



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ÓRGÃO ESPECIAL**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2165511-31.2014.8.26.0000**

**REQUERENTE:** PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**REQUERIDOS:** GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO E PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

***Voto nº 29.761***

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Excelentíssimo Senhor Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, na qual se objetiva a declaração de inconstitucionalidade das seguintes expressões contidas na Lei Estadual nº 14.653, de 22 de dezembro de 2011:

- a) *“aplica-se aos que ingressarem no serviço público estadual a partir da publicação desta lei”* (§1º do art. 1º);
- b) *“de que trata o §1º do artigo 1º desta lei”* (art. 3º).

O requerente pede, alternativamente, que seja conferida, aos trechos mencionados, interpretação conforme ao art. 126, §§ 14 e 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.”*

Liminar deferida às fls. 58/71, com alteração às fls. 636/655.

### ***É o Relatório.***

1. Com a devida vênia ao entendimento contrário, razão assiste ao eminente Relator Desembargador Nuevo Campos, devendo a presente ação direta de inconstitucionalidade ser julgada procedente, ratificando-se a liminar concedida às fls. 58/71, com as alterações de fls. 636/655.

### **2. CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Preliminarmente, em atenção às considerações feitas pelo Excelentíssimo Desembargador Evaristo dos Santos, cumpre afirmar, com a devida vênia, que os marcos sugeridos pelo Relator para início do regime complementar – publicação da aprovação do Convênio de Adesão entre cada ente e a SP-Prevcom<sup>1</sup> – **não** excedem os limites objetivos da ação direta de inconstitucionalidade, **não** transformando este Órgão Especial em “legislador positivo”, como sugerido.

O que se aponta, na presente ação, é sim um **conflito direto** entre o **texto** do artigo 126, §§ 14 a 16 da Constituição Estadual, e o **texto** da Lei Estadual nº 14.653/2011, notadamente quanto à expressão “*aplica-se aos que*

---

<sup>1</sup> Administração Direta, Autarquias e Fundações (21/01/2013); Assembleia Legislativa (22/03/2013); Universidades Estaduais (02/10/2013); Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Ministério Público do Estado de São Paulo, Defensoria Pública do Estado de São Paulo (23/06/2014).

*ingressarem no serviço público estadual a partir da publicação desta lei*” (§1º do art. 1º).

Caso se compreenda no mérito, como fez o Nobre Relator e como se fará aqui (item 4, abaixo), que a expressão “a partir da publicação desta lei” estabelece **termo inicial inconstitucional** para o novo regime de previdência complementar, por afrontar os §§ 14 a 16 do artigo 126 da Constituição Estadual, e que, por outro lado, tal termo inicial, segundo as mesmas normas, **deve** corresponder ao momento da publicação dos Convênios de Adesão entre cada ente e a SP-Prevcom, chega-se à inevitável conclusão de que não se está aqui “preenchendo lacunas da Lei nº 14.653/11”, como alegado no voto divergente, mas sim **extirpando um texto inconstitucional e substituindo-o pela posição determinada pelo Constituinte Estadual**, o que em nada extrapola os limites de uma ação direta de inconstitucionalidade.

Tal forma de proceder – substituição, em sede de controle concentrado, de parte do conteúdo normativo inconstitucional por outro que esteja de acordo com a Constituição – não constitui novidade. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO classifica tais sentenças como “substitutivas”, por trocarem o conteúdo “X”, tido por inconstitucional, pelo conteúdo “Y”, determinado pela Constituição.<sup>2</sup> E tal atividade, como pontua EDILSON PEREIRA NOBRE JR., em nada se confunde com a de um legislador positivo, mantendo-se no âmbito estrito da atividade interpretativa:

“Com efeito, entre a atividade legislativa e a adição, oriunda do manuseio da exegese em harmonia com a Constituição, há um límpido e inegável ponto de distanciamento: é que, ao contrário do que acontece com o legislador, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, [...] mas tão-só o complemento da existente, a partir de solução constante do sistema jurídico, cuja descoberta se deve ao labor do intérprete. Há, sem margem de dúvida, atividade de criação jurídica, sem embargo de inexistir típica ação legislativa. [...]”<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 990.

<sup>3</sup> *Sentenças Aditivas e o Mito do Legislador Negativo. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 170, abr./jun. 2006, p. 130.

Nem se alegue, *concessa venia*, como também consta do ilustrado Voto Divergente, que a questão seria de **omissão** e não de afronta **comissiva** à Constituição Estadual.

Todas as impugnações veiculadas pelo Ministério Público na petição inicial denotam que o legislador estadual não ficou **aquém** de seu mister, mas, ao revés, que se **excedeu** no tratamento dispensado ao tema (tanto no que se refere à inclusão do adjetivo “estadual”, como no que se refere à fixação da publicação da própria Lei nº 14.653/11 como termo inicial para o novo regime de previdência complementar). Por conseguinte, a ofensa à Constituição Estadual é **comissiva** e não **omissiva**, tudo a demonstrar que a via da ação direta de inconstitucionalidade é sim a adequada para a solução da questão.

Ainda que assim não fosse, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, em inúmeras oportunidades, reconheceu a **fungibilidade** entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão, resultado da natural mitigação do princípio da correlação no âmbito do processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade. Como bem assentado pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento conjunto das ADI’s nº 875, 1.987, 2.727 e 3.243:

“[...] Aqui não se trata de mais de saber se as ações são de inconstitucionalidade por ação ou por omissão (parcial), mas de encontrar uma técnica para superar o alegado estado de inconstitucionalidade decorrente de omissão parcial. [...]. **É preciso reconhecer que, em nosso sistema abstrato de controle de constitucionalidade, deve existir uma natural fungibilidade entre os diversos tipos de ação.**”

Afastada tal questão preliminar, concernente ao cabimento, em tese, da ação direta de inconstitucionalidade para os fins pretendidos na inicial (e também para os efeitos que a ela se pretende conferir, segundo o voto do Relator), passa-se à análise do mérito propriamente dito.

No mérito, a questão deve ser analisada sob **duas frentes distintas**: (a) Inconstitucionalidade do termo “estadual”, inserido no §1º do art. 1º da Lei Estadual nº 14.653/2011; (b) Inconstitucionalidade da expressão “a partir da publicação desta lei”, inserida na mesma norma.

### **3. INCONSTITUCIONALIDADE DO TERMO “ESTADUAL” (ARTIGOS 1º, §1º, E 3º, DA LEI ESTADUAL Nº 14.653/11)**

A inconstitucionalidade, nesse ponto, s.m.j., é clara.

Os §§ 14 a 16 do art. 126 da Constituição Estadual, que em tudo reproduzem os §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal, preceituam:

*§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.”*

O §1º do art. 1º da Lei Estadual nº 14.653/11, por sua vez, dispõe que *“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 [...].”*

Ora, as expressões “serviço público” e “serviço público estadual” não são sinônimas, evidentemente.

Para o constituinte federal (§§ 14 a 16 do art. 40) e estadual (§§ 14 a 16 do art. 126), portanto, o novo regime previdenciário (teto do RGPS<sup>4</sup> + opção pela previdência complementar) aplica-se apenas aos servidores que ingressarem no “serviço público” (o que engloba União, Estado e Municípios, além de suas autarquias e fundações públicas) *após* a publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar. Logo, *a contrario sensu*, para os servidores que ingressaram no “serviço público” (seja ele federal, estadual ou municipal) *antes* da instituição do regime de previdência complementar, aplica-se o regime anterior, mais benéfico (regime previdenciário vigente até a EC nº 20/1998, com as alterações da EC nº 41/2003).

O §1º do art. 1º da Lei Estadual nº 14.653/11, em contrapartida, estabelece lógica diversa. Ao dispor que o novo regime “*aplica-se aos que ingressarem no serviço público estadual a partir da data da publicação desta lei*”, acaba por estender o novo regime (teto do RGPS + opção pela previdência complementar) a indivíduos que, embora já fossem servidores de outros entes federados (União, outros Estados e Municípios) *antes* do termo inicial fixado, tenham migrado para o serviço público paulista *após* o termo inicial fixado.

Como se percebe, a Lei nº 14.653/11, ao acrescentar o termo “estadual”, acabou por estabelecer distinção – entre servidores oriundos do próprio serviço público paulista e servidores oriundos de outros entes federados – que não estava contida nas normas hierarquicamente superiores. Tal distinção implica nítida e injustificada **subtração de direitos subjetivos**, em prejuízo daqueles que, como visto, ingressaram no *serviço público* de outros entes federados antes da instituição do regime de previdência complementar, mas migraram, sem solução de continuidade, para o *serviço público estadual paulista* após a instituição do referido regime.

---

<sup>4</sup> Regime Geral de Previdência Social.

Essa distinção de tratamento – bastante gravosa, aliás – não sobrevive, ainda, ao crivo do **princípio da igualdade** (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), que é voltado não só ao aplicador da lei, como também ao próprio legislador, a quem não é conferida a faculdade de criar leis que estabeleçam **discriminações juridicamente intoleráveis** entre classes de cidadãos.

Embora seja natural à função do legislador ordinário fazer diferenciações, na medida em que as normas constitucionais carecem muitas vezes de concretude mínima para sua aplicação, é necessário sempre que o **fator de discrimen** eleito para tanto seja legítimo, o que não ocorre no caso.<sup>5</sup>

Com efeito, a distinção criada pela Lei nº 14.653/11, entre *ingressantes oriundos do serviço público de outros entes federados* e *ingressantes oriundos do próprio serviço público paulista*, não encontra, s.m.j., qualquer fundamento significativo, o que chama especial atenção no caso, considerando a **gravidade** da restrição de direitos imposta ao primeiro grupo. Não se fornece motivo legítimo para que os integrantes do primeiro grupo fiquem submetidos ao novo regime (teto do RGPS + opção pela previdência complementar), enquanto os integrantes do segundo grupo, **apenas por já terem sido anteriormente servidores públicos do Estado de São Paulo**, permaneçam submetidos ao regime anterior (regime previdenciário vigente até a EC nº 20/1998, com as alterações da EC nº 41/2003).

Nem se sustente, sempre com a devida vênia, que a justificativa legítima para o tratamento diferenciado entre os dois grupos estaria no fato de a norma do art. 201, §9º, da Constituição Federal – que institui a possibilidade de compensação financeira entre os diversos regimes de previdência<sup>6</sup> – ser supostamente de **eficácia limitada**.

---

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 4ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 14-21.

<sup>6</sup> Art. 201. [...]

§ 9º. Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

O artigo 201, §9º, da Constituição Federal não representa óbice ao acolhimento da pretensão inicial. Pelo contrário: estabelece um **direito subjetivo** à contagem recíproca em favor de servidores oriundos de outros regimes (públicos ou privados), mediante a devida compensação financeira entre os diversos sistemas, o que apenas reforça a viabilidade técnica de acolhimento do pleito formulado.

Além disso, s.m.j., o art. 201, §9º, já foi regulamentado pela Lei 9.796/99, mais especificamente, na parte que aqui interessa, pelo seu art. 8-A (*“A compensação financeira entre os regimes próprios de previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na hipótese de contagem recíproca de tempos de contribuição, obedecerá, no que couber, às disposições desta Lei.”*)

Ainda que assim não fosse, o Colendo Supremo Tribunal Federal, em inúmeros precedentes, já manifestou o entendimento de que a norma em comento (art. 201, §9º) seria **auto-aplicável** no que se refere à primeira parte (direito subjetivo à contagem recíproca), mas de **eficácia limitada** no que se refere à parte final (mecanismo de compensação financeira). Em outras palavras, a falta de iniciativa do Estado (em sentido amplo) em editar lei que regule o mecanismo de compensação – o que é, aliás, um problema que toca apenas aos entes públicos previdenciários envolvidos – não pode prejudicar o direito subjetivo dos cidadãos à contagem recíproca. Confirma-se, nesse sentido:

“A contagem recíproca é um direito assegurado pela Constituição do Brasil. O acerto de contas que deve haver entre os diversos sistemas de previdência social não interfere na existência desse direito, sobretudo para fins de aposentadoria.” (RE 255.827, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 02-12-2005)

“Esta Corte firmou entendimento segundo o qual o § 2o do artigo 202 da Constituição Federal [atual art. 201, §9º] contém duas regras distintas e independentes. A primeira parte do dispositivo representa uma norma constitucional completa, bastante em si mesma para garantir a contagem recíproca. De outro modo, evidenciando a segunda parte do dispositivo, sobre a compensação financeira entre os diferentes sistemas



previdenciários, essa sim estaria pendente do estabelecimento de critérios legais. O acerto de conta que deve haver entre os diversos sistemas de previdência social não interfere na existência do direito constitucionalmente previsto, que assegura a contagem recíproca, sobretudo para fins de aposentadoria.” (RE 220.821, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2000)

“Sendo assim, caracterizado o preceito constitucional invocado como norma auto-aplicável, à ela devendo obediência as administrações públicas de todos os níveis desde sua entrada em vigor, é manifesta a ilegitimidade de dispositivo de lei estadual que a desrespeita, restringindo onde a mesma não restringiu, como ocorreu na presente.” (RE no 212.843 AgR/SP, STF/2ª Turma, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 05/06/2001, DJ 24-08-2001)

Por fim, é fato que muitos servidores provenientes de outros entes federados contribuíram, por longos períodos, pelo regime anterior (integralidade e paridade), antes de ingressarem no serviço público paulista. Não seria razoável defender que tais servidores, apenas por terem ingressado no serviço público paulista após a instituição do regime de previdência complementar, teriam “perdido” todos os valores pagos a maior (ficando limitados ao teto do RGPS), pelo fato de o legislador não ter cumprido seu dever de regulamentar, na íntegra, o art. 201, §9º, da Constituição Federal (argumento que, vale lembrar, sequer consideramos correto, considerando o art. 8-A da Lei 9.796/99, acima transcrito).

Essas são, fundamentalmente, as razões pelas quais entendemos que a inclusão do termo “estadual”, no §1º do art. 1º da Lei Estadual nº 14.653/2011, padece de inconstitucionalidade.

#### **4. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DESTA LEI” (ARTIGOS 1º, §1º, E 3º, DA LEI ESTADUAL Nº 14.653/11)**

O §1º do art. 1º da Lei Estadual nº 14.653/11 dispõe que “*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 [...].*”

Por sua vez, os §§ 14 a 16 do art. 126 da Constituição Estadual, que reproduzem os §§ 14 a 16 do art. 40 da Constituição Federal, preceituam que:

*§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.*”

A questão está toda, portanto, em identificar em que momento se dá a “instituição do regime de previdência complementar”, expressão repetida, com pequenas variações, nos três parágrafos acima transcritos. Isso porque tal “instituição” constitui *conditio iuris* para a aplicação do novo regime, conforme resta claro a partir da leitura dos §§ 14 e 16.

Ora, a “instituição” do regime de previdência complementar somente se dá, respeitadas as posições em sentido contrário, com a **disponibilização** dos respectivos planos de previdência complementar. Não basta, para tanto, a edição de lei específica, a exemplo do que se pretendeu fazer no §1º do art. 1º da Lei Estadual nº 14.653/11, nem a autorização para criação da pessoa jurídica encarregada da administração dos planos de benefícios.

Estabelecer que a “instituição” do regime de previdência complementar se dá com a própria publicação da Lei Estadual nº 14.653/11, como disposto no §1º do art. 1º, não passa, a rigor, de uma **ficção jurídica**, na medida em que a referida lei fez pouco mais do que estruturar, em linhas absolutamente gerais, o futuro sistema. Nesse sentido, o art. 37 da Lei nº 14.653/11 estabeleceu o prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias, a partir de sua publicação, para a constituição da SP-PREVCOM, e, a partir daí, mais 240 (duzentos e quarenta) dias para que a SP-PREVCOM adotasse “providências para instituir e operar planos de benefícios previdenciários complementares”. Em suma, a própria lei estimou o prazo de 480 (quatrocentos e oitenta) dias, a partir de sua publicação, para a efetiva operacionalização do sistema, período no qual os servidores, **mesmo querendo**, não poderiam efetuar o recolhimento das contribuições complementares.

Fixar a publicação da Lei nº 14.653/11 como termo inicial desse novo regime previdenciário, além de constituir uma **ficção jurídica**, representaria, ainda, uma afronta à segurança jurídica e à boa-fé dos servidores. Isso porque, adotada tal postura, formar-se-ia um verdadeiro “**limbo jurídico**”: um período no qual os servidores estariam submetidos ao teto dos benefícios do RGPS, porém impedidos de contribuir, desde logo, para o regime complementar, ante a não disponibilização dos respectivos planos.

Além disso, como apontado pelo Excelentíssimo Relator Nuevo Campos, impõe-se manter **simetria** entre os regimes federal e estadual nessa matéria. A União, quando regulamentou o art. 40, §16, da Constituição Federal, que é em tudo idêntico ao art. 126, §16, da Constituição Bandeirante, ordenou que a data de “instituição” do regime de previdência complementar aplicável aos servidores federais do Executivo, do Legislativo e do Judiciário deveria corresponder **à data de publicação da respectiva Portaria MPS/PREVIC/DITEC, que aprovou o Regulamento do Plano de Benefícios em relação aos servidores de cada Poder.**

Em sendo assim, nada mais justo e razoável, como fez o Eminentíssimo Relator, do que adotar como marco inicial do novo regime, em âmbito estadual, de forma simétrica à União, a data de publicação da aprovação do Convênio de Adesão entre cada ente (Executivo, Tribunal de Justiça, Universidades, Assembleia Legislativa, etc.) e a SP-PREVCOM, pois só a partir daí – como em um ato final de um processo complexo – o regime previdenciário complementar tornou-se verdadeiramente operacional. Em suma: só, a partir daí, o regime foi verdadeiramente “**instituído**”, como determinam os §§ 14 a 16 do art. 126 da Constituição Estadual.

Essas são, fundamentalmente, as razões pelas quais entendemos que a expressão “*a partir da data da publicação desta lei*”, inserida no §1º do art. 1º da Lei Estadual nº 14.653/2011, padece de inconstitucionalidade, devendo o marco inicial corresponder, em substituição, à data da publicação da aprovação do Convênio de Adesão entre cada ente e a SP-PREVCOM.

Quanto às alegações de que a fixação do termo inicial nesses termos excederia os limites da ação direta de inconstitucionalidade, transformando este Órgão Especial em “legislador positivo”, **reiteramos o que foi exposto no item “2” acima**: trata-se apenas de **substituir** uma expressão inconstitucional (“*a partir da data da publicação desta lei*”) pelo entendimento **determinado** pelo Constituinte Derivado Decorrente, ainda que de forma implícita, ao utilizar-se do termo “instituído” (e de suas variantes), nos §§ 14 a 16 do art. 126.

**5.** Isto posto, pelo meu voto, **DECRETO A PROCEDÊNCIA** da presente ação direta de inconstitucionalidade, com ratificação da liminar concedida (fls. 58/71, com as alterações de fls. 636/655), bem como pela procedência das reclamações, nos mesmos termos propostos pelo Nobre Relator, Desembargador Nuevo Campos.

**DESEMBARGADOR MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS**