

## O ESTADO EM JUÍZO

**Atualização de Pensão Previdenciária.  
Prescrição Quinquenal. Precimento da Ação e  
da Pretensão**

**Contestação do Estado do Rio de Janeiro**

EXMO SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA  
PÚBLICA

O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO -IPERJ - Autarquia Estadual, criada pela Lei nº 285, de 03.12.1979, nos autos da ação ordinária que, perante esse R. Juízo, lhe move IEDA COUTINHO GOMES (processo nº 5.544/95), vem, pelo Procurador do Estado abaixo-assinado (Doc. 1), apresentar a seguinte **contestação**:

**A DEMANDA**

1. Pretende a Autora, pensionista do IPERJ, através desta ação, haver a atualização de sua pensão previdenciária, escudada no art. 28, da Lei nº 285, de 03.12.1979, com a redação alterada pela Lei nº 1.127, de 12.02.87, que, por sua vez, experimentou modificação introduzida pela Lei nº 1.256, de 16.12.87.

2. Contudo, aquela pretensão, a todas as luzes, desmerece prosperar.

**PRESCRIÇÃO QUINQUENAL:  
PERECIMENTO DA AÇÃO E DA PRETENSÃO**

3. Não se pode deixar de ressaltar, no pórtico da presente petição, que a ação em tela está, irremediavelmente, prescrita, implicando no precimento da pretensão, **ex vi** do Decreto nº 20.910, de 06.01.1932 - complementado pelo Decreto-lei nº 4.597, de 19.08.1942 -, que estabelece o prazo de 5 (cinco) anos para a prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública e suas Autarquias.

4. Ora, quer se considere o óbito do ex-segurado do IPERJ (21.12.1978, cfr. item 1º da petição inicial, a fls. 02) como fato gerador do suposto direito da Autora, quer se acolha como fato gera-

dor a data da Lei nº 1.127 (12.02.87), de qualquer forma, decorrem mais de 5 (cinco) anos até a propositura da presente ação (24.11.1995, cfr. fls. 02).

Relembre-se que já o extinto Tribunal Federal de Recursos entendia, na Súmula nº 107, que:

"A ação de cobrança do crédito previdenciário contra a Fazenda Pública está sujeita à prescrição quinquenal estabelecida no Decreto nº 20.910/32."

6. Deve, pois, reputar-se não só prescrita a ação, pelo decurso do tempo aliado à inércia, como, também, extinto, efetivamente, o próprio direito.

7. Leia-se, em tema de prescrição, a lição do eminente CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

"Com o perecimento da ação, extingue-se efetivamente o próprio direito, pois, na verdade, a ação é um elemento externo do direito subjetivo, que toma corpo à vista de qualquer lesão. O direito perde a faculdade de se fazer valer, e qualquer atentado o atinge até a essência, restando sem poder defensivo, porque não é direito sobrevivo, porque se extingue" (in, *Instituições de Direito Civil, Forense*, vol. 1, p. 477).

#### AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO INCONSTITUCIONALIDADE MANIFESTA

8. Entretanto, ainda que assim não se quisesse entender, outra razão haveria, bastante em si mesma, para repelir a pretensão da Autora, como seja a inexistência, na espécie, da correspondente fonte de custeio total, para a majoração da pensão, circunstância que conduz à inconstitucionalidade das leis inframencionadas.

9. Com efeito, a par de a Autora não ter comprovado a defasagem da pretensão deduzida, afigura-se manifestamente inconstitucional o aumento indiscriminado do valor da pensão de 50% para 80% sobre o vencimento-base do segurado, na data de seu falecimento, decorrente de alteração do art. 28, da Lei nº 285, de 03.12.79, patrocinada, primeiro, pela Lei nº 1.127, de 12.02.87 e, posteriormente, pelo art. 1º, da Lei nº 1.256, de 16.12.87.

10. Calha notar que o art. 165, Parágrafo Único, da Constituição Federal de 1969 - vigente ao tempo da edição da Lei nº 1.127/87 (alterada pela Lei nº 1.256/87) - estabelece, *ipsis verbis*, que:

" Art. 165 - *Omissis*,

Parágrafo único - "Nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total" (destacou-se).

11. É dentro desse contexto que a lide deve ser examinada e equacionada.

12. Cumpre fixar, primeiramente, três princípios que regem a matéria:

1º - salvo dispositivo legal expresso, a legislação aplicável à situação jurídica dos dependentes dos servidores civis ou militares, no que se refere ao recebimento de pensões, sabe-se, é aquela vigente quando do falecimento deste (o segurado) - firme no princípio *tempus regit actum*.

2º - o benefício auferido pelos dependentes dos segurados decorre das contribuições realizadas antes do seu falecimento. Os valores dessas contribuições formam um patrimônio de molde a permitir a criação de um fluxo contínuo de rendimentos que suportem os encargos previdenciários presentes e futuros devidos aos dependentes dos segurados.

3º - percentual maior, estabelecido em lei posterior, correspondente a contribuição também maior, não pode ser aplicado a pensões concedidas com base em contribuições inferiores, pois, se fosse, inviabilizaria o sistema previdenciário.

13. Qualquer dispositivo que ignore esse princípio, além de inconstitucional, é ilegal e ilógico, porquanto contraria e inviabiliza a própria existência e manutenção do sistema de previdência social, como, de resto, será, à saciedade, demonstrado.

14. Assim, mesmo entendendo-se, por amor à controvérsia, ser constitucional a regra introduzida pela citada Lei nº 1.127/87, é de rigor que a Autora provasse documentalmente, quando da propositura desta ação, ter sido realizada a opção de contribuição indicada naquele diploma legal, conforme determina o art. 283 do CPC.

15. Inexistente a prova daquela opção, é compulsória a assertiva de haver o ex-segurado permanecido no sistema anterior de contribuição equivalente a 7% do vencimento-base com o direito de obter a respectiva dependente pensão igual a 50% do vencimento-base do ex-servidor (Lei nº 285/79, art. 12).

16. De fato, nunca tendo sido alegado e, sobretudo, provado que o segurado CAETANO GOMES VIEIRA tenha contribuído com o

percentual de 9% calculado sobre seu vencimento-base, conforme estabelecido pela indigitada Lei nº 1.127/87, não há qualquer razão para que os benefícios previdenciários de que a Autora se julga titular venham a ser concedidos em bases mais favoráveis, sob pena de, assim o fazendo, inviabilizar-se a sobrevivência da previdência social administrada pelo Estado.

17. Essa afirmação não é simples metáfora; antes, ao contrário, é verdadeira e irreprochável, especialmente quando se verifica que o atendimento ao pedido formulado na petição inicial acarretará a necessidade de utilizar-se dos valores das contribuições dos segurados para fazer face às despesas com os benefícios ilegalmente concedidos. Em outras palavras, os valores correspondentes às contribuições dos segurados seriam imediatamente utilizados, ao invés de serem aproveitados para a formação de um patrimônio, capaz de gerar frutos para permitir os pagamentos dos benefícios futuros. Há, ninguém o ignora, uma **reserva matemática** que deve ser mantida para não apenas assegurar o pagamento dos benefícios concedidos, como, também, exibe a finalidade precípua e permanente de garantir os benefícios a conceder.

18. De fora a parte isso, é de registrar, nesse passo, no que concerne ao **plano de custeio**, a autorizada voz do Professor RUI NOGUEIRA:

"O parágrafo único do art. 165 da Constituição do Brasil (de 1969) dispõe, mui judiciosamente:

"Nenhuma prestação de serviços de assistência ou de benefícios compreendidos na Previdência Social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total."

.....  
Ora, de acordo com sua própria finalidade, o Plano de Custeio de uma entidade securitária seria o conjunto de normas quantificadoras das receitas que deverão ser investidas pela entidade, a fim de gerar os recursos necessários e suficientes à cobertura dos compromissos por ela assumidos em relação a toda a massa amparada, quer em relação a prestações já iniciadas, quer em relação a prestações a conceder.

Ao fixar essas normas, num dado momento inicial (**data da avaliação**), o atuário tem vasto campo para a escolha dos fluxos de receitas a que alude a definição, devendo atender, todavia, a duas condições:

#### a) Princípio do equilíbrio financeiro:

O valor descontado provável do fluxo constituído pelas receitas deve igualar o valor descontado provável do fluxo das despesas de prestações.

#### b) Princípio da solvência:

O montante capitalizado das receitas previstas para um lapso qualquer, contado a partir da data da implantação, não pode ser inferior ao montante capitalizado das despesas previstas para esse mesmo lapso.

O primeiro princípio (PEF) exprime a **equivalência financeira** entre os fluxos de receitas e despesas, assegurando, com certeza prática, que os recolhimentos constituam fundos garantidores dos pagamentos previstos para as despesas das prestações.

Por outro lado, o segundo princípio (PS) impõe, também com certeza prática, que jamais se torne negativo o investimento acumulado dos excessos (positivos, negativos ou nulos) das receitas sobre as despesas, a fim de que a entidade não entre no déficit de caixa. (In **A Crise Moral e Financeira da Previdência Social**, Difel, 1985, pp. 33-35).

19. Refri-se: carece de juridicidade, à luz desses argumentos, tese apresentada pela Autora, que, além de romper o equilíbrio financeiro, importa no comprometimento, de forma irreversível, da previdência social de nosso Estado, em prejuízo de todos os seus segurados e dependentes, significará a própria auto-aniquilação da Entidade.

20. O ponto nodal a ser enfrentado para o correto deslinde da questão é o da inconstitucionalidade das Leis nºs 1.127/87 e 1.256/87.

21. É, repita-se a plenos pulmões, flagrantemente inconstitucional o aumento do valor da pensão de 50% para 80% sobre o vencimento base atribuído ao segurado na data de seu falecimento, decorrente da alteração do art. 28 da Lei nº 285/79, promovida, primeiro, pela Lei nº 1.127/87 e, posteriormente, pela Lei nº 1.256/87, à luz da norma incrustada no art. 165, parágrafo único, da Constituição Federal de 1969, transcrita acima.

22. Mencione-se, nesse teor de idéias, que o art. 194, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 determina caber ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social com base nos objetivos que enumera, entre os quais o da "equidade na forma de participação no custeio" (inciso V).

23. Cabe referir, nessa trilha, que o § 5º do art. 195 da Constituição da República estabelece, **ipsis litteris**, que:

"Art. 195 - **Omissis**.

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido, sem a correspondente fonte de custeio total."

24. Em outras palavras: essa norma constitucional deita raízes no salutar **princípio de moralidade pública, tal o equilíbrio entre receita e despesa**, de molde a impedir, por um lado, fáceis proposições com fins eleitoreiros, assegurando, de outro lado, recursos necessários ao atendimento da despesa prevista pela lei com evidente proveito para o segurado, promovendo a estabilidade entre receita e despesa garantidora do equilíbrio orçamentário imprescindível sem o qual haveria risco de quebra ou falência do sistema.

25. Sucede que, no entanto, nem a Lei nº 1.127/87, nem, muito menos, a posterior, de nº 1.256/87, em qualquer de seus dispositivos cogitaram, como é de rigor, da fonte de custeio total do benefício majorado.

26. É evidente a fratura na relação custeio/benefício, estabelecida nas supra-aludidas normas constitucionais, inerente ao próprio sistema previdenciário, de natureza estritamente contributiva, de sorte que, sobre o prisma atuarial, também resulta inviável o aumento percentual da pensão em exame, patrocinado graciosamente, pelas Leis nº 1.127/87 e 1.256/87.

27. A Lei nº 1.127, de 12.02.87, em seu art. 1º, preceitua, **ipsis litteris**, que:

"Art. 1º - O parágrafo único do art. 12 e o § 3º art. 28 da Lei nº 285, de 03.12.79, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 12.....

Parágrafo Único - Será de 9% (nove por cento), calculada sobre o vencimento-base, a contribuição mensal dos servidores civis e militares que se incluírem no regime estabelecido no § 3º do art. 28.

Art. 28 - .....

§ 3º - Ressalvado o direito da permanência no regime estabelecido no **caput** e no § 1º deste artigo, os servidores civis e militares poderão optar, mediante a contribuição estabelecida no parágrafo único do art. 12, por pensão constituída de cota única de 80% (oitenta por cento) do valor do vencimen-

to-base do servidor em atividade, do mesmo cargo, posto ou graduação do segurado, a qual será atualizada sempre que houver alteração do vencimento tomado como paradigma".

28 Visto, com olhos de ver, esse dispositivo não assegurou à generalidade de dependentes de segurados do IPERJ o direito à pensão de 80% (oitenta por cento) do vencimento-base do servidor paradigma, tão-somente, reiterar-se, o fez em relação àqueles dependentes de servidor que, expressamente, **optou** pela contribuição de 9% de seu vencimento-base. Os demais que jamais, em tempo algum, contribuíram com tal percentual ou que permanecerem contribuindo à razão de 7% apenas tinham assegurada para os respectivos dependentes a pensão de 50%.

29. Note-se - e o ponto é capital - que, na espécie vertente, tal **opção expressa**, exigida pela Lei nº 1.127/87, do servidor, além de restar incomprovada, era, mesmo, impossível, posto haver ele falecido **antes** da vigência desta lei, circunstância que, naturalmente, se erige em óbice, intransponível, ao acolhimento da pretensão autoral.

30. Entendimento contrário resvalaria, inexoravelmente, para o despenhadeiro da inconstitucionalidade pela evidente inexistência, na espécie, de correspondente fonte de custeio total para a majoração do percentual atinente à pensão.

31. Numa linha: a Lei nº 1.127/87, exigindo **opção expressa**, majorou as pensões de 50% para 80% do vencimento-base do servidor, mas em contrapartida, ressaltar-se, aumentou a contribuição de 7% para 9% de modo que, é óbvio, cancelar a pretensão da Autora, tal como deduzida, seria ferir de morte o equilíbrio financeiro que deve presidir o sistema de previdência social.

32. Ulteriormente, a Lei nº 1.256, de 16.12.1987, em seu art. 1º, exhibe a formulação seguinte:

"Art. 1º - Os arts., 12, 28, 34, 39 e 67 da Lei nº 285, de 03.12.79, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 12 - A contribuição mensal obrigatória será de 9% (nove por cento) calculada sobre o vencimento-base e arrecadada mediante desconto em folha de pagamento do segurado e na forma prevista na presente lei.

"Art. 28 - A pensão instituída na forma desta lei constituir-se-á de cota única correspondente a 80% (oitenta por cento) do valor do vencimento-base atribuída ao segurado na data do seu falecimento.

Parágrafo Único - O total de pensão não poderá ser inferior ao menor vencimento pago aos servidores públicos, em ativi-

dade, do Estado do Rio de Janeiro, nem superior a 9 (nove) vezes o valor de sua contribuição mensal vigente à data do falecimento, reajustável na conformidade desta lei." (Redação modificada pela Lei nº 1.400, de 08.12.1988).

33. De tal comando decorreu, iniludivelmente, para todos os segurados do IPERJ a obrigação de para ele contribuir com 9% de seu vencimento-base, assegurando-se para todos os pensionistas, indistintamente, o direito de haver a pensão de 80% do valor do vencimento-base atribuído ao servidor na data de seu falecimento.

34. Não cogitou aquela lei, todavia, da fonte de custeio total para a efetiva **majoração** das pensões dela decorrentes, dêis que alcançou não apenas os dependentes dos segurados que contribuíram à razão de 9% de seus vencimentos-base como, também, àqueles dependentes de segurados que jamais contribuíram com tal percentual.

35. Nessa lei, evidencia-se, indubitavelmente, o rompimento da relação custeio/benefício estabelecida na Constituição da República e inerente ao próprio sistema previdenciário, de natureza eminentemente contributiva, assentado no **princípio da solidariedade financeira**, resultando **inviável**, ao ângulo financeiro, e **inconstitucional**, sob o prisma jurídico, o aumento do percentual da pensão, em desacordo com a norma constitucional insculpida no § 5º, do art. 195 da CF de 1988, que, em dicção análoga, reproduz o parágrafo único do art. 165 da CF de 1969.

36. Releva salientar que, da circunstância de haver a lei majorado, genericamente, o percentual do desconto previdenciário incidente sobre o salário da contribuição dos servidores, como, afoitamente, não raro, se pretende, não resulta satisfeita a exigência constitucional relativa à indicação de fonte de custeio total, porque a majoração prevista na referida lei alcança não só as pensões a serem fixadas para os beneficiários dos segurados que passaram a contribuir em percentual mais elevado (de 9%), como, também, àquelas já instituídas ou em vias de o ser, para os beneficiários de segurados com percentuais de descontos inferiores a 9%. Neste caso, de onde viria o obrigatório custeio total do benefício?

37. O multicitado aumento da contribuição do segurado, fixado em 9% do vencimento-base, não pode, com seriedade, ser considerado como fundo de custeio do benefício, porquanto, repita-se à exaustão, o ordenamento constitucional, desde a CF/1946, exige perfeita correspondência entre o plano de custeio e o benefício concedido, o que, na espécie, não se esboça, pois o singelo aumento da contribuição em 28,57% (de 7% para 9%), mostra-se, ao primeiro lance de vista, insuficiente para a cobertura dos custos emergentes do aumento da pensão em 60% (de 50% para 80%), em ostensiva vulneração

ao **princípio do equilíbrio orçamentário da Previdência Social** consagrado, em boa hora, no ordenamento constitucional.

38. E o que não padece dúvida é que a Previdência Social está sob a égide de cálculos atuariais e estatísticos, sendo, por isso, absolutamente inaceitável que o legislador, flutuando na órbita das promessas inviáveis da política demagógica, crie despesa, distribuindo benesses previdenciárias, sem a imprescindível contrapartida na receita, distante dos custos e além das forças dos fundos de pensões, em nítida rota de colisão com o princípio constitucional fundamental do equilíbrio financeiro/orçamentário da Previdência Social.

39. É de pontiaguda evidência, ademais, que razões de natureza atuarial e estatística apontam para a inviabilidade de sistema previdenciário, cujas concessões de benefícios não observem um número mínimo de contribuições e um certo período de carência para a implantação dos benefícios previdenciários; daí a exigência constitucional relativa à indicação da respectiva fonte de custeio total e a conseqüente ineficácia da lei que não a observe, como, iniludivelmente, são os casos dos dois diplomas legais em exame.

40. Sob o foco dos argumentos sobraçados, revela-se, a um relance d' olhos, a **desproporção** existente entre o novo benefício e a nova contribuição: aquela (a pensão) foi elevada em 60% - de 50% para 80% - e esta (a contribuição), pasme-se, em apenas 28,57% - de 7% para 9%!

41. É quanto basta para que, mesmo com noções rudimentares de álgebra, se evidencie a inexistência da "*correspondente fonte de custeio total*" para a majoração do benefício previdenciário em tela.

42. Intui-se fácil - muito fácil - que, na espécie, não se cuidou de fazer um cálculo atuarial/estatístico, essencialmente essencial à estipulação das fontes de custeio e, em verdade, criou-se uma **pseudofonte**, um **simulacro de custeio** que não resiste a uma análise perfunctória, porém séria, e que, tem o condão de quebrar o sistema previdenciário no Estado do Rio de Janeiro.

43. É irrefutável que, ante a insuficiência da atual receita, mostra-se, com nitidez ofuscante, o **desequilíbrio** da relação custo-benefício que resultaria do pagamento da majoração da pensão, sem a correspondente fonte de custeio total, malferindo, de conseqüente, a regra inscrita no parágrafo único do art. 165, da CF/69, reproduzida, em dicção análoga, no § 5º, do art. 195, da CF/88. Remarque-se.

44. Por outro sulco, inútil pretender-se, obviamente, atendida a norma constitucional relativa à existência da "*correspondente fonte*

de custeio" pelo fato de haver, na Lei nº 285/79, norma relativa à fonte de receita do IPERJ.

45. A Lei nº 285, de 1979, em seu art. 62, estatui, *in verbis*, que:

"Art. 62 - Constituem fonte de receita do IPERJ, além de contribuição dos segurados, legados e rendas extraordinárias ou eventuais, bem como as decorrentes de operações de mútuo e o rendimento do patrimônio da Autarquia, incluindo-se os investimentos de caráter reprodutivo, e construção ou aquisição de imóveis para venda a seus segurados e para cessão ou permissão de uso a terceiros, mediante remuneração".

46. Esse dispositivo tem em mira - releve-se o truísmo - indicar a fonte de custeio total, "correspondente", àquelas despesas decorrentes dos benefícios instituídos pela Lei nº 285/79, e não todos e quaisquer benefícios e respectivos aumentos ou extensões que leis posteriores vierem a instituir.

47. Do contrário, reduzir-se-ia a pó o princípio de moralidade pública relativo ao equilíbrio entre receita e despesa que deu origem àquela restrição de índole constitucional (art. 165, parágrafo único, da CF de 1969 e, na mesma rota, art. 195, § 5º da CF de 1988).

48. Nem se diga, por outro lado, que a norma do art. 10, do Decreto nº 10.273, de 20.08.1987, estaria a suprir a omissão da Lei nº 1.127/87 que regulamenta, indicando a fonte de custeio da despesa nele prevista. Não, não e renão.

49. Em verdade, os regulamentos, como é cediço na doutrina, são atos administrativos, decorrentes do poder regulamentar do Executivo, postos em vigência por decreto, com a finalidade de especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por lei.

50. Trata-se, sem reboços, de ato explicativo ou supletivo da lei, que dela se distingue não só por provir do Executivo, enquanto esta provém do Legislativo, mas por situar-se em plano hierárquico inferior ao da Lei, razão pela qual detém com esta relação de subordinação, não a podendo contrariar e não lhe sendo dado inovar originariamente.

51. Conseqüentemente, não pode, o regulamento ordenar o que a lei não ordenou ou fazê-lo de modo diverso daquele estabelecido em lei.

52. Ouça-se a doutrina, dicção do saudoso HELY LOPES MEIRELLES:

"O regulamento não é lei, embora a ela se assemelhe no conteúdo e poder normativo. Nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo. Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados" (in, *Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª ed., p. 113).

53. Caso o dispositivo em questão (art. 10, do Decreto nº 10.273) objetivasse indicar fonte de custeio não prevista na lei a que se refere - o que não se admite nem para argumentar - estaria a invadir área de reserva legal com evidente ofensa aos comandos emergentes dos arts. 5º, inciso II c/c o art. 84, inciso IV e art. 2º, da Constituição Federal.

54. A melhor exegese daquele dispositivo, consoante vetusta regra de hermenêutica, é aquela que não conduz à inconstitucionalidade da norma, sendo, por conseguinte, imperioso afastar-se a interpretação supramencionada relativa à indicação de fonte de custeio pela norma em questão, bem como aquela que vislumbra no dispositivo uma norma que atribui ao Estado a responsabilidade, pelo pagamento da pensão previdenciária, atrelada, exclusivamente, ao IPERJ pela Lei nº 285, de 1979.

55. Ora - em verdade, rigorosamente - a inteligência e o alcance do aludido art. 10 é, precisamente, fixar norma administrativa de cunho meramente procedimental para o IPERJ o que, por óbvio, em absolutamente nada pertine com criação de fonte de custeio. Reafirme-se.

#### A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO EM FACE DA CF DE 1969 E SUA REVOGAÇÃO PELA CARTA DE 1988

56. O caráter supremo da Constituição não implica, logicamente, em automática destruição da sistemática legislativa pretérita. Deve-se ter em mente que subsiste tudo aquilo da atual legislação que não se ache em antinomia com a nova ordem constitucional e com os seus princípios fundamentais.

57. Vale notar que não se torna necessário, para haver-se por derogada essa legislação, que ela enfrente algum artigo ou contraste com expressa disposição constitucional, bastando que tenha ficado em oposição ao sistema fundado pela Constituição e aos princípios nela consagrados.

58. O tratamento a ser outorgado à disposição legal incompatível com a nova Constituição, segundo a doutrina mais autorizada, é no sentido que a Lei Maior, ao entrar em vigor, **revoga** a legislação precedente com ela incompatível (veja-se, por todos, LUIS ROBERTO BARROSO, in **O Direito e a Eficácia de suas Normas**).

59. O E. Supremo Tribunal Federal, dentre outros arestos, nos autos das Representações nº 1.012 e 1.016, ambas do Estado de São Paulo, vem de sufragar esse entendimento:

**"Em se tratando de leis anteriores à Constituição Federal vigente, não há que se cogitar - como tem entendido o STF - de inconstitucionalidade, mas, sim, de revogação, matéria estranha à representação de inconstitucionalidade."**

- RTJ 95/980 e 993 -

60. É nessa moldura que o presente caso concreto há de ser dirimido.

#### A DOCTRINA UNÍSSONA

61. Ouça-se a doutrina, na voz autorizada de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em escólio ao art. 165, parágrafo único, da Constituição Federal de 1969:

**"FONTES DE CUSTEIO** - Neste passo a Constituição vigente mantém o texto que foi acrescentado à Constituição de 1946 pela Emenda nº 11, de 1965. A exigência assim feita de que nenhuma prestação de serviço de assistência fosse criada, majorada ou estendida, sem que ao mesmo tempo se estabelecesse a sua correspondente fonte de custeio era necessária ao tempo da citada Emenda nº 11 para coibir excessos demagógicos, quais sejam as criações e extensões de benefícios sem que ao mesmo tempo se dessem as fontes de custeio dos mesmos. Assim, estabelecia-se inexoravelmente o **déficit** cada vez mais pronunciado das entidades de previdência" (in **Comentários à Constituição Brasileira**, Saraiva, 5ª ed., p. 690).

62. No tocante à fonte de custeio total, J. CRETILLA JR., com a precisão de um cirurgião, preleciona:

**"A primeira referência à expressão fonte de custeio total é encontrada na EC nº 11, de 31 de março de 1965, que acrescentou parágrafo ao art. 157 da Constituição de 1946, fundada a Mesa da Câmara dos Deputados e do Senado, no art. 3º do Ato Institucional nº 1 e do art. 217, § 4º, da Carta Política mencionada, assim redigido: 'Nenhuma prestação de**

**serviço de caráter assistencial ou de benefício, compreendida na previdência social, poderá ser criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total'**. A Constituição de 1967, repetiu, com levíssima alteração, o preceito, assim redigido no art. 158, § 1º: **'Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício, compreendida na previdência social, será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total'**. Com a substituição de compreendida por compreendidos, o preceito é reiterado no art. 165, parágrafo único, da EC, de 1969" (in **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, Forense Universitária, 1993, vol. VIII, p. 4.326).

63. Sobreleva notar, a respeito do equilíbrio financeiro da previdência social, exurgente da compulsória fonte de custeio total da concessão, majoração ou extensão de benefícios, o magistério do saudoso PONTES DE MIRANDA, em escólio à anterior Constituição, mas em total pertinência com a atual, **ipsis verbis**:

**"Não é válido, qualquer ato do Poder Executivo, ou (administrativo) do Poder Judiciário, ou mesmo do Poder Legislativo, que crie, aumente, ou estenda o serviço assistencial ou de benefício, sem que haja o fundo para o custeio total. O fundo pode ser de despesa da União e de outra entidade estatal, paraestatal ou privada. Cumpre, porém, advertir que a regra jurídica do art. 165, parágrafo único, não se refere apenas à União: atinge os Estados-membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios" (in **Comentários à Constituição de 1967**, Forense, 1967, Tomo VI, p. 258).**

#### A FIRME JURISPRUDÊNCIA

Mencione-se, em reforço, no atinente à falta de indicação da fonte de custeio em legislação previdenciária, em caso análogo ao presente, a robusta jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal relativa à concessão de pensão previdenciária aos dependentes de trabalhadores rurais falecidos antes da vigência da Lei Complementar nº 11/71, mais precisamente com fulcro na Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural), que a previa sem a indicação da respectiva fonte de custeio total já prevista pelo art. 157, § 2º, da Constituição Federal de 1946, com a redação da Emenda Constitucional nº 11/65.

Esse fato ensejou a sustação do benefício pelo Decreto nº 61.544/67 (Regulamento do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural) e, conseqüentemente, inúmeras demandas de beneficiários da Lei nº 4.214/63, ensejando o recurso extraordinário nº 101-044-MG, interposto pelo então IAPAS, ao E. Supremo Tribunal Federal que,



através de seu Plenário, sendo relator o eminente Ministro Oscar Corrêa, proferiu acórdão, publicado na RTJ 110/1.177, encimado da seguinte ementa:

"Previdência Social. Pensão a dependente de trabalhador rural falecido anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 11/71.

Benefício concedido sem arrecadação de contribuição destinada à necessária fonte de custeio (parágrafo único do art. 165, da Constituição da República).

Decisão que emprestou a preceito legal efeito retro-operante, sem que houvesse disposição expressa, em tal sentido (CF, art. 153, §§ 2º e 3º)."

Consta do voto do Relator:

"E tendo sido criada na Lei Complementar nº 11/71 a fonte de custeio, não se poderia admitir que os direitos previdenciários nela estipulados pudessem abranger aqueles que já haviam falecido antes da instituição do sistema, pois deve haver a contrapartida contribuição à concessão dos benefícios pelo princípio mais elementar que rege o seguro em geral, para fazer face às despesas com os benefícios há de haver a correspondente receita, princípio esse tão essencial que foi inserido no próprio texto constitucional".

"Conhece-se a miséria reinante nos campos, na atividade rural, e não se recusa aos rurícolas o direito de pleitear a assistência que lhes é devida. Mas, a extensão da que se institui na Lei Complementar 11/71 aos falecidos anteriormente, inviabilizaria a prestação aos que ela abrangeu, agravando-se o mal: porque não haveria recursos para atender àqueles e a estes, com o malogro total da iniciativa".

"Ao concedê-la, sem que criada a correspondente fonte de custeio total, vulnerou o parágrafo único do art. 165 da Constituição Federal".

Por sua clareza e concisão, é importante a transcrição de parte do voto do Ministro FRANCISCO RESEK:

"Quis-se estabelecer nessa norma (referindo-se ao parágrafo único do art. 165 da EC/69), e se estabeleceu sem sombra de dúvida, a paridade cronológica entre contribuição e benefício. O benefício social previdenciário de resultar de uma fonte de custeio assegurada por um sistema contributivo idôneo. É uma concepção previdenciária compatível com a que se adota tradicionalmente em países mais avançados. A Pre-

vidência não é caritativa. Ela repousa sobre a solidariedade social, expressa nas contribuições que seus próprios beneficiários lhes carregam aos cofres. Dessarte, é com a Lei Complementar nº 11 de 1971 que o rurícola se inscreve no quadro da sociedade previdenciária e começa a pagar. Nasce para ele, nesse momento, a condição de partícipe do sistema; e só a partir de tal momento pode-se cogitar da validade do benefício".

66. Consigne-se, na mesma rota, o acórdão, unânime, da Segunda Turma do E. Supremo Tribunal Federal, preterido no julgamento do RE nº 101.749-SP, interposto pelo então INPS, publicado na RTJ 112/837, sendo o relator o decano Ministro MOREIRA ALVES; sintetizado na emenda seguinte:

"Previdência Social. Pensão a dependente de trabalhador rural falecido anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 11/71.

O Plenário do STF, por voto de desempate do presidente, decidiu que a concessão da pensão a dependentes nessa situação viola os §§ 2º e 3º do art. 153, e o parágrafo único do art. 165, todos da Constituição Federal.

Recurso Extraordinário conhecido e provido."

67. Veja-se, na mesma direção, o acórdão, unânime, da Primeira Turma do E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 102.252-MG, interposto pelo então IAPAS, publicado na RTJ 111/859, sendo relator o insigne Ministro SYDNEY SANCHES cristalizado da seguinte ementa:

"Previdência Social. Pensão a dependente de trabalhador rural falecido anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 11/71.

Inadmissibilidade, em face do parágrafo único do art. 165 da Constituição Federal.

Recurso Extraordinário conhecido e provido."

68. A questão atinente à obrigatoriedade da "correspondente fonte de custeio total" para a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da seguridade social foi agitada, igualmente, no julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1002-6-Rondônia, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sendo relator o eminente Ministro SYDNEY SANCHES, em acórdão encimado da seguinte ementa:

"Direito Constitucional e Previdenciário. Beneficiários do Segurado. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 511, de

04.10.1993, que acrescentou o inciso VI ao art. 5º da Lei nº 135, de 23.10.1986, ambas do Estado de Rondônia.

Constituição Federal, arts. 195, **caput** e § 5º, 194, parágrafo único, e 149. Lei federal nº 8.213, de 24.07.1991.

1. Havendo o dispositivo impugnado incluído, para fins previdenciários, como dependentes dos associados, "os pais, que forem aposentados e pensionistas do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS -, e outros, cujas rendas não ultrapassem o valor de dois salários mínimos", sem atender à determinação do § 5º do art. 195 da Constituição Federal, segundo o qual "nenhum benefício ou serviço de seguridade social pode ser criado, majorado ou estendido sem correspondente fonte de custeio total", é de se deferir medida cautelar, para suspensão de sua eficácia, até o julgamento final da ação (*fumus boni iuris*) e do risco da demora no processamento (*periculum in mora*).

2. Até porque a referida norma constitucional federal (art. 195, § 5º) está inserida nas Disposições Gerais da Seguridade Social, a serem observadas, por isso mesmo, também pelos Estados, sem prejuízo do disposto no parágrafo único do art. 149.

3. O parágrafo único do art. 194 da CF deixou claro que ao Poder Público compete, nos termos da lei, organizar a seguridade social, como observância dos princípios enunciados em seus incisos, dentre eles o da equidade na forma de participação no custeio, como estabelecido no **caput**, seus incisos e parágrafos do art. 195.

4. E a Lei nº 8.213, de 24.07.1991, que dispôs sobre Planos e Benefícios da Previdência Social, não inclui, como dependentes do segurado, "os pais, que forem aposentados e pensionistas do INSS e outros, cujas rendas não ultrapassem o valor de dois salários mínimos", como fez a norma impugnada, sem a correspondente fonte de custeio total.

5. Medida cautelar deferida, nos termos do voto do Relator, por votação unânime."

69. Confirmam-se, no mesmo sentido, os seguintes arestos do E. Tribunal Regional Federal das 1ª e 2ª Regiões:

"Previdência Social - Trabalhador rural - Caracterização - Certidão de casamento - Depoimento prestado em Juízo - Viúva - Pensão - Percentual devido - Art. 201, § 5º, Constituição Federal - Pagamento a partir da citação - Custas.

1. A declaração a respeito da profissão, inserta na certidão de casamento do trabalhador rural, corroborada por documento e por depoimentos de testemunhas colhidas no Juízo, constitui prova hábil ao deferimento da pensão requerida por sua viúva.

2. Tendo a Lei Complementar 16/73 fixado em 50% do salário mínimo de maior valor vigente no país (art. 6º) a pensão devida à viúva de trabalhador rural, sua majoração, para atendimento ao disposto no § 5º, do art. 201, da Constituição Federal, **depende da correspondente fonte de custeio, que deverá, entretanto, ser criada por lei, conforme exigência também constitucional (Constituição Federal, art. 195, caput e § 5º)"**

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ApCiv. 91.01.00293, Rel. Juiz CATÃO ALVES, decisão unânime - negritos nossos).

.....  
"Previdenciário. Trabalhador rural falecido depois da Lei Complementar nº 11/71. Pensão. Cálculo das parcelas atrasadas. Lei nº 6.899/81.

I - A prova da condição de rurícola não se limita, em Juízo, àquela enunciada no Decreto nº 73.617/74, aliás, em parte inconstitucional, quando restringiu os direitos outorgados pela Lei Complementar nº 11/71.

II - Pensão concedida a partir da citação.

III - O art. 201, § 5º, da Constituição Federal, que fixa o valor do benefício previdenciário em um salário mínimo, **não é auto-aplicável eis que necessita da correspondente fonte de custeio.**

IV - (omissis)".

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Ap-Civ. 91.01.06299, Rel. Juiz ALDIR PASSARINHO JR., decisão unânime - negritos nossos).

.....  
"Previdenciário. Trabalhador rural falecido depois da Lei Complementar nº 11/71. Pensão. Cálculos das parcelas atrasadas. Lei nº 6.899/81.

1 - A prova da condição de rurícola não se limita em Juízo, àquela enunciada no Decreto nº 73.617/74, aliás, em parte inconstitucional, quando restringiu os direitos outorgados pela Lei Complementar nº 11/71.

2 - O art. 201, § 5º, da Constituição Federal, que fixa o valor do benefício previdenciário em um salário mínimo, **não é auto-aplicável eis que necessita da correspondente fonte de custeio**".

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ApCiv. 90.01.118583, Rel. Juiz ALDIR PASSARINHO JR., **decisão unânime** - negritos nossos).

.....  
"Previdenciário. Trabalhador rural. Falecido antes da Lei Complementar nº 11/71. Pensão. Lei nº 7.604/87.

1 - É devida aos dependentes de rurícola falecido antes da vigência da Lei Complementar nº 11/71, a pensão por morte, consoante a nova orientação legal firmada pela Lei nº 7.604/87.

2 - A prova da condição de rurícola não se limita em Juízo, àquela enunciada no Decreto nº 73.617/74, aliás, em parte inconstitucional, quando restringiu os direitos outorgados pela Lei Complementar nº 11/71.

3 - Pensão concedida a partir da citação.

4 - O art. 201, § 5º, da Constituição Federal, que fixa o valor do benefício previdenciário em um salário mínimo, **não é auto-aplicável eis que necessita da correspondente fonte de custeio**.

5 - (omissis)".

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Ap-Civ. 90.01.18905, Rel. Juiz ALDIR PASSARINHO JR., **decisão unânime** - destaques nossos).

.....  
"Previdenciário. Pensão pelo falecimento de segurada. Fruição por marido não inválido. Constituição Federal, art. 5º, I, e 201, V. **Disposições que carecem de criação da respectiva fonte de custeio. Art. 195, § 5º.**

1 - A implementação de benefícios novos, ainda que instituídos pela própria Constituição Federal, **carecem da respectiva fonte de custeio, ex vi do disposto no art. 195, § 5º, da mesma Carta Política.**

2 - Pedido que não pode ser de plano atendido pelo Judiciário, após a vigência do novo plano de custeio da previdência social, instituído pela Lei nº 8.212/91, que entrou em vigor no curso da lide, eis que não houve pretensão resistida do réu ao pagamento, a partir de então.

3 - Ação improcedente".

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ApCiv. 90.01.04041, Rel. Juiz ALDIR PASSARINHO JR., **decisão unânime** - negritos nossos).

.....  
"Previdenciário. Benefício. Valor mensal. Constituição Federal, art. 201, § 5º. **Necessidade de Fonte de Custeio.**

1 - O dispositivo constitucional que assegura o valor mínimo dos benefícios previdenciários **depende, para sua aplicação, da correspondente fonte de custeio, conforme está dito no § 5º do art. 195 do Estatuto Fundamental.**

2 - Acórdão que se omitiu na apreciação desse ponto merece ser declarado.

3 - Embargos acolhidos".

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ApCiv. 90.01.14615, Rel. Juiz EUSTÁQUIO NUNES DA SILVEIRA, **decisão unânime** - negritos nossos).

.....  
"Previdência Social - Benefício mensal previsto no art. 203, V, da Constituição Federal - Necessidade de regulamentação e fonte de custeio - Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida.

1. O benefício mensal previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, insere-se na área da assistência social, que será realizada com recursos do orçamento da seguridade social. Por conseguinte, sua concessão, conforme dispuser a lei, dependerá da correspondente fonte de custeio, que deverá, entretanto, ser criada por lei, consoante exigência constitucional (Constituição Federal, art. 195, **caput e § 5º**)".

(Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Ap-Civ. 91.01.02109, rel. Juiz CATÃO ALVES, **decisão unânime** - destaques nossos).

.....  
"Previdenciário - Revisão de proventos - Gratificação natalina dos aposentados - Art. 201, p. 6 da CF. - Correção monetária - Lei nº 7.789/89

Nos termos do p. 6, do art. 201, da CF: "A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano."

Tal preceito é auto-aplicável, bastante em si mesmo, **observada a necessidade de previsão de fonte de custeio, conforme p. 5, art. 195 da mesma Carta Magna.**"

(Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ApCiv. 92.0214133-9/RJ, Rel. Juiz CELSO PASSOS, **decisão unânime** - destacamos).

70. Dessa firme orientação não discrepa o E. Tribunal Superior do Trabalho que em acórdão, unânime, proferido no julgamento do Recurso de Revista nº 0047811/92, sendo Relator o Ministro **VANTUIL ABDALA**, deixou assentado que:

**"A não auto-aplicabilidade do disposto no artigo sétimo, inciso doze, da Constituição Federal de mil novecentos e oitenta e oito aos rurícolas impõe-se face à inexistência, presentemente, de previsão legal quanto à respectiva fonte de custeio (artigo cento e noventa e cinco, parágrafo quinto, da Constituição Federal), posto que o salário-família é benefício pertinente à seguridade social".**

71. Ajunte-se, nessa trilha, dentre outros, os acórdãos, unânimes, da 5ª Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferidos nos julgamentos:

- da apelação cível nº 4.337/91, sendo relator o Desembargador **SÉRGIO MARIANO**, sintetizado na ementa seguinte:

**"Pensionistas do IPERJ. Não têm direito à elevação da pensão a 80% do vencimento-base do servidor falecido porque a Lei nº 1.127/87, ao majorar o benefício, em contrapartida, aumentou o valor das contribuições."**

- da apelação cível nº 1.489/92, sendo relator o Desembargador **NARCIZO PINTO**, encimado da seguinte ementa:

**"Percentual maior, estabelecido em lei posterior, correspondente a contribuição também maior, não pode ser aplicado a pensões concedidas com base em contribuições inferiores, pois, se fosse, prejudicaria o sistema previdenciário."**

#### SÍNTESE FINAL

72. Da exposição acima feita podem extrair-se as formulações seguintes:

a) a presente ação está, irremediavelmente, prescrita, pelo decurso do tempo aliado à inércia da Autora, como, de resto, extinto o próprio direito, por força do Decreto nº 20.910, de 06.01.1932 - complementado pelo Decreto-lei nº 4.597, de 19.08.1942 -, que estabelece o prazo de 5 (cinco) anos para a prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública e suas Autarquias;

b) e assim é quer se considere o óbito do ex-segurado do IPERJ (21.12.1978, cfr. item 1º da petição inicial, a fls. 02) como fato gerador do suposto direito da Autora, quer se acolha como tal a data da Lei nº 1.127 (12.02.87), de qualquer ângulo de visada, decorrem mais de 5 (cinco) anos até a propositura da presente ação (24.11.1995, cfr. fls. 02);

c) a Lei nº 1.127, de 12.02.87 é manifestamente inconstitucional se contrastada com o art. 165, parágrafo único, da Constituição Federal de 1969 - vigente ao tempo da edição desta lei - que, **in verbis**, estabelece: **"nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na Previdência Social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total."**;

d) mesmo que, por ardoroso amor ao debate, fosse constitucional a regra introduzida pela sobredita Lei nº 1.127/87, ainda assim caberia à Autora ter provado, documentalmente, quando do ajuizamento da presente demanda - o que não o fez, acrescente-se - ter sido realizada a **opção expressa** de contribuição indicada neste diploma legal, a teor da norma, cogente, incrustada no art. 283, do CPC;

e) a Lei nº 1.256, de 16.12.1987, por identidade de razão - **ausência da "correspondente fonte de custeio total"** - também é flagrantemente inconstitucional, em face da CF/69;

f) tais diplomas estão **revogados** pela Constituição Federal de 1988, de resto como tem reiteradamente decidido o E. Supremo Tribunal Federal;

g) dispensam-se olhos de águia e pena de matemático para asseverar que, na realidade, se pretendeu **burlar a norma constitucional através de um pseudocusteio**, pois a pensão foi majorada em **60%** (de 50% para 80%) enquanto que o desconto experimentou um aumento de, tão-somente, **28,57%** (de 7% para 9%);

h) essas leis, a toda evidência inconstitucionais, patrocinaram, desenganadamente, o **rompimento** da relação custeio/benefício estabelecida na Constituição da República (art. 165, parágrafo único, da CF de 1969, reproduzido, em essência, no art. 195, § 5º, da CF de 1988) e inerente ao próprio sistema previdenciário, de natureza eminentemente contributiva, alicerçado no **princípio da solidariedade financeira**, por uma exegese sistemática, devem subordinar-se, até em homenagem à lógica, a cálculos atuariais que preservem a existência mesma das instituições de previdência e, na verdade e em última análise, a possibilidade material de pagamentos de benefícios e serviços de seguridade social;

i) há uma **reserva matemática** que deve ser mantida para a finalidade precípua e permanente de assegurar o pagamento dos benefícios concedidos, como, por igual, de garantir os benefícios a conceder;

j) entretanto, as supra-aludidas leis, a um só tempo, vulneraram o princípio ético da "eqüidade na forma de participação no custeio", catalogado no inciso V, do parágrafo único do art. 194 da CF/88 e estupraram um dos axiomas da seguridade social de que "nenhum benefício ou serviço poderá ser criado, majorado ou estendido na Seguridade Social sem que seja assegurado, no plano de custeio, a respectiva fonte de receita total", consoante estabeleça o parágrafo único, do art. 165, da CF/69 e, em formulação análoga, ressoa o § 5º do art. 195 da CF/88;

l) esse entendimento é esposado não só pela melhor doutrina, como, também, sufragado pela firme jurisprudência dos nossos Tribunais.

### CONCLUSÃO

73. Por tudo o quanto se expôs, requer que seja julgado **improcedente** o pedido deduzido na petição inicial, com a condenação da Autora nas despesas processuais e honorários advocatícios.

74. Pelo princípio da eventualidade, na hipótese, remota, de procedência do pedido, impõe-se ressaltar, em execução, o direito do IPERJ fazer a compensação dos valores que não tenham sido recolhidos, em vida, pelo ex-servidor, a título de constituição da respectiva fonte de custeio.

75. No tocante à correção monetária, caso o pedido formulado seja, **ad argumentandum**, julgado procedente, a sua incidência somente poderá ocorrer a partir do ajuizamento desta demanda, conforme preceitua o § 2º do art. 1º da Lei nº 6.899, de 08.04.1981.

76. Protesta pela produção de prova documental complementar, pericial e oral, com o depoimento pessoal da Autora, sob pena de se presumirem verdadeiros os fatos contra ela alinhados.

77. Endereço para intimações: Rua Dom Manuel, nº 25 (art. 39, inciso I, do CPC).

Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 18 de abril de 1996.

**Francesco Conte**  
Procurador do Estado  
OAB/RJ nº 38.091