



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

PROCESSO N.º 70070175054 – TRIBUNAL PLENO

CLASSE: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

PROPONENTE: UNIÃO GAÚCHA EM DEFESA DA
PREVIDÊNCIA SOCIAL E PÚBLICA

REQUERIDOS: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL E ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERESSADO: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

**RELATOR: DESEMBARGADOR NELSON ANTONIO
MONTEIRO PACHECO**

PARECER

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Estado do Rio Grande do Sul. Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015 e Decreto Estadual n.º 52.856/2016. 1. Preliminares: 1.1. Legitimidade da autora para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade comprovada, vez que se enquadra na hipótese prevista no artigo 95, § 1º, inciso VIII, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Pertinência temática constatada. 1.2. Competência da Corte Estadual verificada na espécie. A ação em análise objetiva ver declarada a inconstitucionalidade de normas estaduais em face da Constituição do Estado, se amoldando à situação



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

prevista no artigo 95, inciso XII, alínea “d”, da Carta Estadual. 1.3. Compatibilidade lógico-jurídica e autorização legal para a realização de pedidos em ordem subsidiária, bem como de pleitos cumulados em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Precedente. 2. Mérito: 2.1. Desnecessidade, para fins de aplicabilidade do Regime de Previdência Complementar (RPC), aos servidores estaduais, de expressa previsão na Constituição Estadual. Supremacia da Constituição Federal. 2.2. Adequação da personalidade jurídica de direito privado da fundação de natureza pública gestora do regime, bem como da fixação da remuneração pelo Conselho Deliberativo da entidade. 2.3. Equilíbrio atuarial. Ausência de prévio estudo de impacto. Princípio que encontra assento constitucional restrito aos regimes públicos de previdência (RPPS e RGPS), que visam a conferir benefícios definidos. Regime de Previdência Complementar estruturado na forma de capitalização individual, em caráter privado e com filiação facultativa, na modalidade de contribuição definida (benefício indefinido). 2.4. Alegada inconstitucionalidade por omissão por falta de regra prevendo a adesão facultativa dos novos servidores ao novo regime. Descabimento. A Lei Complementar n.º 14.750/2015 não impõe a adesão dos servidores à RS-Prev, sendo obrigatório, apenas, o limite do RGPS para aqueles servidores que se enquadrem nas situações descritas no artigo 2º, incisos I a III, do referido ato normativo. 2.5. Ausência de regra de compensação pelas contribuições vertidas ao regime anterior, na hipótese de migração voluntária pelo servidor. Inconstitucionalidade por omissão parcial, sem pronúncia de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

nulidade e com chamamento ao legislador. Ofensa aos artigos 1º, 19, “caput”, 30, 38, parágrafo 6º, e 140, “caput”, da Constituição Estadual, combinados com os artigos 1º, “caput”, 5º, “caput” e inciso I, 6º, “caput”, 40, 149, parágrafo 1º, e 150, inciso II, da Constituição Federal.
PARECER PELA PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela **UNIÃO GAÚCHA EM DEFESA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E PÚBLICA** contra o **GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL** e a **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, objetivando o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1º e, por arrastamento, de todos os demais dispositivos da **Lei Complementar Estadual n.º 14.750, de 15 de outubro de 2015, do Estado do Rio Grande do Sul**, que *institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos estaduais titulares de cargos efetivos – RPC/RS –, fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime próprio de previdência social – RPPS/RS –, autoriza a criação de entidade fechada de previdência complementar denominada fundação de previdência complementar do servidor público do estado do rio grande do sul – RS-Prev –, e dá outras*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

providências, bem como do **Decreto Estadual n.º 52.856, de 07 de janeiro de 2016**, que *cria a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público do Estado do Rio Grande do Sul – RS-Prev –*, *aprova o respectivo estatuto da entidade referida e dá outras providências*, por afronta às Constituições Estadual e Federal.

A entidade proponente, em prefacial de mérito, apresenta as seguintes considerações: *a)* a legitimidade para o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade e a pertinência temática no caso em análise; *b)* a existência de parâmetro constitucional estadual para confronto das normas impugnadas; *c)* a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar a ação; e *d)* o cabimento da formulação de pedidos em ordem subsidiária, assim como da sua cumulação, em sede de controle abstrato de constitucionalidade. No mérito, sustenta que a Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015, a partir do seu artigo 1º, não encontra amparo na Constituição Estadual, a qual não prevê a instituição de Regime de Previdência Complementar – RPC, para os servidores estaduais, sendo este regime – previsto no artigo 40, §§ 14, 15 e 16, da Constituição Federal – de adesão facultativa pelos Estados. Esclarece que a Constituição de Estado do Rio Grande do Sul prevê, tão somente, Regime Previdenciário Próprio de natureza pública para os servidores estaduais – RPPS, consoante disposições constantes nos artigos 38 e 41 da Carta Provinciana. Nesse contexto, segundo a entidade proponente, existe, *in casu*, a inconstitucionalidade do artigo 1º do ato normativo questionado, que causa, por decorrência



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

lógico-jurídica, a inconstitucionalidade por arrastamento de todos os seus demais artigos, além do Decreto Estadual n.º 52.856/2016. Argumenta, em caráter subsidiário, que padecem de inconstitucionalidade explícita os artigos 4º, § 1º, e 7º, §§ 2º e 3º, do diploma legal objurgado, por violação ao § 15 do artigo 40 da Constituição Federal e ao princípio da legalidade, previsto tanto no artigo 19, inciso I, da Constituição Estadual, como nos artigos 5º, inciso II, e 37, *caput*, da Constituição Federal. Defende, ainda, que a lei, em sua totalidade, também está acimada de inconstitucionalidade por omissão, porquanto ausente regra de compensação pelas contribuições direcionadas ao sistema anterior (artigo 2º, inciso II), com violação ao princípio da isonomia, que está incorporado à Constituição do Estado por ser norma central da Constituição Federal, de observância compulsória, além dos fatos de o regime não ser facultativo para os novos servidores e da falta de prévio estudo atuarial (artigo 24). Postula, nesse contexto, liminarmente, a suspensão da aplicação da Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015 ou, subsidiariamente, a suspensão do aporte de R\$ 20 milhões a título de adiantamento de contribuições, para funcionamento inicial da RS-Prev. Requer a procedência do pedido, para que se declare a inconstitucionalidade do artigo 1º e, por arrastamento, de todos os demais dispositivos da Lei Complementar n.º 14.750/2015 e do Decreto Estadual n.º 52.856/2016; subsidiariamente, postula a procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade dos artigos 4º, § 1º, e 7º, §§ 2º e



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

3º, do ato normativo e, em cumulação de pedidos, a declaração da inconstitucionalidade por omissão (fls. 04/76). Acosta documentos (fls. 77/157).

O processo foi inicialmente distribuído para a Desembargadora Marilene Bonzanini, a qual determinou a redistribuição do feito para o Desembargador Nelson Antonio Monteiro Pacheco em razão da conexão da presente ação com a ADIN n.º 70069544146 (fls. 161/179).

Foi indeferido o pedido liminar (fls. 180/181).

A Procuradoria-Geral do Estado, devidamente citada, ofereceu a defesa da norma, nos moldes do artigo 95, § 4º, da Constituição Estadual, pleiteando o não conhecimento do pedido, visto que a competência para apreciação dos vícios apontados seria do Supremo Tribunal Federal, não tendo legitimidade a entidade proponente para ingressar com a ação naquele foro. Aventou, ainda, a inépcia da inicial por ausência de fundamentação do pedido, bem como a ilegitimidade ativa da parte demandante, ao argumento de que não se enquadraria no rol dos legitimados previstos no artigo 95, § 1º, incisos I a X, da Constituição Estadual (fls. 205/219).

O Governador do Estado do Rio Grande do Sul apresentou informações, suscitando, preliminarmente, a competência do STF para declarar a inconstitucionalidade de lei estadual em face da Constituição da República, bem como a inépcia da inicial por ausência de fundamento jurídico do pedido e a ilegitimidade ativa da parte autora. No mérito, sustentou que, ao contrário do que afirma a



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

entidade proponente, a norma inserida no artigo 40 e respectivos parágrafos da Constituição Federal, por constar do Capítulo VII, é de adoção obrigatória pelos Estados, inexistindo espaço para disposição em sentido contrário, indicando doutrina e jurisprudência que entende corroborar a tese por ele defendida. Destacou, nesse sentido, que o § 14 do artigo 40 da Carta Magna de 1988 autoriza expressamente a Instituição do Regime de Previdência Complementar – RPC no âmbito dos Estados. Aduziu que, com a implantação do Regime de Previdência Complementar, o Regime Próprio de Previdência dos Servidores – RPPS não desaparece, limitando-se, apenas, ao teto do Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Afirmou que a instituição de fundação de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado, nos moldes delineados pelo artigo 4º, § 1º, da Lei Complementar n.º 14.750/2015, não constitui afronta a nenhuma norma constitucional, porquanto o regramento disposto no artigo 40, § 15, da Constituição Federal, no que concerne ao termo natureza pública da entidade fechada a quem competirá a administração do Regime de Previdência Complementar, deve ser analisado em conjunto com os demais dispositivos constitucionais relativos ao trato da previdência complementar, em especial ao disposto no artigo 202 da Carta Magna, cujas características dominantes de direito privado não podem refugir ao RPC dos servidores, sob pena de desvirtuamento dessa modalidade de previdência. Seguindo tal linha de raciocínio, alegou que o artigo 7º, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar impugnada é



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

constitucional, já que, por ser o Regime de Previdência Complementar dos servidores de natureza preponderantemente civil, não há necessidade de a remuneração de seu corpo diretivo e deliberativo ser fixado estritamente por lei. Frisou, ademais, que a Lei Complementar n.º 14.750/2015, em atenção ao princípio da moralidade, possui limitador para fins de remuneração máxima a ser atribuída aos membros da Diretoria Executiva da Fundação (limite estabelecido no § 7º do artigo 33 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul). Refutou, igualmente, a alegada inconstitucionalidade por omissão pela falta de norma de regramento que disponha sobre compensação financeira pelas contribuições vertidas a maior pelo servidor vinculado ao sistema anterior, ponderando que o Regime Próprio de Previdência Social não está lastreado exclusivamente no princípio contributivo, mas, também, nos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, conforme explicita o artigo 40, *caput*, da Carta da República. Ressaltou que, por se tratar de regime financeiro de repartição simples, as contribuições vertidas ao RPPS pelo Estado, pelos servidores e pelos pensionistas são destinadas ao financiamento dos atuais benefícios previdenciários, não havendo espaço para se falar em enriquecimento sem causa do Estado. Repeliu, também, a alegação de inconstitucionalidade por omissão pela falta de regramento que previsse a adesão facultativa ao Regime de Previdência Complementar para os novos servidores, ao argumento de que é desnecessária a previsão expressa na legislação estadual de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

regência nesse sentido, porquanto o comando já vem ditado no artigo 202, *caput*, da Constituição Federal, que incide, obrigatoriamente, sobre o trato a ser dado à matéria em âmbito estadual. Por fim, sublinhou que a RS-Prev, em atendimento aos ditames legais atinentes à matéria, realizou todos os cálculos atuariais exigidos, tendo seu plano de benefícios aprovados pelas autoridades reguladoras, inexistindo inconstitucionalidade por omissão, portanto. Asseverou, por fim, que, diante das considerações apresentadas, resta demonstrada a adequação formal e substancial da legislação objeto da ação direta de inconstitucionalidade à ordem constitucional (fls. 223/268). Juntou documentos (fls. 270/386).

A Assembleia Legislativa do Estado, devidamente notificada para prestar informações (fls. 190 e 194), manteve-se silente.

É o breve relatório.

2. Inicialmente, impende a análise das prefaciais apresentadas pelas partes.

Efetivamente, analisados os autos, observa-se que a entidade proponente, antecipando-se a eventuais alegações das autoridades responsáveis pela edição do ato normativo, tece considerações acerca: *a)* da legitimidade para o ajuizamento da presente ação direta de inconstitucionalidade e da pertinência temática no caso em análise; *b)* da competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar a ação, bem como da existência de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

parâmetro constitucional estadual para confronto das normas impugnadas; e c) do cabimento da formulação de pedidos em ordem subsidiária, assim como da sua cumulação, em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Por sua vez, tanto a Procuradoria-Geral do Estado, na oportunidade em que realizou a defesa da norma, quanto o Governador do Estado, em suas informações, suscitaram, em caráter prefacial, a competência do STF para declarar a inconstitucionalidade de lei estadual em face da Constituição da República, bem como a inépcia da inicial por ausência de fundamento jurídico do pedido, além da ilegitimidade ativa da parte autora.

Diante disso, afigura-se pertinente o enfrentamento de cada uma das preliminares em tópicos separados, conforme os termos a seguir delineados.

2.1 Da legitimidade ativa da entidade proponente para a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade

No caso em análise, a parte autora sustenta sua legitimidade, ao argumento de que congrega 29 entidades representativas de servidores do Estado do Rio Grande do Sul, tendo por objetivo e finalidade atuar em defesa da manutenção e efetividade de um sistema de previdência social de natureza pública,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

assertivas essas que vêm devidamente comprovadas pelo seu Estatuto, que se encontra às fls. 86/115.

A Constituição Estadual, em seu artigo 95, § 1º, incisos I a X, dispõe o seguinte:

§ 1.º Podem propor a ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, ou por omissão:

I - o Governador do Estado;

II - a Mesa da Assembléia Legislativa;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - o Defensor Público-Geral do Estado;

V - o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - partido político com representação na Assembléia Legislativa;

VII - entidade sindical ou de classe de âmbito nacional ou estadual;

VIII - as entidades de defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores, de âmbito nacional ou estadual, legalmente constituídas;

IX - o Prefeito Municipal;

X - a Mesa da Câmara Municipal.

Pois bem.

Parece inegável – sem adentrar no polêmico conceito de *entidade sindical ou de classe de âmbito nacional ou estadual* para fins de legitimidade para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, que é motivo de divergências na doutrina e na jurisprudência –, o caráter de **entidade de defesa dos direitos humanos** da proponente, vez que tem por escopo, especificamente, a manutenção e efetividade de um sistema de **previdência social** de natureza pública, **reconhecido direito social fundamental**, que se enquadra no rol dos direitos fundamentais de segunda dimensão,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

positivado tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹ quanto na Constituição Federal².

Sobre o tema, é lapidar a lição de Paulo Bonavides, para quem os direitos fundamentais de segunda dimensão *são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal*³.

A jurisprudência, como não poderia deixar de ser, é pacífica em reconhecer o caráter fundamental do direito à previdência social, cabendo, a título ilustrativo, mencionar os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. (...) (RE 626.489, rel. min. Roberto Barroso, julgamento em 16-10-2013, Plenário, DJE de 23-9-2014, com repercussão geral.)

¹ Declaração Universal dos Direitos humanos:
Artigo 25

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem **direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.** (...)

² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a **previdência social**, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 564.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Processual civil e previdenciário. Agravo regimental no recurso especial. Benefício assistencial. Prescrição do fundo de direito. Não ocorrência. Agravo regimental não provido. 1. A controvérsia debatida nos autos é relativa à prescrição da pretensão ao recebimento de benefício assistencial. 2. Os benefícios previdenciários estão ligados ao próprio direito à vida digna e são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais. 3. A pretensão ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo, que vão prescrevendo uma a uma, em virtude da inércia do beneficiário. 4. Com efeito, a Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.349.296/CE, assentou entendimento, quanto ao benefício assistencial, de que a prescrição atinge apenas as prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela previdência social, mas não o fundo de direito. 5. Agravo regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ AgRg no REsp 1.376.033/PB/ Relator: Ministro Mauro Campbell Marques/ Julgado em 03.04.2014/ Publicado no DJe em 09.04.2014)

É de se consignar, ademais, que o **âmbito estadual** da proponente está suficientemente evidenciado, já que engloba diversas entidades de servidores públicos estaduais.

Dessa forma, é estreme de dúvida, no caso, a legitimidade ativa da autora, estando, também, demonstrada a pertinência temática, uma vez que a presente ação direta de inconstitucionalidade questiona normas estaduais que dizem respeito à previdência social dos servidores do Estado.

Aliás, é de referir que a ADIN n.º 70051297778, recentemente julgada por essa Corte de Justiça⁴, fora proposta pela União Gaúcha em Defesa da Previdência Social e Pública –



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

exatamente a ora proponente –, sem que tenha sido questionada sua legitimidade ativa.

2.2 Da competência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para processar e julgar a ação

A entidade proponente sustenta possuir esse Tribunal de Justiça competência para processar e julgar a ação, ao passo que o Governador do Estado e a Procuradoria-Geral do Estado alegam que apenas ao Supremo Tribunal Federal toca apreciar a matéria na forma tal como veiculada.

Para a correta aferição da competência no caso em testilha, é indispensável examinar os pleitos apresentados na ação direta de inconstitucionalidade em apreço, bem como o parâmetro de controle invocado.

A principal alegação da requerente é a de que as normas inseridas na Constituição Federal sobre a instituição de Regime de Previdência Complementar para servidores (artigos 40, §§ 14, 15 e 16, e 202, §§ 1º a 6º) são de adoção facultativa pelos Estados, de modo que a instituição do regime somente poderia ocorrer **mediante disposição expressa na Constituição Estadual**. Isso não ocorreu no caso do Rio Grande do Sul, portanto a Lei Complementar n.º 14.750/2015 e o Decreto Estadual n.º 52.856/2016 estariam acoimados de vício de inconstitucionalidade **em face da**

⁴ Ação julgada em 7 de novembro de 2016.
SUBJUR N.º 1277/2016



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que, em seus artigos 38 e 41, fixa, apenas, regime previdenciário próprio de natureza pública. A inconstitucionalidade aventada, nesse tocante, como resta cristalino, se dá por **violação à Constituição Provinciana, e não à Constituição Federal**.

Subsidiariamente, a autora afirma ser o artigo 4º, § 1º, da Lei Complementar n.º 14.750/2015 – que estabelece que a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público do Estado do Rio Grande do Sul (RS-Prev) terá natureza pública e personalidade jurídica de direito privado – é inconstitucional. Argumenta que, se prevalecer o entendimento de que é compulsória a adoção, pelos Estados, do regime de previdência complementar, também o serão todos os demais dispositivos constitucionais sobre o tema, incluído o § 15 do artigo 40 da Constituição Federal, o qual dispõe que a entidade fechada criada em razão da instituição do regime de previdência deve ter natureza pública. Sustenta, com razão, que, nas hipóteses de normas de observância obrigatória, ainda que a Constituição Estadual seja omissa, é possível o controle concentrado de constitucionalidade perante o Tribunal de Justiça estadual.

A posição apresentada possui respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

(...) Nessa parte da decisão reclamada, deve prevalecer o entendimento desta Suprema Corte no sentido de que “[a] omissão da Constituição estadual não constitui óbice a que o



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal em confronto com norma de reprodução obrigatória (...) (Rcl 15985 RS, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 10/12/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 30/01/2015 PUBLIC 02/02/2015)

Ainda em caráter subsidiário, a requerente postula o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 7º, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar n.º 14.750/2015 – que dispõe sobre a remuneração e vantagens dos membros da Diretoria Executiva e dos Conselhos Deliberativo e Fiscal da RS-Prev, invocando, entre outros dispositivos, como **paradigma** a demonstrar a sua inconstitucionalidade, **o artigo 19, inciso I, da Constituição Estadual.**

Por fim, a entidade autora pleiteia o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão por falta de regra de compensação das contribuições vertidas ao sistema anterior⁵ e ao princípio constitucional da isonomia, incorporado à Constituição Provinciana por força do seu artigo 1º⁶, apontando, também, a falta de regra prevendo a adesão facultativa dos servidores, bem como a ausência de prévio estudo atuarial.

⁵ Como se verá oportunamente, tal situação enseja desrespeito a diversos princípios e regras inseridos da Constituição Estadual.

⁶ *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul:*

Art. 1.º O Estado do Rio Grande do Sul, integrante com seus Municípios, de forma indissolúvel, da República Federativa do Brasil, proclama e adota, nos limites de sua autonomia e competência, os princípios fundamentais e os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos universalmente consagrados e reconhecidos pela Constituição Federal a todas as pessoas no âmbito de seu território.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Forçoso, nesse contexto, concluir que a entidade proponente alega a **inconstitucionalidade das normas estaduais** vergastadas **em face da Constituição Estadual**, sendo perfeitamente possível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, que é competente para processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra lei ou ato normativo estadual perante a Constituição Gaúcha, inclusive por omissão:

*Art. 95 - Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, **competete:***

(...)

XII - processar e julgar:

(...)

*d) a ação direta da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual perante esta Constituição, e de municipal perante esta, **inclusive por omissão;***

(...).

Logo, não merece acolhimento a preliminar de incompetência arguida pelo Governador do Estado e pela Procuradoria-Geral do Estado.

2.3 Do cabimento da formulação de pedidos em ordem subsidiária, assim como da cumulação de pedidos, em sede de controle abstrato de constitucionalidade



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

A autora sustenta ser compatível com o rito da ação direta de inconstitucionalidade a realização de pedidos subsidiários e cumulados, desde que guardem compatibilidade entre si.

Com razão.

Primeiro, basta uma simples ponderação de ordem lógico-jurídica para se concluir que, em uma mesma ação direta de inconstitucionalidade, é perfeitamente possível que, se não reconhecida a inconstitucionalidade de norma por determinada tese, vista a questão sobre outro prisma, seja verificada sua incompatibilidade com o ordenamento constitucional.

Além disso, o artigo 3º, incisos I e II e parágrafo único, da Lei Federal n.º 9.868/99 – que *dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal* –, assim preconiza:

Art. 3º - A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Como se observa do texto normativo, inexistente óbice de natureza legal ou lógica à possibilidade de formulação de pedidos



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

em ordem subsidiária e cumulados em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Para corroborar a opinião, vale destacar que essa orientação já foi sufragada pelo Pretório Excelso, conforme se observa de seu Informativo n.º 786⁷, que versa justamente sobre recente julgado envolvendo a matéria aqui apreciada:

EC 88/2015 e aposentadoria compulsória - 2

A Corte, inicialmente, assentou a regularidade processual na cumulação de pedidos típicos de ADI e ADC em uma única demanda de controle concentrado, o que se daria na espécie, vencido o Ministro Marco Aurélio. Asseverou que a cumulação de ações seria não só compatível como também adequada à promoção dos fins a que destinado o processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, destinado à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional, reiterado o que decidido na ADI 1.434 MC/SP (DJU de 22.11.1996). Além disso, a cumulação objetiva de demandas consubstanciaria categoria própria à teoria geral do processo. Como instrumento, o processo existiria para viabilizar finalidades materiais que lhes seriam externas. A cumulação objetiva apenas fortaleceria essa aptidão na medida em que permitiria o enfrentamento judicial coerente, célere e eficiente de questões minimamente relacionadas entre elas. Não seria legítimo que o processo de controle abstrato fosse diferente. Outrossim, rejeitar a possibilidade de cumulação de ações — além de carecer de fundamento expresso na Lei 9.868/1999 — apenas ensejaria a propositura de nova demanda com pedido e fundamentação idênticos, a ser distribuída por prevenção, como ocorreria em hipóteses de ajuizamento de ADI e ADC em face de um mesmo diploma. Ademais, os pedidos articulados na inicial não seriam incompatíveis jurídica ou logicamente, sendo provenientes de origem comum. Por outro lado, o requisito relativo à

⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo786.htm#EC88/2015> e aposentadoria compulsória – 2. Consulta realizada em: 13/11/2016.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

existência de controvérsia judicial relevante, necessário ao processamento e julgamento da ADC (Lei 9.868/1999, art. 14, III), seria qualitativo e não quantitativo, isto é, não diria respeito unicamente ao número de decisões judiciais num ou noutro sentido. Dois aspectos tornariam a controvérsia em comento juridicamente relevante. O primeiro diria respeito à estatura constitucional do diploma que estaria sendo invalidado nas instâncias inferiores — a EC 88/2015, que introduzira o art. 100 ao ADCT —, ou seja, uma emenda à Constituição, expressão mais elevada da vontade do parlamento brasileiro. Em segundo lugar, decisões similares poderiam vir a se proliferar pelos Estado-Membros, a configurar real ameaça à presunção de constitucionalidade da referida emenda constitucional.

ADI 5316 MC/DF, rel. Min. Luiz Fux, 21.5.2015 (ADI-5316).

Assim, merece guarida a alegação da requerente no sentido da possibilidade de formulação de pedidos em ordem subsidiária e cumulados em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

3. No mérito, imperioso ressaltar que boa parte das alegações apresentadas pela autora não são novas para essa Casa, que já as apreciou em procedimento interno, oriundo de representação formulada pela ora pleiteante (Expediente Administrativo n.º PR.00001.02095/2015-3), tendo, posteriormente, inclusive, ajuizado ação direta de inconstitucionalidade, tombada sob o n.º 70069544146, contra a Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015, atualmente conclusa para decisão com relator, consoante se extrai de consulta realizada junto ao Sistema *Themis*⁸.

⁸ Consulta realizada no dia 14/11/2016.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Passa-se, então, à análise de cada uma das alegações apresentadas, conforme as conclusões a que chegou esta Procuradoria-Geral de Justiça no procedimento administrativo supramencionado.

3.1 Da alegada ausência de previsão constitucional estadual para a adoção do Regime de Previdência Complementar no Estado do Rio Grande do Sul

Afirma a requerente que, a despeito da existência de previsão autorizativa posta no artigo 40, §§ 14, 15 e 16, da Constituição Federal, a edição de lei instituindo o Regime de Previdência Complementar no Estado do Rio Grande do Sul estaria a depender de prévia alteração constitucional local para fins de admissão da espécie, a exemplo do que procedido em outras unidades da federação.

Não procede o argumento, contudo.

A interpretação de que se vale a autora não se sustenta por incorrer no equívoco de subverter a estrutura constitucional, desconsiderando o princípio da supremacia da Constituição Federal.

A propósito do tema, ensina José Afonso da Silva⁹:

⁹ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 48.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Como visto, a Constituição Federal é a norma fundante da ordem constitucional pátria, sendo fundamento para o exercício dos poderes constituintes derivados de caráter reformador (na esfera da União) e decorrente (no âmbito de autonomia dos Estados Federados).

Este último, o Poder Constituinte decorrente conferido aos Estados-membros, que encontra amparo no artigo 25, *caput*, da Constituição Federal¹⁰, é condicionado pelo Poder Constituinte originário e deve conformar-se às alterações promovidas pelo Poder Constituinte reformador.

Eis o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹.

Duas são as espécies de Poder Constituinte derivado.

¹⁰ *Constituição Federal:*

Art. 25 - *Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.*

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Uma é o poder de revisão. Trata-se do poder, previsto pela Constituição, para alterá-la, adaptando a novos tempos e novas exigências.

Outra é o Poder Constituinte dos Estados-Membros de um Estado federal. O chamado Poder Constituinte decorrente. Este deriva também do originário mas não se destina a rever sua obra e sim a institucionalizar coletividades, com caráter de estados, que a Constituição preveja.

Como o Poder Constituinte instituído, o poder decorrente é subordinado, secundário e condicionado. Só pode agir validamente no âmbito fixado pelo originário. Este fixa princípios explícitos e implícitos e mesmo regras acabadas que devem ser por ele respeitados. É essa a lição das Constituições brasileiras sem exceção, E somente pode se manifestar com a observância das formas por ele fixadas.

Nesta linha, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

O poder constituinte outorgado aos Estados-membros sofre as limitações jurídicas impostas pela CR. Os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem (CF, art. 25), submetendo-se, no entanto, quanto ao exercício dessa prerrogativa institucional (essencialmente limitada em sua extensão), aos condicionamentos normativos impostos pela CF, pois é nessa que reside o núcleo de emanção (e de restrição) que informa e dá substância ao poder constituinte decorrente que a Lei Fundamental da República confere a essas unidades regionais da Federação. (ADI 507, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-2-1996, Plenário, DJ de 8-8-2003.) No mesmo sentido: ADI 2.113, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-3-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009.

E a solução não é diversa para fins de instituição do Regime de Previdência Complementar no âmbito estadual. Exige a Constituição Federal apenas que a limitação dos valores dos benefícios previdenciários dos servidores seja condicionada à adoção



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

do referido regime complementar, o qual deverá ser instituído por lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo (artigo 40, §§ 14 e 15, da Constituição Federal).

Na hipótese, verifica-se que as condições postas foram bem atendidas para fins de edição da Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015.

Ademais, inexistente qualquer ofensa ao invocado artigo 38 da Constituição Estadual. Ao contrário, o texto da Carta Estadual está a revelar superveniente incompatibilidade em relação à vigente disciplina previdenciária, não mais subsistindo como regra permanente a modalidade de aposentadoria com proventos integrais, já superada pela edição da Emenda Constitucional n.º 41/2003, que instituiu o dito regime de médias, nos termos do vigente artigo 40, §§ 1º, 3º e 17, da Constituição Federal.

Assim, mais se evidencia a impertinência do argumento, sendo inconcebível condicionar-se a eficácia normativa da Constituição Federal à alteração do texto constitucional estadual.

Em acréscimo, necessário referir que o apontado caráter facultativo do regime de previdência complementar contido no artigo 202 da Constituição Federal refere-se à possibilidade do servidor exercer a opção de aderir ou não ao regime. Com efeito, tratando-se o regime de previdenciário de natureza complementar, submetido que está à disciplina da previdência privada, a filiação pelo servidor será sempre facultativa, ao contrário do que se sucede no regime público, que é de filiação compulsória.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Neste aspecto, bem observou a Lei Complementar Estadual a referida regra constitucional, o que vem positivado em seus artigos 1º, parágrafo único, e 33, parágrafo único.

É de ser afastado, pois, o pretendido vício de inconstitucionalidade sob este aspecto.

3.2 Da personalidade jurídica de direito privado da entidade fechada de previdência complementar e da remuneração fixada pelo Conselho Deliberativo da RS-Prev

A demandante, em sua manifestação, refere ser duvidosa a conformidade constitucional da natureza jurídica da entidade fechada de previdência complementar, sustentando a inadequação da forma de fundação pública sob a personalidade jurídica de direito privado.

Mais uma vez, sem razão a entidade proponente.

A natureza pública da entidade fechada de previdência complementar, conforme exigido na regra do artigo 40, § 15, da Constituição Federal, restou bem observada pelas disposições constantes da lei complementar estadual em exame.

Assim prevê o seu artigo 4º, parágrafo 2º:

Art. 4º - (...)

§ 2º Em atenção à sua natureza pública, deverá a RS-Prev:

I - submeter-se à legislação federal sobre licitações e contratos administrativos na atividade-meio;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

II - realizar concurso público para a contratação de pessoal, exceto para aqueles de provimento por livre nomeação ou de emprego temporário, cuja admissão dar-se-á por meio de processo seletivo, respeitados os princípios constitucionais da administração pública e observadas as peculiaridades da gestão privada;

III - publicar anualmente, na imprensa oficial ou em sítio oficial da administração pública estadual, seus demonstrativos contábeis, financeiros, atuariais e de benefícios, sem prejuízo do fornecimento de informações aos participantes e aos assistidos dos planos de benefícios previdenciários complementares e aos órgãos regulador e fiscalizador das entidades de previdência complementar.

Resta, pois, preservado o caráter público da entidade, sendo irrelevante, para tal fim, a natureza privada de sua personalidade jurídica.

Cumprido registrar que a mesma formalidade jurídica foi adotada em nível federal, por meio da Lei Federal n.º 12.618/2012, como se extrai da leitura de seus artigos 4º, § 1º, e 8º, incisos I, II e III¹².

¹² Art. 4 - É a União autorizada a criar, observado o disposto no art. 26 e no art. 31, as seguintes entidades fechadas de previdência complementar, com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário nos termos das Leis Complementares nos 108 e 109, de 29 de maio de 2001:

(...)

§ 1 A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud serão estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado, gozarão de autonomia administrativa, financeira e gerencial e terão sede e foro no Distrito Federal.

Art. 8 - Além da sujeição às normas de direito público que decorram de sua instituição pela União como fundação de direito privado, integrante da sua administração indireta, a natureza pública das entidades fechadas a que se refere o § 15 do art. 40 da Constituição Federal consistirá na:

I - submissão à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos;

II - realização de concurso público para a contratação de pessoal, no caso de empregos permanentes, ou de processo seletivo, em se tratando de contrato temporário, conforme a Lei no 8.745, de 9 de dezembro de 1993;

III - publicação anual, na imprensa oficial ou em sítio oficial da administração pública certificado digitalmente por autoridade para esse fim credenciada no âmbito da Infraestrutura



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

E esse argumento já foi levado a exame do Supremo Tribunal Federal, no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n.ºs 4.885-DF e 4.946-DF, em relação ao que se manifestou a Procuradoria-Geral da República contrariamente à tese.

Em sendo assim, não se afigura vício quanto a esse aspecto.

Por outro lado, diante da conclusão pela possibilidade da existência de fundação pública com personalidade jurídica de direito privado, tem-se por prejudicada a alegação de inconstitucionalidade do artigo 7º, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar n.º 14.750/2015, vez que toda a argumentação da autora é baseada na obrigatoriedade de se atribuir personalidade jurídica de direito público a fundações instituídas pelo Poder Público.

Aliás, é importante mencionar, nesse ponto, que a regra legal adotada no Estado se assemelha à contemplada no artigo 5º, § 8º, da Lei n.º 12.618/2012¹³, que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais de

de Chaves Públicas Brasileira (ICP Brasil), de seus demonstrativos contábeis, atuariais, financeiros e de benefícios, sem prejuízo do fornecimento de informações aos participantes e assistidos dos planos de benefícios e ao órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar, na forma das Leis Complementares n.ºs 108 e 109, de 29 de maio de 2001.

¹³ Art. 5º - A estrutura organizacional das entidades de que trata esta Lei será constituída de conselho deliberativo, conselho fiscal e diretoria executiva, observadas as disposições da Lei Complementar n.º 108, de 29 de maio de 2001.

(...)

§ 8º A remuneração e as vantagens de qualquer natureza dos membros das diretorias executivas das entidades fechadas de previdência complementar serão fixadas pelos seus conselhos deliberativos em valores compatíveis com os níveis prevalecentes no mercado de trabalho para profissionais de graus equivalentes de formação profissional e de especialização, observado o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

cargo efetivo, o qual também atribui ao Conselho Deliberativo da entidade a competência para fixar a remuneração dos membros das suas diretorias executivas.

3.3 Da inexistência de estudo atuarial a amparar a definição da alíquota de contribuição para o regime complementar

Desde logo é de se reconhecer que, em vista dos autos do processo legislativo que culminou na edição da lei complementar em análise, inexistente qualquer demonstração financeira ou atuarial a sustentar a eleição da alíquota de contribuição paritária máxima de 7,5%, como definido no artigo 24 do texto legal¹⁴.

Contudo, a despeito de tal omissão, não há como se concluir pelo vício de inconstitucionalidade que daí decorra.

Isto porque o princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial encontra assento no *caput* do artigo 40 (Regime Próprio de Previdência do Servidor – RPPS) e no *caput* do artigo 201 (Regime Geral de Previdência Social – RGPS), ambos da Constituição Federal. Tal decorre de suas próprias características, em especial no que se refere à filiação compulsória, ao regime de

¹⁴ Art. 24 - A alíquota da contribuição do patrocinador será igual à do participante, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios, e não poderá exceder o percentual de 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento).

§ 1º A alíquota de contribuição do participante será por ele definida, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios e no respectivo plano de custeio.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

financiamento por repartição ou capitalização coletiva e, sobretudo, pela natureza do benefício definido a que se propõe a garantir.

Contrariamente, tratando-se de Regime de Previdência Complementar – RPC, submetido às regras do artigo 202 da Constituição Federal, o modelo está assentado na *constituição de reservas que garantam o benefício contratado*, não encontrando o invocado princípio do equilíbrio financeiro e atuarial matriz constitucional.

Dito modelo propõe-se a constituir, mediante capitalização individual, recursos suficientes que garantam o benefício contratado. Ao mais, no âmbito de sua aplicação ao servidor público, por expressa definição constitucional, só poderão ser ofertados planos de benefícios na modalidade de contribuição definida, sendo indefinido o valor do benefício a que fará jus o participante. É o que se extrai de modo explícito do comando do artigo 40, § 15, da Constituição Federal.

Cabe registrar, ainda, que o regime é de filiação facultativa, estando a definição da alíquota de contribuição a critério do próprio filiado, para o que o ente público garantirá a contribuição paritária até o patamar máximo de 7,5%, podendo o servidor optar por valor inferior ou até mesmo superior a tal percentual.

Nesse sentido, é a lição da doutrina:

§ 2º Além da contribuição normal de que trata o “caput” deste artigo, o regulamento poderá admitir o aporte de contribuições extraordinárias, sem aporte correspondente do patrocinador.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Outra característica marcante da previdência complementar refere-se à forma de cálculo dos benefícios que serão concedidos sob a forma de contribuição definida (CD). Nesse caso, não há certeza quanto ao benefício a ser recebido pelo servidor no início da fase concessiva. Dependerá de uma série de fatores, sendo a principal delas a rentabilidade dos investimentos feitos. Por óbvio, essa rentabilidade será variável da taxa de juros, das regras de regulação, bem como, da taxa de crescimento da economia. Nesse tipo de arranjo a maioria dos riscos corre por conta do servidor, pois, por definição, não há compromisso com um valor pré-determinado de benefício.

Trata-se de importante avanço no sentido de dotar essa previdência complementar de todas as condições de atender os seus fins. Para tanto, contará com a contribuição de servidores e do próprio estado. A lei complementar nº 108/01, que estabelece as bases para a instituição dessas previdências complementares, determina que a relação contributiva será necessariamente de 1:1, ou seja, o estado contribuirá, no máximo, com o mesmo montante vertido pelo servidor. Essa regra tem o condão de evitar que o estado contribua muito mais do que o servidor, representando uma transferência de renda para o mesmo, o que não é a idéia fundamental do modelo¹⁵.

Assim, a definição do valor limite da alíquota de contribuição paritária a cargo do patrocinador estatal mais decorre de opção política, que se expressa na edição do marco normativo próprio, sendo decorrente do grau de esforço previdenciário que esteja o ente estatal disposto a suportar.

Não há, pois, como se vislumbrar qualquer ofensa a regra expressa ou a princípio que enseje o reconhecimento de

¹⁵ NÓBREGA, Marcos. *A emenda constitucional n. 41 e a previdência complementar do servidor público* In: Modesto, Paulo; Costa, Álvaro Augusto Ribeiro (et al.). *Reforma da Previdência: Análise e Crítica da Emenda Constitucional No. 41/2003: Doutrina, Pareceres e Normas Selecionadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 199/200.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

inconformidade constitucional sindicável na via abstrata, como preconiza a requerente.

3.4 Da alegada inconstitucionalidade por omissão em razão da falta de regra prevendo a adesão facultativa dos novos servidores ao novo regime

A autora alega que a Lei Complementar objurgada padece de inconstitucionalidade por omissão, sob o argumento de que, no seu artigo 2º, não estabelece a adesão facultativa para os novos servidores.

O artigo de lei questionado está vazado nos seguintes termos:

Art. 2º - Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS –, de que trata o art. 201 da Constituição Federal, às aposentadorias e às pensões a serem concedidas pelo Regime Próprio de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – RPPS/RS – aos servidores, inclusive os membros de Poder, titulares de cargos efetivos que:

I - ingressarem no serviço público a partir da data da publicação do ato de instituição do RPC/RS, independentemente de sua adesão ao plano de benefícios;

II - tenham ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do RPC/RS, nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e ao RPC/RS adiram mediante prévia e expressa opção, conforme previsto no § 16 do art. 40 da Constituição Federal;

III - sejam oriundos de outro ente da Federação no qual tenha sido instituído regime de previdência complementar, na forma dos §§ 14 e 15 do art. 40 da Constituição Federal, anteriormente ao ingresso de tais servidores e que venham a



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

vincular-se ao RPPS do Estado do Rio Grande do Sul após o ato de instituição do RPC/RS.

Observa-se, do teor do dispositivo de lei impugnado, que somente se aplica o limite máximo previsto no Regime Geral de Previdência Social – RGPS em três situações:

a) aos servidores que ingressarem nos quadros do Estado do Rio Grande do Sul, a partir da data do ato de instituição do RPC;

b) aos servidores que sejam oriundos de outro ente da Federação, no qual tenha sido instituído regime de previdência complementar anteriormente ao ingresso de tais servidores e que venham a vincular-se ao RPPS do Estado do Rio Grande do Sul; e

c) aos servidores que tenham ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do RPC/RS, nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e ao RPC/RS adiram mediante prévia e expressa opção.

Resta claro, portanto, da leitura do dispositivo legal supramencionado, que todos aqueles servidores já vinculados ao Estado à época da instituição do RPC permanecem sob a égide das regras anteriormente previstas no RPPS, cujo benefício encontrará limite, em regra, em suas médias contributivas (e eventualmente na regra transitória de integralidade), protegendo-se, assim, a expectativa do servidor à sua manutenção nas regras de ingresso, facultada, contudo, mediante prévia e expressa opção, a sua



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

migração para o novel regime, a partir do que terá seu futuro benefício composto pela parcela suportada pelo regime próprio (benefício definido com limitação ao teto do valor aplicado ao regime geral) e, se assim aderir, pelo regime complementar, nos termos do benefício indefinido que vier a capitalizar.

Por outro lado, não há no texto da norma em questão disposição no sentido de que a adesão de quaisquer servidores ao Regime de Previdência Complementar da RS-Prev seja cogente. Obrigatória, apenas, é a sujeição ao limite estabelecido pelo Regime Geral de Previdência – RGPS, para aqueles servidores que se enquadrem nas situações descritas no artigo 2º, incisos I a III, da Lei Complementar n.º 14.750/2015.

Dessa forma, não merece respaldo a alegação de inconstitucionalidade por omissão nesse tocante.

3.5 Da ausência de regra de compensação pelas contribuições vertidas ao regime anterior, na hipótese de migração voluntária pelo servidor

Argumenta a entidade proponente que a Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015, ao não estabelecer qualquer forma de compensação pelas contribuições anteriormente vertidas pelo servidor que voluntariamente migre para o novel Regime de Previdência Complementar – RPC, sujeitando-se à limitação de seu futuro benefício a ser custeado pelo Regime Próprio



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

de Previdência dos Servidores estaduais – RPPS, estaria a incidir em vício de inconstitucionalidade, por ofensa aos princípios da contributividade e da isonomia.

O dispositivo legal está assim posto:

Art. 2º - Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS –, de que trata o art. 201 da Constituição Federal, às aposentadorias e às pensões a serem concedidas pelo Regime Próprio de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – RPPS/RS – aos servidores, inclusive os membros de Poder, titulares de cargos efetivos que:

(...)

II - tenham ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do RPC/RS, nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e ao RPC/RS adiram mediante prévia e expressa opção, conforme previsto no § 16 do art. 40 da Constituição Federal;

(...)

Como mesmo expresso na redação do inciso II, a regra estadual encontra fundamento no artigo 40, § 16, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

(...)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

*§ 16 Somente mediante sua **prévia e expressa opção**, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 20, de 15/12/98).*

(...)

As referidas regras concretizam, no trato da relação previdenciária do servidor público de provimento efetivo, o princípio da proteção da confiança, expressão do princípio da segurança jurídica, que deflui do sobreprincípio do Estado Democrático de Direito.

Assim, *prima facie*, o dispositivo da Lei Complementar Estadual em apreço aparenta conformação à Constituição Federal, a qual invoca como fundamento jurídico.

Contudo, em exame apurado frente aos princípios constitucionais que informam a relação previdenciária do servidor público de provimento efetivo, verifica-se que a regra, com sua redação limitada, incide em vício de inconstitucionalidade, em afronta aos princípios da contributividade previdenciária, da vedação de enriquecimento sem causa pela administração, da isonomia e da proporcionalidade.

Com efeito, não há como se reputar realizados os princípios constitucionais acima referidos uma vez que o dispositivo em apreço não prescreve qualquer forma de retribuição ao servidor



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

pelas contribuições anteriormente vertidas sobre base de cálculo correspondente à integralidade de seus vencimentos.

3.5.1 Da ofensa ao princípio contributivo

Em primeiro plano, resulta manifesta a ofensa ao princípio contributivo.

Como por demais sabido, a reforma previdenciária introduzida pela Emenda Constitucional n.º 20/1998 promoveu inovação substancial no paradigma previdenciário dos servidores públicos efetivos, na medida em que instituiu o caráter contributivo do sistema. Assim, por expressa disposição constitucional, o regime próprio de previdência dos servidores passou a ser estruturado sob os pilares da solidariedade e da contributividade.

Eis o dispositivo constitucional:

*Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado **regime de previdência de caráter contributivo** e solidário, **mediante contribuição** do respectivo ente público, **dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 41, 19.12.2003).*

Em seguimento, a nova disciplina constitucional teve seu sentido normativo reforçado por conta da inovação promovida pela Emenda Constitucional de n.º 41/2003, que, por meio da



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

alteração na redação do § 1º do artigo 149 da Constituição Federal, exortou todos os entes federados a instituírem alíquotas de contribuição de seus servidores em valor não inferior ao previsto pela União Federal.

Art. 149 - Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

Em nível legislativo local, o caráter contributivo do regime dos servidores veio a ser concretizado pelo advento da Lei Estadual n.º 12.065/2004, que, estruturando o Regime Próprio de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul, instituiu a alíquota de 11% incidente sobre a totalidade da remuneração dos servidores efetivos.

Registre-se, por pertinente, que mesmo anteriormente, por força do que instituído pela Lei Complementar Estadual n.º 10.588/1995, estavam os servidores sujeitos à contribuição previdenciária suplementar, de natureza compulsória,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

destinada a custear os proventos de aposentadoria, correspondente a 2% (dois por cento) sobre a remuneração líquida.

Em linha evolutiva, por força do advento da Lei Complementar Estadual n.º 13.758/2011, a alíquota de contribuição dos servidores foi majorada de 11% para 14%, sendo objeto de ação direta de inconstitucionalidade de n.º. 70045262581, julgada procedente pelo Tribunal de Justiça Estadual.

No ano de 2012, foi aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado a Lei Complementar n.º 14.016/2012, que, atualizando o tema da majoração da alíquota previdenciária, estabeleceu-a em 13,25%, sendo esta a alíquota vigente.

Do que se verifica da realidade previdenciária, o princípio da contributividade, para além de ser comando abstrato, mereceu concretização legislativa, passando os servidores públicos efetivos estaduais a custearem o regime próprio, com expressiva contribuição incidente sobre a totalidade de seus vencimentos.

O regime, pois, já de há muito não mais apresenta sua natureza original premial e graciosa, apresentando hodiernamente configuração informada por uma relação que é contributiva e onerosa.

Assim, o princípio da contributividade está a impor uma necessária correlação retributiva, vale dizer, se é certo que não pode haver benefício sem contribuição, também é certo afirmar que não haverá contribuição sem benefício.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Não por outra razão que, em nível legislativo federal, a Lei n.º 12.618/2012, que instituiu o Regime Previdenciário Complementar na esfera da União, estabeleceu, em seu artigo 3º, *caput* e parágrafos, a concessão de benefício especial ao servidor que, voluntariamente, opte por migrar para o novel regime.

Art. 3 - 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 , aos servidores e membros referidos no caput do art. 1º desta Lei que tiverem ingressado no serviço público:

(...)

II - até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1 desta Lei, e nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e que exerçam a opção prevista no § 16 do art. 40 da Constituição Federal.

§ 1 É assegurado aos servidores e membros referidos no inciso II do caput deste artigo o direito a um benefício especial calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observada a sistemática estabelecida nos §§ 2 a 3 deste artigo e o direito à compensação financeira de que trata o § 9 do art. 201 da Constituição Federal, nos termos da lei.

§ 2 O benefício especial será equivalente à diferença entre a média aritmética simples das maiores remunerações anteriores à data de mudança do regime, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência, e o limite máximo a que se refere o caput deste artigo, na forma regulamentada pelo Poder Executivo, multiplicada pelo fator de conversão.

Por certo, o legislador ordinário federal não obrou por liberalidade ou por critérios de gratidão. Agiu, em verdade, a fim de evitar dar causa a vício de inconstitucionalidade, sendo relevante notar que a previsão federal já mesmo constava da redação do Projeto de Lei apresentado à Câmara Federal.

Ao que se vê, resulta evidente que a omissão da Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015, ao não prever qualquer forma de retribuição pelas contribuições efetivamente vertidas ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores ofende o princípio contributivo, que encontra assento expresso na Constituição Federal.

E, nesse ponto, também se verifica malferimento à Constituição Estadual, a qual, em seu artigo 38, § 6º, também estabelece o caráter contributivo da participação dos agentes públicos no custeio da previdência social.

3.5.2 Da ofensa ao princípio da vedação de enriquecimento sem causa pela administração pública

Correlato à ofensa ao princípio da contributividade, o dispositivo estadual veicula norma que importará no enriquecimento sem causa pela administração.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

É que, ao não apresentar solução normativa que retribua as contribuições até então vertidas pelos servidores que optarem pela migração, o Regime Próprio de Previdência dos Servidores experimentará efetivo enriquecimento sem causa, na medida em que terá recebido contribuições previdenciárias de tais servidores incidentes sobre a totalidade da remuneração, ao passo que, em decorrência da migração voluntária, estará comprometido a suportar futuro benefício previdenciário em valor limitado ao praticado como teto no Regime Geral de Previdência Social.

A diferença que se dá entre a fonte de custeio praticada até o momento da migração (com incidência sobre a totalidade dos vencimentos) e o valor do futuro benefício (com limitação ao teto do RGPS) representará enriquecimento financeiro para o gestor previdenciário e desequilíbrio atuarial que reverterá em seu exclusivo proveito, inexistindo causa legítima que assim autorize.

Como sabido, a vedação do enriquecimento sem causa pela administração é princípio implícito que deflui do sobreprincípio do Estado Democrático de Direito.

Sua aplicação como princípio oponível à administração pública encontra fundamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O excelso Pretório vem reconhecendo sua relevância para informar a relação do servidor frente à administração pública. A título ilustrativo, ainda que versando sobre matéria diversa, é o que



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

se extrai do julgamento de admissão da repercussão geral consubstanciado no tema 635 daquela Corte.

Recurso extraordinário com agravo. 2. Administrativo. Servidor Público. 3. Conversão de férias não gozadas – bem como outros direitos de natureza remuneratória – em indenização pecuniária, por aqueles que não mais podem delas usufruir. Possibilidade. Vedaçãõ do enriquecimento sem causa da Administração. 4. Repercussão Geral reconhecida para reafirmar a jurisprudência desta Corte. (ARE 721001 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 28/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-044 DIVULG 06-03-2013 PUBLIC 07-03-2013)

3.5.3 Da ofensa ao princípio da igualdade

Por terceiro, mas não menos relevante, resulta cristalino que a redação deficiente do artigo 4º, inciso II, da Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015 consagra vício de inconstitucionalidade material por ofensa ao princípio da igualdade.

A Constituição Federal estabelece como princípio reitor de todo o ordenamento jurídico o direito à igualdade, previsto expressamente no artigo 5º, *caput* e inciso I, de seu texto, *in verbis*:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

A igualdade, contudo, encerra uma dimensão formal e outra material. Na segunda acepção do princípio, não basta o tratamento formalmente isonômico se os destinatários da norma estão em posições de desigualdade.

Nesta hipótese, é necessário conferir-se tratamento especial a situações especiais, sob pena de, por via transversa, promover-se tratamento desigual em sua substância.

Em tudo pertinente, traz-se à colação o seguinte precedente da lavra do Ministro Eros Grau.

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 77 DA LEI FEDERAL N. 9.504/97. PROIBIÇÃO IMPOSTA AOS CANDIDATOS A CARGOS DO PODER EXECUTIVO REFERENTE À PARTICIPAÇÃO EM INAUGURAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS NOS TRÊS MESES QUE PRECEDEM O PLEITO ELETIVO. SUJEIÇÃO DO INFRATOR À CASSAÇÃO DO REGISTRO DA CANDIDATURA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. ARTIGO 50, CAPUT E INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INOCORRÊNCIA. 1. A proibição veiculada pelo preceito atacado não consubstancia nova condição de elegibilidade. Precedentes. 2. O preceito inscrito no artigo 77 da Lei federal n. 9.504 visa a coibir abusos, conferindo igualdade de tratamento aos candidatos, sem afronta ao disposto no artigo 14, § 9º, da Constituição do Brasil. 3. A alegação de que o artigo impugnado violaria o princípio da isonomia improcede. **A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir***



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. 4. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.(ADI 3305, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2006, DJ 24-11-2006 PP-00060 EMENT VOL-02257-03 PP-00555 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 98-110)

Voltando à análise do dispositivo em questão, verifica-se que sua solução normativa acaba por igualar sujeitos absolutamente desiguais.

Com efeito, ao dar tratamento formalmente isonômico entre os sujeitos referidos nos incisos I, II e III do artigo 2º da Lei Complementar n.º 14.750/2015, o legislador estadual afrontou o princípio da igualdade, equiparando situações que são substancialmente diversas.

Ao que se vê, três são os grupos contemplados no ato normativo, aos quais será aplicado o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS de que trata o artigo 201 da Constituição Federal, às aposentadorias e às pensões a serem concedidas pelo Regime Próprio de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul – RPPS/RS: os servidores que:

- I - ingressarem no serviço público a partir da data da publicação do ato de instituição do RPC/RS, independentemente de sua adesão ao plano de benefícios;*
- II - tenham ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do RPC/RS, nele tenham*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

permanecido sem perda do vínculo efetivo, e ao RPC/RS adiram mediante prévia e expressa opção, conforme previsto no § 16 do art. 40 da Constituição Federal;

III - sejam oriundos de outro ente da Federação no qual tenha sido instituído regime de previdência complementar, na forma dos §§ 14 e 15 do art. 40 da Constituição Federal, anteriormente ao ingresso de tais servidores e que venham a vincular-se ao RPPS do Estado do Rio Grande do Sul após o ato de instituição do RPC/RS.

Os integrantes do primeiro e terceiro grupo referem-se aos servidores que jamais experimentaram vinculação ininterrupta ao regime próprio de previdência, ainda que oriundos de outra unidade federativa. Por esta razão, a relação previdenciária que estabelecem terá sido, já anteriormente, submetida às regras de limitação de benefício e de vinculação facultativa ao regime complementar.

Contudo, em relação ao segundo grupo, a limitação ao benefício e a vinculação ao novel regime de previdência complementar se dará por expressa decisão pessoal, pelas motivações que sejam de ordem subjetiva do servidor. De tal sorte, neste caso, havendo prévia e ininterrupta vinculação a Regime Próprio de Previdência Social, inviável dispensar a norma igual solução conferida aos demais, porquanto deva ser retribuído, de alguma forma, o passado contributivo deste grupo de servidores. As situações devem ser tratadas com desigualdade na medida em que se desigualam.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Tem-se, na hipótese, em razão da deficiente previsão contida no artigo 2º, inciso II, da lei em apreço, ofensa ao princípio da igualdade, merecendo a norma adequação legislativa.

3.5.4 Da ofensa ao princípio da proporcionalidade (vedação de proteção deficiente do direito fundamental social)

Sob um quarto aspecto também está presente a mácula da inconstitucionalidade da previsão contida no artigo 2º, inciso II, da Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015.

De tudo que já foi afirmado, resulta claro que o dispositivo em apreço conferiu proteção deficiente ao direito fundamental social do grupo de servidores a que se destina.

Primeiramente, cabe enfatizar que o direito à proteção previdenciária do servidor público é direito fundamental social consagrado expressamente no texto constitucional, o que se extrai do seu artigo 6º, *caput*, densificado, quanto ao servidor público, nas previsões constantes do artigo 40, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal.

Da fundamentabilidade do direito resulta o dever imposto ao legislador de conferir adequada proteção, devendo, em sua tarefa concretizadora, observar critérios de proporcionalidade na adoção de medidas legais. Daí decorre ser vedada a interferência desproporcional que restrinja o núcleo essencial do direito (proibição



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

de excesso), assim como, em sentido contrário, ser vedada a insuficiência da proteção (proibição de proteção deficiente).

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o reconhecimento do dever de proteção suficiente vem encontrando amparo em decisões paradigmáticas, sendo critério adotado para o reconhecimento de inconstitucionalidade de ato normativo que, a pretexto de proteger o direito fundamental, confira proteção deficiente.

Em tudo pertinente à hipótese, versando sobre o tema da seguridade social, invoca-se o precedente relativo à Reclamação nº 4.374-PE¹⁶, que discutia a constitucionalidade de critério contido no artigo 20 da Lei n.º 8.742/1993 enquanto regulamentação do direito previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal.

Em voto condutor lançado pelo Ministro Gilmar Mendes, foi reconhecida a inconstitucionalidade parcial do dispositivo por ofensa ao dever de proteção suficiente do direito. Extrai-se de sua fundamentação:

Assim, ao contrário de outras ordens jurídicas, que preferiram não estampar no texto constitucional promessas sociais mais ambiciosas, a ordem constitucional brasileira protege a assistência social e, especificamente o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição de 1988, como um verdadeiro direito fundamental exigível perante o Estado. Esse direito ao benefício assistencial de um salário mínimo possui uma dimensão subjetiva, que o torna um típico direito público subjetivo de caráter positivo, o qual impõe ao Estado

¹⁶ Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, acórdão eletrônico DJe-173.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

obrigações de ordem normativa e fática. Trata-se, nesse sentido, de um direito à prestação em face do Estado, o qual fica obrigado a assegurar as condições normativas (edição de normas e conformação de órgãos e procedimentos) e fáticas (manutenção de um estado de coisas favorável, tais como recursos humanos e financeiros) necessárias à efetividade do direito fundamental.

“Além de uma dimensão subjetiva, portanto, esse direito fundamental também possui uma complementar dimensão objetiva. Nessa dimensão objetiva, o direito fundamental à assistência social assume o importante papel de norma constitucional vinculante para o Estado, especificamente, para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ela assim impõe ao Legislador um dever constitucional de legislar, o qual deve ser cumprido de forma adequada, segundo os termos do comando normativo previsto no inciso V do art. 203 da Constituição. O não cumprimento total ou parcial desse dever constitucional de legislar gera, impreterivelmente, um estado de proteção insuficiente do direito fundamental. Destarte, como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbot), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen im Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161).

“A violação, pelo legislador, dessa proibição de proteção insuficiente decorrente do direito fundamental gera um estado de omissão inconstitucional submetido ao controle do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre não exatamente em razão da ausência de legislação, ou tendo em vista eventual mora do legislador em regulamentar determinada norma constitucional, mas quando o legislador atua de forma insuficiente, isto é, edita uma lei que cumpre apenas de forma parcial o comando constitucional.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

O precedente amolda-se com perfeição ao exame do dispositivo questionado. Com efeito, sob a aparente proteção conferida pela norma do artigo 2º, inciso II, da Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015, resulta solução que ofende os princípios da contributividade, da vedação de enriquecimento sem causa pela administração e da igualdade, sendo deficiente a proteção conferida pelo dispositivo, o que também conduz à ofensa ao princípio implícito da proporcionalidade.

Especificamente sobre a razoabilidade ou a proporcionalidade em matéria tributária, também já se manifestou a Suprema Corte:

É cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da CF. Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/1994, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300% (trezentos por cento). A proibição constitucional do confisco em matéria tributária – ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias – nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. O poder público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do quantum pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. (ADI 1.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-6-1998, Plenário, DJ de 24-11-2006).

No mesmo sentido, ainda: AI 482.281-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 30/06/2009, Primeira Turma, *DJE* de 21/08/2009, e RE 523.471-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 06/04/2010, Segunda Turma, *DJE* de 23/04/2010.

No âmbito da Constituição Estadual, aliás, o artigo 19, *caput*, expressamente determina que a administração pública se orientará pelo princípio da razoabilidade, do qual também se deriva a ideia de proporcionalidade, de modo que esse dispositivo se encontra frontalmente vulnerado pela novel legislação.

3.5.5 Das razões para o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão parcial no âmbito do controle abstrato estadual

Além de dispositivos da Constituição do Estado que se encontram vulnerados, como antes indicado, também se encontram outros da Constituição Federal que restam ofendidos, sem que isso impeça o exercício do controle direto de constitucionalidade por esse Tribunal de Justiça.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

E isso porque é assente o entendimento no sentido da possibilidade de controle abstrato da constitucionalidade de atos normativos estaduais em relação à Constituição Federal, no caso de normas reproduzidas na Carta Estadual, sendo, pois, cabível o ingresso com ação direta de inconstitucionalidade perante essa Corte, *ex vi* do artigo 95, § 1º, inciso III, da Constituição da Província.

No caso em análise, calha destacar que a norma objurgada viola dispositivos constantes da Seção I do Capítulo I do Título VI da Constituição Federal, que trata dos princípios gerais do Sistema Tributário Nacional, à qual se reporta expressamente o artigo 140 da Constituição Estadual, prevendo que o *Sistema Tributário no Estado é regido pelo disposto na Constituição Federal, nesta Constituição, em leis complementares e ordinárias e nas leis orgânicas municipais.*

Além disso, são apontados como violadas normas da Carta Magna que tratam dos princípios fundamentais (Estado Democrático de Direito) e dos direitos e garantias fundamentais (princípio da igualdade e direito à previdência social), os quais são de observância indeclinável no âmbito estadual, considerando o que prescreve o artigo 1º da Carta da Província, por via do princípio da unidade do ordenamento jurídico brasileiro, o qual preconiza que o Estado do Rio Grande do Sul adota *os princípios fundamentais e os direitos individuais, coletivos, sociais e políticos consagrados pela Constituição Federal.*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Por fim, também é de registrar que o regime jurídico dos servidores civis estaduais, inclusive o previdenciário, submete-se aos princípios e às normas da Constituição Federal, nos termos do artigo 30 da Constituição Estadual.

Vale dizer, a Constituição Gaúcha contém dispositivos que fazem remissão à Constituição Federal. Assim, uma lei estadual contrária à Lei Fundamental, consequentemente, em inúmeros casos, também está em desconformidade com a Constituição Estadual, pois esta adota os princípios basilares da República, os direitos e garantias fundamentais e os princípios tributários consagrados na Constituição Federal, entre outros.

Desse modo, há parâmetro constitucional estadual para o cotejo das normas apontadas, sendo de competência do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a apreciação da matéria, na forma do artigo 95, inciso XII, alínea *d*, da Constituição Estadual, na trilha dos seguintes julgados:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE, PORQUE INSTAURÁVEL, PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE LEIS MUNICIPAIS (CF, ART. 125, § 2º). POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO, EM REFERIDO PROCESSO DE ÍNDOLE OBJETIVA, DE MEDIDA CAUTELAR APTA A SANAR, DE IMEDIATO, A LESIVIDADE DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO. ADPF NÃO CONHECIDA.

- A possibilidade de instauração, no âmbito do Estado-membro, de processo objetivo de fiscalização normativa



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

abstrata de leis municipais contestadas em face da Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º) torna inadmissível, por efeito da incidência do princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), o acesso imediato à argüição de descumprimento de preceito fundamental. É que, nesse processo de controle abstrato de normas locais, permite-se, ao Tribunal de Justiça estadual, a concessão, até mesmo “in limine”, de provimento cautelar neutralizador da suposta lesividade do diploma legislativo impugnado, a evidenciar a existência, no plano local, de instrumento processual de caráter objetivo apto a sanar, de modo pronto e eficaz, a situação de lesividade, atual ou potencial, alegadamente provocada por leis ou atos normativos editados pelo Município. Doutrina. Precedentes.

-A questão da parametricidade das cláusulas constitucionais estaduais, de caráter remissivo, para fins de controle concentrado, no âmbito do Tribunal de Justiça local, de leis e atos normativos estaduais e/ou municipais contestados em face da Constituição Estadual.

Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição Estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro.

Com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o “corpus” constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo.

-ADPF não conhecida. (ADPF 100 MC / TO – TOCANTINS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 15/12/2008 Publicação DJe-240 DIVULG 17/12/2008 PUBLIC 18/12/2008)

(...) Assim, se as proposições remissivas constantes das diversas Constituições Estaduais, apesar de seu caráter



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

dependente e incompleto, mantêm sua condição de proposições jurídicas, não haveria razão para se lhes negar a condição de parâmetro normativo idôneo para se proceder, em face delas, ao controle abstrato de normas perante os Tribunais de Justiça. Essa parece ser a tese subjacente ao entendimento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da RCL 733, por unanimidade de votos, seguiu a orientação do Min. Ilmar Galvão, no sentido de que as normas constitucionais estaduais remissivas à disciplina de determinada matéria prevista na Constituição Federal constituem parâmetro idôneo de controle no âmbito local.(...)'Portanto, tal qual o entendimento adotado na RCL n° 383 para as hipóteses de normas constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos da Constituição Federal, também as normas constitucionais estaduais de caráter remissivo podem compor o parâmetro de controle das ações diretas de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça estadual. Dessa forma, também aqui não é possível vislumbrar qualquer afronta à ADI n° 508/MG, Rel. Min. Sydney Sanches (DJ 23.5.2003).

Com essas considerações, nego seguimento à presente reclamação, por ser manifestamente improcedente, ficando prejudicado o pedido de medida liminar (art. 21, § 1o, do RISTF). (Rcl 4432, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/09/2006, publicado em DJ 10/10/2006 PP-00049 RDDP n. 45, 2006, p. 159-166).

Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. - Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente. (STF, Rcl 383, Relator (a): Min. MOREIRA



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 11/06/1992, DJ 21-05-1993 PP-09765 EMENT VOL-01704-01 PP-00001 RTJ VOL-00147-02 PP-00404).

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LEI MUNICIPAL FRENTE À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: EFEITO SUSPENSIVO. I. - Cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, no Tribunal de Justiça estadual, que tem por objeto lei municipal frente à Constituição estadual, reproduzindo esta norma de reprodução obrigatória. Cabimento do recurso extraordinário. II. - Precedentes do STF: Rcl 383/SP, Moreira Alves p/ o acórdão, "DJ" de 21.5.93; RE 190.985/SC, Néri da Silveira, Plenário; RREE 182.576/SP e 191.273/SP, Velloso, 2ª T. III. - Recurso extraordinário: efeito suspensivo: deferimento: ocorrência dos requisitos do fumus boni juris e do periculum in mora. IV. - Decisão do Relator referendada pelo Plenário. Agravo não conhecido. (STF, Pet 2788 AgR, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 31-10-2003 PP-00014 EMENT VOL-02130-02 PP-00253).

E essa Corte de Justiça também já vem reconhecendo a possibilidade de exercício do controle abstrato de constitucionalidade em tais situações, como revelam as ementas a seguir transcritas, que tratam especificamente de matéria previdenciária:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS COMPLEMENTARES ESTADUAIS Nº. 13.757-2011 (ART. 10-A E ART. 14) E Nº. 13.758-2011 (ART. 10-A E ART. 15). PREVIDÊNCIA PÚBLICA. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO ESTADO. REGIME FINANCEIRO DE REPARTIÇÃO SIMPLES E REGIME FINANCEIRO DE CAPITALIZAÇÃO. MEDIDA LIMINAR. SUPENSÃO DA APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS INQUINADOS. A contribuição



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

*previdenciária, por força de sua natureza de tributo, subordina-se aos princípios constitucionais gerais de direito tributário e em especial aos princípios da correlação (art. 195, §5º, da CF), da finalidade (art. 149, §1º, da CF), do equilíbrio financeiro e atuarial (art. 40 da CF) e da vedação ao confisco (art. 150, inciso IV, da CF). Por se subordinar a tais princípios constitucionais, a majoração da alíquota da contribuição previdenciária deve vir amparada em minucioso cálculo atuarial. Os cálculos atuariais existentes nos autos, no entanto, a par de intempestivos, porquanto elaborados após a edição e sanção das leis complementares inquinadas, aparentemente trazem severas inconsistências que, em princípio, retiram a legitimação da majoração da alíquota da contribuição previdenciária no Estado. Assim, presentes o *fumus boni iuris* da autora e o *periculum in mora*, afigura-se prudente o deferimento da medida liminar para o efeito de suspender a aplicação imediata do disposto nos artigos 10-A e 14, ambos da Lei Complementar nº. 13.757-2011, e nos artigos 10-A e 15, ambos da Lei Complementar nº. 13.758-2011 até o julgamento do mérito da presente ação direta de inconstitucionalidade. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA, POR MAIORIA. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70051297778, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 12/11/2012)*

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS COMPLEMENTARES ESTADUAIS QUE DISPÕEM SOBRE O REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES MILITARES E REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (LC 13.757 E 13.578). FIXAÇÃO DE ALÍQUOTA COM REDUTORES. A igualdade tributária inscreve-se expressamente na Constituição e retrata um princípio geral constitucional tributário porque aplicável a todos os tributos (CF, art. 150, II). Decorre do princípio isonômico inerente ao regime democrático e à República (art. 5º, caput e inciso I). Essa igualdade tributária traduz-se em matéria de impostos, no chamado princípio da capacidade contributiva. A Constituição Federal não autoriza a progressividade das alíquotas, realizando-se o princípio da capacidade contributiva. A adoção de alíquota única com variação de base de cálculo também caracteriza progressividade. Precedentes do STF. A inconstitucionalidade do sistema de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

alíquotas distintas, escalonadas ou progressivas atinge o sistema como um todo, devendo o imposto ser calculado, não pela menor das alíquotas progressivas, mas na forma da legislação anterior. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70045262581, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 07/05/2012)

3.5.6 DA SOLUÇÃO CABÍVEL

Do que até aqui visto, o exame de conformidade constitucional dos dispositivos da Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015 aponta para a sua adequação, exceção feita ao que se refere à ausência de regra de compensação pelas contribuições vertidas ao regime anterior, na hipótese de migração voluntária pelo servidor, sendo deficiente a normatização posta no seu artigo 2º, inciso II.

Assim, ao contrário do que propugna a entidade proponente, não há como se afastar a constitucionalidade do novel Regime de Previdência Complementar, porquanto compatíveis suas disposições com as regras e princípios constantes do ordenamento constitucional.

Ao mais, o reconhecimento de incompatibilidade de fragmento do ato normativo não autoriza a desconstituição do restante da norma se dela não decorre qualquer consequência jurídica que prejudique a aplicação dos demais comandos normativos.

Trata-se de aplicar o princípio da preservação do ato normativo ou da divisibilidade da lei, devendo os Tribunais



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

prestigiar o espaço de competência do Poder Legislativo, porquanto é dado ao Parlamento o papel precípua de criar as leis.

Nessa linha, orienta-se a doutrina mais abalizada:

A doutrina e a jurisprudência brasileira admitem plenamente a teoria da divisibilidade da lei, de modo que o Tribunal somente deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma. Faz –se mister, portanto, verificar se estão presentes as condições objetivas de divisibilidade. Para isso, impõe-se aferir o grau de dependência entre os dispositivos, isto é, examinar se as disposições estão em uma relação de vinculação que impediria a sua divisibilidade.¹⁷

Na hipótese, o disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015 apresenta relação de independência quanto ao restante do ato normativo, uma vez que se destina a regular hipótese de alcance restrito e caráter acessório, referente à possibilidade de migração facultativa de servidores até então filiados ao regime próprio de previdência.

De outro lado, o vício que se identifica no referido artigo 2º, inciso II, da lei em apreço decorre sobretudo de sua deficiente proteção conferida ao direito fundamental social, derivando da incompletude da norma a ofensa aos princípios constitucionais.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; *Jurisdição Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 342/343.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

Assim sendo, o mero afastamento do dispositivo, em sede de controle abstrato, ainda que atenua os efeitos do vício de inconstitucionalidade, não o resolveria por completo.

É bem verdade que, atualmente, dispõem os Tribunais de verdadeiro *arsenal diversificado de técnicas de decisão para enfrentar os problemas de omissão inconstitucional*¹⁸, seja no campo do controle abstrato de normas, seja pela via concreta injuncional, em que a jurisprudência da Corte Suprema evoluiu da fase declaratória para o atual estágio concretizador.

Nesse contexto, a medida adequada para sanar o vício apontado parece ser o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão parcial de referido ato normativo, sem pronúncia de nulidade, determinando-se ao Governador do Estado que encaminhe projeto de lei que preveja regras para a referida compensação e à Assembleia Legislativa que o aprecie e aprove.

É de esclarecer que a necessidade de cientificar ambos os Poderes - Executivo e Legislativo - decorre do fato de que a competência para a iniciativa do projeto de lei é de um órgão e para a sua apreciação e aprovação é de outro.

Sobre esse tema, esclarecem Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi¹⁹:

¹⁸ Conforme expressão cunhada pelo Ministro Gilmar Mendes em julgamento da referida Reclamação 4.374-PE.

¹⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 135.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

(...) Quase sempre a regulamentação primária de dispositivo constitucional é de competência do Legislativo. Contudo, a omissão pode também ser causada por autoridades que não pertencem ao Poder Legislativo, na medida em que está prevista sua participação necessária no processo legislativo. (...).

Destaca-se que não há que se falar em omissão absoluta no caso em tela, uma vez que o ato normativo atendeu parcialmente os comandos constitucionais, na medida em que permitiu a migração dos antigos servidores públicos para o novo regime previdenciário. Todavia, deixou de prescrever regras sobre a compensação pelas contribuições anteriormente vertidas, considerando a limitação que seu benefício terá de acordo com a nova regulamentação legal.

Nesse sentido, asseveram Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes²⁰:

(...) Tem-se omissão absoluta quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Constatam-se semelhanças com a omissão total ou absoluta nos casos em que existe um ato normativo que, todavia, atende parcialmente à vontade constitucional. Trata-se de omissão parcial (...)

Igualmente, preleciona Luís Roberto Barroso²¹:

(...) A omissão parcial poderá ser identificada como relativa ou parcial propriamente dita. Na omissão parcial

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 506.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 198.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

propriamente dita, a norma existe, mas não satisfaz plenamente o mandamento constitucional, por insuficiência ou deficiência de seu texto. É o que ocorre, por exemplo, com a lei que instituiu o salário mínimo em patamar incapaz de atender aos parâmetros impostos pelo art. 7º, IV, da constituição. Por outro lado, a omissão será relativa quanto um ato normativo outorgar a alguma categoria de pessoas determinado benefício, com exclusão de outra ou outras categorias que deveriam ter sido contempladas, em violação ao princípio da isonomia. Exemplo típico é a concessão de reajuste a servidores militares, sem estendê-lo aos civis, ao tempo em que a constituição impunha o tratamento paritário. (...).

De fato, no caso presente se está diante de **inconstitucionalidade por omissão parcial propriamente dita**, uma vez que norma há; contudo, *não satisfaz plenamente o mandamento constitucional*, devendo, por esse motivo, ser reconhecida judicialmente, para o fim de ser implementada legalmente alguma forma razoável de compensação pelas contribuições anteriormente vertidas pelos servidores públicos que migrarem para o novo regime de previdência social.

Daí porque é suficiente a comunicação do Governador e da Assembleia Legislativa nos termos referidos, sem qualquer redução do texto da lei impugnada, o que é possível diante do abrangente comando do artigo 27 da Lei n.º 9.868/1999, segundo o qual:

Art. 27 - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Sobre o artigo, refere Zeno Veloso²²:

(...) Considerando que os casos de omissão absoluta do legislador, com o passar do tempo, e o atendimento do dever constitucional de legislar irão ficando raros, e não havendo dúvida maior quanto ao efeito da sentença, persistirão as hipóteses de omissão parcial do legislador, matéria complexa, que tem suscitado posições divergentes na doutrina, especialmente quanto à extensão e conteúdo das sentenças proferidas nesses processos.

Na falta de opções, o Supremo Tribunal Federal vinha declarando a inconstitucionalidade por omissão de leis, quer se tratasse de omissão completa ou absoluta, ou parcial ou relativa, com as necessárias consequências da sentença de inconstitucionalidade.

Atualmente, diante do art. 27, da Lei 9.868/99, o angustiante problema das omissões parciais pode ser solucionado com a utilização das novas técnicas de controle de que pode se utilizar o Excelso Pretório (...).

E o Supremo Tribunal Federal tem utilizado essa técnica decisional:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei

²² VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 259.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

8.742/93 que: “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. Omissão parcial inconstitucional. 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF, Pleno, RE nº 580963, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013)

3.6 Por fim, destaca-se a necessidade de que o presente feito seja julgado conjuntamente com a ADIN nº 70069544146, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, uma vez que em ambas as ações é questionada a constitucionalidade de aspectos idênticos da Lei Complementar Estadual n.º 14.750/2015, a fim de que sejam evitadas decisões contraditórias.

4. Pelo exposto, opina o Ministério Público que, repelidas as prefaciais apresentadas pela Procuradoria-Geral do Estado e pelo Governador do Estado, seja julgada parcialmente procedente a presente ação direta, declarando-se a **inconstitucionalidade por omissão parcial, sem pronúncia de nulidade e com chamamento ao legislador**, em face do disposto na **Lei Complementar Estadual n.º 14.750, de 15 de outubro de 2015, do Estado do Rio Grande do Sul**, por afronta aos artigos 1º, 19, *caput*, 30, 38, parágrafo 6º, e 140, *caput*, da Constituição Estadual, combinados com os artigos 1º, *caput*, 5º, *caput* e inciso I,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
pgj@mprs.mp.br

6º, *caput*, 40, 149, parágrafo 1º, e 150, inciso II, da Constituição Federal, instando o Governador do Estado a elaborar e enviar projeto de lei à Assembleia Legislativa, contemplando regras sobre a compensação pelas contribuições anteriormente vertidas pelo servidor público que voluntariamente migrar para o novel Regime de Previdência Complementar – RPC, bem como o Poder Legislativo a apreciá-lo e aprová-lo.

Porto Alegre, 17 de novembro de 2016.

PAULO EMILIO J. BARBOSA,

Procurador-Geral de Justiça, em exercício.

(Este é um documento eletrônico assinado digitalmente pelo signatário)

BHJ/BSB/MPM