

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO
DE SÃO PAULO**

**Ementa: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO.
SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO DIRETA
INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 14.653, DE 22 DE
DEZEMBRO DE 2011, DO ESTADO DE SÃO PAULO:
EXPRESSÕES “APLICA-SE AOS QUE INGRESSAREM NO
SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL A PARTIR DA PUBLICAÇÃO
DESTA LEI” (§ 1º DO ART. 1º), “DE QUE TRATA O § 1º
DO ARTIGO 1º DESTA LEI” (ART. 3º). REGIME DE
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS AGENTES PÚBLICOS**

DO ESTADO DE SÃO PAULO. SERVIDORES DE OUTRAS UNIDADES FEDERADAS. LIMITAÇÃO DE PROVENTOS E PENSÕES AO VALOR MÁXIMO DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. CONDICIONAMENTO À OFERTA EFETIVA DE PLANO DE BENEFÍCIOS. 1. A inclusão de agentes públicos estaduais no regime de previdência complementar somente é possível após a efetiva oferta de planos e convênio de adesão do patrocinador, regularmente aprovados, e não da edição da lei que instituiu esse regime. 2. Até então, é inadmissível a adoção do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal aos proventos de aposentadoria e pensões. 3. Agentes públicos oriundos de outras unidades federadas que ingressam, sem solução de continuidade, no serviço público estadual, continuam sujeitos ao regime próprio de previdência.

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo), em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, IV, da Constituição Federal, e, ainda, nos arts. 74, VI, e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, vem, respeitosamente, perante esse egrégio Tribunal de Justiça, promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face das expressões “aplica-se aos que ingressarem no serviço público estadual a partir

da publicação desta lei” do § 1º do art. 1º e “de que trata o § 1º do artigo 1º desta lei” do art. 3º, da Lei n. 14.653, de 22 de dezembro de 2011, do Estado de São Paulo, pelos fundamentos a seguir expostos:

I – OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

1. O Estado de São Paulo editou em 22 de dezembro de 2011 a Lei n. 14.653 que institui o regime de previdência complementar, fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões, e autoriza a criação de entidade fechada de previdência complementar na forma de fundação. De suas disposições se destaca:

“Artigo 1º – Fica instituído, no âmbito do Estado de São Paulo, o regime de previdência complementar a que se refere o artigo 40, §§ 14 e 15, da Constituição Federal.

§ 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, e abrange:

1 – os titulares de cargos efetivos, assim considerados os servidores cujas atribuições, deveres e responsabilidades específicas estejam definidas em estatutos ou normas estatutárias e que tenham sido aprovados por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos ou de provas de seleção equivalentes;

2 – os titulares de cargos vitalícios ou efetivos da Administração direta, suas autarquias e fundações, da Assembleia Legislativa, do Tribunal de Contas e seus Conselheiros, das Universidades, do Poder Judiciário e seus membros, do Ministério Público e seus membros, da Defensoria Pública e seus membros;

3 – os servidores ocupantes,

exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego junto à Administração direta, suas autarquias e fundações, à Assembleia Legislativa, ao Tribunal de Contas, às Universidades, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Polícia Militar.

§ 2º – O regime de previdência complementar poderá também ser oferecido aos Deputados da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, desde que não integrem outro regime próprio de previdência pública de qualquer ente da federação.

§ 3º – O regime de previdência complementar poderá ser oferecido também para os servidores titulares de cargos efetivos, servidores ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão

declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego dos municípios do Estado de São Paulo, suas autarquias e fundações, desde que, autorizados por lei municipal, tenham firmado convênio de adesão e aderido a plano de benefícios previdenciários complementares administrados pela Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo – SP-PREVCOM.

§ 4º – A integração ao regime de previdência complementar depende de adesão, mediante prévia e expressa opção do interessado por plano de benefícios instituído nos termos desta lei.

§ 5º – As condições para a adesão de que trata o § 4º deste artigo serão estabelecidas em regulamento.

(...)

Artigo 3º – Aplica-se o limite máximo

estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime próprio de previdência social do Estado de São Paulo de que trata o artigo 40 da Constituição Federal aos servidores e demais agentes públicos e membros de Poder de que trata o § 1º do artigo 1º desta lei, independentemente de sua adesão ao regime de previdência complementar por ela instituído.

2. As expressões “aplica-se aos que ingressarem no serviço público estadual a partir da publicação desta lei” do § 1º do art. 1º e “de que trata o § 1º do artigo 1º desta lei” do art. 3º, da Lei n. 14.653, de 22 de dezembro de 2011, do Estado de São Paulo, são incompatíveis com a Constituição Estadual.

II - O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

3. As regras da Constituição Federal referentes ao regime previdenciário dos agentes públicos serem de observância, absorção e reprodução obrigatória pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, como estima o Supremo Tribunal Federal:

“(...) É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que as normas constitucionais federais que dispõem a respeito da aposentadoria dos servidores públicos são de absorção obrigatória pelas Constituições dos Estados (...)” (STF, ADI-MC 4.696-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 01-12-2011, v.u., DJe 16-03-2012).

“(...) 4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional

de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. (...)” (STF, ADI 2.024-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 03-05-2007, v.u., DJe 22-06-2007).

4. As Emendas n. 20, de 15 de dezembro de 1998, e n. 41, de 19 de dezembro de 2003, assim disciplinaram o regime previdenciário dos servidores públicos e, em especial, o regime de previdência complementar:

“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.

(...)

§ 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.

§ 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.

§ 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”.

5. Não se deve olvidar que as disposições da Constituição Federal nessa matéria são

automaticamente absorvidas pela Constituição Estadual conforme enuncia seu art. 297, *in verbis*:

“Artigo 297 – São também aplicáveis no Estado, no que couber, os artigos das Emendas à Constituição Federal que não integram o corpo do texto constitucional, bem como as alterações efetuadas no texto da Constituição Federal que causem implicações no âmbito estadual, ainda que não contempladas expressamente pela Constituição do Estado”.

6. Mas, a Constituição do Estado de São Paulo ajustou-se expressamente à nova redação da Constituição da República, de acordo com a Emenda n. 21, de 14 de fevereiro de 2006, *in verbis*:

“Artigo 126 – Aos servidores titulares de cargos efetivos do Estado, 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.

(...)

§ 14 - O Estado, desde que institua regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderá 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 artigo 201 da Constituição Federal.

§ 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 artigo 202 e seus parágrafos,

da Constituição Federal, 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.

§ 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”.

7. Duas questões afloram da Lei n. 14.653/11: (a) a limitação à permanência no regime de previdência próprio dos servidores públicos aos que tinham vínculo anterior e ininterrupto com outros entes federados; (b) a exequibilidade no tempo do regime de previdência complementar contido nessa lei.

8. A Lei Estadual n. 14.653/11 declara sua aplicabilidade àqueles “que ingressarem no serviço público estadual a partir de sua publicação” no § 1º do art. 1º, o que significa a exclusão da sujeição ao regime de previdência complementar daqueles que antes dela já eram servidores públicos do Estado de São Paulo desde que não haja interrupção e, também, a inclusão no regime de previdência complementar daqueles que eram servidores públicos da União, de outros Estados ou do Distrito Federal e de Municípios.

9. A limitação promovida na lei estadual não se conforma ao § 16 do art. 126 da Constituição Estadual (que reproduz o § 16 do art. 40 da Constituição Federal). Eis a redação do parâmetro:

“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”.

10. A norma constitucional não promove distinção de origem, e nem permite intuí-la, razão pela qual a produção normativa infraconstitucional subalterna não pode inovar ou contrariar.

11. Sobejam argumentos. A contagem recíproca do tempo de contribuição (arts. 40, § 9º, e 201, § 9º, Constituição Federal) não pode ser afastada, sob pena de inconstitucionalidade, como pondera José dos Santos Carvalho Filho invocando precedente da Suprema Corte que reconheceu o vício em lei que exigia tempo mínimo de serviço público para admissão da compensação entre regimes previdenciários distintos (*Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 27ª ed., 2014, p. 771). Além disso, a isonomia resta comprometida porque não há razão lógica para a discriminação a instituição de regimes previdenciários diversos para servidores oriundos de entes federativos distintos.

12. Por outro lado, a instituição somente se dá com o

oferecimento dos planos de benefícios. Ou seja, é inadmissível limitar ao valor máximo do regime geral de previdência social os benefícios devidos ao servidor público inativo ou aos pensionistas sem lhes possibilitar a efetiva adesão ao regime complementar.

13. Destarte, a partir do ingresso no serviço público, qualquer que seja a unidade federativa, ao servidor público só seria aplicado o regime de previdência complementar posteriormente instituído, mesmo que em outra, mediante sua prévia e expressa opção. Esse, aliás, o pensamento doutrinal:

“A Constituição Federal, ainda no § 15 do art. 40, lembra que serão automaticamente filiados ao novo modelo aqueles servidores que ingressarem no serviço público após a criação das referidas previdências complementares. Servidores que ingressarem no serviço público após a promulgação da EC nº 41, porém antes da instituição dessas

previdências complementares, se submeterá às regras antigas de integralidade e paridade.

Um ponto merece reflexão. O que acontece com servidores que já estejam no regime antigo e venha a ser aprovados em concurso público, tomando posse em novo cargo e considerando a instituição de previdência complementar. Ficarão esses servidores no regime novo ou permanecerão no regime antigo? No nosso entender, caso os servidores já estejam vinculados ao regime antigo, caberá permanecer nesse sistema, mesmo depois da troca de cargo. Caso a nova investidura ocorra em cargo de outra esfera da federação, continuarão os servidores nas regras antigas, ressalvado, é claro, a devida compensação previdenciária” [Marcos Nóbrega. “A Emenda Constitucional nº 41 e a

Previdência Complementar do Servidor Público” *in Reforma da Previdência: Análise e Crítica da Emenda Constitucional nº 41/2003* (doutrina, pareceres e normas selecionadas), Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 202, organização Paulo Modesto].

14. É uma questão de segurança jurídica, previsibilidade e certeza. Ademais, a Constituição Estadual, no particular, reproduziu a norma constitucional central (art. 126, § 16), motivo pelo qual, em atenção à isonomia e à supremacia da Constituição, a interpretação deve garantir àqueles que já são servidores públicos de outras esferas o mesmo tratamento dispensado àqueles que já são servidores públicos estaduais. Colaboram a tanto a contagem recíproca entre os regimes de previdência e a solidariedade federativa, condutores da compensação financeira entre os regimes.

15. Se assim não fosse, ao migrar de ente o servidor perderse o direito de permanecer no regime próprio de

previdência, o ente que recebesse as contribuições de um servidor durante vários anos no regime de previdência próprio dos servidores públicos (com a contribuição de 11% sobre todo seu rendimento, e não apenas sobre o teto do regime geral de previdência), estaria se locupletando o sistema no momento em que este servidor mudasse para um ente com o regime de previdência complementar, pois, ao se aposentar haveria limitação do benefício ao teto do regime geral de previdência em detrimento do montante pago a maior pelo servidor público em suas contribuições.

16. Neste sentido, a Lei n. 12.618, de 30 de abril de 2012, que instituiu o regime público de previdência complementar no âmbito da União, fez expressa menção ao sistema de compensação financeira para estas situações, prevendo o pagamento de um benefício especial aos que, embora já atuantes no serviço público de outras esferas, tenham ingressado no serviço público federal após a instituição do novo regime público de previdência complementar (arts. 3º, § 1º, e 22). Referido benefício

especial é calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência do ente do qual advém o servidor, observando o direito à compensação financeira de que trata o art. 201, § 9º, da Constituição Federal.

17. Aliás, em se tratando de magistrados e membros do Ministério Público, o caráter unitário e nacional de suas instituições impõe a permanência no regime próprio de previdência e indica a inconstitucionalidade da exclusão operada pela regra estadual àqueles que ingressaram no serviço público paulista. Isto porque, não bastasse todo o exposto, a instituição somente se dá com o oferecimento dos planos de benefícios.

18. Não obstante, a limitação dos benefícios previdenciários aos valores máximos do regime geral de previdência é inaplicável até a efetiva instituição do regime de previdência complementar mediante a **oferta concreta** de plano de benefícios, diferentemente do que se contém no **art. 3º da lei paulista**.

19. Embora a lei estadual fixe sua aplicabilidade aos

que ingressarem no serviço público estadual a partir de sua publicação, seus dispositivos não podem contrariar a Constituição.

20. Emerge da Constituição Federal (art. 40, § 14) e da Constituição Estadual (art. 126, § 14) que a limitação do valor dos benefícios previdenciários ao máximo pago no regime geral de previdência é condicionada à instituição de regime de previdência complementar. E instituição somente se dá com o oferecimento dos planos de benefícios, donde soa inadmissível limitar ao valor máximo do regime geral de previdência social os benefícios devidos ao servidor público inativo ou aos pensionistas sem lhes possibilitar a efetiva adesão ao regime complementar. Em outras palavras, a instituição da previdência complementar dos servidores públicos é *conditio iuris* para sujeição das aposentadorias e pensões dos servidores públicos titulares de cargo de provimento efetivo e subordinados ao regime estatutário ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. E ela como

acentua a doutrina:

“somente é possível para os servidores que ingressarem no serviço público após a instituição do novo regime; para os demais, dependerá de sua expressa opção (art. 40, § 16, da Constituição)” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2012, 25^a ed., p. 646).

21. Mas, é insuficiente a edição de lei específica, pois, se assim desejasse, o constituinte faria de modo expresso, como amiúde. A instituição do regime depende da efetiva existência de plano operado por entidade fechada de previdência complementar. Isso, aliás, está bem nítido na Lei n. 12.618/12, no âmbito federal, conforme se colhe da leitura de seus arts. 3º, I, 26, 30, 31 e 33, I, cuja invocação se dá apenas a título de exemplo.

22. Não basta a edição de lei nem a autorização para criação da pessoa jurídica encarregada da administração e da execução dos planos de benefícios, dependendo sua

constituição e funcionamento após prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, segundo determina o art. 33, I, da Lei Complementar n. 109/01 e o próprio art. 4º da lei estadual. Tanto não havia que houve recusa ao recolhimento de valores.

23. A lei paulista estipula o prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar da publicação da lei, para constituição e funcionamento da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo (SP-PREVCOM), e mais 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar da publicação de sua autorização do funcionamento, para instituir e operar os planos de benefícios (art. 37).

24. Daí segue que a instituição não significa a previsão legal, pois, a própria lei paulista considera que o regime só estará efetivamente instituído com o oferecimento dos planos de benefícios, o que só ocorre com a possibilidade de efetiva adesão ao regime complementar.

25. Enquanto não houver a efetiva oferta dos planos, os agentes públicos admitidos no Estado de São Paulo estão sujeitos ao regime próprio de previdência social dos servidores públicos, incidindo a contribuição previdenciária sobre a remuneração global respectiva com as ressalvas legais, não se podendo limitar sua contribuição ao teto do regime geral previdência social e não inscrevê-los obrigatoriamente no regime de previdência complementar. A omissão não pode causar lesão em desfavor de novos agentes públicos.

III. PEDIDO LIMINAR

26. À vista da conjunção do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* pela solidez dos argumentos expendidos e pelo risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao *status* previdenciário e ao patrimônio de agentes públicos estaduais e à própria formação do capital necessário ao fomento dos benefícios previdenciários

complementares, roga-se a concessão de liminar, *ab initio litis et inaudita altera parte*, para suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados aos agentes públicos que ingressarem no serviço público estadual oriundos de outras unidades federadas sem solução de continuidade bem como àqueles que ingressaram no serviço público estadual até a oferta efetiva dos planos de benefícios, e não de sua mera aprovação pelos órgãos competentes.

IV – PEDIDO

27. Face ao exposto, requerendo o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para (a) declarar a inconstitucionalidade das expressões “aplica-se aos que ingressarem no serviço público estadual a partir da publicação desta lei” do § 1º do art. 1º e “de que trata o § 1º do artigo 1º desta lei” do art. 3º, da Lei n. 14.653, de 22 de dezembro de 2011, do Estado de São Paulo, ou (b) dispensar interpretação

conforme ao art. 126, §§ 14 a 16, da Constituição Estadual, enunciando a inaplicabilidade dos dispositivos impugnados aos agentes públicos que ingressarem no serviço público estadual oriundos de outras unidades federadas sem solução de continuidade, bem como àqueles que ingressaram no serviço público estadual até a oferta efetiva dos planos de benefícios, e não de sua mera aprovação pelos órgãos competentes.

28. Requer-se ainda sejam requisitadas informações ao Governador e à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre os atos normativos impugnados, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 23 de setembro de 2014.

Márcio Fernando Elias Rosa
Procurador-Geral de Justiça

wpmj