

Parecer da Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral

PREVIDÊNCIA SOCIAL. SERVIDOR PÚBLICO – REGIME PREVIDENCIÁRIO – PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. Recorrendo-se à interpretação conforme a Constituição, pode-se concluir: o comando contido no § 1º do artigo 1º, da L.E. nº 14.653/2011, determinando que o regime de previdência complementar por ela instituído “**aplica-se aos que ingressarem no serviço público estadual a partir da data ...**” só será compatível com a Constituição Federal se se entender que o RPC será necessariamente aplicável aos titulares de cargos efetivos que ingressarem no serviço público paulista a partir da data estipulada, **exceto quando se tratar de servidor com direito constitucionalmente assegurado a optar pela sua não inclusão no regime de previdência complementar** – como é o caso dos servidores que hajam ingressado no serviço público, titularizando cargo efetivo em qualquer ente da Federação, não submetidos à limitação prevista no § 14 do art. 40 da CF, que vieram a seguir, sem interrupção, a ocupar cargo efetivo no serviço público deste Estado. **(Parecer PA nº 69/2013)**

PROCESSO: GDOC nº 18492-392327/2013

INTERESSADO: V. M. B. D. M.

ASSUNTO: PREVIDÊNCIA SOCIAL. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. Lei Estadual nº 11.653, de 22 de dezembro de 2011. Impossibilidade de interpretação conforme a Constituição. Constitucionalidade da norma gizada no § 1º do artigo 1º, da Lei Estadual nº 14.653/2011. Exegese sistemática e finalística da “Lex Maior”. Existência de Diversos Regimes de Previdência Social. Momento de filiação ao Regime Jurídico-Previdenciário. Princípio do *tempus regit actum*. Análise da abrangência da expressão “serviço público” prevista no § 16 do artigo 40 da Constituição Federal. Destinatários da norma. Proteção aos servidores públicos efetivos vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social do ente que instituiu o correspondente Regime de Previdência Complementar Público. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Ausência de expectativa de direito dos servidores públicos filiados a Regimes Próprios de Previdência Social de outros entes da Federação e dos servidores públicos vinculados ao Regime Geral de Previdência Social que vierem, posteriormente à instituição do Regime de Previdência Complementar Público do Estado de São Paulo, a desempenhar cargo público efetivo ou vitalício no Estado de

São Paulo. Estudo sobre a finalidade da instituição do Regime Previdenciário Complementar Público. Princípio do equilíbrio financeiro dos sistemas previdenciários.

Parecer GPG. Cons. nº 39/2014

Cuidam os autos de pedido formulado por Procurador do Estado Nível X, V. M. B. D.M., à Diretoria de Recursos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, visando à retificação de sua situação jurídico-previdenciária junto ao Estado de São Paulo (fls. 02/05)¹.

Pleiteia o interessado que lhe seja facultada a opção pelo Regime Próprio de Previdência Social – RPPS – sem a limitação da base de cálculo da contribuição previdenciária ao teto do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, tendo em vista seu ingresso no serviço público municipal, no cargo de Procurador do Município de São Gonçalo, em 9 de abril de 2012 (fls. 08), ou seja, em data anterior à criação do Regime Previdenciário Complementar do Estado de São Paulo – RPC –gerido pela Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo – SPPREVCOM².

Após manifestações do Centro de Recursos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (fls. 10/15), da SPPREVCOM (fls. 18/28) e da Unidade Central de Recursos Humanos da Secretaria de Gestão Pública (fls. 29/35), os autos foram encaminhados a esta Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, que solicitou a oitiva da Procuradoria Administrativa (fls. 38).

Na sequência, juntou-se a peça opinativa da Especializada – Parecer PA nº 69/2013 (fls. 39/63). Dada a relevância da matéria, o processo foi a mim distribuído, no dia 24 de abril p.p, pelo Sr. Subprocurador Geral da Área da Consultoria Geral, para reexame da questão.

É o breve relatório.

- 1 Informa-se que, apesar de V. M. B. D. M. – aparentemente – representar outros Procuradores de Estado em situação análoga (fls. 05), não se vislumbra a juntada de procuração outorgando-lhe poderes para tanto. Desse modo, a presente análise restringe-se somente ao caso do V. M. B. D. M.
- 2 “[...] dentre o universo dos agentes públicos estaduais que se submetem ao regime de aposentadorias e pensões do artigo 40 da Constituição da República, sujeitam-se ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social e assim contribuem dentro desse mesmo limite exclusivamente os que venham a **entrar em exercício no serviço público a partir de 21 de janeiro de 2013**, aos quais se faculta a adesão ao regime de previdência complementar com possibilidade de efeitos financeiros retroativos à data do exercício, contanto que exista previsão no regulamento do plano de benefícios correspondente (Trecho do Parecer PA nº 07/2013, de autoria do Procurador do Estado Demerval Ferraz de Arruda, integralmente aprovado pelo Procurador Geral do Estado de São Paulo – destaques acrescidos).”

A Procuradoria Administrativa, por meio do substancioso Parecer PA nº 69/2013 (fls. 39/63), aprovado pela chefia da especializada (fls. 64), valendo-se da técnica hermenêutica denominada “interpretação conforme a constituição”, opinou que “o comando contido no § 1º do artigo 1º, da Lei Estadual 14.653/2011, determinando que o regime de previdência complementar por ela instituído ‘**aplica-se aos que ingressarem no serviço público estadual a partir da data ...**’ só será compatível com a Constituição Federal se se entender que o RPC será necessariamente aplicável aos titulares de cargos efetivos que ingressarem no serviço público paulista a partir da data estipulada, **exceto quando se tratar de servidor com direito constitucionalmente assegurado a optar pela sua não inclusão no regime de previdência complementar**”³ (fls. 55).

No tocante ao sentido a ser dado à expressão “ingressado no serviço público” prevista no § 16 do artigo 40 da Constituição Federal, a Procuradoria Administrativa entendeu que o significado é bastante semelhante “[...] àquele que se atribui à mesma locução, quando insere no artigo 6º da EC nº 41/2003 e no artigo 3º da EC nº 47/2005 [...]: havendo sucessivas investidas **sem interrupção**, deverá ser considerada, **para se apurar a data de ingresso no serviço público, a mais remota** delas, **independentemente de se tratar de exercício de cargos no mesmo ente político ou em Unidades federativas distintas**. Isto porque o dispositivo constitucional sob comento não estabelece essa distinção, quer implícita, quer explicitamente”. Aduziu, ainda, que “[...] a garantia conferida pelo § 16º do art. 40 da CF, por consistir em direito à manutenção de regime jurídico, só se aplica aos servidores que, previamente ao ingresso no serviço público paulista, titularizassem **cargo efetivo e não estivessem submetidos à limitação prevista no § 14 do art. 40 da CF**” (fls. 57⁴).

Com o devido respeito que esse posicionamento merece, não me convenço de sua exatidão, pelas razões que passo a expor:

Da impossibilidade de utilização da interpretação conforme a Constituição e da constitucionalidade da norma gizada no § 1º do artigo 1º, da Lei Estadual nº 14.653/2011.

É imperioso esclarecer que a interpretação conforme a constituição “[...] constitui num princípio de controle de constitucionalidade, mas que ganha relevância para a interpretação constitucional quando a norma legal

3 Grifos no original.

4 Grifos no original.

objeto de controle se apresenta com *mais de um sentido* ou *significado* (normas plurissignificativas ou polissêmicas), devendo-se, nesse caso, dar-se preferência à interpretação que lhe empreste aquele sentido – entre os vários possíveis – que possibilite a sua conformidade com a Constituição”⁵.

A expressão “aplica-se aos que ingressarem no serviço público estadual a partir da data de publicação desta lei [...]”, prevista no § 1º do artigo 1º, da Lei Estadual nº 14.653/2011, não deixa margem para interpretações diferentes ao indigitado comando legal, ou seja, possui sentido unívoco, não sendo passível de interpretação conforme a constituição⁶.

Além disso, respeitando os entendimentos divergentes, a norma do § 1º do artigo 1º, da Lei Estadual nº 14.653/2011 vai ao encontro das normas constitucionais, em especial dos §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da CF, não carecendo de interpretação conforme. Explico.

A problemática trazida à análise da Procuradoria Geral do Estado centra-se na abrangência da expressão “serviço público” prevista no § 16 do artigo 40 da Constituição Federal.

Respeitando as posições em contrário, a exegese literal da “Lex Maior”, como pretendido pela Procuradoria Administrativa, em detrimento da sistemática e da finalística, não se afigura a mais razoável para o deslinde do caso em apreço.

Da Filiação ao Regime Jurídico-Previdenciário

É cediço que a previdência social vem sofrendo grandes modificações desde a EC nº 20/98, visando à convergência dos regimes previdenciários existentes para uma única unidade de regramento⁷.

Entretanto, a unicidade dos regimes previdenciários ainda não ocorreu, podendo-se “[...] afirmar que a proteção previdenciária brasileira não é a mesma para todos os trabalhadores, dada a diversidade de regimes de previdência social. Todos os trabalhadores estão protegidos pela previdência social, mas as regras de proteção variam de acordo com a atividade laboral exercida”⁸, e também – no

5 JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Ed. JusPodivm. 4. ed. Salvador-BA; 2010; p. 229/230 (grifos acrescidos).

6 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1152 (apud. JÚNIOR. Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Ed. JusPodivm. 4. ed. Salvador; 2010; p. 230).

7 LEITÃO, André Studart. DIAS, Eduardo Rocha. MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Nova Previdência Complementar. Ed. Método. São Paulo; 2012; p. 93.

8 Idem. p. 13.

caso dos servidores públicos – de acordo com o ente político para o qual desenvolvem suas atividades.⁹

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já reconheceu a diversidade dos regimes previdenciários quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – nº 1.441-DF. Nas palavras do Excelentíssimo Ministro relator:

*“Ao contrário dos trabalhadores na iniciativa privada, que nenhum liame conservam com os seus empregadores após a rescisão do contrato de trabalho pela aposentadoria, preservam os servidores aposentados **um remarcado vínculo de índole financeira, com a pessoa jurídica de direito público para quem hajam trabalhado.**”¹⁰*

Existem, pois, diversos e diferentes regimes previdenciários, com autonomia e regras próprias, visando a assegurar a subsistência dos respectivos beneficiários caso impossibilitados, total ou parcialmente, de exercer o labor. Há, na República Federativa do Brasil, os seguintes sistemas de previdência: o RGPS (art. 201 da CF), um RPPS para cada ente federado (art. 149, § 1º c/c art. 40 da CF), além das previdências complementares públicas (art. 40, §§ 14, 15 e 16, da CF) e privadas (art. 202 da CF).

A proteção dos segurados e dependentes pelo Sistema Previdenciário, demais disso, inicia-se com a **filiação/vinculação do segurado com o correspondente regime previdenciário**, que decorre, em regra, do início das atividades laborais¹¹.

“Filiação é o vínculo jurídico que se estabelece entre pessoas que contribuem como segurados para a previdência social e esta, vínculo este do qual decorrem direitos e obrigações.” (CASTRO, LAZZARI. 2014)¹².

“Relação Jurídica pode ser entendida como o vínculo estabelecido entre dois sujeitos a respeito de um objeto, na qual haja direitos e deveres recíprocos. Trata-se de relação de intersubjetividade (MATA-MACHADO, 1976, p. 258) a qual permite que um dos sujeitos possa exigir do outro o cumprimento de um direito [...] A relação jurídica previdenciária é o vínculo estabelecido entre o

9 No mesmo sentido: CASTRO e LAZZARI afirmam que “em que pese o princípio da uniformidade de prestações previdenciárias, contemplado no texto constitucional, o fato é que no âmbito da Previdência Social no Brasil não existe somente um regime previdenciário, mas vários deles.” (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. Ed.Forense. 16 ed. Rio de Janeiro. p. 101).

10 Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347060>, em 25 abril 2014.

11 Vide nota de rodapé nº 2.

12 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. Ed.Forense. 16 ed. . Rio de Janeiro. p. 183.

segurado/contribuinte e a Administração Previdenciária, sobre proteção dos riscos inerentes à atividade humana.” (BARROSO, 2012)¹³.

Diante de tantos regimes e de tantas reformas previdenciárias (EC 20/98; EC 41/03; EC 47/05 e EC 70/12), o aplicador do direito deve tomar as cautelas necessárias – em especial no tocante ao direito intertemporal – quando da verificação de quais regras são aplicáveis ao segurado, sempre se baseando nas regras de Direito Previdenciário¹⁴.

A Excelentíssima Ministra Ellen Gracie, no voto da ADI nº 3105, já observou que *“após uma análise histórica da previdência dos servidores [...] há equívoco em confundir sistema estatutário com sistema previdenciário”*¹⁵.

No caso em apreço, o interessado deixou de ser vinculado ao RPPS do Município de São Gonçalo – Lei Municipal nº 009/2006 – passando a se filiar obrigatoriamente ao RPPS do Estado de São Paulo.

A vinculação inicial do interessado com o RPPS do Estado de São Paulo ocorreu em 18 de fevereiro de 2013 – data do início do exercício¹⁶ no cargo de Procurador do Estado de São Paulo, aplicando-se todas as regras do regime previdenciário em vigor nesta data e a partir dela (princípio do *tempus regit actum*¹⁷) – inclusive quanto à limitação do teto do RGPS no pagamento de benefícios pelo RPPS paulista, posto que já criado o RPC por meio da Lei Estadual nº 14.653/2011.

Não se pode olvidar, no entanto, que o interessado trouxe questão inciden-

13 BARROSO, Marcelo. Direitos Previdenciários Expectados. A Segurança na Relação Jurídica Previdenciária dos Servidores Públicos. Juruá. Curitiba. 2012, p. 87.

14 “A fixação da autonomia do Direito Previdenciário reveste-se de importância, uma vez que é necessário estabelecer critérios de análises das relações jurídicas específicas que ocorrem neste campo tão complexo de atuação estatal que é a segurança social. Para tanto, há que se reconhecerem seus princípios, diferenciados dos demais ramos do Direito, bem como a tipicidade das relações jurídicas a serem normatizadas, únicas no espectro da ordem jurídica: a relação jurídica de custeio, entre o contribuinte ou responsável e o ente arrecadados; e a relação jurídica de seguro social, entre o beneficiário e o ente previdenciário [...] Deve-se ressaltar, inicialmente, que a autonomia de que tratam os doutrinadores, segundo uma concepção mais recente, não significa, em momento algum, deixar de reconhecer a vinculação que um ramo do Direito tenha com os demais, por fazerem parte do mesmo ordenamento jurídico”(CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. Ed.Forense. 16 ed. Rio de Janeiro. p. 57)

15 BARROSO, Marcelo. Direitos Previdenciários Expectados. A Segurança na Relação Jurídica Previdenciária dos Servidores Públicos. Juruá. Curitiba. 2012, p. 136.

16 Vide nota de rodapé nº 2.

17 “Os benefícios previdenciários devem regular-se pela lei vigente ao tempo em que preenchidos os requisitos necessários à sua concessão. Incidência, nesse domínio, da regra ‘tempus regit actum’, que indica o estatuto de regência ordinariamente aplicável em matéria de instituição e/ou de majoração de benefícios de caráter previdenciário.” Precedentes (AI 625.446-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.9.2008).

tal a respeito da interpretação do termo “serviço público” constante do § 16 do artigo 40 da Constituição Federal, informando que “*o novo regime complementar abarca de forma obrigatória os servidores de qualquer outra esfera de governo que ingressaram no serviço público antes de sua instituição*” (fls. 03).

Abrangência da expressão “serviço público” prevista no § 16 do artigo 40 da Constituição Federal.

Podemos classificar os regimes básicos (públicos)¹⁸, atualmente, em três categorias: o RGPS, os RPPS(s), e os RPPS(s) com limitação da base de cálculo da contribuição previdenciária ao teto do RGPS¹⁹. A última categoria foi consagrada após a EC nº 20/98, quando a Constituição Federal possibilitou²⁰ a criação, por qualquer dos entes federados, do RPC.

O art. 40, § 14º, da CF estabelece que:

“art. 40 [...] § 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)**” (Grifos acrescidos)

A EC nº 41/03, por sua vez, ao modificar o § 15º do art. 40 da CF, detalhou o modelo a ser seguido para a criação do RPC e garantiu aos entes federativos total autonomia para a instituição do novo sistema. Essa Emenda constitucional promoveu alterações no modelo sugerido pela EC nº 20/98, quais sejam: (a) previu

18 “Os planos de previdência no Brasil podem ser divididos em básicos e complementares, sendo os primeiros compulsórios para as pessoas que exerçam atividade laboral remunerada, ao contrário dos últimos, que visam apenas ofertar prestações complementares para a manutenção do padrão de vida do segurado e dos seus dependentes”. (AMADO, Frederico. Direito Previdenciário Sistematizado. ed. 3. JusPodvm. Salvador. 2012, p. 98)

19 Art. 2º da Portaria MF nº 19, de 10 de janeiro de 2014 - A partir de 1º de janeiro de 2014, o salário de benefício e o salário de contribuição não poderão ser inferiores a R\$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais), nem superiores a **R\$ 4.390,24 (quatro mil, trezentos e noventa reais e vinte e quatro centavos)**.

20 Podemos concluir que a instituição do RPC não é obrigatória pela leitura do § 14º do artigo 40 da Constituição Federal, *in verbis*: “art. 40 [...] § 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)**” (Grifos acrescidos). No mesmo sentido Marcelo Barroso Lima Brito de Campos (Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos. Juruá. 2012. Curitiba. 2012, p. 380).

que o RPC somente poderá ser instituído por iniciativa do Poder Executivo; (b) retirou a previsão expressa da necessidade de lei complementar para a regulamentação do regime; (c) estabeleceu que o sistema deverá oferecer planos na modalidade de contribuição definida; (d) determinou que a operacionalização do regime deverá ser realizada por entidades fechadas de previdência pública e, por fim, (e) “retirou a exigência de lei de caráter nacional e passou a exigir lei ordinária de cada unidade da Federação”²¹ para a instituição do RPC.^{22,23}

Qualquer ente político, portanto, tem a faculdade de criar, por lei ordinária – de iniciativa do Poder Executivo – o próprio RPC, com o fito de assegurar, como veremos adiante, a higidez do respectivo RPPS, limitando o pagamento de benefícios deste regime ao teto do RGPS, bem como reduzindo a base de cálculo da contribuição para o mesmo valor.

O “regime complementar dos servidores públicos só se aperfeiçoa com a edição da lei de cada uma das unidades federadas”²⁴ e essa lei tem por destinatários, por óbvio, os servidores públicos efetivos vinculados ao RPPS do ente que instituiu o correspondente RPC.

Desse modo, o § 16º do artigo 40 da Constituição Federal, com o fito de resguardar direitos daqueles que seriam atingidos automaticamente pelo novo regime – como será mais bem estudado adiante, garante o direito de opção àqueles servidores públicos que, no momento de criação do RPC, prestam serviços públicos no ente que instituiu o correspondente regime complementar.

Art. 40 [...] § 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98).²⁵

21 CAMPOS. Marcelo Barroso Lima Brito de. Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos. Juruá. 2012. Curitiba. 2012, p.378.

22 Art. 40 da CF [...] § 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).

23 Mais detalhes em LEITÃO, André Studart. DIAS, Eduardo Rocha. MACÊDO. José Leandro Monteiro de. Nova Previdência Complementar. Ed. Método. São Paulo; 2012.

24 Idem. p. 377.

25 A interpretação literal levada às últimas consequências, da expressão “serviço público” prevista no § 16 do art. 40 da CF, desvinculada de todas as demais normas do ordenamento jurídico e da lógica previdenciária, obrigar-nos-ia a concluir que os empregados públicos, os ocupantes de cargos exclusivamente comissionados (comissionados puros) e os servidores temporários admitidos nos termos do art. 37, IX, da CF, filiados

Desse modo, à luz do caso concreto, a partir do momento que o Estado de São Paulo optou por criar seu RPC com a promulgação da Lei Estadual nº 14.453/2011²⁶, surge um novo marco regulatório para o RPPS bandeirante, qual seja, os benefícios e a base de cálculo das contribuições sociais do regime básico do Estado de São Paulo ficam, a partir de então, limitados ao teto do Regime Geral de Previdência Social.

Sendo assegurado, contudo, para aqueles que já estavam vinculados ao correspondente RPPS – servidores efetivos, vitalícios e os equiparados aos efetivos (por e.emplo, os servidores que ingressaram no serviço público para exercer função permanente, inclusive de natureza técnica, sem concurso público, com fundamento nos incisos I e II do artigo 1º da Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974²⁷) – a opção por não se submeterem ao novo regimento do RPPS Estadual²⁸⁻²⁹.

Da inexistência de direito adquirido a regime jurídico e da ausência de expectativa de direito.

Além do que acima foi exposto, cumpre-se destacar, ainda, que a Procuradoria Administrativa na fundamentação do Parecer PA nº 69/2013, com propriedade, trouxe à baila questões referentes ao direito adquirido previsto no art. 5º, XXXVI, da CF, e à expectativa de direito. Afirmou que estas não estão imunes à inovação legislativa, no entanto destacou as lições de Luis Roberto Barroso sobre o tema, *in verbis*:

obrigatoriamente ao RGPS – nos termos do art. 40, § 13, da CF, fariam jus ao direito de opção de se manterem vinculados no RPPS do Estado de São Paulo sem a aplicação do teto do RGPS no pagamento dos benefícios.

Além disso, seguindo à risca o entendimento gizado no Parecer PA nº 69/2013, os servidores públicos efetivos dos entes políticos que não possuem RPPS, filiados compulsoriamente ao RGPS (art. 12, caput, da Lei Federal nº 8.213/91 e art. 9º, I, “j”, do Decreto nº 3048/99) também fariam jus à manutenção com o RPPS do Estado de São Paulo sem a limitação do teto do RGPS, o que contraria a lógica previdenciária. Não se pode confundir, como dito no item 19 deste parecer, regime estatutário com regime previdenciário. Deixome de aprofundar no tema, pois refoge ao objeto do presente questionamento.

26 Vide nota de rodapé nº 2.

27 Artigo 2º, § 2º, da Lei Complementar nº 1.010, de 01 de junho de 2007.

28 É imperioso ressaltar que a Lei Estadual nº 14.653/2011 não tratou do direito de opção garantido aos servidores públicos vinculados, antes da criação do RPC, ao RPPS do Estado de São Paulo, todavia, tal matéria não está em discussão nos presentes autos.

29 No âmbito da União, o mesmo entendimento foi esposado no Parecer nº 009/2013/JCBM/CGU/AGU, de 31 de outubro de 2013, aprovado pelo Advogado Geral da União, cuja conclusão foi pela impossibilidade de se garantir o direito à opção prevista no § 16 do artigo 40 da Constituição Federal aos servidores públicos que ingressaram no serviço público efetivo de outros entes da Federação, até a data de publicação do ato de instituição da Funpres-Exe (04/02/2013) e, posteriormente, sem quebra de continuidade, tornaram-se servidores federais após a criação do RPC da União. (Referência: Processo nº 00400.000879/2013-11).

“A Emenda Constitucional nº 41, de 2003 [e bem assim as demais Emendas Constitucionais (...)] contém algumas regras específicas destinadas a reduzir o impacto das reformas sobre **o conjunto de servidores mais intensamente afetados por elas**: aos que já estavam em atividade e são tolhidos no meio do caminho, alguns já ao final de uma longa trajetória no serviço público. (...)” (grifos suprimidos e destaques acrescidos) (fls. 46/47).

A respeito dos direitos adquiridos, é imperioso lembrar o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na ADI nº 3105, quando afirmou que “as duas principais teorias sobre aplicação da lei no tempo – a teoria do direito adquirido e a teoria do fato realizado, também chamada do fato passado – **reçam, de forma enfática, a possibilidade de subsistência de situação jurídica individual em face de uma alteração substancial do regime ou de um estatuto jurídico**”³⁰.

De acordo com MENDES,

“em face da insuficiência do princípio do direito adquirido para proteger tais situações, a própria ordem constitucional tem-se valido de uma ideia menos precisa e, por isso mesmo, mais abrangente, que é o **princípio da segurança jurídica enquanto postulado do Estado de Direito**.

Embora de aplicação mais genérica, o princípio da segurança jurídica traduz **proteção da confiança que se deposita na subsistência de um dado modelo legal** (*Shutz des Vertrauens*). A ideia de **segurança jurídica tornaria imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical** de um dado instituto ou estatutos jurídicos [...]” (grifos acrescidos).³¹

É certo que o § 16 do artigo 40 da Constituição Federal visa a proteger as expectativas de direito de determinada categoria quando da implantação de um novo instituto previdenciário, atuando como regra de transição. Questiona-se a quem ela é dirigida.

As regras de transição estão intimamente vinculadas à ideia de **segurança jurídica**. A segurança jurídica, por sua vez, “é oposta à ideia de imprevisibilidade, de forma que a segurança tem como finalidade promover estabilidade

30 Corretamente, a Advocacia Geral da União – AGU, no já mencionado parecer 009/2013/JCBM/CGU/SGU, opondo-se à possibilidade de direito adquirido a regime jurídico, concluiu que “a opção que trata o § 16 do art. 40 da CF/88, é restrita ao ente Federado onde exercida; não ostenta portabilidade, assim como a estabilidade; não sujeita os outros entes federados no futuro, sob pena de quebra de autonomia para a instituição de seus regimes jurídicos” (Referência: Processo nº 00400.000879/2013-11).

31 Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>, em 25 abr 2013.

– mesmo nas mudanças – e previsibilidade, sendo uma forma de proteção”³².

Como dito alhures, a competência para instituir o RPC é atribuída pelo § 14 do artigo 40 da Constituição Federal a todos os entes políticos dentro da correspondente esfera de competência, por meio de lei ordinária de iniciativa do Poder Executivo. A Lei Estadual nº 14.653/11, que criou o RPC no Estado de São Paulo e, conseqüentemente, limitou o pagamento de benefícios do RPPS paulista ao valor máximo do RGPS, tem por destinatários somente os servidores públicos **estaduais** filiados ao correspondente RPPS do Estado de São Paulo. A lei estadual não alcança – nem poderia alcançar – servidores públicos de outros entes políticos, mas somente aos seus servidores estaduais vinculados, como dito, ao correspondente RPPS.

Percebe-se, pois, que o § 16 do artigo 40 da Constituição Federal pretendeu somente proteger os servidores vinculados ao RPPS do ente que institui o correspondente RPC, uma vez que somente a eles assnovas regras têm aplicação imediata com potencial modificação radical de regime jurídico – corolário do princípio da segurança jurídica.

A regra de transição – disposta no § 16 do artigo 40 da Constituição Federal – não poderia ser direcionada a servidores públicos filiados a RPPS de outros entes da Federação, tampouco aos segurados vinculados ao RGPS³³ que vierem, posteriormente à instituição do RPC bandeirante, a desempenhar cargo público efetivo ou vitalício no Estado de São Paulo, **porque, nesses casos, não há imprevisibilidade, nem mudança radical de regime jurídico**³⁴ ou **ruptura de expectativa de direitos** (a expectativa de direito só existe dentro do mesmo regime jurídico).

32 BARROSO, Marcelo. Direitos Previdenciários Expectados. A Segurança na Relação Jurídica Previdenciária dos Servidores Públicos. Juruá. Curitiba. 2012, p. 28.

33 Os segurados filiados ao RGPS já possuem a base de cálculo da contribuição (salário de contribuição) e o valor do pagamento de benefícios limitado a R\$ 4.390,24 (quatro mil, trezentos e noventa reais e vinte e quatro centavos). Vide nota de rodapé nº 19.

34 Diferentemente do que ocorreu com as demais modificações do regime jurídico-previdenciário trazidas pelas EC nº 20/98, EC nº 41/03; EC nº 43/05 e EC nº 70/12, cujas **normas tiveram aplicação irrestrita e imediata a todos os servidores públicos federais, estaduais, distritais e municipais**. Desse modo, o entendimento do Parecer PA nº 52/2013, parcialmente aprovado pelo Procurador Geral do Estado, de que “as regras constitucionais transitórias em apreço [art. 6º da EC nº 41/2003 e art. 3º da EC nº 47/2005] consideram o marco temporal o ingresso no serviço público e não no cargo efetivo, (...) deverá ser considerada a investidura mais antiga, desde que não haja interrupção, pois nessa hipótese inexistirá ruptura do vínculo com a Administração Pública direta, autarquia e fundacional”, em nada é modificado com as conclusões ora esposadas.

Portanto, diante do caso concreto, o interessado desfrutou de tempo suficiente para verificar o interesse na mudança do regime previdenciário, analisando os pós e os contras, e seu ingresso no cargo efetivo no Estado de São Paulo, com a consequente filiação ao RPPS do Estado de São Paulo – agora com limitação do pagamento de benefícios ao teto do RGPS – se deu por ato **volutivo**³⁵.

Sem prejuízo do disposto acima, este servidor poderá contar o tempo de contribuição do regime de origem para se aposentar no RPPS do Estado de São Paulo, conforme prevê a Constituição Federal (art. 40, §9º e art. 201, §9º) e a Lei Estadual nº 10.261/68 (art. 76), porém, o pagamento do benefício estará limitado ao teto do RGPS³⁶.

Da finalidade da instituição do Regime Previdenciário Complementar Público.

Além das justificativas já apresentadas, é importante fazer também uma análise sobre a finalidade da Previdência Complementar Pública prevista nos §§ 14, 15 e 16 do artigo 40 da Constituição Federal.

A autorização constitucional para que os entes políticos pudessem instituir um regime complementar público surgiu com a EC nº 20/98 quando acrescentou os §§ 14, 15 e 16 no artigo 40 da Constituição Federal e teve por premissa a necessidade de garantir equilíbrio atuarial para o sistema previdenciário público.

É eloquente a exposição de motivos que acompanhou o projeto de emenda constitucional que resultou a EC nº 20/98:

35 O mesmo ocorre com o servidor público vinculado ao RPPS de determinado ente político que, por ato volutivo, decide solicitar a exoneração – *ex officio* – de seu cargo para atuar em atividade sujeita à vinculação compulsória ao RGPS (fato que não raro acontece). Esse ex-servidor estará subordinado às normas do RGPS, inclusive quanto ao teto do pagamento dos benefícios e à aplicação do fator previdenciário, podendo contar o tempo de contribuição já vertido para o RPPS para se aposentar no RGPS (art. 201, §9º, da CF).

36 Nesse ponto, é importante esclarecer que a possibilidade de compensação entre os regimes previdenciários e a contagem recíproca do tempo de contribuição, previstos na Constituição Federal (art. 40, § 9º e 201 § 9º), não se confundem com correlação entre pagamento de contribuições e o recebimento de benefícios ao segurado. Transcreve-se trecho do Parecer do ilustíssimo jurista Luís Roberto Barroso nos autos da ADI 3105, para melhor elucidação da questão: “[...] o sistema de previdência social é fundado, essencialmente, na ideia de solidariedade, especialmente quando se trata do regime próprio dos servidores públicos. Em primeiro lugar, existe solidariedade entre aqueles que integram o sistema em um dado momento, como contribuintes e beneficiários contemporâneos entre si. Além disso, no entanto, existe solidariedade entre as gerações, um pacto de confiança entre elas. O modelo de repartição simples constitui um regime de financiamento solidário, no qual os servidores em atividade financiam os inativos e comungam da crença de que o mesmo será feito por eles em algum lugar do futuro, pela geração seguinte. **A vista de tais premissas, a contribuição previdenciária de ativos e inativos não está correlacionada a benefícios próprios de uns e de outros, mas à solvabilidade do sistema.** (Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>, em 25 abr 2013).

“[...] a atual conformação da previdência social é fruto de uma evolução histórica caracterizada por dois aspectos básicos. De um lado, continuam existindo diversos regimes especiais com regras de concessão e reajuste de benefícios diferenciadas das Regras do Regime Geral de Previdência Social – RGPS e de outro, vem ocorrendo uma incorporação pauliana de ações assistenciais, o que resulta em diluição gradativa do vínculo contributivo do segurado, princípio essencial de qualquer sistema de seguro social. [...]

Trata-se, em primeiro lugar, de avançar no sentido da uniformização dos regimes especiais de previdência, aplicando-lhes os mesmos requisitos e critérios fixados para a esmagadora maioria dos cidadãos brasileiros. Em segundo lugar, é necessário resgatar o caráter contributivo da política previdenciária, transferindo para a área de assistência social os benefícios que lhe são próprios. [...]

Ambas as linhas de ação atendem à necessidade de reformar a previdência social brasileira, no sentido de torná-la socialmente mais justa e garantir sua viabilidade financeira em diversos horizontes temporais, respondendo ao clamor popular por um sistema mais efetivo na consecução dos seus objetivos.

Conforme já mencionado, além do Regime Geral de Previdência Social, onde se enquadra a grande massa dos trabalhadores, existem, por força de dispositivos constitucionais, algumas categorias profissionais, enquadradas em regimes previdenciários específicos. Esses regimes possuem regras de contribuição e de pagamento de benefícios privilegiada, que são inconsistentes do ponto de vista financeiro atuarial”.³⁷

No que tange aos RPPS dos servidores públicos, preocupou-se em corrigir as políticas inadequadas adotadas no passado que, durante décadas, tratou a aposentadoria do servidor público *“como um ‘prêmio’ concedido [...] pelos serviços prestados à sociedade, mera continuação do seu vínculo com a Administração Pública que o admitia”*³⁸.

A necessidade de se criar um método de proteção ao RPPS tornou-se necessária, de modo a salvaguardar o regime de um possível colapso. O princípio do equilíbrio financeiro atuarial foi expresso na Magna Carta de 1988 a partir da EC nº 20/98, com a modificação do *caput* dos art. 40 e do art. 201, imputando ao Poder Público o dever de, “[...] **na execução da política previdenciária**, atentar sempre para a relação entre custeio e pagamento de benefícios, **a fim de manter o sistema em condições superavitárias**, e observar as oscilações da média etária

37 Fonte: http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_em.pdf, em 25 abr. 2014.

38 JÚNIOR. Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. Ed. JusPodivm. 4. ed.. Salvador-BA; 2010; p 102.

da população, bem como sua expectativa de vida, para a adequação dos benefícios a estas variáveis.”³⁹⁻⁴⁰.

A autorização constitucional garantida a todos os entes políticos da Federação de instituir o correspondente RPC, com a consequente limitação, no respectivo RPPS, de pagamento de benefícios ao teto do RGPS, teve, pois, por finalidade a higidez do sistema próprio de previdência, corrigindo as distorções historicamente existentes.

Autorizar a manutenção do regime previdenciário no RPPS – sem limitação do teto do RGPS no pagamento dos benefícios – para os servidores públicos filiados ao RPPS de outros entes da Federação e para os servidores públicos vinculados ao RGPS é negar a finalidade da norma inserta nos §§ 14, 15 e 16 do artigo 40 da Constituição Federal, é **perpetuar** o equívoco existente há décadas em detrimento de uma nova política pública previdenciária atuarialmente equilibrada.

Conclusão

Diante da constitucionalidade do § 1º do artigo 1º da Lei Estadual nº 14.653/2011, não há necessidade de interpretação conforme a Constituição nos moldes sugeridos pela Procuradoria Administrativa.

Em decorrência disso, opina-se pela impossibilidade de retificação da situação jurídico-previdenciária do interessado junto ao Estado de São Paulo nos termos requeridos no expediente de fls. 02/05.

É o parecer, proferido com a urgência necessária e submetido à consideração superior.

SubG-Consultoria, 28 de abril de 2014.

WOLKER VOLANIN BICALHO
Procurador do Estado

39 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. Ed. Forense. 16. ed. Rio de Janeiro, p. 96.

40 Com base no princípio do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário foram autorizadas a criação de contribuições previdenciárias aos servidores inativos no RPPS (EC nº 41/2003) e a instituição do fator previdenciário nas aposentadorias por idade e por tempo de contribuição no RGPS (Lei Federal nº 9876/99).

PROCESSO: GDOC Nº 18492-392327/2013

INTERESSADO: V. M. B. D. M.

ASSUNTO: PREVIDÊNCIA SOCIAL. Servidor Público. Regime Previdenciário. Previdência Complementar.

Manifesto-me de acordo com o Parecer GPG. Cons. nº 39/2014, que entendeu ser constitucional a regra gizada no § 1º do artigo 1º da Lei Estadual nº 14.653/2011, *verbis*:

“Art. 1º [...]

§ 1º – O regime de previdência complementar de que trata o “caput” deste artigo, de caráter facultativo, aplica-se aos que ingressarem no serviço público estadual a partir da data da publicação desta lei” (grifei e sublinhei).

Sem menoscabo das judiciosas considerações tecidas no Parecer PA nº 69/2013, penso que o enfoque dado pelo Parecer GPG/CONS nº 39/2014 às questões jurídicas tratadas nos autos afigura-se mais escorreito.

Observo, também, que a mesma linha jurídica foi observada pela Advocacia Geral da União – AGU, no Parecer nº 00912013/JCBM/CGU/AGU, de 31 de outubro de 2013, do qual extraio o excerto:

“A questão é saber se o servidor carrega consigo, ou não, o direito de não se sujeitar ao regime complementar no Ente Político no qual ingresse. No caso da União, a faculdade de aderir ou não ao regime complementar objeto da Lei nº 12.618/12.

Não há previsão constitucional nem legal, de que o servidor transporta de um Ente Político para outro, o direito de não aderir ao regime de previdência complementar, pelo fato de não tê-lo feito na origem. Ou desfazer nova opção.

A opção do § 16 do art. 40 da CF/88 diz respeito a determinado regime jurídico. Regime jurídico da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Cada Ente da Federação possui autonomia para instituir seu próprio regime jurídico (art. 39 da CF/88). E a opção por regime jurídico está atrelada a cada Ente Federado. Não há regime jurídico universal de opção. De aderir ou não ao regime complementar do Ente Político onde ingressa o servidor por concurso.

O servidor público efetivo tem relação estatutária com o Ente Federado que o admitiu. Daí, não ostenta direito oponível à União de não se sujeitar às regras estabelecidas na Lei 12.618/12, precedente a seu ingresso.

...

47. A Lei 12.618/12 é um marco regulatório. O direito de opção (§ 16 do art. 40 da CF/88) somente pode ser exercitado por quem era servidor público federal quando do início de vigência do Funpresp-Exe em 4/2/2013. Quem entrou depois, não detém a mesma prerrogativa do servidor que já estava nos quadros da União. Seria um superdireito de expectativa para quem nem era servidor federal. Imagine-se a hipótese de servidores que ingressem nos quadros federais daqui a 5, 10, 15, 20 anos, após a Lei 12.618/12, querendo ostentar direito de receber além do teto do RGPS pelo regime de previdência da União. Refoge a qualquer lógica.”

Apesar de o Parecer GPG. Cons. nº 39/2014 tratar de questão suscitada por Procurador do Estado Nível X, V. M. B. D. M., é inegável que as razões da indigitada peça opinativa aplicam-se a todos os servidores públicos de quaisquer outros Entes da Federação que ingressarem no serviço público estadual após a instituição do regime de previdência complementar.

Desse modo, ficam submetidos ao Regime Próprio de Previdência Social – RPPS – do Estado de São Paulo, com limitação do pagamento de benefícios previdenciários ao teto aplicável ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, todos os servidores públicos que ingressarem no Estado de São Paulo a partir da data da instituição do Regime de Previdência Complementar bandeirante – nos termos do Parecer PA nº 07/2013, independentemente de vinculação precedente ao RPPS de outro ente político.

Submeto os autos, diante disso, à superior apreciação do Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de não aprovação do Parecer PA nº 69/2013 e de aprovação do Parecer GPG. Cons. nº 39/2014.

SubG-Consultoria, 30 de abril de 2014.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado
Área de Consultoria Geral

PROCESSO: GDOC Nº 18492-392327/2013

INTERESSADO: V. M. B. D. M.

ASSUNTO: PREVIDÊNCIA SOCIAL. Servidor Público. Regime Previdenciário.
Previdência Complementar.

Deixo de aprovar o Parecer PA nº 69/2013 e aprovo o Parecer GPG/CONS. nº 39/2014, nos termos da manifestação da Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral.

Encaminhem-se cópias dos Pareceres PA nº 69/2013 e GPG/CONS nº 39/2014, da manifestação da Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral e do presente despacho aos órgãos de execução da Área da Consultoria Geral, bem como à Subprocuradoria Geral do Estado da Área do Contencioso Geral, SP-PREVCOM e Unidade Central de Recursos Humanos, da Secretaria de Gestão Pública.

Adotada a providência acima preconizada, restitua-se os autos ao Departamento de Recursos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

GPG, em 23 de maio de 2014.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado