



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

1

Processo nº: IPESP – 113316/2007 (PGE 16847-844409/2008)

Parecer: PA nº 85/2009

Interessado: Divisão de Contribuintes – IP-12

Assunto: **PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUINTES FACULTATIVOS.**

Desde o advento da Emenda Constitucional 20/98, revogado se encontra o artigo 135 da LCE 180/78, que instituiu o benefício da pensão mensal a favor de dependentes de ex-servidores exonerados que continuassem a contribuir para o sistema previdenciário na condição de facultativos, uma vez que, a partir da nova redação conferida ao artigo 40 da Carta de 1988, o regime de previdência é assegurado apenas aos servidores titulares de cargos efetivos. Não há que se falar em direito adquirido do ex-servidor em continuar contribuindo para o sistema, mas tão-somente em direito adquirido do pensionista em continuar recebendo a pensão mensal caso o contribuinte facultativo haja falecido antes da entrada em vigor da EC 20/98. Deste modo, as contribuições dos facultativos deveriam ter cessado desde essa data e quaisquer benefícios concedidos (pensão) após a mesma deverão ser anulados nos termos da Lei Estadual 10.177/98.

1 – Os autos versam sobre a situação dos contribuintes facultativos, vale dizer, daqueles ex-servidores exonerados que, nos termos do art. 135 da Lei Complementar Estadual 180/78, poderiam continuar a contribuir para o sistema previdenciário, e assim garantir futuramente a seus dependentes o direito à pensão. À fl. 30 – após a juntada das cópias de fls. 4/29, que trazem o texto das Leis Complementares 1010 e 1012/2007 –, indaga a Diretoria de Divisão da IP-12, à luz dos sucessivos



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

112
PK
2

aumentos do percentual de contribuição (que desde o advento da Lei Complementar 1010/2007 passou para 33%), qual o procedimento a ser adotado nesses casos, bem como se os facultativos ainda terão direito a deixar pensão mensal a seus beneficiários, e se, em caso negativo, poderão solicitar administrativamente o resgate das contribuições, e a partir de quando.

2 – Por solicitação da Procuradoria Jurídica do IPESP (fl. 31), o IP-12 providenciou as cópias de fls. 32/79, informando, à fl. 80, haver constatado 7 (sete) contribuintes facultativos, cujos nomes foram arrolados.

3 – Ato contínuo, a Procuradoria Jurídica manifesta-se às fls. 81/85. Considera que a regra do art. 135 da LCE 180/78 foi revogada pela Emenda Constitucional nº 20/98 (de 15/12/98), que deu nova redação ao “caput” do artigo 40 da Carta da República, forte ao dispor que o regime previdenciário dos servidores públicos abrange tão-somente os titulares de cargos efetivos da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias. Todavia, em homenagem ao art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, “os contribuintes facultativos que deram início às suas contribuições (na forma dobrada), em virtude de exoneração, ANTES de 15.12.1998, conquistaram o direito de continuar contribuindo, assegurando-lhes os direitos e benefícios próprios do sistema”. Acolhido o parecer (fl. 87), remeteram-se os autos à IP-12 para as providências pertinentes.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

3

4 – A Diretoria de Benefícios da SPPREV, à fl. 88, novas dúvidas: a) qual a alíquota a ser cobrada para as contribuições?; b) deve ser devolvido o percentual de 5% que vem sendo cobrado desde abril de 2004?; c) considerando-se que a base de cálculo da contribuição não vem sendo reajustada desde as exonerações, o benefício a ser concedido deverá também sê-lo sem reajuste?

5 – Em resposta, a Procuradoria Jurídica sustenta, às fls. 89/90, que o contribuinte facultativo exonerado antes de 15/12/98 tem assegurado todos os direitos do sistema, inclusive o direito à aposentadoria, e deve contribuir da mesma maneira que os servidores afastados que optaram permanecer no regime, segundo as seguintes alíquotas: 12% até a LCE 943/2003, 17% desde então e até à LCE 1010/2007, 33% após a LCE 1010/2007. Quanto à questão do reajuste, opina o órgão de assessoria jurídica que as contribuições dos facultativos deveriam ter sido reajustadas nas mesmas épocas e nos mesmos índices que aquelas a cargo dos obrigatórios, e o reajuste agora poderá ser retroativo, respeitando-se, porém, a prescrição quinquenal.

6 – A Diretoria de Benefícios volta a pronunciar-se (fls. 91 e 92), dissentindo da manifestação anterior quanto ao direito de aposentadoria, nesta última acolhido, bem como afastando a aplicabilidade da LCE 943/2003 (que instituiu a contribuição para aposentadoria) à hipótese dos autos.

7 – Tendo em vista a divergência entre o Departamento Jurídico da autarquia e a Diretoria de Benefícios, o Sr. Superintendente do IPESP remeteu o feito



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

4

ao Gabinete da Procuradoria Geral do Estado (fl. 93), e este último à Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, à qual a autarquia se encontra vinculada.

8 – O parecer da CJ da Pasta (fls. 95/106), da lavra da Dra. Cristina M. Wagner Mastrobuono, concorda com o setor jurídico do IPESP no que tange à revogação, pela Emenda Constitucional 20/98, do artigo 135 da LCE 180/78, de sorte que desde então já não existe amparo legal para a figura do contribuinte facultativo em nosso sistema previdenciário. E no que diz respeito àqueles que foram exonerados e passaram a contribuir antes da referida Emenda, a CJ opina, discordando neste particular da autarquia, que não fazem jus a continuar integrando o regime e não poderão garantir aos seus dependentes, quando vierem a falecer, o benefício da pensão, porquanto não existe direito adquirido a regime jurídico, sendo certo, ademais, que as normas previdenciárias se regem pela lei vigente na morte ou aposentação, conforme reiteradas vezes proclamou o Supremo Tribunal Federal. Desta forma, preconiza o parecer que as contribuições que vêm sendo efetuadas a tal título devem cessar, com a devolução, devidamente corrigidos, dos valores já pagos, respeitando-se tão-somente os benefícios (pensão) concedidos anteriormente a 15.12.98, *“cabendo ao IPESP analisar os que foram concedidos posteriormente a essa data, e decidir quanto à sua amulação e conseqüências decorrentes”*, com o que resta prejudicada a análise das alíquotas aplicáveis.

É o relatório. Opino.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

115
K

5

9 – Manifesto-me inteiramente de acordo com o bem lançado parecer da CJ da Pasta de origem, de fls. 95/106.

10 – De início, afigura-se indiscutivelmente correta a assertiva segundo a qual o que a regra do artigo 135 da LCE 180/78 estabeleceu foi a possibilidade de os contribuintes facultativos – vale dizer, os que não se enquadravam nos termos do (revogado pela LCE 1010/2007) art. 133 do mesmo diploma legal (contribuintes obrigatórios) – ao revalidarem sua inscrição, teriam assegurado tão-somente o benefício da **pensão** em caso de morte. Vale dizer, o artigo 135, com a devida vênia, não instituiu outros benefícios de índole previdenciária, especialmente a aposentadoria, ao contrário do chegou a ser ventilado pela assessoria jurídica do IPESP. Com efeito, reza o “caput” do indigitado dispositivo, **constante do capítulo que cuida da pensão mensal:**

“Ao contribuinte obrigatório que tenha perdido essa qualidade, por qualquer motivo, é facultado revalidar sua inscrição, desde que o requeira no prazo de 6 (seis) meses a contar da data em que perdeu essa qualidade, sujeitando-se ao pagamento das contribuições previstas nos artigos 137, 140 e 141, conforme o caso.”

11 – De outra banda, inegável também é que esse dispositivo veio a ser tacitamente revogado pela Emenda Constitucional 20/98, vigente desde 15/12/98, que conferiu nova redação ao “caput” do artigo 40 da Carta Republicana de 1988, “verbis”:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

6

“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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.”

12 – Ora, nestes termos, como o regime previdenciário dos servidores públicos passou a ser exclusivo para os titulares de cargos efetivos, não há mais espaço para nele albergar-se a figura do contribuinte facultativo. Donde incensuráveis as observações de fls. 102/103: *“Essa nova sistemática impõe ao Estado, em relação aos contribuintes facultativos (servidores exonerados) a obrigação de: a) não conceder novos benefícios; b) cessar o recebimento das contribuições que vêm sendo efetuadas a tal título; c) devolver os valores pagos.”*

13 – Sucede que a Procuradoria Jurídica do IPESP sustentou a tese de que os exonerados que revalidaram sua inscrição antes de 15/12/98 teriam direito adquirido a continuar participando do sistema na qualidade de contribuintes facultativos. Mais uma vez com as licenças de praxe, parece-me que a razão está com a CJ da Pasta, a qual, fiando-se na jurisprudência advinda do Supremo Tribunal Federal, inclinou-se pelo entendimento de não haver direito adquirido na espécie: vale dizer, de não haver direito adquirido de que seja titular o contribuinte facultativo para continuar contribuindo para o sistema e, assim, assegurar a pensão aos seus pósteros. Com efeito, conforme ressalta aquela peça opinativa, a Suprema Corte, em frases lapidares, firmou a



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

117
7

convicção de que “as normas previdenciárias se regem pela lei vigente na época da morte ou aposentação” (AI 89.344-SP – Min. Marco Aurélio) e de que “não há direito adquirido a não aplicação imediata do regime legal relativo à contribuição a ser paga com relação aos benefícios” (RE 119.256-SP – Min. Moreira Alves).

14 – A meu ver, a jurisprudência do STF fundamenta-se no caráter fundamentalmente “institucional”, não contratual, da relação que vincula a entidade previdenciária o todos aqueles que contribuem para o regime previdenciário. Releva notar que nas relações entre ambos avultam elementos tipicamente “institucionais” que muito os aproximam do que Gaston Jèze e Léon Duguit denominaram “atos-regra” e “atos-condição”. Consoante o esclarecedor magistério de Caio Mário da Silva Pereira, devemos assim compreender a gênese da noção de ato-regra:

“Quando alguns indivíduos se agrupam e elaboram, pela declaração de sua vontade, um conjunto de normas jurídicas a que se vêem submetidos, procedem em paridade de situação com o legislador, e criam regras jurídicas, que, nem por se constringirem dentro das fronteiras restritas de um reduzido número de pessoas, deixam de ter o aspecto bem nítido de normas jurídicas... Não se situa o seu fundamento na idéia contratualista tradicional, como por algum tempo se entendeu, porque esta normação não limita a sua cogência às pessoas que subscrevem o ato institucional, porém desborda para quem quer que, num momento qualquer, esteja na situação de receber os efeitos da norma. Uma pessoa pode deixar de entrar para o grupo, e, portanto, nunca submeter-se àquela regra; ou pode escapar de sua denominação, dele retirando-se; mas, enquanto participante do agrupamento, ou integrada na situação objetiva, está sujeita



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

8

inevitavelmente ao seu imperativo... Tais atos se assemelham visivelmente à lei, equiparam-se aos regulamentos, constituindo a sua inclusão na noção de ato-regra a forma simplificada de sua definição” (Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1999; 19ª ed., pág. 39).

15 – Ainda seguindo a lição de Léon Duguit e Gaston Jèze, Caio Mário da Silva Pereira define o “ato-condição” como sendo...

“... aquele que resulta de uma declaração de vontade emanada de um órgão público ou particular, apta a colocar o indivíduo em uma situação impessoalmente caracterizada, muito embora lhe granjeie condições pessoais ou subjetivas. Em regra, o ato-condição é emanado de pessoa diversa do titular da situação jurídica, mas pode, às vezes, integrar-se com a sua participação ou simples adesão (ato-condição bilateral). Os autores exemplificam como tipos de ato-condição a nomeação de alguém para cargo público (criação de uma situação de funcionário), o decreto de naturalização (situação de nacionalidade adquirida), a admissão de uma pessoa como empregado. É ainda nesta categoria que alguns inscrevem o casamento, como declaração do órgão público, e participação dos nubentes, apta a gerar para estes um status individual” (op. cit., pág. 40).

16 – Uma das utilidades da doutrina de Jèze e Duguit (e não certamente a menor) reside em se extremarem os tipos de ato abrangidos nas categorias acima, daqueles que, de acordo com a mesma classificação proposta pelos dois autores, constituem o que denominam “atos-subjetivos”, declarações de vontade, unilaterais ou bilaterais, “com a finalidade de produzir efeitos jurídicos, dentro de lindes restritos” (Caio Mário da Silva Pereira, id., ibid.). Entre os “atos-subjetivos” avultam os negócios



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

119
[Assinatura]

9

jurídicos, como os contratos, cujos requisitos de validade e elementos de eficácia devem ser respeitados pela novação legislativa (afigurando-se defesa entre nós a retroatividade mínima ou retrospectividade). Nos “atos-subjetivos” sobreleva o fator liberdade, e com ele, as legítimas expectativas de quem os comete em atenção ao contexto legal então existente. Nos “atos-condição”, ao contrário, prepondera o caráter institucional, e quem a eles recorre sabe-se de antemão aberto a toda e qualquer modificação do estatuto ao qual se integrou, seja de ordem pública (como o regulamento disciplinar do servidor, ou o conjunto normativo a que se submetem os nacionais de um país), seja de ordem privada (como a convenção de condomínio), sem que possa alegar imunidade à novação legislativa que venha a estabelecer exigências não previstas originariamente.

17 – Nesse diapasão, observo que o grande divisor de águas no que pertine à legislação aplicável será o evento **morte do contribuinte facultativo**. Como o benefício previsto no artigo 135 da LCE 180/78 consubstancia-se em uma pensão mensal, segue-se que se trata de uma verba a ser paga, a quem de direito, a partir da morte daquele que facultativamente contribuiu para o sistema.

18 – A questão intertemporal resolve-se, pois, deste modo: a) se algum contribuinte facultativo faleceu antes do dia 15/12/98 (início de vigência da EC 20/98), o beneficiário, por ter adquirido o direito ao benefício, faz jus à percepção da pensão mensal prevista no referido artigo 135 (desde que, por óbvio, a tenha requerido tempestivamente nos termos da lei, ainda que o requerimento tenha sido apresentado após aquela data); b) se, em contrapartida, algum contribuinte facultativo faleceu após o



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

10

dia 15/12/98, inclusive, não terá o seu suposto beneficiário direito algum à percepção do favor legal, sendo devidos pela Administração aos herdeiros, neste caso, os valores pagos pelo falecido; c) na última hipótese, caso o benefício (pensão mensal) tenha sido concedido pela Administração, deverá o mesmo ser anulado nos termos da Lei Estadual 10.177/98, cessando-se “incontinenti” o seu pagamento e exigindo-se a devolução do que o beneficiário houver angariado, respeitado o prazo prescricional trienal previsto para a pretensão oriunda do enriquecimento sem causa (art. 206, Par. 3º, IV do Código Civil); d) em face de todos aqueles que continuam a contribuir para o sistema, devem ser notificados de que deverão deixar de fazê-lo, devolvendo-se aos mesmos o que até então houverem pago.

19 – Por derradeiro, entendo que, em consequência do exposto, encontram-se prejudicadas todas as questões atinentes aos percentuais para a contribuição dos facultativos.

É o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 28 de maio de 2009

MAURO DE MEDEIROS KELLER
Procurador do Estado
OAB/SP nº 104.885-B



121

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PROCESSO: IPESP Nº 113316/2007 PGE 16847-844409/2008.

INTERESSADO: DIVISÃO DE CONTRIBUINTES - IP-12.

PARECER PA Nº 85/2009.

A edição da Emenda Constitucional nº 20/2008 operou a revogação tácita da norma do artigo 135 da Lei Complementar nº 180/78, como assentaram os pareceres CJ/SF nº 60/2009 (fls. 95/107) e PA nº 85/2009.

Lembro que também por incompatibilidade com o sistema constitucional reformado em 1998 já tinha a Procuradoria Geral do Estado sustentado a não recepção do **artigo 138** daquela mesma LC 180 (Parecer GPG nº 151/2004; item 3¹), nos seguintes termos: *“3. A contribuição de 1% cobrada a título de IPESP Jóia, instituída pelo artigo 138 da LC 180, de 12 de maio de 1978, continua a ser cobrada nos primeiros doze meses quando o servidor ingressar no serviço público? Não. (...). Não tendo sido feita menção ao artigo 138 da LC 180, deve ser considerado revogado”* (destaquei).

Isto posto, coloco-me de acordo com as conclusões do Parecer PA nº 85/2009, realçando que: (i) somente têm direito a continuar a perceber o benefício **de pensão** os beneficiários daqueles contribuintes facultativos cujo falecimento ocorreu até a **entrada em vigor da EC 20/98**. Acrescento que, com a próxima extinção da autarquia IPESP (artigo 40, § 1º da LC 1010/2007) o pagamento de tal benefício deve ficar a cargo do Estado, por sua Secretaria da Fazenda, impossível que é à SPPrev, pela competência constitucional e legalmente.

¹ Parecer GPG nº 151/2004; parecerista Dra. Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi; proferido em consulta formulada pela Secretaria da Fazenda nos autos do processo SF 10003286860/2004-03-28



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PA 123
H.P.

estabelecida, arcar com despesa de tal natureza; (ii) todos os valores pagos pelos contribuintes facultativos, desde o momento em que passaram a ostentar essa condição até a última contribuição feita, devem lhes ser restituídos, com a devida correção; (iii) pensões que tenham sido concedidas a beneficiários de **contribuintes facultativos que faleceram após a edição da EC 20/98** devem ser analisadas caso a caso, para as necessárias providências de desfazimento das mesmas, nos termos da lei.

Transmitam-se os autos à consideração da d. Subprocuradora Geral do Estado da área da Consultoria.

PA, 3 de junho de 2009.

MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES
Procuradora do Estado - Chefe
da Procuradoria Administrativa
OAB n° 79.413



PROCESSO IPESP -113316/2007 (PGE 16847-844409/2008)
INTERESSADO DIVISÃO DE CONTRIBUINTES – IP-12
ASSUNTO PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUINTES FACULTATIVOS.

Discute-se neste processo a viabilidade de ex-servidores exonerados, nos termos do revogado artigo 135 da Lei Complementar nº 180/78, continuarem a contribuir para o sistema previdenciário estadual para garantir a pensão a seus dependentes.

Endosso as conclusões do Parecer PA nº 85/2009, com o adendo aposto pela Chefia da Procuradoria Administrativa, que ratificaram os termos do parecer exarado pela Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, nos seguintes termos: (i) o artigo 135 da Lei Complementar nº 180/78 instituiu a possibilidade dos contribuintes facultativos assegurarem o benefício da pensão, em caso de morte, aos seus dependentes. A disposição expressa desta norma não permite auferir a possibilidade de concessão de outros benefícios, como a aposentadoria; (ii) este dispositivo legal foi tacitamente revogado pela Emenda Constitucional nº 20/98; (iii) neste contexto, *“somente têm direito a continuar a perceber o benefício da pensão os beneficiários daqueles contribuintes facultativos cujo falecimento ocorreu até a entrada em vigor da EC 20/98”*¹, ou seja, até 15/12/1998; (iv) compete à Secretaria da Fazenda o pagamento de tal benefício, em face da atribuição constitucional e legal outorgada à

¹ Trecho extraído do despacho de aprovação do Parecer PA nº 85/2009 exarado pela Chefia da Procuradoria Administrativa (fl.121)

76



12.
6

SPPrev; (v) a Administração Pública deve cessar a concessão do benefício instituído pelo artigo 135 da LC nº 180/78 e, obviamente, está impedida de receber as contribuições efetuadas a tal título; (vi) os valores pagos pelos contribuintes facultativos devem ser a eles devolvidos, corrigidos monetariamente; (vii) as pensões concedidas aos dependentes de contribuintes facultativos falecidos após 15/12/1998² devem ser analisadas caso a caso, objetivando a revisão dos atos que as instituíram.

Submeto a matéria ao Sr. Procurador Geral do Estado, a quem compete a decisão.

Subg., 24 de junho de 2009.

Maria Cristina Bahbouth
MARIA CHRISTINA TIBIRICÁ BAHBOUTH

SUBPROCURADORA GERAL DO ESTADO

ÁREA DA CONSULTORIA

² Data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

125
e

PROCESSO IPESP -113316/2007 (PGE 16847-844409/2008)
INTERESSADO DIVISÃO DE CONTRIBUINTES – IP-12
ASSUNTO PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUINTES FACULTATIVOS.

Nos termos da manifestação da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria e do despacho da Chefia da Procuradoria Administrativa, aprovo as conclusões do Parecer PA nº 85/2009.

Expeçam-se ofícios encaminhando-se cópias deste parecer às Consultorias Jurídicas das Secretarias da Fazenda e da Gestão Pública e à Unidade Central de Recursos Humanos, para ciência.

Devolva-se este expediente ao Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, para as providências cabíveis.

GPG., 24 de junho de 2009.


MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO

PROCURADOR GERAL DO ESTADO

MARCELO DE AQUINO
Procurador Geral do Estado Adjunto
Respondendo pelo Expediente da
Procuradoria Geral do Estado