Por meio da apresentação da Emenda de Redação nº 251 (anexa às fls. 615 a 626, em 12/09/2003, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal), o então Senador Tasso Jereissati propôs a retirada da "obrigatoriedade de as entidades de previdência complementar dos servidores públicos serem de natureza pública."*

*Essa Emenda, porém, foi rejeitada sob a justificativa de que a "natureza pública dessas entidades deve ser mantida tendo em vista serem patrocinadas por entes de direito público", conforme consignado no Relatório do relator, Senador Tião Viana."*

174. E ao final do processo legislativo, já durante o processo de votação, ficou claro que a alteração do texto, para o fim de exigir a natureza pública das entidades, visava a conferir uma garantia que o texto inicial não contemplava, como se pode ver do seguinte pronunciamento de um dos membros do parlamento do Partido dos Trabalhadores (doc. 9-G):

*"O Sr. Zé Geraldo (PT - PA). (...)*

*Ganhamos as eleições para fazer as mudanças de que precisava este País. Àqueles Deputados que estavam dizendo que a previdência complementar seria privatizada, o § 15 do ar. 40 está dizendo claramente: previdência complementar de natureza pública com entidade fechada. Está muito claro."*

*(DCD, agosto de 2003, quarta-feira, 6, pg. 36611)*

175. Ainda que a indicação da "*mens legislatores*" se preste para o fim de informar o intérprete da lei -- porque cumpre a ele examinar a "*mens legis*" -- dúvida não pode haver que **o texto final do § 15, do art. 40**, somente pode ser interpretado como uma norma que contém a previsão de instituição de entidade fechada de previdência complementar de "natureza pública", considerada esta a entidade submetida ao "regime público".

176. Afinal, a entidade fechada de previdência complementar do regime próprio de previdência dos servidores públicos civis e até dos membros de Poder, uma vez instituída, deverá ser de natureza pública, tendo em vista as especificidades das ações de Estado que conferem contornos peculiares na relação entre os servidores efetivos/membros de Poder de um lado e a administração pública de outro.

177. A única interpretação razoável, portanto, é no sentido de que a referida regra, ao dispor no sentido de que "**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**", admitiu a criação da terceira modalidade de Fundação Pública, qual seja, a de natureza pública sobre regime igualmente público.

178. Daí a inconstitucionalidade da Lei n. 12.618/12, não apenas no ponto em que declara que as entidades "**serão estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado**" -- § 1º do art. 4º --- como de todos os demais dispositivos da referida lei que se mostram compatíveis com o "regime de direito privado".

179. Efetivamente, toda a Lei n. 12.618/12 contém diversos dispositivos que estão vinculados ou partem da premissa de que as referidas entidades estarão submetidas ao "regime de direito privado".

180. No artigo 5º, §§ 3º, 4º, 5º e 6º, por exemplo, está prevista a "designação" dos membros dos conselhos deliberativos e fiscais por parte dos chefes de poder, assim como que a presidência dos conselhos será exercida por esses membros, e, ainda, que as diretorias executivas serão compostas por "membros" "nomeados pelos conselhos deliberativos".

181. É possível admitir a validade da "designação" ou mesmo da "nomeação" de membros das diretorias executivas. Mas **não há como admitir que a remuneração e vantagens destes sejam fixadas pelos conselhos deliberativos e não por meio de lei**, tal como previsto no § 8º, **com violação ao inc. X do art. 37:**

*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 n. 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.*

*§ 7º VETADO.*

*§ 8º A remuneração e as vantagens de qualquer natureza dos membros das diretorias executivas das entidades fechadas de previdência complementar serão fixadas pelos seus conselhos deliberativos em valores compatíveis com os níveis prevalecentes no mercado de trabalho para profissionais de graus equivalentes de formação profissional e de especialização, observado o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal.*

182. Ademais, se os membros das diretorias executivas poderão ter sua remuneração fixada em "valores compatíveis com os níveis prevalecentes no mercado de trabalho para profissionais de graus equivalentes", **tais valores poderão ser superiores ao texto constitucional**, a depender da compreensão dos conselhos sobre o correto valor de mercado da remuneração de diretores de entidades de previdência complementar privada.



183. Não é só. No artigo 7º restou estabelecido que o "*regime jurídico de pessoal das entidades fechadas de previdência complementar referidas no art. 4º desta lei será o previsto na legislação trabalhista*". Tal disposição está em franca violação ao art. 39, caput, da CF -- redação original em razão da suspensão da eficácia da redação dada pela EC 19 na ADI 2.135 -- que estabelece a observância do regime jurídico único, disciplinado pela Lei n. 8.112/90.

184. Revela-se também **incompatível com a natureza pública** exigida no § 15º do art. 40 da CF, **o artigo 27 da Lei n. 12.618/12**, no ponto em que determina sejam aplicadas ao regime de natureza pública as disposições dos §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da CF e as das Leis Complementares n. 108 e 109/01,

185. Afinal, está determinando a aplicação de normas especiais destinadas a disciplinar a previdência complementar de natureza privada às entidades de previdência complementar de natureza pública.

\* \* \*

186. A despeito da incompatibilidade desses dispositivos específicos da Lei n. 12.618/12 com a natureza pública exigida no § 15º do art. 40 da CF, basta que seja declarada **a inconstitucionalidade da expressão "*com personalidade jurídica de direito privado*" contida no § 1º do art. 4º da Lei n. 12.618/12**, para que **se dê a inconstitucionalidade por "arrastamento" de todos os demais dispositivos** da referida lei que tomam por base exatamente o fato de que as entidades de previdência complementar autorizadas para criação, seriam submetidas ao "regime de direito privado".

187. Tal inconstitucionalidade, torna a Lei n. 12.618/12 inaplicável, uma vez que, no vazio legislativo -- decorrente da nulidade dos diversos dispositivos compatíveis apenas com o "regime privado" e incompatíveis com o "regime público" - - não poderá o Poder Judiciário suprir a omissão legislativa, por meio de ato jurisdicional positivo, para que haja uma disciplina típica do "regime público".

## VI - OS AGENTES POLÍTICOS, INCLUINDO OS MAGISTRADOS, ESTÃO SUBMETIDOS À LEI DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE E NÃO À LEI DE IMPROBIDADE

188. O legislador ordinário submeteu, ainda, os chefes de poder à Lei de Improbidade, ao estabelecer que seria considerado "ato de improbidade", nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429/91, o "descumprimento injustificado dos prazos de que trata o art. 31", como se pode ver do seu texto:

*Art. 32. Considera-se ato de improbidade, nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1991, o descumprimento injustificado dos prazos de que trata o art. 31.*

189. Com a ressalva do devido respeito esse eg. STF já fixou o entendimento de que os agentes políticos -- e os chefes de poder são agentes políticos -- não podem se submeter a dois regimes jurídicos de sanção político-administrativa.

190. Daí porque tem prevalecido o entendimento de que os agentes políticos não se submetem à Lei de Improbidade (n. 8.429/91), mas sim à Lei dos Crimes de Responsabilidade (n. 1.079).

191. Convém registrar que a Lei dos Crimes de Responsabilidade foi objeto de alteração no ano de 2000, por meio da Lei n. 10.028, para inserir uma conduta destinada especialmente aos Presidentes de Tribunais, inclusive desse Supremo Tribunal Federal, como se pode ver do art. 39-A:

*Art. 39-A. Constituem, também, crimes de responsabilidade do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou de seu substituto quando no exercício da Presidência, as condutas previstas no art. 10 desta Lei, quando por eles ordenadas ou praticadas.*

*Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos Presidentes, e respectivos substitutos quando no exercício da Presidência, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e aos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição.*

192. As condutas que passaram a ser consideradas ímprobadas são as pertinentes à infração da lei orçamentária, previstas e inseridas no art. 10 da Lei n. 1.079:

**DOS CRIMES CONTRA A LEI ORÇAMENTÁRIA**

Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

- 1- Não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa;
- 2 - Exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento;
- 3 - Realizar o estorno de verbas;
- 4 - Infringir , patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária.
- 5) deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal;
- 6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;
- 7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei;
- 8) deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro;
- 9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente;
- 10) captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido;
- 11) ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou;
- 12) realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.

193. O que a Lei n. 12.618/12 poderia fazer, no seu artigo 31, é considerar a conduta ali referida, como típica de alguma infração prevista na Lei n. 1.079. Nunca na Lei n. 8.429/91.

194. Especialmente quanto ao fato de os magistrados não estarem submetidos à Lei de Improbidade mas sim à Lei de Crimes de Responsabilidade, podem as autoras indicar o seguinte precedente:

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESEMBARGADOR. AGENTE POLÍTICO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.** O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento nos termos do qual a Constituição do Brasil não admite concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.  
(RE 579799 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJE-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-15 PP-03345 RTJ VOL-00208-03 PP-01286)

195. No ponto, **a regra do art. 32 viola o devido processo legal** (CF, art. 5º, LIV) ao submeter os agentes políticos, como são os chefes de poder e, em especial, o Presidente do STF ou quem estiver ocupando a Presidência, a dois regimes de responsabilidade político-administrativa.

## VII – MEDIDA CAUTELAR NECESSÁRIA

196. A Lei n. 12.618/12 estabeleceu, no seu artigo 31, que o Funpresp-Jud deverá ser criado no prazo de 180 dias a contar da publicação da lei e entrar em funcionamento em até 240 dias após a publicação da autorização do funcionamento do Fundo pelo órgão fiscalizador das entidades de previdência complementar. Senão vejamos:

*Art. 31. A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud deverão ser criadas pela União no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da publicação desta Lei, e iniciar o seu funcionamento nos termos do art. 26.*

*(...)*

*Art. 26. A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud deverão entrar em funcionamento em até 240 (duzentos e quarenta) dias após a publicação da autorização de funcionamento concedida pelo órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar.*

197. O prazo de 180 dias do art. 31, para criação do Funpresp-Jud já se escoou, uma vez que a Lei n. 12.618 foi publicada no DOU de 02.05.2012.

198. O Poder Executivo já editou o Decreto n. 7.808/12, por meio do qual criou e regulamentou o Funpresp-Exe.

199. Há notícia de que o Poder Legislativo e o Ministério Público Federal teriam "aderido" ao Funpresp-Exec, conforme veiculado nos órgãos da imprensa (Valor Econômico, 14.09.2012, doc. 11):

**14/09/2012 - 14h58**

### **Legislativo e Ministério Público aderem ao Funpresp do Executivo**

*O Legislativo e o Ministério Público Federal aderiram ao Fundo de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp) do Executivo, informou ao Valor o secretário de Políticas de Previdência Complementar, Jaime Mariz. Esse movimento já era previsto e está na proposta de estatuto e regulamento da entidade enviada pelo Ministério da Previdência à Casa Civil, Fazenda e Planejamento.*

*Depois de aprovados pelo governo, a adesão do Legislativo e do MP ao fundo do Executivo será formalizada. Em seguida, o estatuto e o regulamento serão encaminhados à Superintendência de*

*Previdência Complementar (Previc). Ao receber o sinal verde do órgão regulador do setor o fundo então será criado.*

*Com a junção entre Legislativo e Executivo, o aporte da União a essa entidade única será de R\$ 75 milhões, como previsto em lei. Isso porque no projeto aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pela presidente Dilma Rousseff havia a previsão de R\$ 50 milhões para o fundo do Executivo e de R\$ 25 milhões para o Legislativo.*

*O prazo para criação das entidades de previdência complementar dos servidores públicos federais dos três Poderes termina no fim de outubro. O Judiciário, por enquanto, criará um fundo único.*

*A expectativa do Ministério da Previdência é que o Funpresp do Executivo, Legislativo e Ministério Público Federal comece a funcionar em 1º de janeiro de 2013. Se confirmada essa data, os servidores nomeados a partir de então estarão sob o novo regime previdenciário. Esses funcionários, então, poderão optar por entrar no Funpresp.*

200. Não há como negar que **é iminente a edição de algum ato por parte desse eg. Supremo Tribunal Federal, na sua condição de órgão máximo do Poder Judiciário**, visando (a) ou a criação do Funprev-Jud (b) ou a proceder, como procedeu o Poder Legislativo e o Ministério Público, mediante mera adesão ao Funprev-Exec.

201. Aliás, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 31, vencido o prazo de 180 dias, deve-se considerar vigente o regime de previdência complementar, mesmo sem ter sido objeto de criação específica pelo Poder competente, podendo os servidores de qualquer dos Poderes aderir ao plano de benefícios daquele que primeiro tiver entrado em funcionamento:

*§ 1º Ultrapassados os prazos de que trata o **caput**, considera-se vigente, para todos os fins, o regime de previdência complementar de que trata esta Lei.*

*§ 2º Ultrapassados os prazos de que trata o **caput** sem o início do funcionamento de alguma das entidades referidas no art. 4º, os servidores e membros do respectivo Poder poderão aderir ao plano de benefícios da entidade que primeiro entrou em funcionamento até a regularização da situação.*

202. E, conforme dito anteriormente, o art. 32 da Lei n. 12.618/12 chega até mesmo a considerar "ato de improbidade" o não cumprimento do prazo estabelecido no art. 31 da referida lei, por parte da Presidência desse eg. STF.

203. Há mais. A manutenção da eficácia da Lei n. 12.618/12 em face da magistratura, para aguardar o julgamento de mérito terá conseqüências graves para o Poder Judiciário, porque **representará um desestímulo da maior amplitude e relevância para o fim de promover o provimento dos cargos da magistratura.**

204. Já é público e notório que os Tribunais brasileiros não conseguem mais, nos diversos concursos públicos realizados, preencher o número de vagas existentes, com os direitos e garantias atualmente conhecidos, como ressaltado recentemente pelo Min. Ayres Britto (notícia veiculada no site do STF de 14.11.2012, doc. 12):

*Quarta-feira, 14 de novembro de 2012*

**Presidente do STF se reúne com lideranças partidárias**

*"O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Ayres Britto, reuniu-se na manhã desta quarta-feira (14) com líderes partidários no Congresso Nacional, presidentes dos Tribunais Superiores e dirigentes de associações de juízes para alertar sobre a necessidade de valorização da magistratura e dos servidores do Poder Judiciário. O ministro Joaquim Barbosa, que será empossado presidente do STF no próximo dia 22, também participou do encontro.*

*Aos líderes de partido, o presidente Ayres Britto afirmou que a magistratura está sem atualização remuneratória há quatro anos, somando perdas inflacionárias de mais de 28%. **Segundo ele, a categoria experimenta um processo de "temerário desprestígio".** O presidente acrescentou que **essa situação se reflete nos concursos públicos. "A magistratura perde poder de competitividade. A procura por cargos de magistrado diminuiu preocupantemente", disse. "Quando a magistratura se desalenta e até deserta, migrando para outras áreas, o país experimenta um decréscimo." (...).**"*

205. O esvaziamento do Poder Judiciário influenciará diretamente na prestação jurisdicional, d.v, a começar da sua base, que é aquela mais próxima ao jurisdicionado, na medida em que um menor número de candidatos aptos afluirão para os concursos da magistratura.

206. O caso está a **exigir o deferimento da medida cautelar até mesmo por meio de decisão singular, ad referendum do Plenário**, porque a hipótese não é de fumaça do bom direito, mas de cristalino direito, que não permite supor julgamento diverso da procedência do pedido veiculado nesta ação.

## VIII – PEDIDO DE LIMINAR E DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO

207. Por todo o exposto, demonstradas as diversas inconstitucionalidades de natureza formal e material, tanto do § 15 do art. 40 da CF, com a redação dada pela EC n. 41/2003, como da Lei n. 12.618/12, requerem as associações autoras que seja deferida **a medida cautelar nos termos do § 3º, do art. 10, da Lei n. 9.868/99, até mesmo por meio de decisão singular "ad referendum" do Plenário**, para suspender a eficácia das normas impugnadas até o julgamento final da ação.

208. Ao final, após serem ouvidos o Congresso Nacional, a Exma. Sra. Presidente da República, a Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da República, restando demonstradas as inconstitucionalidades ora sustentadas, requerem as associações de magistrados que esse eg. Supremo Tribunal Federal julgue procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade formal e material tanto do § 15 do art. 40 da CF, com a redação dada pela EC n. 41/2003, -- ou a interpretação conforme desse dispositivo para exigir-se a edição de lei complementar para a instituição da previdência complementar de natureza pública --, como da Lei n. 12.618/12, com efeito *ex tunc*.

209. Dá-se à presente causa o valor de R\$ 1.000,00.

Brasília, 28 de novembro de 2012.

P.p.



**ALBERTO PAVIE RIBEIRO**  
(OAB-DF, nº 7.077)

Documentos que instruem esta ação, além da procuração e dos constitutivos das associações autoras:

- 1) EC n. 41/2003;
- 2) Lei n. 12.618/2012;
- 3) Notícia do STF sobre julgamento da AP 470 - corrupção dos membros do legislativo na reforma da previdência;
- 4) Notícia do Estadão: "Leis votadas via mensalão podem ser contestadas";
- 5) Informativo STF 643 - Notícia julgamento ADI 4357;
- 6) PEC n. 40/2003;
- 7) Trabalho doutrinário Consultoria Jurídica do Senado Federal;
- 8) PLC 92/2007
- 9-A à 9-I) Diário do Congresso de 6 de agosto de 2003, pgs. 1 a 360 (doc. 9-A à doc. 9 I)
- 10) (Voto Separado do Senador Pedro Taques na CCJC, pg. 10)
- 11) Notícia do Valor Econômico sobre adesão do Ministério Público e do Legislativo ao Funprev-Exec;
- 12) Notícia do site do STF sobre desestímulo à carreira da magistratura;

(AMB-Anamatra-STF-ADI-Funpresp-inicial)