

PARECER SOBRE O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NA BAHIA

I. Intróito

Na qualidade de Professor de Servidor Público da UESB e de advogado da ADUSB, nos fora solicitado pela Diretoria desta entidade sindical um parecer sobre a criação da Fundação de Previdência Complementar dos Servidores Públicos do Estado da Bahia – PREVBÁHIA.

Nesse diapasão, na solicitação apresentada foram indicadas as principais dúvidas concernentes ao assunto.

II. Premissas Jurídicas

Em razão do modelo de estado adotado por nossa nação, uma federação, a Constituição da República Federativa do Brasil institui normas que tem aplicabilidade obrigatória não apenas para a União, mas também para os Estados, Municípios e Distrito Federal.

Assim, na linguagem dos constitucionalistas, temos normas constitucionais sensíveis, estabelecidas e extensíveis. As normas constitucionais sensíveis são aquelas que quando violadas podem ensejar uma intervenção federal no Estado. As normas estabelecidas são aquelas previstas na Constituição que têm como destinatários os Estados ou os Municípios (por exemplo, as que estabelecem a duração dos mandatos dos Governadores e dos Prefeitos). E as normas extensíveis que são destinadas as todas as entidades federativas do mesmo modo, como a prevista no *caput* do art. 37 da Carta Magna que estatui os princípios que regem o funcionamento da Administração Pública, quais sejam, o da legalidade, o da moralidade, o da impessoalidade, o da publicidade e o da eficiência.

Nesse diapasão, é que se afirma que a autonomia consagrada às entidades federativas implica em uma liberdade de agir dentro dos limites estabelecidos na Carta Magna.

Dessa forma, impõe reconhecer que as normas constitucionais que regem a aposentadoria e a pensão por morte são normas extensíveis, o que significa afirmar que tem aplicabilidade obrigatória para a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

Assim, quando da publicação da Emenda Constitucional n. 41/2003, que previu a criação de um regime de previdência complementar, que seria uma condicionante para a aplicação do teto do Regime Geral do INSS, o Supremo Tribunal Federal apreciou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade firmando o entendimento quanto à constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41/2003.

Entrementes, como o referido julgamento foi realizado em sede de controle de constitucionalidade concentrado, a decisão tomada produz efeitos *erga omnes* e vinculante, v.g., a matéria não pode mais ser discutida judicialmente.

Essas premissas jurídicas são importantes serem firmadas para que reste assentado que, em linhas gerais, não pode ser questionado a criação do regime de previdência complementar pelo Estado da Bahia, pois esta fora feita com fundamento na Constituição Federal.

¹ Erick Menezes de Oliveira Junior.

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz.

Especialista em Processo pela Faculdade Independente do Nordeste.

Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Advogado e Sócio Fundador da CONAJ Advocacia.

Professor de Servidor Público da UESB.

III. Questionamentos Apresentados

Pois bem, estabelecidos estes pressupostos serão analisados os questionamentos realizados.

1. Como o PL altera os atuais Funprev e Baprev? É criado um novo fundo?

A rigor não é alterado o FUNPREV e nem o Baprev. Estes fundos permanecerão ordinariamente e com um caráter obrigatório.

Contudo, para quem ingressa no serviço público após a criação do Regime de Previdência Complementar é que estará sujeito às mudanças, notadamente, a subsunção ao teto do Regime Geral do INSS.

Dessa forma, é importante firmar que só estará sujeito ao Regime de Previdência Complementar os servidores que percebem em atividade uma remuneração superior ao teto da Previdência Social do INSS. Para estes servidores, que tenham ingressado após 06 de janeiro de 2015, continuarão contribuindo obrigatoriamente para o Baprev até o teto do INSS e, facultativamente, para o Regime de Previdência Complementar.

Para quem já é servidor público resta reconhecido o direito adquirido à aposentadoria integral. Contudo, existe a possibilidade de opção pelo Regime de Previdência Complementar. Assim, se esta opção for feita pelos servidores que estão em atividade, perde-se o direito à aposentadoria integral e passa a ter o direito à aposentadoria limitada ao teto do INSS.

Nesse sentido, é importante demarcar o quanto previsto no artigo 1º.

Art. 1º

...

§ 1º - O Regime de Previdência Complementar de que trata esta Lei terá caráter facultativo e será aplicável aos servidores que ingressarem no serviço público a partir da data de publicação, pelo órgão fiscalizador, da autorização de aplicação do regulamento do plano de benefícios da entidade a que se refere o art.4º desta Lei.

...

§ 4º - Também poderão, mediante livre, prévia e expressa opção, aderir ao Regime de Previdência Complementar de que trata este artigo os titulares de cargo ou emprego referidos no § 2º, deste artigo, que tenham ingressado no serviço público em data anterior à publicação, pelo órgão fiscalizador, da autorização de aplicação do regulamento do plano de benefícios da entidade a que se refere o art. 4º desta Lei.

...

§ 7º - As condições para a adesão e as características dos planos serão definidas em regulamento.

¹ Erick Menezes de Oliveira Junior.

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz.

Especialista em Processo pela Faculdade Independente do Nordeste.

Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Advogado e Sócio Fundador da CONAJ Advocacia.

Professor de Servidor Público da UESB.

Art. 2º - Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado, de que trata o art. 40 da Constituição da República Federativa do Brasil aos membros e servidores referidos no art. 1º, § 2º, desta Lei, que:

I - ingressarem no serviço público a partir da data estabelecida no § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente de sua adesão a plano de benefícios;

II - tenham ingressado no serviço público em data anterior à estabelecida no § 1º, e exerçam a opção prevista no § 4º, desde que observado o prazo do § 5º, todos do art. 1º desta Lei;

III - sejam oriundos do serviço público em outro ente da Federação e ali estivessem vinculados ao Regime de Previdência Complementar, na forma do art. 40, §§ 14 a 16, da Constituição da República Federativa do Brasil, independentemente de adesão a plano de benefícios administrado por entidade fechada de previdência complementar;

2) Docentes que já fazem parte da carreira do magistério superior serão afetados obrigatoriamente pela lei? Poderão aderir voluntariamente ao novo fundo?

Conforme já demonstrado, para quem já é servidor público não existe nenhum impacto à criação do Regime de Previdência Complementar.

Contudo, é prevista a possibilidade de adesão ao Regime de Previdência Complementar, o que ensejaria a renúncia ao direito à aposentadoria integral.

Assim, enquanto regra geral não existem consequências, salvo se o servidor optar pela adesão ao Regime de Previdência Complementar.

3) Docentes que entrarem na carreira após a promulgação da lei terão que, obrigatoriamente, aderir ao novo fundo?

Para quem ingressa no serviço público após 06 de janeiro de 2015 a adesão ao Regime de Previdência Complementar é obrigatória.

Não existe possibilidade de questionamento deste ingresso no Regime de Previdência Complementar no âmbito judicial, pois conforme já afirmado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41/2003 que criou este regime.

Contudo, é importante salientar que o servidor público estadual que ocupava anteriormente um outro cargo público em outra entidade federativa, valerá como data de ingresso a primeira.

¹ Erick Menezes de Oliveira Junior.

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz.

Especialista em Processo pela Faculdade Independente do Nordeste.

Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Advogado e Sócio Fundador da CONAJ Advocacia.

Professor de Servidor Público da UESB.

Assim, por exemplo, se uma pessoa era servidora estadual de Minas Gerais e posteriormente ingresso no serviço público baiano, valerá como data de ingresso a ocorrida no estado de Minas.

Dessa forma, ainda existe a possibilidade de ingresso de servidores públicos no Estado da Bahia, sem que exista a obrigatoriedade de aderirem ao Regime de Previdência Complementar, quando estas pessoas já eram servidoras em outras entidades federativas, que não tinham Regime de Previdência Complementar.

4. O que acontece com o tempo de contribuição nos casos acima?

Os Regimes não são excludentes. Assim, permanecerá o regime de previdência obrigatório. O tempo de contribuição para este regime será mantido normalmente.

5) O que acontece com os valores das contribuições do docente e do governo?

Os valores de contribuição permanecerão sendo normalmente geridos para pagar a aposentadoria dos servidores públicos.

Assim, pelo regime de previdência obrigatório, quem está em atividade está contribuindo para manter a aposentadoria dos inativos. O regime tem um caráter contributivo e solidário.

Pelo regime de previdência complementar será uma espécie de poupança, pois a pessoa contribui para ela própria. Assim, o valor da aposentadoria dependerá de porquanto tempo ela contribuiu e com qual valor.

Com efeitos, os valores arrecadados pelos regimes de previdência não se misturam, pois têm natureza totalmente distinta.

6) O que acontece com o valor da aposentadoria?

Pelo regime de caráter obrigatório, o valor da aposentadoria é automaticamente reajustado quando ocorre um aumento da remuneração dos servidores em atividade, no casos dos servidores que tenham ingressado na administração pública antes da Emenda Constitucional n. 41/2003. Para quem ingressa após esta data, para que ocorra o reajuste da aposentadoria existe a necessidade de uma lei específica.

Nas situações envolvendo o regime de previdência complementar, o valor do benefício dependerá do valor e do tempo de contribuição.

7) Quem vai administrar o novo fundo?

É previsto na legislação estadual os órgãos de direção. Assim, existirá um Conselho Deliberativo, um Conselho Fiscal e uma Diretoria Executiva.

Contudo, os mecanismos de administração do fundo ainda serão definidos por meio de um regulamento, que é previsto na lei estadual.

Art. 5º - A estrutura organizacional da entidade de que trata esta Lei será constituída de Conselho Deliberativo, Conselho Fiscal e Diretoria

¹ Erick Menezes de Oliveira Junior.

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz.

Especialista em Processo pela Faculdade Independente do Nordeste.

Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Advogado e Sócio Fundador da CONAJ Advocacia.

Professor de Servidor Público da UESB.

Executiva, observadas as disposições da Lei Complementar Federal nº 108, de 29 de maio de 2001.

§ 1º - O Conselho Deliberativo, órgão máximo da estrutura organizacional, é responsável pela definição da política geral de administração da PREVBÁHIA e de seus planos de benefícios previdenciários.

§ 2º - O Conselho Deliberativo terá composição paritária e será integrado por 06 (seis) membros.

§ 3º - A Presidência do Conselho Deliberativo será exercida entre os membros indicados pelos patrocinadores, na forma prevista no estatuto da PREVBÁHIA.

§ 4º - O Conselho Fiscal é o órgão de controle interno da PREVBÁHIA.

§ 5º - O Conselho Fiscal terá composição paritária e será integrado por 04 (quatro) membros.

§ 6º - A Presidência do Conselho Fiscal será exercida pelos membros dentre aqueles indicados pelos participantes e assistidos, na forma prevista no estatuto da PREVBÁHIA.

§ 7º - Os membros do Conselho Deliberativo e do Conselho Fiscal, representantes do patrocinador, serão designados pelo Governador do Estado.

§ 8º - A escolha dos representantes dos participantes e assistidos nos Conselhos Deliberativo e Fiscal dar-se-á por meio de eleição direta entre seus pares, conforme regulamento eleitoral a ser expedido pela PREVBÁHIA.

§ 9º - O mandato dos membros dos Conselhos Deliberativo e Fiscal será de 04 (quatro) anos, com garantia de estabilidade na forma do art. 12 da Lei Complementar Federal nº 108/2001.

Art. 6º - A remuneração e as vantagens de qualquer natureza recebidas pelos membros da Diretoria Executiva serão fixadas pelo Conselho Deliberativo, em valores compatíveis com os níveis prevalentes 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.

Parágrafo único - A remuneração mensal dos membros dos Conselhos Deliberativo e Fiscal, titulares e suplentes, é limitada a 10% (dez por cento) do valor da remuneração média dos membros da Diretoria Executiva.

Art. 7º - A Diretoria Executiva é responsável pela administração da entidade, em conformidade com a política de administração traçada pelo Conselho Deliberativo.

¹ Erick Menezes de Oliveira Junior.

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz.

Especialista em Processo pela Faculdade Independente do Nordeste.

Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Advogado e Sócio Fundador da CONAJ Advocacia.

Professor de Servidor Público da UESB.

§ 1º - Os membros da Diretoria Executiva, em número máximo de 04 (quatro), serão nomeados pelo Conselho Deliberativo, mediante indicação do Governador do Estado.

§ 2º - Compete ao Conselho Deliberativo, mediante decisão fundamentada, a exoneração de membros da Diretoria Executiva, observando-se o disposto no estatuto da PREVBÁHIA.

8) Os recursos do fundo poderão ser "aplicados" (mercado imobiliário, financeiro etc) de alguma forma?

A rigor não existe nenhum impedimento de que os recursos sejam aplicados no mercado imobiliário ou financeiro. Nesse sentido, a lei prevê no seu artigo 11:

Art. 11...

§ 1º - Para os efeitos do disposto neste artigo, considera-se:

I - gestão própria: as aplicações realizadas diretamente pela PREVBÁHIA;

II - gestão por entidade autorizada e credenciada: as aplicações realizadas por intermédio de instituição financeira ou de outra instituição autorizada nos termos da legislação vigente para o exercício profissional de administração de carteiras;

III - gestão mista: as aplicações realizadas em parte por gestão própria e em parte por gestão por entidade autorizada e credenciada.

§ 2º - A definição da composição e dos percentuais máximos de cada modalidade de gestão constará na política de investimentos dos planos de benefícios a ser fixada, anualmente, pelo Conselho Deliberativo.

Contudo, a composição e os percentuais máximos de cada modalidade de investimento serão definidos pelo Conselho Deliberativo.

IV. Observações Importantes

A legislação estadual autorizou a criação de uma Fundação de Previdência Complementar dos Servidores Públicos do Estado da Bahia – PREVBÁHIA.

Esta fundação adotará o regime jurídico de direito privado.

A opção pelo regime jurídico de direito privado acarretará consequências muito importantes.

Assim, a Fundação de Previdência Complementar dos Servidores Públicos do Estado da Bahia – PREVBÁHIA não terá servidores públicos, mas empregados públicos, como ocorre com a Caixa, o BB, a Petrobrás e outros.

Os empregados públicos são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e não têm os direitos dos servidores estatutários como, por exemplo, a estabilidade.

¹ Erick Menezes de Oliveira Junior.

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz.

Especialista em Processo pela Faculdade Independente do Nordeste.

Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Advogado e Sócio Fundador da CONAJ Advocacia.

Professor de Servidor Público da UESB.

Dessa forma, se observa esta realidade com muita preocupação, pois certamente a opção por se ter empregados públicos é uma forma de privatização do Estado e de se buscar pressionar os seus agentes administrativos por bater metas de produtividade, em uma área extrema sensível que é a Previdência Social.

Indaga-se, quais seriam estas metas? (apenas a título de informação, existe um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional apresentado pelo ex-Presidente Lula que transforma **todas** as fundações públicas federais em fundações privadas).

A opção pela criação de uma fundação de direito privado fará com que esta não se submeta ao controle do Tribunal de Contas. E mais uma vez se observa isto com muita preocupação, pois é sabido que quando se cria um novo regime de previdência existe muita receita e praticamente nenhum gasto. Dessa forma, a opção pelo regime de direito privado é uma clara estratégia de se buscar fugir dos controles da Administração Pública, notadamente, do exercido pelo Tribunal de Contas.

Art. 4º - Fica o Poder Executivo autorizado a criar entidade fechada de previdência complementar, de natureza estatal, denominada Fundação de Previdência Complementar dos Servidores Públicos do Estado da Bahia - PREVBAHIA, com a finalidade de administrar e executar plano de benefícios de caráter previdenciário, nos termos das Leis Complementares Federais ns 108 e 109, de 29 de maio de 2001, vinculada à Secretaria da Administração do Estado da Bahia - SAEB.

§ 1º - A PREVBAHIA será estruturada na forma de fundação estatal de direito privado sem fins lucrativos, possuindo autonomia administrativa, financeira e gerencial e terá sede e foro na Capital do Estado da Bahia.

...

§ 5º - O regime de pessoal da PREVBAHIA será o previsto na legislação trabalhista.

§ 6º - A criação de empregos e fixação dos quantitativos e dos salários será definida pelo Conselho Deliberativo da PREVBAHIA.

Nesse ponto específico, do regime jurídico de direito privado, entendo que é possível a propositura de uma ação judicial sobre a matéria, pois não é crível esta tentativa de “privatizar” o Regime Complementar de Previdência Social.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Vitória da Conquista, 13 de janeiro de 2015.

Erick Menezes de Oliveira Junior

OAB-BA n. 18.348

¹ Erick Menezes de Oliveira Junior.

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz.

Especialista em Processo pela Faculdade Independente do Nordeste.

Mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Advogado e Sócio Fundador da CONAJ Advocacia.

Professor de Servidor Público da UESB.