

**PARECER Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 0193/11**

Trata-se de Projeto de Lei, de iniciativa do Sr. Prefeito, que acresce inciso IV ao artigo 1º da Lei nº 14.651, de 20 de dezembro de 2007, para o fim de assegurar a permanência dos servidores que especifica no Regime Próprio de Previdência Social do Município de São Paulo - RPPS, bem como prorroga o prazo previsto no § 1º do artigo 62 da Lei nº 13.973, de 12 de maio de 2005.

De acordo com a mensagem de encaminhamento do projeto, a alteração legislativa proposta é uma das condições para a celebração de acordo com a União nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.016.274-4, com vistas à regularização da situação fiscal do Município perante aquele ente federal, mediante a permanência no Regime Próprio de Previdência Social dos servidores titulares, exclusivamente, de cargos em comissão considerados atípicos e anômalos por corresponderem, na verdade a funções públicas permanentes e não espelharem a natureza fiduciária que de rigor caracteriza os cargos em comissão propriamente ditos.

A propositura está instruída com cópia de parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e da Advocacia Geral da União, os quais, segundo o Sr. Prefeito, concluem pela plausibilidade jurídica da manutenção no RPPS dos servidores em questão.

Ressalta, ainda o Sr. Prefeito a necessidade de prorrogar o prazo previsto no § 1º do art. 6º da Lei nº 13.973/05, pois, apesar dos esforços envidados, o IMPREM ainda não conseguiu adotar todas as providências necessárias à plena assunção da gestão única dos benefícios previdenciários devidos pelo Município aos seus servidores, sendo, portanto, necessária a referida prorrogação para evitar a perda do Certificado de Regularidade Previdenciária CRP.

Relativamente à pretensão de prorrogar o prazo previsto no § 1º do art. 6º da Lei nº 13.973/05, o projeto pode prosseguir em tramitação, posto que em conformidade com os preceitos legais pertinentes. Todavia, em relação à pretensão de manutenção dos servidores em questão no RPPS o projeto não pode prosseguir em tramitação, uma vez que eivado de inconstitucionalidade, consoante será demonstrado.

Pois bem, no tocante à prorrogação do prazo previsto no art. 6º da Lei nº 13.973/05, tem-se que a pretensão encontra respaldo no art. 37, § 2º, IV da Lei Orgânica do Município que atribui ao Prefeito a iniciativa para projetos de lei que versem sobre organização administrativa e no art. 70, XIV do mesmo diploma que dispõe competir ao Prefeito dispor sobre a estrutura, a organização e o funcionamento da administração municipal, na forma estabelecida na Lei Orgânica.

Já em relação à questão da manutenção dos servidores no RPPS a propositura encontra óbice na Constituição Federal que no § 13 do art. 40, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, estabelece:

‘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.

§ 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.’ (grifamos)

No mesmo sentido já dispunha a Lei Federal n 9.717, de 27 de novembro de 1998, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal:

'Art. 1.º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

...

V - cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedado o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios;' (grifamos)

Observe-se que a Emenda Constitucional nº 20/98 entrou em vigor no dia 15 de dezembro de 1998 e o Supremo Tribunal Federal já assentou sua constitucionalidade, valendo mencionar a decisão proferida nos autos da ADI nº 2.024/DF (DJ 22/06/07):

'4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda.

...

Impõe ressaltar, ainda, que a alteração do § I do art. 149 da Constituição Federal, ditada pela EC 31, de 31.12.03, não significou o reconhecimento da autonomia administrativa pleiteada, e, conseqüentemente, na pretensa violação do princípio da forma federativa de Estado.

É que tal modificação apenas afastou o caráter facultativo da instituição da contribuição para custeio do regime previdenciário pelos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, tornando-a compulsória; certo que, reportando-se ao art. 40, restringiu o universo dos contribuintes da exação instituída pelos entes federativos locais aos seus servidores efetivos.

Ora, a efetividade somente é adquirida através da aprovação prévia em concurso público: excluídos, portanto, os ocupantes dos cargos em comissão e os temporários.

...

Voto do Ministro Carlos Britto:

E, demais, o grande objetivo do § 13, agora adversado, foi desonerar o Tesouro, impedindo ou limitando o acesso a benefícios ditos estatutários. Remetendo, portanto, essas categorias dos servidores nomeados em comissão e ocupantes de cargo temporário ou de emprego público para o regime geral da previdência, através de um sistema de autocusteio, ou de autofinanciamento dos respectivos benefícios, a latere de um custeio diretamente imputado ao Tesouro. Parece-me que o grande objetivo foi esse: desonerar o Tesouro, deixar as aposentadorias diretamente estatutárias, ou os benefícios diretamente estatutários, só para os ocupantes de cargo efetivo. (grifamos) Relembre-se que a Lei Municipal nº 14.651/07 que a propositura em análise pretende alterar já assegurou àqueles que ingressaram no serviço público nos ditos cargos em comissão atípicos ou anômalos até a data de vigência da Emenda constitucional nº 20/98 o direito de permanecer no RPPS.

Também é fundamental destacar a decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.016.274-4 impetrado pelo Município de São Paulo:

'Os cargos em comissão são de livre nomeação porquanto se baseia, em uma relação de confiança, visto que os seus ocupantes exercem funções de direção, chefia e assessoramento de agentes políticos. Por tal razão, os comissionados podem ser desligados a qualquer tempo dos quadros da Administração Pública.

Observa-se, desta forma, que não há uma relação de continuidade no serviço público dos servidores que exercem exclusivamente cargo em comissão. O mesmo ocorre em relação aos servidores temporários, haja vista sua própria nomenclatura. Esta

característica de transitoriedade afasta a vinculação de tais servidores ao sistema previdenciário específico dos entes federativos, obrigando-os à filiação ao regime geral.

...

A Emenda Constitucional nº 20/1998, ao acrescentar o § 13 ao art. 40 da Constituição da República, dispôs sobre matéria previdenciária, acerca da qual a União Federal possui competência concorrente, podendo legislar sobre as normas gerais.

...

Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, DENEGANDO A SEGURANÇA, mantendo a exigibilidade das contribuições sociais em relação aos servidores públicos dos impetrantes ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, na forma do § 13 ao artigo 40 da Constituição Federal (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/1998), da Lei Federal nº 9.717/1998 e das Portarias nº 4.882, 4.883 e 4.992, do Ministério de Estado da Previdência e Assistência Social.' (grifamos)

Registre-se que a decisão acima transcrita foi confirmada recentemente, em 14/03/11, pelo Tribunal Regional Federal da 03ª Região, nos seguintes termos:

'Ou seja, os Estados e Municípios podem instituir regime previdenciário, mas para os seus servidores em caráter permanente, pois aquele que ocupa cargo em comissão o faz em caráter precário e deve perseguir benefícios previdenciários junto do regime geral de previdência.'

Posta a legislação aplicável ao tema, verifica-se que a pretensão da propositura em análise vai exatamente em sentido contrário, cumprindo consignar que, contrariamente ao aduzido na mensagem de encaminhamento da propositura, o parecer nº 640/09 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (fls. 6/34) não conclui pela possibilidade de permanência dos servidores em questão no RPPS, conforme foi observado, inclusive, pela Procuradoria Geral do Município, no parecer exarado pela Assessoria Jurídico-Consultiva (fls. 46). Com efeito, as passagens do referido parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (fls. 30), abaixo reproduzidas, são categóricas:

'67. Relembre-se que os relatórios das NFLDs indicam dois tipos de servidores comissionados: (i) cargos de chefia, direção ou assessoramento em comissão considerados estáveis pelo Município; (ii) cargos em comissão para exercício de funções que não sejam de confiança.

69. Assim sendo, os puramente comissionados, ou seja, aqueles que exercem funções de confiança não podem estar vinculados ao regime próprio do Município.

71. Note-se que a terceira categoria, dos comissionados que não exercem funções tipicamente de confiança, não há informações concretas sobre a titularidade destes mesmos servidores em função permanente, nem tampouco se estão submetidos a regime estatutário. ...

72. Nestes termos e seguindo a conclusão do Parecer PGFN/CAT nº 690/2007, os comissionados, a princípio, enquadram-se na previsão do regime geral, pelo que as execuções fiscais ajuizadas devem seguir seu trâmite normal, alterando-se somente o seu status na hipótese do acordo contemplar outra forma de pagamento dos valores devidos a este título.

f) quanto aos comissionados, não havendo comprovação de que exercem funções outras que não de confiança e de livre exoneração, deve-se continuar o processo de transferência do encargo para o regime geral, nos termos do art. 40, § 13, da CF;' (grifamos)

Para os servidores ocupantes dos ditos cargos em comissão atípicos ou anômalos que ingressaram no serviço público até a data da promulgação da EC nº 20/98 ainda é sustentável a manutenção no RPPS ante a inexistência de regra anterior que os impedisse de estarem filiados ao referido regime, mas como sustentar, sem incorrer em inconstitucionalidade, a permanência daqueles que ingressaram posteriormente à promulgação da EC nº 20/98 contra a literalidade da norma constitucional?

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, não há exercício de hermenêutica que produza tal resultado e invocar o princípio da isonomia sob o fundamento de que os servidores ocupantes dos cargos em comissão atípicos ou anômalos que ingressaram posteriormente a data da promulgação da EC nº 20/98 devem receber o mesmo tratamento dado aos servidores ocupantes de cargos do mesmo tipo que ingressaram anteriormente a tal data também é descabido.

Com efeito, ainda que ambas as categorias de servidores exerçam função de caráter permanente - para a qual nunca deveriam ter sido contratados sem a realização de concurso público, nos termos do art. 37, II da Constituição Federal, lembrando que o transcurso do tempo não tem o condão de sanar ilegalidades – o fato é que a segunda categoria - os contratados após a promulgação da EC nº 20/98 - ingressou no serviço público sob a expressa regra de vinculação ao RGPS, ou seja, nunca tiveram sequer a expectativa de serem vinculados ao RPPS ante a expressa norma constitucional.

Muito embora a questão seja complexa e demande temperamento em sua interpretação, o fato é que, por mais que os servidores em questão exerçam função de natureza permanente (contrariando o ordenamento jurídico, repita-se), não possuem eles estabilidade, quer decorrente da efetivação ocorrida por meio de aprovação em estágio probatório após submissão ao concurso público para cargo de provimento efetivo, quer a “estabilidade” que foi assegurada pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos servidores que contavam à época da promulgação da Constituição Federal (1988) com pelo menos 5 (cinco) anos continuados de serviços prestados. Por outras palavras, os servidores a que se refere o projeto em análise podem ser demitidos a qualquer momento e tal fato repele sua vinculação ao RPPS já que este regime pressupõe a continuidade da relação servidor-Administração.

Para sua aprovação a propositura dependerá do voto favorável da maioria absoluta dos membros da Câmara, consoante disposto no art. 40, § 3º, III, da Lei Orgânica do Município.

Diante do exposto, na forma do Substitutivo que segue, somos PELA LEGALIDADE.

**SUBSTITUTIVO Nº DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA AO PROJETO DE LEI Nº 0193/11**

Prorroga o prazo previsto no § 1º do artigo 6º da Lei nº 13.973, de 12 de maio de 2005.

A Câmara Municipal de São Paulo DECRETA:

Art. 1 Fica prorrogado por 3 (três) anos, a partir de 12 de maio de 2009, o prazo previsto no § 1º do artigo 6º da Lei nº 13.973, de 12 de maio de 2005, para que o Instituto de Previdência Municipal de São Paulo - IPREM implante a infraestrutura necessária ao alcance de sua condição de único gestor das aposentadorias e pensões, incluindo o processamento de dados e a concessão e pagamento desses benefícios.

Parágrafo único. Durante o período previsto no ‘caput’ deste artigo, o IPREM poderá manter convênios com órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo locais para a operacionalização do processamento de dados e do pagamento das aposentadorias devidas pelo Município.

Art. 2º As despesas decorrentes da publicação desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, contrário.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em

Arselino Tatto (PT)

Abou Anni (PV)

Adilson Amadeu (PTB)

Adolfo Quintas (PSDB)

Dalton Silvano

Floriano Pesaro (PSDB)

José Américo (PT)

Aurélio Miguel (PR)

Milton Leite (DEM)