



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: PGE n.º 16847-1535699/2012 (Ofício SPPREV n.º 268/2012)

PARECER: PA n.º 7/2013

INTERESSADA: São Paulo Previdência – Presidência

EMENTA: **CONSTITUCIONAL. AGENTE PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.** Fixação pelo Estado de São Paulo, para o valor das aposentadorias e pensões concedidas pelo regime próprio de previdência social, do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. Possibilidade restrita àqueles que ingressaram no serviço público a partir da data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. Instituição compreendida como processo que se estende da criação do regime pela lei à autorização de operação do plano de benefícios concedida pelo órgão regulador e fiscalizador federal. Inteligência do artigo 40, parágrafos 14 a 16, da Constituição da República. Interpretação conforme a Constituição do artigo 1º, parágrafo 1º, e do artigo 3º da Lei Estadual n.º 14.653, de 22 de dezembro de 2011. Simples autorização genérica, contida nesses dispositivos legais, para que o Poder Executivo venha, oportunamente, a impor a limitação do valor dos benefícios do regime próprio ao teto do regime geral e a admitir a adesão de servidores ao regime complementar. Invalidez de disposições do Comunicado Conjunto CC/SF/SGP n.º 1, de 3 de fevereiro de 2012, e de preceitos do regulamento do plano de benefícios “PREVCOM RP”. Impossibilidade de retroação dos efeitos da adesão ao plano de benefícios a data anterior à publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar. Ingresso no serviço público como entrada em exercício. Investidura como ato complexo.

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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

1. O protocolado partiu de consulta formulada pelo Diretor Presidente em exercício da São Paulo Previdência - SPPREV ao Procurador Geral do Estado sobre a aplicação da Lei Estadual n.º 14.653, de 22 de dezembro de 2011, que instituiu o regime de previdência complementar no âmbito do Estado de São Paulo (fls. 2/3).

2. Em suma, aponta-se divergência sobre a base de cálculo das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos membros e servidores do Ministério Público do Estado de São Paulo que ingressaram no serviço público após a publicação da lei estadual referida. Enquanto a Secretaria da Casa Civil, a Secretaria da Fazenda e a Secretaria da Gestão Pública, por meio do Comunicado Conjunto CC/SF/SGP n.º 1, de 3 de fevereiro de 2012 (fls. 4/5), defendem que as contribuições desses agentes devem ter por base a remuneração **limitada ao teto do regime geral de previdência social**, o Ministério Público (fls. 9/20) e o Ministério Público de Contas (fls. 7/8) sustentam que tal limitação somente se aplica aos que vierem a ingressar no serviço público a partir da efetiva implantação dos planos de benefícios da previdência complementar.

3. Encaminhados à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral pela Chefia de Gabinete do Procurador Geral do Estado (fls. 21), os autos foram direcionados à Procuradoria Administrativa para exame e parecer (fls. 22).

4. Em tempo, chegou-nos do Diretor-Presidente em exercício da SPPREV ofício em complementação à consulta inicial (fls. 23/25), com o esclarecimento de que a consulta refere-se “exclusivamente aos integrantes do regime próprio, porquanto os integrantes do regime geral de previdência social não mantêm qualquer vínculo com a São Paulo Previdência”. Questionou-se, ainda, o seguinte:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

“1. O Plano de Previdência Complementar para os integrantes do Regime Próprio de Previdência Social (RP) foi aprovado pelo órgão federal regulador (PREVIC), conforme publicado no DOU de 21 de janeiro de 2013;

2. Em decorrência desta aprovação, consulto Vossa Excelência sobre qual data valerá para que o servidor se enquadre no novo regime: a data de sua nomeação, a data de sua posse ou a data em que entrou em exercício;

3. Também indago, caso essa D. PGE opte por considerar como data do início do regime complementar a referida data de aprovação do plano, se a PREVCOM pode receber dos interessados (RP admitidos após 23 de dezembro de 2011 – data da lei), que assim optarem, inscrições com retroação à data de seu ingresso no serviço público, conforme previsto no Plano PREVCOM RP.

4. Finalmente indago, caso essa D. PGE opte por considerar como data do início do regime complementar a referida data de aprovação do plano e sendo ele geral, embora direcionado para o Executivo (RP), que formulou seu convênio de adesão, se para os demais poderes e órgãos o regime de previdência complementar somente valeria após a aprovação de cada plano específico solicitado por aquele poder ou órgão. Saliento que, neste caso, poderíamos ter categorias que jamais integrariam o novo regime previdenciário, ao arripio do mandamento



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

constitucional, simplesmente por não apresentar plano a ser aprovado.”

Feito o relato do essencial, opinamos.

5. De fato, ao que se depreende de ofício encaminhado pelo Tribunal de Contas à São Paulo Previdência (fls. 7), a orientação fixada normativamente no âmbito do Ministério Público (fls. 19/20) e irradiada ao Ministério Público de Contas (fls. 8) é a de que

“(…) enquanto não instituído o regime de previdência complementar **cuja efetividade depende da implantação dos planos de benefícios**, membros e servidores admitidos no MPESP 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 da previdência social e não inscrevê-los obrigatoriamente no regime de previdência complementar.”

(g.n.)

6. Ao supratranscrito excerto da ementa do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 9/18) correspondem os seguintes fundamentos, também contidos na peça opinativa aprovada por decisão normativa do Chefe do Ministério Público Estadual:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

“Embora a lei estadual [n.º 14.653/2011] fixe sua aplicabilidade aos que ingressarem no serviço público estadual a partir de sua publicação (art. 1º, § 1º), esse dispositivo merece exame à luz da Constituição.

Emerge da Constituição Federal a aplicabilidade do regime de previdência complementar, e todas as consequências dele advindas, condicionada à sua instituição (art. 40, § 14), *verbis*:

‘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’.

No mesmo sentido labora a Constituição Estadual (art. 126, § 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 art. 201 da Constituição Federal’.

Não basta a edição de lei específica, pois, se assim desejasse o constituinte fá-lo-ia de modo expresse, como amiúde. A instituição do regime depende da efetiva existência de plano operado por entidade fechada de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

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.

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 de 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.

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 de funcionamento, para instituir e operar os planos de benefícios (art. 37).

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.

No caso da SP-PREVCOM, há notícia da aprovação de sua constituição e da autorização de seu funcionamento pela publicação no Diário Oficial da União da Portaria MPS/PREVIC/DITEC n. 158, de 22 de março de 2012. O mesmo ato estabeleceu o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da data de sua



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

publicação, para o início efetivo das atividades da entidade, sob pena de cancelamento da autorização.

Destarte, só se pode considerar instituído o regime de previdência complementar quando passar a oferecer os planos de benefícios previdenciários complementares, o que necessariamente deverá ocorrer até o termo *ad quem* da autorização de funcionamento, a contar de 23 de março de 2012.

Enquanto não instituído esse regime, os membros e servidores admitidos no Ministério Público do 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 [de] previdência social e não inscrevê-los obrigatoriamente no regime de previdência complementar.”

7. Alinhamo-nos a esse entendimento, com as observações que seguem.

8. Em jogo faz-se a aplicação do artigo 1º, parágrafo 3º, e do artigo 3º da Lei Estadual n.º 14.653, de 22 de dezembro de 2011, que assim dispõem:

“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.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

§ 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.

.....
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



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

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.”

9. A despeito da aparente clareza desses dispositivos, que parecem pôr em movimento o regime de previdência complementar no instante da publicação da lei, não há outra interpretação afeita à Constituição da República senão a de que, além da publicação da lei instituidora, a sujeição de agentes públicos titulares de cargos efetivos e vitalícios à limitação de aposentadorias e pensões ao teto do regime geral exige o que o correspondente regime de previdência complementar esteja **efetivamente instaurado** no ente político instituidor.

10. Diz a Constituição que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime do artigo 40, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, “*desde que instituem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores de cargo efetivo*” (artigo 40, parágrafo 14, com a redação da Emenda n.º 20/1998).

11. A Lei Maior não deixa dúvida, também, que o regime de previdência complementar deve ser “*instituído por lei*” (artigo 40, parágrafo 15) de iniciativa do Poder Executivo de cada ente.

12. Esses preceitos tratam, por assim dizer, da *existência jurídica* do regime de previdência complementar. A instituição, no sentido



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

estrito dessa existência, faz-se sempre por lei, na medida em que apenas a lei em sentido formal é veículo hábil a inovar a ordem jurídica vigente (artigo 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição), prefixando, no caso, o conjunto dos direitos e deveres que caracterizam todo regime jurídico.

13. Todavia, não é apenas nesse nível que se dá a instituição de um regime. *Instituir* pode, perfeitamente, significar todo o percurso que vai da simples presença de um corpo básico de normas jurídicas até à efetiva operação do regime na realidade social. Não raro, a instituição demanda a edição de normas subalternas contidas em regulamentos, condição de aplicação das leis que não são auto-executáveis¹; pode exigir, do mesmo modo, atos oficiais não normativos, necessários ao efetivo funcionamento do regime². **A instituição, como processo, só desagua na instituição, resultado, quando o regime jurídico pode traduzir-se numa forma relativamente acabada e pronta para gerar no mundo real os efeitos que se esperam.**

14. As nuances do significado de *instituir* o legislador constituinte parece tê-las admitido no instante em que, depois de prescrever textualmente, como vimos, que o regime de previdência complementar deve ser “*instituído por lei*” (artigo 40, parágrafo 15, da Carta, g.n.), proíbe que o regime seja aplicado ao servidor que houver ingressado no serviço público “*até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar*” (artigo 40, parágrafo 16, g.n.).

¹ Para HELY LOPES MEIRELLES, “Leis existem que dependem de regulamento para sua execução; outras há que são auto-executáveis (*self-executing*). Qualquer delas, entretanto, pode ser regulamentada, com a só diferença de que nas primeiras o regulamento é condição de sua aplicação, e nas segundas é ato facultativo do Executivo” (*Direito Administrativo Brasileiro*, 34ª ed. atualizada por EURICO DE ANDRADE AZEVEDO *et. al.* São Paulo: Malheiros, 2008, p. 183).

² Determina a Lei Complementar Federal n.º 109, de 29 de maio de 2001, por exemplo, que “*As entidades de previdência complementar somente poderão instituir e operar planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo as normas aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador, conforme disposto nesta Lei Complementar*” (artigo 6º).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

15. *Ato de instituição*, neste caso, não equivale à *lei instituidora*. Temos que o uso de palavras diferentes no texto constitucional, sobretudo em dispositivos que tratam de um mesmo assunto, é sintomático de que se buscou referir a objetos diversos. Mais que a mera existência jurídica decorrente da lei, quis-se que houvesse um **derradeiro ato de instituição** do regime, cuja publicação marcasse o ponto no tempo a partir do qual os novos servidores pudessem de fato ter acesso à previdência complementar como alternativa à imposição do teto de contribuições e benefícios do regime geral da previdência social.

16. Interpretação mais rasa, que identificasse o ato de instituição a que se refere o parágrafo 16 do artigo 40 da Carta à lei citada no parágrafo antecedente do mesmo artigo, acabaria por frustrar a finalidade francamente protetiva da norma constitucional em todas as hipóteses nas quais mediasse tempo razoável entre a publicação da lei e a instauração efetiva do regime de previdência complementar pelo Poder Executivo do ente federativo.

17. Basta pensarmos que, à míngua da entidade gestora – cuja criação é apenas autorizada pela lei – ou da definição das características dos planos de benefícios por atos infralegais devidamente postos em vigor, haveria novos servidores já constrangidos pelo teto de aposentadorias e pensões do regime geral de previdência social **mas impedidos sequer de contribuir, desde logo, para o regime complementar de natureza pública**. Como esse regime se baseia “*na constituição de reservas que garantam o benefício contratado*” (artigo 202, *caput*, da Constituição da República, por remissão do artigo 40, parágrafo 15), tais servidores poderiam permanecer meses ou anos sem que, mediante contribuições dos participantes e patrocinadores, pudessem formar-se as reservas de que dependeriam visceralmente os benefícios futuros³.

³ Vale notar que o parágrafo 1º do artigo 25 da Lei Estadual n.º 14.653/2011 estabelece que “(...) o valor dos benefícios programados será calculado de acordo com o montante do saldo de conta acumulado (...)”. Assim tem de ser porque as entidades fechadas de previdência complementar estão



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

18. O legislador da União demonstrou ter compreendido bem a exata dimensão das normas constitucionais em exame. Restringiu expressamente o universo dos servidores afetados pela limitação dos benefícios do regime próprio de previdência social àqueles que ingressassem depois do início da **vigência** do regime de previdência complementar, vigência essa, por sua vez, condicionada à **criação e funcionamento** das entidades fechadas de previdência complementar. É o que se lê nos seguintes dispositivos da Lei Federal n.º 12.618, de 30 de abril de 2012:

“Art. 3º Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei no 10.887, de 18 de junho de 2004, aos servidores e membros referidos no caput do art. 1º desta Lei que tiverem ingressado no serviço público:

I - a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, independentemente de sua adesão ao plano de benefícios; e

.....
Art. 26. A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud deverão entrar em funcionamento em até 240

obrigadas a oferecer exclusivamente planos de benefícios na modalidade de “*contribuição definida*” (artigo 31, parágrafo 2º, II, da Lei Complementar Federal n.º 109, de 29 de maio de 2001), de sorte que, consoante observa FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM, “a clientela deverá perfazer certo número de contribuições para fazer jus a benefícios, que serão necessariamente calculados a partir destas entradas e os rendimentos auferidos, durante todo o período de aplicação do capital” (*Curso de Direito Previdenciário, 13ª ed. Niterói: Ed. Impetus, 2008, p. 749*).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

(duzentos e quarenta) dias após a publicação da autorização de funcionamento concedida pelo órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar.

.....

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

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

.....”

(g.n.)

19. Em sua disposição final a mesma lei postergou a vigência de suas normas que tratam da instituição do regime de previdência complementar e da limitação das aposentadorias e pensões concedidas pelo regime do artigo 40 da Constituição da República (Capítulo I da lei), dessa forma:

“Art. 33. Esta Lei entra em vigor:

I - quanto ao disposto no Capítulo I, na data em que forem criadas quaisquer das entidades de que trata o art. 4º, observado o disposto no art. 31; e



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

.....”

(g.n.)

20. Ainda assim, notavelmente, a Lei Federal n.º 12.618/2012 vinculou a limitação da base de cálculo das aposentadorias e pensões do regime próprio de previdência social à publicação do **ato de instituição** do regime de previdência complementar, confirmando, pois, que esse ato não se confunde com a lei criadora deste regime:

“Art. 29. O caput do art. 4º da Lei no 10.887, de 18 de junho de 2004, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidentes sobre:

I - a totalidade da base de contribuição, em se tratando de servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo e não tiver optado por aderir a ele;

II - a parcela da base de contribuição que não exceder ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, em se tratando de servidor;



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

a) que tiver ingressado no serviço público até a data a que se refere o inciso I e tenha optado por aderir ao regime de previdência complementar ali referido; ou

b) que tiver ingressado no serviço público a partir da data a que se refere o inciso I, independentemente de adesão ao regime de previdência complementar ali referido.”

(g.n.)

21. Logo, o que na lei federal restou patente, minimizando o esforço exegético do operador do Direito, deve ser obtido pela interpretação conforme a Constituição da Lei Estadual n.º 14.653/2011. Conquanto o diploma normativo local preceitue que o regime de previdência complementar e o limite do valor das aposentadorias e pensões do regime próprio aplicam-se àqueles que ingressarem no serviço público a partir da data de publicação da lei, deve-se compreender essa aplicação como singela **autorização genérica** para que o Poder Executivo venha, oportunamente, a impor referida limitação de benefícios e a admitir a adesão de servidores ao regime facultativo. Tais providências, entretanto, pressupõem por determinação constitucional a **completa e efetiva instituição** de um regime de previdência complementar que esteja em condições plenas de ser *aplicado*, isto é, possa começar a arrecadar contribuições e oferecer os correspondentes benefícios.

22. Se essa interpretação conforme não nos fosse permitida como meio de afastar exegeses incompatíveis com o texto constitucional, seríamos forçados a opinar pela inconstitucionalidade do artigo 1º, por seu parágrafo 3º, e do artigo 3º da lei estadual em questão, e recomendar ao Chefe do Executivo a deflagração do processo de controle abstrato de constitucionalidade. A medida



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

judicial, todavia, parece-nos desnecessária, pelos motivos expostos e à vista da posição chancelada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, autoridade igualmente legitimada a propor ação direta de inconstitucionalidade de leis estaduais contestadas em face da Constituição Estadual⁴.

23. Respondendo diretamente à consulta inicial da São Paulo Previdência, a base de cálculo das contribuições previdenciárias dos servidores investidos em cargos efetivos ou vitalícios não há de ser constrangida ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social⁵ para os que ingressaram ou venham a ingressar no serviço público até a publicação do derradeiro ato de instituição do regime de previdência complementar criado pela Lei Estadual n.º 14.653/2011. Referimo-nos, especificamente, ao **ato do órgão regulador e fiscalizador** que, aprovando o regulamento correspondente, **haja autorizado o funcionamento do plano de benefícios**, nos exatos termos dos artigos 6º, 13, *caput*, e 33, I, da Lei Complementar Federal n.º 109, de 29 de maio de 2001, *verbis*:

“Art. 6º As entidades de previdência complementar somente poderão instituir e operar planos de benefícios para os quais tenham autorização específica, segundo as normas aprovadas pelo órgão regulador e fiscalizador, conforme disposto nesta Lei Complementar.

.....

⁴ Os parágrafos 14 a 16 do artigo 126 da Constituição do Estado reproduzem as normas dos parágrafo 14 a 16 do artigo 40 da Constituição da República, de sorte que é possível o controle abstrato de constitucionalidade pelo Tribunal de Justiça, mediante ação direta para cuja propositura está legitimado o Procurador-Geral de Justiça (artigo 90, III, da Constituição Estadual).

⁵ A partir de 1º de janeiro de 2013, o salário-de-benefício e o salário-de-contribuição do regime geral de previdência social não podem ser superiores a R\$ 4.159,00, conforme fixou a Portaria Interministerial MPS/MF n.º 15, de 10 de janeiro de 2013.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Art. 13. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo.

.....

Art. 33. Dependência de prévia e expressa autorização do órgão regulador e fiscalizador:

I - a constituição e o funcionamento da entidade fechada, bem como a aplicação dos respectivos estatutos, dos regulamentos dos planos de benefícios e suas alterações;

.....”

24. A autorização do órgão federal é, com efeito, o marco da instituição do regime de previdência complementar a que se refere a Constituição da República no parágrafo 16 do artigo 40, porquanto **encerra o processo de instituição** que se vinha estendendo desde a criação do regime pela lei estadual. No ponto, a atuação do legislador paulista foi perfeita, visto que, depois de estabelecer prazos para a constituição e funcionamento da entidade fechada, determinou que os planos de benefícios previdenciários complementares “*deverão ser oferecidos aos interessados, tão logo concedida a autorização prevista no artigo 6º da Lei Complementar federal nº 109, de 29 de março de 2001, mediante ampla divulgação*” (artigo 37, parágrafo único, da Lei Estadual n.º 14.653/2011, g.n.).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

25. Dito isso, percebemos que a Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo vem de receber autorização da Superintendência Nacional de Previdência Complementar para oferecer o plano de benefícios destinado aos servidores estaduais titulares de cargos efetivos ou vitalícios, nos termos da Portaria da Diretoria de Análise Técnica n.º 19, publicada no Diário Oficial da União de **21 de janeiro de 2013**, donde extraímos que os servidores titulares de cargos efetivos e vitalícios que vierem a ingressar no serviço público **a partir dessa data** terão seus benefícios do regime próprio compulsoriamente limitados pelo teto do regime geral da previdência social.

26. Essa ilação – agora respondemos a outra parte da consulta – vale para os membros e servidores de todos os Poderes de Estado, do Tribunal de Contas, das Universidades, do Ministério Público e da Defensoria Pública, mesmo que os respectivos órgãos demorem a solicitar ou não solicitem a criação de planos previdenciários complementares específicos para seus agentes. Isso porque o plano de previdência complementar já instituído pelo Poder Executivo abre-se à **totalidade** dos agentes públicos do Estado de São Paulo que têm direito a aposentadorias e pensões pelo regime próprio, sendo **opcional** a criação de planos específicos de categorias funcionais. É o que se depreende do artigo 24 da Lei Estadual n.º 14.653/2011:

“Artigo 24 - Os planos de benefícios da SP-PREVCOM serão criados por ato do Conselho Deliberativo da SP-PREVCOM, mediante solicitação dos patrocinadores.

§ 1º - O Estado de São Paulo, por meio dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Tribunal de Contas, das Universidades, do Ministério Público e da Defensoria Pública deverão solicitar a criação de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

plano de previdência complementar para seus membros e servidores, no prazo de 90 (noventa) dias da data do início do funcionamento da SP-PREVCOM, onerando os recursos dos seus respectivos orçamentos.

§ 2º - Caso os Poderes ou instituições referidos no § 1º deste artigo não solicitem a criação de plano de previdência complementar para seus membros e servidores no prazo previsto, será oferecido um dos planos de previdência complementar destinado aos servidores do Poder Executivo, assegurada a portabilidade para o plano próprio quando for instituído.”

27. Do exposto decorre a invalidade das disposições do Comunicado Conjunto CC/SF/SGP n.º 1, de 3 de fevereiro de 2012 (fls. 4/6), que consideraram a data de publicação da Lei Estadual n.º 14.653/2011 como marco da aplicação de regime complementar ainda não instituído efetivamente pelo Estado e afirmaram a possibilidade de adesão de interessados com efeitos financeiros retroativos a datas anteriores a 21 de janeiro de 2013. Destacamo-las:

“Comunicado Conjunto CC/SF/SGP N° 1, de 3-2-2012

O Secretário-Chefe da Casa Civil, o Secretário da Fazenda e a Secretária Adjunta de Gestão Pública, Respondendo pelo Expediente da Pasta,

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Considerando que a Lei nº 14.653, de 22.12.2011, institui o regime de previdência complementar no âmbito do Estado de São Paulo;

Considerando que, conforme o disposto no § 14 do artigo 40 da Constituição Federal e nos artigos 1º, § 1º, e 3º da Lei nº 14.653, de 22.12.2011, aqueles que ingressaram no serviço público a partir da publicação dessa lei terão suas aposentadorias e pensões, a serem concedidas pelo regime próprio de previdência social do Estado de São Paulo, sujeitas ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social; e

Considerando que, enquanto pendente de aprovação o primeiro plano de benefícios previdenciários complementares submetido às autoridades federais competentes, faz-se necessário disciplinar os procedimentos a serem adotados até a respectiva implantação,

Comunicam:

1. As contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos titulares de cargos efetivos, vitalícios ou em comissão (ressalvada, no último caso, a hipótese de que trata o artigo 40, § 13, da Constituição Federal) abrangidos pela Lei nº 14.653, de 22.12.2011, devidas ao regime próprio de previdência de que trata a Lei Complementar nº 1.010, de 1º de junho de 2007, serão efetuadas na seguinte conformidade:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

1.1. por parte do titular de cargo: a) 11% (onze por cento) sobre o valor da remuneração, observado o limite máximo do regime geral da previdência social (R\$ 3.691,74 e R\$ 3.916,20, com vigência respectiva em 1º.7.2011 e 1º.1.2012); e

b) sobre a parcela que ultrapassar o valor do limite máximo referido na alínea anterior, não incidirá a contribuição previdenciária. 1.2. por parte do Estado: 22% (vinte e dois por cento) sobre a mesma base de cálculo a que se refere a alínea "a" do item 1.1; 1.3. as quantias resultantes da aplicação dos itens 1.1 e 1.2 deverão ser repassadas à São Paulo Previdência - SPPREV.

2. As unidades de recursos humanos dos órgãos e entidades mencionados no item 4 deverão dar conhecimento formal, aos titulares de cargos públicos referidos no item 1, quanto aos termos deste comunicado, bem como no tocante à possibilidade de adesão ao plano de benefícios previdenciários complementares, após sua aprovação, mediante prévia e expressa opção, inclusive com efeitos retroativos à data de ingresso no serviço público, desde que ocorrida a partir de 23 de dezembro de 2011.

3. Uma vez aprovado o plano de benefícios previdenciários complementares pelas autoridades federais competentes, o Secretário-Chefe da Casa Civil e o Secretário da Fazenda farão publicar instruções adicionais, inclusive sobre a contribuição para a previdência complementar em favor da



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Fundação SP-PREVCOM, incidente sobre a parcela da remuneração que exceder ao limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral da previdência social.

4. O disposto neste comunicado aplica-se aos titulares de cargos públicos referidos no item 1, no âmbito das Secretarias de Estado, da Procuradoria Geral do Estado, das autarquias, inclusive as de regime especial, dos Poderes Judiciário e Legislativo, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública.

.....”

(g.n.)

28. Do mesmo modo, ainda que tenha havido aprovação do regulamento plano de benefícios como um todo pelo órgão fiscalizador, não se afigura hígida nenhuma disposição regulamentar que haja enveredado pelo mesmo caminho do citado comunicado conjunto, a exemplo daquelas que encontramos na versão do regulamento do plano de benefícios “PREVCOM RP” disponível na página eletrônica da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo, abaixo:

“REGULAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS
PREVCOM RP

CAPÍTULO I

OBJETIVO





PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Artigo 1º - Este Regulamento disciplina o plano de benefícios de natureza previdenciária e complementar denominado PREVCOM RP, na modalidade de contribuição definida, instituído para os servidores titulares de cargos efetivos ou de cargos vitalícios do Estado de São Paulo, **admitidos no serviço público a partir de 23 de dezembro de 2011**, e estabelece normas, pressupostos e requisitos que regulam os direitos e as obrigações dele derivadas.

.....

CAPÍTULO XI

VIGÊNCIA

Art. 84 – Este Regulamento entra em vigor, após a necessária aprovação da Autoridade Competente, na data de sua publicação no Diário Oficial do Estado, **retroagindo os efeitos financeiros** da adesão ao plano de benefícios, para fins de cômputo das contribuições, à **data da admissão, desde que posterior a 23 de dezembro de 2011**.

CAPÍTULO XII

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Artigo 1º - Os servidores abrangidos pelo artigo 1º deste Regulamento, que tenham sido admitidos no serviço público estadual **a partir de 23 de dezembro de 2011**, e estejam em atividade no Patrocinador na data da aprovação do Convênio de Adesão, poderão aderir ao PREVCOM RP com **retroação dos efeitos financeiros** à data de admissão, desde que promovam



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

sua inscrição no prazo máximo de 60 (sessenta) dias após a data de vigência deste Regulamento.

§ 1º - O pagamento da contribuição devida pelo exercício da faculdade prevista no caput deste artigo será:

1. operacionalizado, em relação ao Participante, por meio de desconto em folha de pagamento, autorizado no momento da inscrição, observadas as regras aplicáveis a esse desconto.
2. acompanhado concomitantemente e na mesma proporção pelo Patrocinador, obedecidas as regras contidas neste Regulamento.

§ 2º - Ato da Diretoria Executiva da SP-PREVCOM normatizará as regras para pagamento e contabilização das contribuições retroativas, especialmente as comunicações aos respectivos órgãos pagadores.”⁶

(g.n.)

29. Juridicamente aceitável, pensamos, é que a retroatividade dos efeitos da adesão à data de ingresso no serviço público seja prevista **apenas e tão somente** como meio de contornar o lapso temporal que medeia entre a instituição do regime de previdência complementar, em 21 de janeiro de 2013, e a efetiva abertura das inscrições pela entidade fechada. Afinal, se os servidores que vierem a ingressar no serviço público depois de 21 de janeiro de 2013

⁶ Texto extraído da página da Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo na internet (http://www.spprevcom.sp.gov.br/Arquivos/Documentos/reg_prevcom_rp.pdf). Acesso em 5 de fevereiro de 2013.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

estarão, obrigatoriamente, jungidos ao teto de benefícios do regime geral da previdência social, é natural que possam contribuir desde a mesma data para o regime complementar.

30. Assim, o esquema geral de retroatividade contido nas regras regulamentares transcritas no item 28, *supra*, pode prevalecer, desde que ratificadas as datas ali mencionadas, de sorte que onde se lê 23 de dezembro de 2011 passe a constar 21 de janeiro de 2013. A alteração, não é demais lembrar, deve ser previamente submetida ao órgão regulador e fiscalizador (artigo 33, I, *in fine*, da Lei Complementar Federal n.º 109, de 29 de maio de 2001).

31. Para os servidores que ingressaram no serviço público antes de 21 de janeiro de 2013, a questão da retroatividade dos efeitos da adesão nem sequer se coloca: estes agentes **não** se submetem ao regime de previdência complementar instituído pelo Estado de São Paulo e **não** têm suas aposentadorias e pensões limitadas na forma do parágrafo 14 do artigo 40 da Constituição. Sonega-lhes a lei paulista até mesmo do direito de opção previsto em tese no parágrafo 16 da Lei Fundamental.

32. Quer-nos parecer, no mais, que a adesão retroativa a datas anteriores à da publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar (insistimos: 21 de janeiro de 2013), mediante o aporte de contribuições referentes a período pretérito, poderia importar ofensa às regras do artigo 27 e 30, parágrafo único, da Lei Estadual n.º 14.653/2011⁷, que vedam aporte

⁷ *Verbis*: “Artigo 27 - Os planos de benefícios não poderão receber aportes patronais a título de serviço passado. (...) Artigo 30 - Para os planos em que seja patrocinador o Estado de São Paulo, por meio dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, do Tribunal de Contas, das Universidades, do Ministério Público e da Defensoria Pública, o valor da contribuição do patrocinador será igual à do participante, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios previdenciários complementares, não podendo exceder o percentual de 7,5% (sete e meio por cento) sobre a sua remuneração, como definida no § 2º do artigo 29 desta lei. Parágrafo único - Além da contribuição normal de que trata o ‘caput’ deste artigo, o regulamento poderá admitir o aporte de contribuições extraordinárias, tal como previsto no artigo 19, parágrafo único, inciso II, da Lei Complementar federal n.º 109, de 29 de maio de 2001, sem aporte correspondente do patrocinador” (g.n.).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

patronal a título de serviço passado ou de outras contribuições descritas como extraordinárias pela Lei Complementar Federal n.º 109, de 29 de maio de 2001⁸.

33. Tudo bem equacionado, resta-nos definir, nos moldes da consulta formulada, a data em que se deve considerar ter havido ingresso de um dado servidor no serviço público.

34. Esse ingresso nada mais é que a investidura primária do servidor, para a qual a Constituição da República exige, como regra geral, a prévia aprovação em concurso público (artigo 37, II). É com esse sentido, a propósito, que a Lei Maior utiliza o vocábulo *ingresso* ao referir-se ao enlace de determinados agentes públicos a suas respectivas carreiras, sempre depois de terem sido aprovados no concurso (v., p. ex., os artigos 93, I, 129, parágrafo 3º, 131, parágrafo 2º, 132 e 206, V).

35. Sucede que, como ato que liga o agente ao cargo público, a investidura só se completa pela posse e subsequente **exercício** das atribuições do cargo. É o exercício que dá eficácia à investidura, pela assunção pessoal de deveres e responsabilidades⁹; sem ele, o ingresso *no serviço público* não se aperfeiçoa, muito embora, do ponto de vista formal, a vinculação jurídica entre o cargo e o agente já se tenha operado com a nomeação e posse.

36. Já nos ensinava HELY LOPES MEIRELLES, a propósito, que “a investidura de um funcionário é um ato complexo consubstanciado na nomeação pelo Chefe do Executivo e complementado pela posse e **exercício**

⁸ Prescreve essa lei federal: “Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar. Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em: I - normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e II - extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal” (g.n.).

⁹ Nesse sentido, dispõe o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado de São Paulo – Lei Estadual n.º 10.261, de 28 de outubro de 1968 – que “O exercício é o ato pelo qual o funcionário assume as atribuições e responsabilidades do cargo” (artigo 57).



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

dados pelo chefe da repartição em que vai servir o nomeado”¹⁰. No mesmo sentido lecionava THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI:

“A posse é uma solenidade, tem um caráter simbólico e formal, constata-se por meio de um escrito, chamado termo, em que o funcionário promete cumprir fielmente os deveres do seu cargo.

.....

Se a posse é ato que materializa o ingresso do funcionário na função pública, concedendo-lhe a investidura que o habilita ao seu exercício, **a entrada efetiva que integra realmente o funcionário no serviço, só se realiza pelo exercício.**”¹¹

37. É o exercício, de resto, que gera para o agente público o direito de perceber a remuneração sobre a qual incidirão as contribuições previdenciárias, que, por efeito da instituição do regime de previdência complementar, ficam ou não sujeitas ou à limitação do regime geral de previdência social a depender do momento em que o exercício se haja iniciado.

38. Enfim, na asserção contida em acórdão do Supremo Tribunal Federal, “Com a posse, o cargo fica provido e não poderá ser ocupado por outrem, **mas o provimento só se completa com a entrada em exercício do nomeado**, momento em que o servidor passa a desempenhar legalmente

¹⁰ *Op. cit.*, p. 174, g.n.

¹¹ *Tratado de Direito Administrativo*, vol. IV, 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s.d., pp. 192 e 197, g.n.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

sua funções e adquire as vantagens do cargo e a contraprestação pecuniária devida pelo Poder Público”¹².

39. Por conseguinte, sintetizando o quanto procuramos explanar nesta peça opinativa, concluímos: 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.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2013.


DEMerval FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR
Procurador do Estado
OAB/SP n.º 245.540

¹² Recurso Extraordinário n.º 120.133/MG, Segunda Turma, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 27.9.1996.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: PGE n.º 16847-1535699/2012 (Ofício SPPREV n.º 268/2012)

PARECER: PA n.º 7/2013

INTERESSADA: São Paulo Previdência – Presidência

Transmitam-se os autos à d. Subprocuradoria
Geral do Estado – Área da Consultoria Geral.

P.A., em 15 de fevereiro de 2013.


DEMÉRAL FERRAZ DE ARRUDA JUNIOR
Procurador do Estado Chefe Substituto da
Procuradoria Administrativa
OAB/SP n.º 245.540



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Processo: SPPREV nº 268/2012 - GDOC 16847-1535699/2012

Interessada: São Paulo Previdência – Presidência.

Assunto: Contribuições Previdenciárias. Lei Estadual nº 14.653/2011. Comunicado conjunto CC/SF/SGP nº 1, de 3.2.2012. Entendimento divergente. Ministério Público do Estado.

Manifestando-me de acordo com o Parecer PA nº 07/2013 (fls. 26/53), encaminho os autos à consideração do Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2013.


ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado
Área da Consultoria Geral



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Processo: SPPREV nº 268/2012 - GDOC 16847-1535699/2012

Interessada: São Paulo Previdência – Presidência.

Assunto: Contribuições Previdenciárias. Lei Estadual nº 14.653/2011. Comunicado conjunto CC/SF/SGP nº 1, de 3.2.2012. Entendimento divergente. Ministério Público do Estado.

Aprovo, por seus próprios e jurídicos fundamentos, o Parecer PA nº. 07/2013.

Restituam-se os autos à São Paulo Previdência – SPPREV, por intermédio de sua Consultoria Jurídica.

GPG, 22 de fevereiro de 2013.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com traços fluidos e elegantes, característicos de uma assinatura pessoal.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO