

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O ESTADO DE SÃO PAULO E A SÃO PAULO PREVIDÊNCIA, por seu Procurador do Estado, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência interpor **Agravo de Instrumento com Pedido Liminar de Concessão de Efeito Suspensivo** contra a decisão que determinou, em sede de tutela provisória, que, dentro de 180 dias, se passe a conferir aos associados da entidade autora que ingressaram no serviço público antes de 20 de janeiro de 2013 o direito de optar pelo regime de Previdência Complementar previsto na Lei Estadual 14.653/2011 (Processo 1000867-84.2018.8.26.0053)

Desde já, pugna-se pela imediata concessão de efeito suspensivo ao presente recurso de agravo de instrumento, nos termos da fundamentação a seguir aduzida.

São Paulo/SP, 14 de março de 2018.

LUCAS LEITE ALVES

Procurador do Estado

OAB/SP n. 329.911

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,
Excelentíssimos Senhores Doutores Desembargadores,

RAZÕES DA AGRAVANTE

Colenda Câmara,
Egrégio Tribunal de Justiça.

I – SINOPSE PROCESSUAL

Cuida-se de Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Sindicato dos Agentes Fiscais de Renda do Estado de São Paulo com o escopo de obter provimento jurisdicional que assegure aos servidores filiados que ingressaram antes

da instituição do Regime de Previdência Complementar do Estado de São Paulo (RPC) o direito à opção pelo novo regime, bem como o direito de aderir aos planos ofertados pela SP-Prevcom com contrapartida do Estado equivalente à vertida pelos filiados segurados.

A tese da entidade sindical é de que o artigo 40, §16, da CF prevê *um direito à opção pelo novo regime de previdência aos servidores que ingressaram antes de sua instituição* e que, portanto, seus filiados não podem ser impedidos de se desvincular do regime antigo de Previdência Pública e de aderir ao novo regime, inclusive devendo ser assegurada a contrapartida paga pelo Estado de São Paulo em valor equivalente a até 7,5% do que excede o teto do INSS.

Diante disso, formularam pedido de medida liminar para que o juízo lhes assegurasse o direito à opção pelo novo regime de previdência complementar, na forma como instituído pela Lei Estadual 14.653/2011, e o direito à contrapartida paga pelo Estado de forma equivalente às contribuições por eles vertidas, em caso de adesão ao plano de benefícios da SP-Prevcom. Argumentam que a concessão de medida antecipatória somente na sentença lhes provocará enormes prejuízos financeiros, já que serão privados da contrapartida do estado e do direito a contribuir para a previdência complementar.

Em despacho de fl.78, o juízo a quo determinou que a Fazenda Pública do Estado de São Paulo e a São Paulo Previdência se manifestassem sobre o pleito.

Na oportunidade, em petição sobre o pedido dos autores, demonstrou-se que:

I) o pleito de liminar viola a regra de cabimento das tutelas provisórias por implicar aumento imediato de remuneração dos auditores fiscais de renda e por criar obrigação de pagamento de contrapartida patronal a ser vertida pelo Estado à SP-Prevcom (artigo 7º, §§2º e 5º, da Lei 12.016/2009 c/c art.1.059 do CPC e art.2º-B da Lei Federal 9.494/97).

II) o artigo 40, §16, da CF não estabeleceu um direito do servidores que ingressaram antes da instituição da previdência complementar (no caso, antes de 20.01.2013) a optarem pelo novo regime, mas somente uma garantia de que, se instituída a previdência complementar nas entidades federadas para os servidores antigos, estas não os poderia submeter ao novo regime sem sua prévia e expressa opção. Explicou-se que as normas constitucionais conferiam aos entes federados a competência de estruturar a previdência complementar de modo que critérios de equilíbrio financeiro e atuarial sejam respeitados (art.40, caput), sendo certo que o reconhecimento do “direito de opção” pleiteado atenta contra as possibilidades econômicas e financeiras do Estado de São Paulo, sendo necessário que se respeite a competência legislativa do Estado para adotar o modelo que mais se amolde à sua realidade fiscal e atuarial.

III) não há qualquer risco ao resultado útil do processo em relação aos servidores caso a tutela provisória não seja concedida, uma vez que seria possível que o Estado depositasse em suas eventuais contas individualizadas os valores devidos a título de contrapartida ao final da demanda. Ao revés, em relação ao Estado e à SPPREV, os danos são permanentes, seja em razão do risco de inadimplemento das contribuições previdenciárias que superam o teto do INSS seja em função do imediato aumento remuneratório que os servidores experimentariam com a implantação da medida. Ademais, as contrapartidas Estatais depositadas nas contas individualizadas dos autores poderiam ser despendidas indevidamente, aplicadas de forma equivocada ou portadas a outros fundos de previdência complementar (em caso de exoneração dos autores), gerando problemas de ressarcimento, de planejamento dos investimentos da SP-Prevcom e uma situação de irreversibilidade em caso de eventual concessão de benefício (pensão por morte ou aposentadoria por invalidez).

Requeru-se, ademais, a fixação da prestação de caução como medida de contracautela, na forma do artigo 520, IV, c/c artigo 521, parágrafo único, do CPC.

Entretanto, de forma equivocada, o juízo a quo concedeu a tutela provisória sob o argumento de que:

I) Não houve decadência para impetração do Mandado de Segurança Coletivo nem este foi impetrado contra lei em tese. Sustentou, quanto a este ponto, que o *mandamus* teria caráter preventivo, a fim de evitar que futuras decisões de adesão sejam indeferidas, tendo em vista o teor do art. 1º da Lei Estadual 14.653/2011 e a Portaria SPPREV 162/2017.

II) Não incide a vedação do artigo 2º-B da Lei Federal 9.494/97, pois o STF estabeleceu na Súmula 729 que as restrições à concessão de liminar constantes neste dispositivo não se aplicam às questões previdenciárias, como é a presente.

III) O artigo 40, §§ 14, 15 e 16 da CF e o artigo 126, §§14, 15 e 16, da CE prevêem a possibilidade de opção do servidor que ingressou antes da instituição do regime de previdência complementar ao regime novo, pois ao estabelecer que “Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor...”, o legislador constitucional “*evidentemente teve dois objetivos muito claros: proteger os servidores que ingressaram no serviço público antes da implementação do novo regime, e que poderiam ser prejudicados com a aplicação das novas regras que incluem a previdência complementar, mas também conferir àqueles que assim desejarem o direito de optar e migrar para o novo regime*” (fl.185). Ou seja, ao ver do juízo a quo, o dispositivo tem um duplo sentido: conferir “*garantia contra alterações prejudiciais e, para além disso, o direito subjetivo de optar pelo novo regime complementar*”.

Esta interpretação se robusteceria no fato de a União ter adotado, para o seu regime de previdência complementar, esta possibilidade.

IV) A despeito dos prejuízos aos cofres públicos, configurado na imediata redução das contribuições previdenciárias à SPPREV e na imediata criação de despesa para a Fazenda Pública (pagamento de contrapartida à SP-Prev-com), deve prevalecer o direito “claro” e “expresso” na Constituição Federal em relação à possibilidade de migração ao novo regime por parte de servidores que entraram antes de sua instituição, sendo irrelevantes os danos ao patrimônio público e a previsão da legislação estadual.

Consoante se demonstrará, a tutela provisória concedida, além de representar um verdadeiro atentado contra o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Pública, viola frontalmente normas constantes na legislação processual, na legislação estadual e na Constituição Federal, devendo ser reformada.

II – DA VIOLAÇÃO À LEGISLAÇÃO PROCESSUAL: IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR EM MANDO DE SEGURANÇA COLETIVO QUE IMPLIQUE AUMENTO DE REMUNERAÇÃO E PAGAMENTO DE QUALQUER NATUREZA . DA INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 729.

Na decisão de tutela provisória, o juízo *a quo* entendeu que a restrição à concessão de liminar do artigo 2º-B da Lei Federal 9.494/1997 não se aplica em causas de natureza previdenciária, portanto, seria processualmente admissível o pedido da entidade coletiva. Sucede que o não cabimento da tutela provisória impugnada não se funda exclusivamente na disposição do artigo 2º-B da Lei Federal 9.494/97, **mas também nas vedações contidas no artigo 7, §§2º e 5º da Lei Federal 12.016/2009 (ignorados na decisão provisória), os quais jamais foram avaliados na ADC 4 à qual faz referência a S. 729 do STF.**

Assim, o juízo aplicou a Súmula 729 de forma totalmente equivocada e violou a legislação processual, senão vejamos:

Desde o julgamento da ADC 4/DF, o Supremo Tribunal Federal pacificou o **entendimento de que a legislação federal processual pode estabelecer restrições legais à concessão de tutela provisória** contra a Fazenda Pública. A Corte decidiu isso nos autos da mencionada ação de controle concentrado que avaliava a validade do *artigo 1º da Lei Federal 9.494/97* (veja-se que o 2º-B nem mesmo foi discutido!):

E M E N T A: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
– PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO
– NATUREZA DÚPLICE DESSE INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO

CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR EM SEDE DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE – INERÊNCIA DO PODER GERAL DE CAUTELA EM RELAÇÃO À ATIVIDADE JURISDICIONAL – CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROVIMENTO CAUTELAR CUJA FUNÇÃO BÁSICA CONSISTE EM CONFERIR UTILIDADE E ASSEGURAR EFETIVIDADE AO JULGAMENTO FINAL A SER ULTERIORMENTE PROFERIDO NO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA RAZOABILIDADE DAS LEIS RESTRITIVAS DO PODER CAUTELAR DEFERIDO AOS JUÍZES E TRIBUNAIS – INOCORRÊNCIA DE QUALQUER OFENSA, POR PARTE DA LEI Nº 9.494/97 (ART. 1º), AOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – LEGITIMIDADE DAS RESTRICÇÕES ESTABELECIDAS EM REFERIDA NORMA LEGAL E JUSTIFICADAS POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO À PLENITUDE DA JURISDIÇÃO E À CLÁUSULA DE PROTEÇÃO JUDICIAL EFETIVA – GARANTIA DE PLENO ACESSO À JURISDIÇÃO DO ESTADO NÃO COMPROMETIDA PELA CLÁUSULA RESTRITIVA INSCRITA NO PRECEITO LEGAL DISCIPLINADOR DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EM PROCESSOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – OUTORGA DE DEFINITIVIDADE AO PROVIMENTO CAUTELAR QUE SE DEFERIU, LIMINARMENTE, NA PRESENTE CAUSA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE PARA CONFIRMAR, COM EFEITO VINCULANTE E EFICÁCIA GERAL E “EX TUNC”, A INTEIRA VALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO ART. 1º DA LEI 9.494, DE 10/09/1997, QUE “DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA”.(ADC 4, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2008, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 EMENT VOL-02754-01 PP-00001)

O art.1º da Lei Federal 9.494/97 estabelecia que não poderia ser concedida tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses dos “arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992”. Estas restrições foram consideradas constitucionais.

Muitos destes dispositivos hoje se encontram revogados, mas o que a ADC 4 tem de relevante é que qualquer tutela provisória que resulte em aumento, equiparação ou extensão de vantagem a servidores públicos não poderá ser concedida. A este respeito, transcreve-se a posição do Ministro Celso de Mello:

“o Judiciário, em tema de antecipação de tutela contra o poder público, somente não pode deferi-la nas hipóteses que importem em: (a) reclassificação ou equipa-

ração de **servidores públicos**; (b) concessão de aumento ou extensão de **vantagens pecuniárias**; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e **vantagens pecuniárias a servidor público** ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas” (Rcl 3.662-MC/CE, Rel. Min. Celso de Mello).”

Sucedem que muitos *aposentados e pensionistas* (pessoas que não são servidoras públicas) entram com ações contra o poder público pedindo a concessão de aposentadorias ou pensões, o que levou diversas entidades públicas a interporem Reclamações perante o STF invocando violação à ADC 4/DF. O STF considerou que nessas hipóteses não incidia o preceito do artigo 1º da Lei Federal 9.494/1997 e, após julgar improcedentes diversas dessas reclamações, estabeleceu na Súmula 729, publicada em **11 de dezembro de 2003**, o seguinte:

“A decisão na Ação Direta de Constitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.”

Esta Súmula pacificou o entendimento de que não seria cabível a reclamação por violação à ADC 4 às hipóteses de antecipação de tutela em causas de natureza previdenciária, pois o artigo 1º da Lei Federal 9.494/97 estabelecia restrição à concessão de liminares ao específico grupo dos servidores públicos em ações que versassem, primordialmente, sobre regime remuneratório (aumento, equiparação, reclassificação). Assim, o termo matéria previdenciária diz respeito a causas nas quais a parte autora seja beneficiária de pensão ou aposentadoria e busque discutir requisitos de concessão, cálculo de proventos etc.

Diante disso, a Lei Federal 12.016/2009, editada seis anos depois da edição da Súmula 729 do STF, criou *novas hipóteses de restrição à concessão de medidas liminares* contra a Fazenda Pública. Estas restrições foram incluídas justamente porque se percebeu que o que era prejudicial ao poder público eram tutelas provisórias que implicassem, no geral, *pagamentos de qualquer natureza*. Esta lei foi editada com o escopo de evitar que a gestão da coisa pública seja feita por meio de medidas liminares ou tutelas provisórias concedidas por juízes. A ideia é dar um pouco de segurança jurídica aos atos administrativos e evitar uma completa irresponsabilidade fiscal na gestão das contas públicas.

Diante disso, o preceito foi editado nos seguintes termos:

Lei Federal 12.016/2009

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens prove-

nientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e **a concessão de aumento** ou a extensão de vantagens ou **pagamento de qualquer natureza**.

[...]

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Isso posto, não é possível que o Poder Judiciário conceda medida liminar ou tutela antecipada que resultem em aumento remuneratório ou mesmo crie obrigação de *pagamentos de qualquer natureza*. Repare-se que o dispositivo legal não limita a restrição a ações ajuizadas por servidores públicos ou a ações desta ou daquela natureza. A ideia é impedir, como dito acima, que pagamentos sejam feitos por força de liminar ou de tutela antecipada. Quer-se, em última instância, proteger os recursos públicos contra decisões precárias, não transitadas em julgado, e que gerem obrigações de pagamento de *qualquer natureza*.

A Lei 12.016/2009 foi editada após a ADC 4 e após a edição da Súmula 729 do STF. É NORMA POSTERIOR, portanto, é tecnicamente equivocado estender os efeitos dos julgados que ensejaram a formação do enunciado 729 a uma situação na qual ele não cabe, já que o STF JAMAIS avaliou a incidência do artigo 7º, §§2º e 5º, da Lei 12.016/2009 na ADC 4 (até por uma questão cronológica). Pior, é equivocado dar ar de “norma geral” e “abstrata” ao enunciado de forma a interpretá-lo sem levar em conta os fatos e as normas que o subjazem, quebrando a cadeia de julgados que levou à sua edição.

Some-se a isso que a ADC 4 também não analisou a incidência do artigo 2º-B da Lei Federal 9.494/97 e que o termo “matéria previdenciária” não significa que eventual aumento remuneratório em decorrência de alteração de regime previdenciário não possa ser considerado um *aumento remuneratório* para fins de vedação à concessão de liminar:

Lei Federal 9.494/97

Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Dessa forma, consoante reconhecido na própria decisão impugnada, a implantação da ordem judicial implicará em **danos ao patrimônio público** e à **gestão previdenciária**, pois a “SPPREV deixará de verter para os seus cofres determinados valores, ao passo que a Fazenda do Estado passará a ser compelida a

verter outra quantia relativa à contribuição previdenciária em favor deles para a SP-PREVCOM” (fl.188).

Destaque-se que a Procuradoria do Estado solicitou, em caráter de urgência, aos setores de recursos humanos da Secretaria da Fazenda que informassem o **número de potenciais agentes fiscais de renda que podem vir a ser beneficiados pela tutela provisória** deferida. Além disso, com base na média dos salários e das contribuições sociais, requereu-se a **realização de duas estimativas: (i) perda de receita para o Regime Próprio e (ii) aumento de despesas decorrentes do pagamento de contrapartidas à SP-Prevcom** (Anexo I).

Repare-se que existem, de acordo com a **Folha de Dezembro de 2017**, 2.248 agentes fiscais de renda que ingressaram antes de 20 de janeiro de 2013. No mês de dezembro, cada servidor contribuiu, em média, com R\$ 2.254,87, totalizando o montante de R\$ 5.068.941,30 por mês que devem ser vertidos ao RPPS (para custear outras aposentadorias e pensões).

Caso efetivada a liminar pretendida pelo sindicato autor para todos os servidores, a contribuição previdenciária deixará, **imediatamente**, de incidir sobre a remuneração total dos servidores e passará a incidir sobre o teto do RGPS (adotou-se o teto do INSS de dezembro de 2017 – R\$ 5.531,31). Assim, o RPPS (administrado pela SPPREV) passará a receber, em média, R\$ 608,44, totalizando a quantia mensal de R\$ 1.367.773,12. Está-se falando de uma **perda mensal de arrecadação da ordem de R\$ 3.701.168,18**, ou seja, R\$ 1.646,42 por servidor público. **Em um ano, esse valor atinge a marca dos R\$ 48.115.186,34.**

Para a São Paulo Previdência, essa perda de recursos é expressiva e pode ensejar tanto o atraso no pagamento de benefícios previdenciários aos atuais aposentados e pensionistas quanto o contingenciamento de verbas de outras Secretarias de Estado, a fim de viabilizar o adimplemento das mencionadas prestações. ***Ou seja, a concessão da tutela provisória gera impactos de ordem econômica, financeira, administrativa e atuarial, desequilibrando e atrapalhando a gestão racional da Previdência Pública e de outras atividades do Estado de São Paulo.***

Assim, é evidente que a norma processual que veda a concessão de medidas liminares que impliquem pagamentos de qualquer natureza, liberação de recursos em prol de servidores públicos (Fazenda terá de depositar recursos na SP-Prevcom) e concessão de aumento remuneratório (efeito prático da redução da base de cálculo da contribuição social devida à SPPREV) impede o deferimento processual da medida, por mais que o juízo *a quo* entenda que “claramente” a Constituição estabelece o direito à migração de regime aos servidores que ingressaram antes de sua instituição.

A questão não é só a “clareza” da norma à luz do entendimento do juiz, mas as “consequências” da medida judicial à luz da interpretação e das práticas ado-

tadas pela Administração Pública, a qual não pode ficar submissa a entendimentos proferidos em decisões precárias proferidas por agentes do Poder Judiciário. Exige-se o mínimo de respeito às interpretações jurídicas do Poder Executivo e às decisões técnico-político-legislativas do Poder Legislativo, pois o Estado e suas disposições constitucionais e legais não foram entregues, com exclusividade, à interpretação única de membros do Poder Judiciário, principalmente em matérias de grande especialidade, como a matéria previdenciária.

III – DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE RESTRIÇÃO DOS PARTICIPANTES DE PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. LIMITES INTERPRETATIVOS DO ARTIGO 40, §§14, 15 E 16, DA CF E DA NECESSIDADE DE OBEDIÊNCIA ÀS REGRAS DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO, FINANCEIRO E ATUARIAL.

A principal questão jurídica debatida nos autos diz respeito à existência do alegado *direito de migração* de servidores vinculados integralmente ao RPPS (pois entraram no serviço público antes da instituição da SP-Prevcom) ao novo regime previdenciário de Previdência Complementar (RPC).

Na tutela provisória, o juízo reconheceu a plausibilidade jurídica da pretensão, argumentando que o artigo 1º, §§1º e 6º, da Lei Estadual 14.653/2011, ao não prever a oferta do regime de previdência complementar com contrapartida do Estado aos servidores públicos que ingressaram no serviço público antes sua instituição (*no caso, 20.01.2013 – consoante definido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2165511-31.2014.8.26.0000*), violaram a literalidade do artigo 40, §16, da CF. É dizer: o juízo entende que o artigo 40, §16, da CF obriga o Estado a ofertar planos de previdência complementar a servidores vinculados ao antigo regime de previdência.

Ao ver do juízo *a quo*, o §16 do artigo 40 foi criado pelo legislador constitucional com dois objetivos:

- i) assegurar que a Previdência Complementar não seja aplicada a servidores que ingressaram no serviço público antes de sua instituição; e
- ii) assegurar o direito de optar pela migração de regime quando de sua instituição.

Sustentou, por fim, como reforço de argumento, que a União estabeleceu esta possibilidade de migração na lei que institui o regime de previdência complementar naquele ente federado.

Pretende-se demonstrar no presente recurso que a decisão proferida pelo juízo foi muito além do §16 do artigo 40 da CF, além de implicar ilegal

restrição à competência legislativa do Estado para regular a previdência pública ofertada a seus servidores e atentar contra o equilíbrio financeiro e atuarial do regime próprio de previdência dos servidores do Estado de São Paulo.

A. SOBRE OS OBJETIVOS DO CONSTITUINTE QUANDO DA ELABORAÇÃO DO ARTIGO 40, §§14, 15 E 16, DA CF. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DEVE SER INSTITUÍDA DE FORMA QUE RESPEITE OS CRITÉRIOS DE EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR A SERVIDORES ANTIGOS – OPÇÃO POLÍTICA, TÉCNICA E LEGISLATIVA DOS ENTES FEDERADOS.

Um dos argumentos que sustentam a tese adotada pelo juízo *a quo* é o de que o legislador constitucional teria tido como objetivo, ao editar o artigo 40, §16, da CF, criar um *direito subjetivo* de adesão ao Regime de Previdência Complementar (RPC) para os servidores antigos (anteriores a 20.01.2013, no caso) na oportunidade em que instituísem tal regime.

A Fazenda Pública e a São Paulo Previdência entendem que o §16 do artigo 40 não cria um direito subjetivo à criação de um RPC e nem mesmo um direito à migração de regime, estabelecendo somente uma garantia de que os servidores antigos não serão vinculados compulsoriamente à previdência complementar e nem terão os benefícios a que tem expectativa de direito limitados pelo teto do INSS em razão disso.

Diante da divergência de interpretação a respeito do significado do artigo 40, §16, da CF, *divergência esta demonstrada no embate entre o modelo concebido pelo juízo a quo na tutela provisório e o modelo instituído pela Lei Estadual 14.653/2011 e pela Portaria SPPREV nº 162/2017*, é importante que se verifiquem os objetivos do legislador constitucional a partir das razões aduzidas na Exposição de Motivos da Emenda 20/1998 e na Exposição de Motivos da Emenda 41/2003. Estas razões, em conjunto com uma interpretação sistemática das disposições positivadas no texto constitucional e à luz das consequências da decisão, qualificarão a interpretação do preceito discutido. Isto é, pretende-se fugir do lugar-comum de interpretar a norma à luz de *achismos* sobre a *vontade do legislador* e explicitar, para o debate de Vossas Excelências, as razões legislativas que culminaram na concepção do regime complementar.

Pois bem.

Os §§14, 15 e 16 do artigo 40 foram incluídos na Constituição Federal pela Emenda 20/1998. Estes dispositivos foram *concebidos* no Senado Federal à luz do objetivo estratégico explicitado na Exposição de Motivos encaminhada pelo

Presidente da República de desenhar um novo modelo previdenciário, financeira e atuarialmente viável :

“8.[...] E é para permanecer honrando seus compromissos, que a Previdência Social implementará estratégias objetivando a obtenção de resultados a curto, médio e longo prazo que propiciem:

[...] c) o **desenho de um novo modelo previdenciário, financeira e atuarialmente viável e justo do ponto de vista social.**

9. A proposta de emenda constitucional ora submetida a Vossa Excelência enquadra-se nesta terceira linha de atuação objetiva, sobretudo, devolver ao sistema de previdência social os princípios da boa técnica e boa doutrina previdenciária, remetendo para legislação complementar o estabelecimento de regras que dependam de análise de viabilidade atuarial, suprimindo diferenças de gênero, categoria profissional e entre segurados urbanos e rurais, estimulando a contribuição, e estabelecendo regras de transição que **garantam a sobrevivência do sistema durante o período de mudanças**, como os direitos adquiridos dos segurados.” (http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_em.Pdf)

Da simples leitura deste trecho da Emenda, percebe-se a preocupação do legislador constitucional com a *viabilidade financeira e atuarial* da Previdência Social. Este é o objetivo estratégico da reforma, qual seja: mudar as regras, garantindo “**a sobrevivência do sistema durante o período de mudanças**”.

Diante deste objetivo, o Senado Federal, após intensos debates (audiências, seminários, estudos) documentados no processo legislativo, elaborou os §§14, 15 e 16 do artigo 40.

Na exposição de motivos do Substitutivo, o relator aponta como **princípios básicos da reforma** os seguintes: proteção em caso de perda da capacidade de trabalho, caráter contributivo com equidade, universalidade e uniformidade e **viabilidade de longo prazo**. Quanto a este princípio, expõe o relator da proposta:

“O equilíbrio financeiro e atuarial é necessário não apenas para dar segurança às pessoas que contribuem mensalmente para o sistema, cuja expectativa é usufruir benefícios no futuro, mas também para garantir o pagamento dos benefícios àqueles que contribuíram no passado. Os cálculos dos atuários, portanto, são feitos para várias gerações.

Assim, a implementação de tais princípios é uma exigência imposta pelas mudanças na política e na economia do País. Por um lado, a democracia exige transparência na alocação de recursos públicos escassos, uniformidade de regras com o fim de privilégios e prioridade para a realização de despesas com maior retorno social. Por outro lado, a necessidade de

incremento de competitividade exige uma reestruturação produtiva com ênfase na equidade social e na liberação de recursos para investimentos em capital humano, de modo a criar condições sistêmicas para a sustentação de um novo modelo de desenvolvimento econômico que permita a participação do Brasil em um mundo globalizado.” (http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Senado/EC020_sen_25071997_prc390.Pdf)

Percebe-se, desta forma, que o objetivo do legislador com a reforma constitucional estava umbilicalmente ligado à necessidade de respeito a critérios de equilíbrio financeiro e atuarial, pois esta é uma **premissa básica** para que haja recursos para investir-se em capital humano que permita a superação de nossos problemas sociais.

É neste contexto que se insere o que o relator chamou de “*Abertura à implantação de previdência complementar para o servidor público*” (um capítulo específico da exposição de motivos).

Este processo de criação institucional das Previdências Complementares para Servidores Públicos titulares de cargos efetivos se deu à luz do propósito de dar condições e capacidade de investimento ao poder público. Foi encarado como uma alternativa para que os governos (União, Estados e Municípios) reduzissem seus encargos previdenciários e **ganhassem maior vigor financeiro**, levando-se em conta, portanto, a **realidade atuarial dos mencionados regimes**. Como dito acima, os cálculos atuariais importam e não se pode comprometer a capacidade de investimento das entidades federadas, estabelecendo ou interpretando as regras de forma a dilapidar-lhes a prerrogativa de modelagem de regimes previdenciários consentâneos com suas capacidades financeira e atuarial. Transcrevem-se os objetivos do legislador constitucional:

“Abertura à implantação de previdência complementar para o servidor público

*A estabilização da economia está permitindo melhor compreensão da crescente pressão dos encargos previdenciários sobre as escassas receitas públicas. O que era antes encoberto pela névoa da inflação, agora torna-se evidente. **De modo generalizado, está sendo bem compreendida a situação fiscal da União, Estados e Municípios, principalmente quanto à exaustão da capacidade de investimento.***

*Entre os diversos fatores relevantes, tem destaque **o custo da folha de pagamento do pessoal inativo.** Diversos governos estaduais e municipais já perceberam as vantagens da implantação de um regime de capitalização de contribuições para assegurar a aposentadoria de seus servidores. **Mediante uma combinação de regimes, o adequado atendimento aos encargos previdenciários teria maior vigor financeiro e seria menos vulnerável às conjunturas fiscais no futuro.***

Esta reforma da previdência social criaria a possibilidade, mediante a previsão de uma lei complementar que estabelecesse normas gerais, que a União, os Estados e os Municípios venham a criar mecanismos de previdência complementar para seus servidores.

Cabe esclarecer que este mecanismo seria uma opção para os atuais servidores, e se trata de uma abertura às inovações para fazer frente ao passivo previdenciário futuro, em nada diminuindo os direitos e prerrogativas do atual servidor público. [...]

(http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Senado/EC020_sen_25071997_prc390.Pdf)

Da leitura da exposição de motivos, percebe-se que a criação da previdência complementar sempre foi encarada como uma alternativa para dar “maior vigor financeiro” e tornar a entidade federativa “menos vulnerável às conjunturas fiscais no futuro”.

Como dito em diversas passagens, ela foi pensada para lidar com o problema da “exaustão de [...] capacidade de investimento” dos entes federados. Foi pensada para ser **vantajosa** aos governos municipais e estaduais. O mecanismo jamais foi concebido como um “direito do servidor antigo”, mas como uma “opção”, a qual, naturalmente, somente será disponibilizada ao servidor antigo se o objetivo estratégico de um “novo modelo previdenciário, financeira e atuarialmente viável e justo do ponto de vista social” puder ser atingido.

Esses elementos das Exposições de Motivos deixam claro que o modelo de Previdência Complementar não foi pensado para constituir um “direito subjetivo” do servidor antigo à adesão ao novo regime.

Veja-se que faz sentido que não se tenha criado este “direito subjetivo” ao servidor, uma vez que o legislador constitucional não tem plena noção da realidade atuarial e financeira dos diversos entes federativos. Um regime de previdência complementar possui um impacto financeiro gigantesco e compromete o fluxo financeiro a curto e médio prazo. Prever um direito subjetivo à migração de regimes atentaria contra a premissa básica do projeto, qual seja, a construção de um modelo financeira e atuarialmente viável. Do ponto de vista lógico, organizacional e de gestão, é mais adequado atribuir a cada ente federado a análise, o estudo e a definição da forma de instituição da previdência complementar fechada dos servidores.

Neste contexto, o §15 do artigo 40 sofreu uma alteração pela Emenda 41/2003:

§ 15 - Observado o disposto no art. 202, ~~lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.~~ (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 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)

Repare-se que o §15 antes previa que “*lei complementar*” estabelecerá normas gerais para a instituição do regime pelos entes federados para “*atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo*” (redação da Emenda 20/1998). O atual §15 (Emenda 41/2003), além de atribuir a iniciativa ao Poder Executivo, ainda suprimiu esta menção, deixando claro que o Regime de Previdência Complementar será ofertado a “*participantes*”. O efeito do texto positivo é atribuir aos entes (União, Estados e Municípios) a possibilidade de modelar a Previdência Complementar de maneira a restringir ou ampliar o rol de servidores públicos que possam ser beneficiados por seus planos de benefícios (inclusive com a possibilidade de oferta a servidores públicos que não sejam vinculados à entidade federada, já que suprimida a expressão “*respectivos servidores*”).

Caberá a cada ente, portanto, estabelecer o universo de servidores aos quais poderão ser ofertados os planos de benefício.

No tocante ao teor do §15 do artigo 40 da CF, cumpre destacar a exposição de motivos da Emenda 41/2003:

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

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

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

54. Os futuros servidores públicos estarão, assim, submetidos a princípios similares aos trabalhadores da iniciativa privada, com o que se cumpre o Programa de Governo de Vossa Excelência, submetido ao sufrágio das urnas em outubro de 2002. Proporciona-se mais racionalidade e equidade ao sistema previdenciário vigente no país, à medida que se desenha uma estrutura igualitária que abrange todos os trabalhadores e, ao mesmo tempo, fortalece um modelo de previdência que tem como corolários, em primeiro lugar a proteção social com base no princípio da solidariedade, bem como a adesão voluntária à previdência complementar, que, ademais, participa da formação de poupança de longo prazo capaz de gerar riquezas e postos de trabalho. (<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2003/emendaconstitucional-41-19-dezembro-2003-497025-norma-Atualizada-pl.doc>)

Dessa forma, a instituição da Previdência Complementar é uma política previdenciária **primordialmente voltada aos futuros servidores públicos** e, se possível, se adequado, se for o caso, se for atuarialmente viável, será ofertada aos servidores que já estejam vinculados ao regime. Se ofertado, o servidor poderá exercer sua opção de aderir ao regime novo e, nesta hipótese, tanto seus benefícios quanto suas contribuições obedecerão ao teto do INSS.

Estes foram os objetivos do legislador constitucional à luz das exposições de motivos das Emendas 20/98 e da 41/2003.

B. DA DESNECESSIDADE DE OFERTA DE PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR COM CONTRAPARTIDA A SERVIDORES VINCULADOS AO REGIME ANTIGO. SERVIDORES QUE GOZAM DE SITUAÇÃO JURÍDICA DIFERENCIADA. COMPETÊNCIA DO ESTADO PARA INSTITUIR A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E RESTRINGIR SEU UNIVERSO DE PARTICIPANTES.

Não existem dúvidas de que cabe ao Estado legislar sobre previdência social em matéria que envolva seus servidores públicos. Esta competência legislativa consta no artigo 24, XII, da Constituição:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Também não existem dúvidas de que o Regime Próprio de Previdência dos Servidores deve obedecer a regras de equilíbrio financeiro e atuarial:

*Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, **é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário**, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, **observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.***

Diante deste conjunto de normas, não há dúvidas de que a obrigação dos Estados é assegurar a seus servidores um regime de previdência de caráter contributivo e solidário.

No caso em testilha, os servidores associados, por terem entrado antes de 20.01.2013, estão vinculados ao regime de previdência vigente à época de seus respectivos ingressos no serviço público, de forma que pagam contribuições previdenciárias que incidem sobre seus vencimentos e perceberão benefícios calculados de acordo com a norma vigente ao tempo de suas aposentações. O Estado de São Paulo, portanto, obedece à ordem constitucional em vigor.

A instituição da Previdência Complementar, gerida pela SP-Prevcom, se deu a partir de 20.01.2013. Os planos de benefícios com contrapartida do Estado foram ofertados exclusivamente aos servidores que ingressaram no serviço público após tal data, dada a incapacidade financeira e atuarial do Estado de ofertá-los a servidores antigos.

Assim, não concebido um plano de previdência complementar que tenha como participantes servidores antigos (anteriores a 20.01.2013), *não faz sentido que estes tenham o direito a se desvincular do regime antigo e optarem pelo regime novo*. Esse direito não está previsto no artigo 40, §16, da CF e tampouco, como visto acima, o legislador constitucional teve como objetivo obrigar as entidades federadas a ofertá-los. Tanto isso é verdade que a Constituição deu aos Estados o poder de definir os participantes, tendo protegido os servidores contra a vinculação compulsória ao novo regime.

A interpretação do juízo *a quo* tem como consequência a restrição dos possíveis modelos de instituição da Previdência Complementar no âmbito dos Estados e Municípios, pois permite que eles a instituam desde que assegurem o “direito subjetivo de opção” dos servidores já vinculados ao RPPS.

Esta tese decorre de uma **interpretação superficial dos dispositivos normativos** e, quando confrontada com os princípios (*e com a realidade*) que norteiam a gestão do Regime Próprio, **não se sustenta**.

Prevêem os §§ 14, 15 e 16 do artigo 40 da Constituição:

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

§ 15. 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)

§ 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)

Da simples leitura dos dispositivos, percebe-se que a instituição do regime de previdência complementar **é uma prerrogativa dos Estados**. Esta prerrogativa tem como escopo viabilizar a aplicação do teto do RGPS para os benefícios de aposentadoria e de pensão às prestações pagas aos servidores que ingressarem no serviço público após a instituição do mencionado regime. Isso porque esta redução, a logo prazo e se feita de forma prudente, permitirá a redução do déficit da Previdência Pública.

Para que a redução não seja aplicada a servidores que ingressaram no serviço público antes de sua instituição, o §16 do artigo 40 cria **um limite à alteração do regime jurídico**, qual seja: a prévia e expressa opção do servidor antigo.

Isto é, o objetivo da norma do §16 não é criar um “direito à opção pelo novo regime de previdência complementar”, como defendido pelo sindicato, mas **impedir que servidores públicos que ingressaram antes de sua instituição sejam obrigados a se submeter a tal regime**. Uma coisa é completamente diferente da autora e, **consoante se demonstrará**, engendram consequências financeiras e atuariais diversas.

Veja-se que os §§14 e 15, aos quais faz referência o §16, *desenham* a instituição da Previdência Complementar como um **poder das entidades federadas** a fim de que estas possam melhor gerir os regimes próprios de previdência pelos quais possuem responsabilidade. Tanto é assim que se utilizam termos como “os Estados [...] poderão fixar” e “o regime de previdência complementar de que trata §14

será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo”. Além disso, o dispositivo fala em oferta aos participantes, isto é, cabe ao Estado definir quem terá ou não direito a aderir à previdência fechada por ele criada e, da mesma forma, quem dela poderá participar.

Quando o §16 regula **os limites** para alteração do regime jurídico de previdência dos servidores, impossibilitando aos Estados editar normas que **compulsoriamente** vinculem tais servidores a essa nova sistemática, ele não está assegurando ao servidor antigo o direito a que o Estado crie para ele um regime de previdência complementar e muito menos o direito a migrar para a Previdência Complementar ofertada aos servidores novos.

Veja-se que cabe às entidades federadas, **de acordo com a realidade financeira e atuarial dos diversos regimes**, optar pelo melhor *modelo de transição* e isso tem como consectário lógico a possibilidade de definir o universo dos servidores que poderão participar do novo regime.

Isso porque, **a depender da capacidade econômica e financeira do ente federado e do cálculo atuarial pertinente**, permitir que os servidores antigos adiram ou não à Previdência Complementar se encaixa no âmbito das opções técnico-político-legislativas, **dada a possibilidade de violação ao equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Pública**.

Não custa destacar que os §§14, 15 e 16 **complementam** o sentido do *caput* do artigo 40 da Constituição, o qual estabelece a observância de **critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial**.

Portanto, **ao instituir a previdência complementar e regular a transição de regimes**, o Estado de São Paulo levou em conta critérios de equilíbrio financeiro (isto é, o fluxo de receitas e despesas atuais e futuras ao RPPS, incluindo contribuições previdenciárias e repasses do Tesouro Estadual) e atuarial (riscos futuros, capacidade de honrar as prestações previdenciárias, número de servidores públicos, faixa etária dos segurados, expectativa de vida dos servidores, proporção entre segurados e beneficiários vinculados ao regime).

Reconhecer o direito de opção pelo regime novo de previdência a servidores públicos que ingressaram antes de sua instituição **não é uma banalidade**. É o reconhecimento de um direito que afeta **todas as projeções atuariais e a engenharia financeira projetada** para lidar com o desafio de pagar as prestações previdenciárias devidas pelo RPPS. Este poder de gerir a máquina pública não foi restringido pelo §16 do artigo 40, o qual não fixa um modelo de previdência complementar com obrigatória oferta de planos de benefício a servidores antigos. Isso não existe.

Além da perda de arrecadação de recursos para a São Paulo Previdência (vista no tópico anterior), uma consequência nefasta para as finanças públicas seria a

criação de novas obrigações de pagamento no curso do exercício financeiro. Essas obrigações de pagamento se concretizam no recolhimento das contrapartidas patronais às contas individualizadas dos servidores que vierem a aderir à SP-Prevcom.

Nesta circunstância, o total de contribuição patronal atinge a quantia de R\$ 5.047.051,95 por mês. Estes valores seriam imediatamente aplicados de acordo com a política de investimentos da entidade, gerando a aquisição de títulos do tesouro e impactando nas expectativas dos segurados e beneficiários da Previdência Complementar. Afinal, haveria um aumento significativo de “segurados sub judice”, gerando problemas de gestão e empecilhos na eventual reversão da medida. Anualmente, este valor poderia chegar a R\$ 65.611.675,31.

A despeito do montante, veja-se que a execução da medida liminar para uma ou várias pessoas gera problemas administrativos e financeiros, diferenciando-se somente pelo grau do transtorno. Fato é que, em termos de sistema, haverá uma turbulência gerada por uma medida judicial precária e de difícil ou complicada reversão.

É importante destacar, como dito anteriormente, que a implantação do teto aos benefícios pagos pelo Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos deve levar em consideração a realidade atuarial de cada ente federado.

Para a União, pode fazer sentido criar um mecanismo de migração para Previdência Complementar por meio de um sistema de compensação financeira operacionalizado através de um benefício especial calculado com base nas contribuições vertidas pelos servidores. **Sucedem que esta solução não pode ser imposta ao Estado de São Paulo**, o qual adotou, com base em parâmetros técnicos-econômicos-financeiros e políticos próprios um modelo menos *apressado* de transição. A título de exemplo, para demonstrar essa diferença, destaque-se a proporção do Quantitativo de Segurados/Beneficiários do RPPS segundo os dados apurados pelo Anuário Estatístico da Previdência Social de 2015 (Anexo 3). Em média, nos Estados, essa proporção é de 1 ativo para 3 aposentados/pensionistas. Na União, essa média é de 1 ativo para 2 aposentados/pensionistas. Só isso já demonstra que a situação dos Regimes Próprios nos Estados é bastante diferente daquela enfrentada pela União.

Veja-se que o RPPS adota a metodologia da **Repartição Simples**, ou seja, as contribuições sociais e os repasses do Tesouro são vertidos a um Fundo e usados, no exercício financeiro, para pagamento dos benefícios previdenciários vigentes.

Atualmente, **somente as contribuições previdenciárias recolhidas dos servidores** não são suficientes para custear integralmente o valor dos benefícios (motivo pelo qual o Tesouro custeia grande parte da despesa) e a proporção de ativos para beneficiários é de quase 1:1 no Estado de São Paulo (ou seja, 1 ativo para 1 beneficiário (aposentado e pensionista).

Assim, consoante recente relatório de Insuficiência Financeira (Anexo 2), colacionado aos autos, percebe-se a situação **crítica** do Regime Próprio e a necessidade de que eventuais decisões judiciais (principalmente em ações com alto grau de replicabilidade) atentem para as consequências nefastas dos custos de sua implantação.

Em termos práticos, se for concedida a liminar e julgada procedente a segurância, ter-se-á uma redução brutal no valor das contribuições previdenciárias vertidas ao RPPS, impactando, de forma não prevista e açodada, o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Pública.

Hodiernamente, as contribuições incidem sobre a remuneração integral dos servidores e custeiam benefícios que podem superar o teto do INSS. Estes benefícios **continuarão sendo pagos**, mas as contribuições serão imediatamente reduzidas. É dizer, haverá um impacto financeiro imediato nas contas da SPPREV. Portanto, em termos financeiros e de gestão de médio prazo, essa transposição de regime não atende ao interesse público, pois ela demandará recursos públicos dos quais o Estado de São Paulo não pode dispor, sob pena de prejuízo ao custeio de outros programas e ações governamentais.

Diante disso, não foi à toa que o Estado de São Paulo não previu a possibilidade de os servidores antigos migrarem para o regime novo. Esta opção legislativa se fundou nas peculiaridades do RPPS Paulista e na sua capacidade financeira de suportar a transição para o novo regime, dados os custos iniciais e a médio prazo que ele impõe ao poder público.

Isso posto, tendo em vista a necessidade de obediência aos critérios de equilíbrio financeiro e atuarial, bem como à regra de competência legislativa que atribui ao Poder Executivo instituir por meio de lei o novo regime, não há como reconhecer um “direito à opção dos servidores antigos” ao novo regime de previdência complementar, dada a evidente violação ao *caput* do artigo 40 e aos §§14, 15 e 16 do mencionado dispositivo, bem como ao artigo 1º, §1º e 6º, da Lei Estadual 14.653/2011.

III – PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO: DA IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA, DOS GRAVES DANOS IMEDIATOS AO ERÁRIO E DA NÃO FIXAÇÃO DE CONTRACAUTELA

Consoante reconhecido pelo próprio juízo *a quo* em sua decisão liminar, a implementação da medida provocará danos ao patrimônio e à gestão pública imediatamente, já que, de pronto, importará a redução do valor da contribuição previdenciária paga pelos auditores fiscais de renda (a contribuição deixa de incidir sobre o valor total da remuneração e passa a incidir sobre o teto do INSS), bem

como gera uma obrigação para a fazenda pública de liberar recursos públicos a serem depositados em contas individualizadas pertencentes aos autores.

Ou seja, através de uma medida liminar, criou-se um rombo milionário nas contas públicas. Por mais claro que este direito esteja à luz da concepção da ilustre magistrada, sua implementação não pode ser feita por meio de medida liminar em mandado de segurança coletivo. Há que se observar o devido processo legal. Há que se ter o mínimo de deferência à legislação processual e à legislação estadual que regula a matéria.

O rombo provocado pela interpretação da ilustre magistrada se configura de duas formas: **(i) perda de receita para o regime próprio e (ii) aumento de despesas para a fazenda decorrentes do pagamento de contrapartidas à SP-Prevcom** (Anexo I).

Como exposto anteriormente, de acordo com a **Folha de Dezembro de 2017**, há 2.248 agentes fiscais de renda que ingressaram antes de 20 de janeiro de 2013. No mês de dezembro, cada servidor contribuiu, em média, com R\$ 2.254,87, totalizando o montante de R\$ 5.068.941,30 por mês que devem ser vertidos ao RPPS (para custear outras aposentadorias e pensões).

Caso efetivada a liminar pretendida pelo sindicato autor para todos os servidores, a contribuição previdenciária deixará, **imediatamente**, de incidir sobre a remuneração total dos servidores e passará a incidir sobre o teto do RGPS (adotou-se o teto do INSS de dezembro de 2017 – R\$ 5.531,31). Assim, o RPPS (administrado pela SPPREV) passará a receber, em média, R\$ 608,44, totalizando a quantia mensal de R\$ 1.367.773,12. Está-se falando de uma **perda mensal de arrecadação da ordem de R\$ 3.701.168,18**, ou seja, R\$ 1.646,42 por servidor público. **Em um ano, esse valor atinge a marca dos R\$ 48.115.186,34.**

Além da perda de arrecadação de recursos para a São Paulo Previdência (vista no tópico anterior), uma consequência nefasta para as finanças públicas seria a criação de novas obrigações de pagamento no curso do exercício financeiro. Essas obrigações de pagamento se concretizam no recolhimento das contrapartidas patronais às contas individualizadas dos servidores que vierem a aderir à SP-Prevcom.

Nesta circunstância, o total de contribuição patronal atinge a quantia de R\$ 5.047.051,95 por mês. Estes valores seriam imediatamente aplicados de acordo com a política de investimentos da entidade, gerando a aquisição de títulos do tesouro e impactando nas expectativas dos segurados e beneficiários da Previdência Complementar. Estas medidas possuem um grau de transtorno, de danos e de irreversibilidade sem possibilidade de mensuração. Além disso, haveria um aumento significativo de “*segurados sub judice*”, gerando problemas de gestão e empecilhos na eventual reversão da medida. Anualmente, este valor poderia chegar a **R\$ 65.611.675,31.**

Destaque-se que a irreversibilidade da medida é uma consequência óbvia, principalmente em situações nas quais houver a concessão de benefícios (invalidez, morte) ou nos casos de exoneração (servidor portará seu dinheiro para outros fundos de pensão).

Some-se a isso que quem executar provisoriamente o julgado pode **não ter recursos para adimplir os tributos devidos** em caso de reversão da medida.

O dinheiro depositado nas contas individualizadas seriam atribuídos ao servidor público, o qual pode portá-lo a outros fundos de previdência, *caso se exonere do serviço público*, ou mesmo pode usá-lo para cobrir despesas com aposentadoria ou pensão por morte. Essa quantia teria **caráter alimentar** e poderia ser alegado que **o beneficiário não teria obrigação ou condição de devolvê-la ao Estado**.

Na eventual reversão da medida judicial, o Estado e a SPPREV teriam de cobrar os valores devidos de cada um dos executados.

Outros problemas de gestão poderiam ser provocados. A título de exemplo, pense-se na situação dos servidores virem a se aposentar por invalidez ou morrer, por exemplo. Estes benefícios seriam concedidos com base em que lei? Após concedidos, seriam cassados e iniciada uma nova relação previdenciária com o ente do qual o servidor se desvinculou e para o qual não contribuiu? Se não contribuiu, como será feito o cálculo do seu benefício? Como calcular a média das remunerações sobre as quais não incidiram contribuição? O servidor receberia com base no teto do INSS sem direito à complementação? Veja-se que esta liminar representa o início de um grande conflito que pode ser evitado com um simples indeferimento.

Portanto, diante de uma série de consequências de ordem financeira, social, econômica e jurídica, não se mostra **prudente** o deferimento de tutela provisória. Em verdade, espera-se dos juízes que tenham um mínimo de deferência pela legislação, pois a decretação de inconstitucionalidade de uma norma não é um ato banal, a ser feito após uma reflexão açada e superficial.

Destaque-se, por fim, o teor do §3º do artigo 300 do CPC:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

[...]

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Isso posto, melhor aguardar-se o transcurso do processo judicial e, após a certeza assegurada pelo trânsito em julgado, proceder-se o devido ressarcimento, **se for caso**. Até lá, os servidores ficam regidos pelo regime atual e não se criam expectativas e riscos financeiros, sociais e jurídicos desnecessários e irreversíveis.

Caso se entenda que é caso de concessão de liminar, é imperioso que se estabeleça, como medida de contracautela, que os beneficiários depositem os valores correspondentes à diferenças de contribuição previdenciária e à contrapartida paga pelo Estado à SP-Prevcom, a fim de que o rombo provocado pela decisão do juízo *a quo* tenha a mínima chance de ser mitigado.

A fixação de medidas de contracautela em face de prejudicados por tutelas provisórias é regulada pelo novo CPC:

Art. 519. Aplicam-se as disposições relativas ao cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, e à liquidação, no que couber, às decisões que concederem tutela provisória.

Diante disso, requer-se que se estabeleça que a exequibilidade da decisão está condicionada à prestação de caução suficiente e idônea, hábil a afastar o risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.

Este pleito se funda na interpretação sistemática do artigo 520, IV, *c/c* artigo 521, parágrafo único, do CPC:

Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

[...]

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, **dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.**

[...]

Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:

[...]

Parágrafo único. **A exigência de caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano de difícil ou incerta reparação.**

Os mencionados dispositivos, a fim de proteger o executado contra investidas danosas a seu patrimônio, principalmente quando o credor não possui recursos suficientes para assegurar a execução, permite que se exija a prestação de caução suficiente e idônea.

No caso, os recursos que se deixarão de arrecadar e os valores que serão despendidos para pagar as contrapartidas à SP-Prevcom gerarão enormes prejuízos

ao Estado, sendo impositiva a fixação de caução dado o manifesto risco de grave dano e a incerteza na reparação das quantias devidas.

REQUERIMENTO FINAL

Em face do exposto, requer-se: i) a concessão liminar de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento; ii) a reforma da decisão interlocutória impugnada; iii) subsidiariamente, pugna-se pela fixação de caução como condicionante para execução do julgado.

São Paulo, 29 de janeiro de 2018

LUCAS LEITE ALVES

Procurador do Estado

OAB/SP nº 329.911

Registro: 2018.0000577762

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3000775-37.2018.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes ESTADO DE SÃO PAULO e SÃO PAULO PREVIDÊNCIA - SPPREV, é agravada SINDICATO DOS AGENTES FISCAIS DE RENDAS DO ESTADO DE SÃO PAULO SINAFRESP.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao agravo de instrumento e julgaram prejudicado o agravo interno. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra esteacórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OSVALDO MAGALHÃES (Presidente sem voto), PAULO BARCELLOS GATTI E ANA LIARTE.

São Paulo, 30 de julho de 2018.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Relator

Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento nº 3000775-37.2018.8.26.0000

Agravantes: Estado de São Paulo e São Paulo Previdência - SPPREV Agravado:
Sindicato dos Agentes Fiscais de Rendas do Estado de São Paulo
Sinafresp

Interessados: Presidente da São Paulo Previdência - Spprev, Diretor da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo (SP-PREV-COM), Diretor do Departamento de Despesa de Pessoal da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, Diretor do Departamento de Recursos Humanos da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo e Diretor da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo (SP-PREVCOM)

Comarca: São Paulo Voto nº 12.292

Ementa:

Agravo de instrumento e agravo interno. Mandado de segurança coletivo. Servidores públicos. Migração para o regime de previdência complementar estadual sem a restrição contida no art. 1º, § 6º, da Lei nº 14.653/11, com a redação dada pela Lei nº 16.391/17, que exclui a contribuição patronal. Ausência dos requisitos do art. 7º, inciso III, da Lei do Mandado de Segurança. Liminar insubsistente. Recurso provido. Agravo interno prejudicado.

Vistos.

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento tirado da r. decisão interlocutória que deferiu medida liminar pleiteada em mandado de segurança coletivo de modo a compelir a administração pública estadual a aceitar a opção dos agentes fiscais de renda nas condições do § 16 do art. 40 da Constituição Federal pelo regime de previdência complementar instituído conforme as regras dos seus §§ 14 e 15.

Entendeu a decisão agravada que a recusa da administração pública em aceitar a adesão dos servidores que ingressaram no serviço público antes da oferta dos planos de previdência complementar ofende o direito de opção a eles garantido pelo § 16 do art. 40 da Constituição Federal, e daí a concessão da medida liminar com prazo de 180 dias para cumprimento.

A administração pública agravante argumenta com a incidência das restrições à concessão de tutelas de urgência contra a fazenda pública e aduz que, no exercício de suas competências, deliberou não ofertar os planos de

previdência complementar aos servidores nas condições já mencionadas, inexistindo assim direito de opção a ser exercido, de modo que, não sem antes tecer considerações sobre a higidez do sistema previdenciário em geral, pede a suspensão da decisão agravada e a reforma da decisão, quando não se exigindo a oferta de caução.

Atribuído o efeito suspensivo ao recurso, do que foi tirado agravo interno ora relatado em conjunto, foi ofertada a contraminuta pela manutenção da decisão agravada, seguindo-se o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento.

É o relatório.

O voto é pelo provimento do recurso de agravo de instrumento, prejudicado o agravo interno.

2. A hipótese dos autos não cuida da singela pretensão liminar de migração de servidores públicos que ingressaram no serviço público antes da vigência do sistema de previdência complementar instituído pelo Estado de São Paulo.

A pretensão em discussão é a de migração dos servidores públicos à margem da regra prevista no § 6º do art. 1º da Lei nº 14.653/11, com a redação dada pela Lei nº 16.391/17, que impede o aporte de recursos a título de contribuição patronal, nela designada contrapartida estatal¹.

3. Conforme já assinalado na decisão que atribuiu efeito suspensivo ao recurso, a instituição do regime de previdência complementar instituído nos §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal não é impositiva ao estado-membro, tratando-se de uma faculdade informada pelo princípio da autonomia dos entes federados e sujeita a critério de conveniência e oportunidade.

Neste sentido é a doutrina de Daniel Machado da Rocha (*Comentários à Constituição do Brasil*, Coord. J. J. Canotilho e outros, Ed. Saraiva, 1ª edição, 5ª tiragem, págs. 975-978) e de Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Servidores Públicos na Constituição Federal*, Ed. Atlas, 3ª edição, págs. 218-220).

Assim, a garantia de opção instituída no § 16 do art. 40 da Constituição Federal em favor dos servidores que ingressaram no serviço antes da criação do regime complementar ou da oferta efetiva dos planos concretiza exclusivamente a impossibilidade

1 Não se trata, portanto, de matéria compreendida no julgamento da Adin nº 2165511-31.2014.8.26.0000, ainda pendente de decisão em recurso extraordinário, e que tratou da disposição do § 1º do art. 1º da Lei nº 14.653/11, bem como da disposição do § 1º do art. 3º da mesma Lei, e que cuidou, a rigor, da data de publicação da lei como termo inicial de vigência do novo sistema, decidindo-se pela inconstitucionalidade.

de de transferência compulsória dos servidores, isto é, institui a excepcional garantia de regime jurídico, e não um direito de obter do ente público a prestação em disputa².

4. Pondera-se, também, que a pretensão deduzida na petição inicial não se atende sem a pronúncia de inconstitucionalidade da restrição contida no § 6º do art. 1º da Lei nº 14.653/11.

Isto exige maior e mais aprofundada reflexão sobre as contribuições pretéritas dos servidores à luz das disposições dos §§ 2º e 3º do art. 202 da Constituição Federal, que tratam da contribuição patronal e da proibição de transferência de recursos públicos ao sistema complementar.

E ainda exige respeito à cláusula de reserva de plenário instituída no art. 97 da Constituição Federal, que limita o provimento jurisdicional em sede de decisão interlocutória (Agravado de Instrumento nº 2247425-49.2016.8.26.0000; rel. Des. Osvaldo Magalhães).

5. Por outro lado, e como também já assinalado na decisão que atribuiu efeito suspensivo ao recurso, há clara possibilidade de constituição de lesão irreversível a justificar a providência em exame, e consistente na desorganização do sistema previdenciário estadual tal qual estruturado no presente, tendo em vista a dimensão e o impacto da medida discutida.

Acrescente-se, ainda, que não se descortina urgência a justificar o provimento liminar porque soa inusitado que associado efetuasse a migração de regime para aposentar-se antes do julgamento da ação.

6. Pelo exposto, é de se concluir ausentes os requisitos do inciso III do art. 7º da Lei do Mandado de Segurança, o que não autoriza a concessão da medida liminar em disputa, não obstante o respeito ao entendimento adotado na r. decisão interlocutória agravada.

Logo, o agravo interno fica prejudicado.

O voto é pelo provimento do recurso de agravo de instrumento, prejudicado o agravo interno.

LUIS FERNANDO CAMARGO DE BARROS VIDAL

Relator

2 Ou, dito de outra forma, a regra do § 16 do art. 40 da CF institui simples ato-condição, e não ato regra. Conforme ensina Celso Antônio, ato-condição é o que alguém pratica incluindo-se, isoladamente ou mediante acordo com outrem, debaixo de situações criadas pelos atos-regra, pelo que se sujeitam às eventuais alterações unilaterais delas. In.: *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição. Malheiros Editores, p.436/437