



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL  
COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS

## PARECER

PGFN/CAT Nº 640/2009.

Servidores do Município de São Paulo: admitidos e comissionados. Inclusão em Regime Próprio de Previdência Social Art. 40, *caput* e § 13, da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Lei Municipal nº 9.160, de 3 de dezembro de 1980. Parecer GM - 030 AGU/2002.

Proveniente do Programa Grandes Devedores de São Paulo, vem a esta Coordenação-Geral o processo de nº 1939.000824/2009-00 solicitando urgência na análise de consulta originariamente proposta pelos Procuradores do Município de São Paulo com o escopo de anular 18 Notificações Fiscais de Lançamento de Débito (NFLDs), ao argumento de que seria indevida a cobrança de contribuição previdenciária para o regime geral da previdência social, uma vez que seus servidores estariam abrangidos por sistema contributivo previdenciário próprio.

2. O histórico nos dá conta que o INSS, a partir de 16 de dezembro de 1998, passou a cobrar do Município de São Paulo as obrigações previdenciárias decorrentes da filiação obrigatória dos servidores não abrangidos pela EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998 e pela Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998 na condição de segurados empregados, o que gerou, em 24 de março de 2004, referentes a três categorias de servidores não efetivos, denominados "admitidos", "comissionados estáveis", "comissionados não estáveis", as referidas NFLDs.

3. A questão jurídica posta na presente consulta tem os seus contornos postos no Parecer nº GM - 030 AGU/2002, com força vinculante para todo o



Poder Executivo, visto que submetido e aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

4. O referido parecer normativo solucionou controvérsia entre o Ministério da Previdência e Assistência Social e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, quanto ao alcance do art. 40, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, especificamente quanto à inclusão ou não dos servidores estáveis nos termos do art. 19, do ADCT e dos servidores não estáveis no Regime Geral da Previdência Social.

5. Extrai-se de sua conclusão que o pressuposto que diferencia a inclusão do servidor no regime previdenciário próprio ou no regime geral é a natureza do cargo, sendo efetivo atrairá o regime próprio, caso contrário, atrairá a previdência oficial:

Do exposto, visto que a efetividade do servidor tem relação com a forma de admissão, não sendo, portanto, um pressuposto ou pré-requisito para considerar-se alguém servidor pleno ou não, conclui-se que os servidores titulares de cargos efetivos – ainda que não estáveis nem efetivados – possuem direito ao mesmo regime previdenciário dos demais servidores titulares de cargos efetivos, v.g., efetivos os cargos, não os servidores, efetivos ou efetivados por concurso público.

Com efeito, a nova redação do art. 40, § 13, da Constituição Federal, estabeleceu que, ao "servidor, ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação, bem como de outro cargo temporário ou emprego público aplica-se o regime geral de previdência social" (além de excepcionar os cargos em comissão e os empregos públicos, fez-se, para o regime que introduz, uma única distinção, apenas em relação a cargos e empregos temporários). Segue-se que aparentemente não há lugar para uma interpretação extensiva ser aplicada a uma tal restrição.

6. Dentro desta mesma matéria, e diante das inúmeras dúvidas que surgem dado à sua complexidade, o Parecer MPS/CJ/Nº 3.333/2004 teve por objetivo interpretar o *supra* citado parecer da Advocacia Geral da União, no caso dos servidores públicos do Município de Campinas, estabilizados por força do art. 19 do ADCT, bem como dos não estabilizados em razão de terem ingressado no



serviço público no período compreendido entre 5 de outubro de 1983 e 5 de outubro de 1988. Tem-se a seguinte conclusão:

- a) aplica-se o regime de previdência previsto no *caput* do art. 40 da Constituição da República aos servidores que por força do disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT foram considerados estáveis no serviço público, desde que submetidos a regime estatutário;
- b) aplica-se o regime de previdência previsto no *caput* do art. 40 da Constituição da República aos servidores não estabilizados por não cumprirem o interregno de 05 (cinco) anos previsto no *caput* do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, desde que a natureza das atribuições dos cargos ou funções ocupadas seja permanente e estejam submetidos a regime estatutário;
- c) aplica-se o regime de previdência previsto no § 13 do art. 40 da Constituição da República aos servidores não estabilizados por não cumprirem o interregno de 05 (cinco) anos previsto no *caput* do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, apenas quando a natureza das atribuições dos cargos ou funções ocupados seja temporário/precária;
- d) aplica-se a exegese literal do art. 40 da Constituição da República aos servidores admitidos no serviço público após a promulgação da Constituição de 1988, somente sendo aplicável o regime previdenciário próprio previsto no *caput* do citado artigo aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo.”

7. Em resumo, para os servidores estabilizados (art. 19, do ADCT) será aplicado o regime próprio (art. 40, *caput*), **desde que submetidos a regime estatutário**. Quanto aos servidores não estabilizados, abrem-se dois caminhos: i) **o regime próprio** para os servidores cuja natureza das atribuições dos **cargos ou funções** seja **permanente**, desde que **submetidos a regime estatutário**; ii) ao regime geral para os servidores cuja natureza das atribuições dos cargos ou funções seja temporária. Veja-se que, de acordo com o Parecer MPS/CJ/Nº 3333/2004, o pressuposto comum para atrair o regime próprio é a existência de regime estatutário regendo determinada classe de servidores.

8. É importante destacar que o Parecer MPS/CJ nº 3.333/2004 considerou o disposto na Orientação Normativa nº 03, de 13 de agosto de 2004, da Secretaria de Previdência Social que assim estabelece:

Art. 10. O regime próprio abrange, exclusivamente, o servidor público titular de cargo efetivo, o inativo e seus dependentes.

h



Parágrafo único. Até 15 de dezembro de 1998, o servidor público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão, de cargo temporário, de emprego público ou mandato eletivo poderia estar vinculado a regime próprio que assegurasse, no mínimo, aposentadoria e pensão por morte, nos termos definidos em lei do respectivo ente federativo.

Art. 11. O servidor estável abrangido pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o admitido até 05 de outubro de 1988, que não tenham cumprido, naquela data, o tempo previsto para aquisição da estabilidade no serviço público, podem ser filiados ao regime próprio, desde que expressamente regidos pelo estatuto dos servidores do respectivo ente.

Parágrafo Único. O servidor de que trata o *caput* e que não esteja amparado pelo regime próprio é segurado do RGPS.

9. A referida Orientação Normativa, foi revogada pela Orientação Normativa nº 01, de 23 de janeiro de 2007, que detém praticamente a mesma redação:

Art. 10. O RPPS abrange, exclusivamente, o servidor público titular de cargo efetivo, o servidor inativo e seus dependentes.

Parágrafo único. Até 15 de dezembro de 1998, data anterior à da publicação da Emenda Constitucional nº 20, o servidor público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão, de cargo temporário, de emprego público ou mandato eletivo poderia estar vinculado a RPPS que assegurasse, no mínimo, aposentadoria e pensão por morte, nos termos definidos em lei do ente federativo.

Art. 11. O servidor estável abrangido pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o admitido até 05 de outubro de 1988, que não tenha cumprido, naquela data, o tempo previsto para aquisição da estabilidade no serviço público, são filiados ao RPPS, desde que expressamente regidos pelo estatuto dos servidores do ente federativo.

10. Esta questão não é nova no âmbito desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que tanto no âmbito do consultivo, quanto do contencioso já enfrentou, sob prisma similares, os servidores do Estado de São Paulo e os servidores do Estado de Minas Gerais.

11. Primeiramente, rememoremos o caso do Estado de São Paulo. O Parecer PGFN/CATnº 2.071/2007 analisou a Nota Cosit nº 228, de 26 de julho de 2007 que tratou dos efeitos previdenciários da Lei Complementar Estadual (SP) nº 1.010, de 1º de julho de 2007 que cuida de regime próprio de previdência. Concluiu pela necessidade de se cobrar o Estado de São Paulo, em relação aos



trabalhadores temporários, arcando a União com as obrigações do regime geral, mediante pagamento dos benefícios previstos na legislação de regência. Por fim, suscitou a oitiva da Advocacia-Geral da União quanto à extensão do Parecer AGU – GM – 030/2002.

12. Segue-se o Parecer PGFN/CAT nº 690/2008 que se ocupa diretamente da Lei Complementar Estadual (SP) nº 1.010, de 1º de junho de 2007 e fixa a taxionomia dos servidores exercentes de função permanente admitidos por processo seletivo, à luz do § 13 do art. 40, da CF. De denso conteúdo, historia a discussão relativa à possibilidade dos Estados Membros conceberem regimes previdenciários assimétricos, isto é, não absolutamente idênticos aos regimes previstos no modelo federal. Destaca os julgamentos do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade do § 13, do art. 40, da CF. Avalia, em seguida, os regimes existentes em âmbito de força laboral no serviço público para adentrar na legislação própria do Estado de São Paulo sobre o assunto.

13. Antes de enfrentar o mérito da legislação específica do Estado de São Paulo traz à lume o cerne da controvérsia e a sua profundidade:

15. O § 13 do art. 40 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, é inovação constitucional dotada de plena eficácia. Em outras palavras, ao Estado-membro cumpre adaptar-se à regra geral, reproduzindo simetricamente o modelo: aos estatutários utiliza-se o regime especial de previdência social, aos empregados e temporários remete-se ao regime geral; *tertium non datur*.

16. É justamente este terceiro que enseja toda a preocupação que se tem no Estado de São Paulo. Como vetor hermenêutico o obter dictum do Ministro Carlos Britto, no sentido de que a Emenda Constitucional nº 20 de 1998, teria como objetivo desafogar o Tesouro.

14. No Estado de São Paulo, os servidores de terceiro gênero foram previstos na Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974, advindo do permissivo constitucional do art. 106, da Constituição de 1967, EC nº 01/69<sup>1</sup>. Ocorre que ao criar sua previdência, o Estado de São Paulo agrupou não só os servidores

<sup>1</sup> Art. 106. “O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.”



estatutários, mas também os servidores da citada Lei nº 500, de 13/12/1974, o que levou, aparentemente, a quebra de simetria entre o modelo paulista e o modelo federal e, em contrapartida, a uma crise de finanças públicas:

A Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo criou modelo de previdência especial que, à primeira vista, agrupava trabalhador não definido como servidor estatutário na legislação federal. Em outras palavras, não haveria, pelo menos aparentemente, simetria entre o modelo paulista e o modelo federal. Se factível esta assertiva, imprestável o § 2º da Lei Complementar nº 1.010, de 2007, do Estado de São Paulo. Seriam devidas as contribuições incidentes para a União Federal. Por outro lado, registre-se, todo o passivo seria devido de igual modo pela União Federal. É esse paradoxo, que não é conceitual, mas sim de finanças públicas, que exige solução matizada por imaginação institucional, que resolva o mais rápido possível a situação aflitiva que se vive.

15. A solução ao Estado de São Paulo leva à permanência desta categoria dos servidores no Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, mas, frise-se, diante da absoluta peculiaridade que denota o caso: i) exercício de função permanente; ii) admissão por processo seletivo<sup>2</sup>; iii) segurados de regime especial, de 1974 a 2007, por força da Lei nº 500, de 13/12/1974, e de 2007, em diante, de igual modo, por força da Lei Complementar Estadual nº 1.010, de 2007; iv) relevância financeira para os cofres da União quanto ao pagamento de benefícios<sup>3</sup>

16. O acordo, contudo, firmado nos autos da Ação Cível Originária nº 1.059 no Supremo Tribunal Federal foi instruído com provas de que houve recolhimentos previdenciários em favor dos servidores do Estado de São Paulo, admitidos para o exercício de função de natureza permanente, com fundamento nos incisos I e II do artigo 1º da Lei nº 500, de 13/11/1974, quando se fixou definitivamente o vínculo com o regime próprio estadual. Transcreva-se a homologação do acordo da lavra do Min. Joaquim Barbosa, em 2 de março de 2009:

Inicialmente, encaminhem-se os autos à Secretaria para que possa incluir o advogado-geral da União na autuação, dado se tratar de processo de

<sup>2</sup> O Parecer faz expressa alusão à inexistência de concurso público, mas aponta a diferença para demonstrar que o grupo de servidores guarda semelhanças com os servidores estatutários.

<sup>3</sup> Remete ao *obiter dictum* do Min. Carlos Britto, na ADI 2.014-DF, ao explicitar que a meta da EC nº 20, de 1998 era, sem dúvidas, aliviar o Tesouro.



competência originária do Supremo Tribunal Federal. Com a petição de fls. 317-325, o Estado de São Paulo, a União e o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS submetem minuta de transação (acordo) à homologação do Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de se por fim ao litígio. Pedese: “considerando que o acordo judicial ora formalizado atende rigorosamente ao interesse público envolvido e respeita as normas jurídicas em vigor, requerem se digne Vossa Excelência homologá-lo para pôr fim ao processo, nos termos do artigo 269, inciso III, do Código de Processo Civil, após a oitiva do representante do Ministério Público Federal” (Fls. 324). O Ministério Público Federal opinou pela homologação do acordo (Fls. 396-400). Solicitadas informações adicionais, foram elas prestadas pelo advogado-geral da União, nos termos da petição de fls. 407. É o relatório. Decido. As partes estão bem representadas. Segundo o estado-autor, o art. 47, I, par. ún. e 99, I da Constituição Estadual, o art. 6º, VI da Lei Complementar estadual 478/1986 e o art. 1º do Decreto 33.706/1991 autorizam o “Procurador-Geral do Estado, sem prejuízo de competência do Governador do Estado [...] a desistir, transigir, firmar compromissos e confessar nas ações de interesse da Fazenda do Estado [...]” (Fls. 320). A União, por seu turno, está representada pelo advogado-geral da União (Fls. 324), amparado pelas manifestações do Ministro de Estado da Fazenda (Fls. 429), do Ministro de Estado da Previdência Social (Fls. 432) e da Presidência do INSS (Fls. 458). Registro, ainda, a submissão da matéria ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República (Fls. 430-431). Ante o exposto, homologo o acordo firmado entre as partes e extingo esta ação cível originária com julgamento de mérito (art. 269, III do CPC). Uma vez certificado o trânsito em julgado desta decisão, e observadas as demais cautelas de estilo, arquivem-se os autos.

17. Já para os ocupantes de cargo em comissão, os *supra* citados pareceres são claros no sentido de que estão subsumidos ao regime geral da previdência social, por disposição expressa do § 13, do art. 40, da CF. Veja-se a conclusão do Parecer PGFN/CAT nº 690/2007:

h) outra a situação dos exercentes de cargos de confiança na Administração Pública do Estado de São Paulo; este grupo enquadra-se na previsão do regime geral, para o qual são devidas as contribuições, e ao qual compete a atenção e o deferimento de benefícios, se ajustados às previsões legais pertinentes.

18. Quanto ao Estado de Minas Gerais, a mesma questão se pôs no Mandado de Segurança nº 2000.01.00.034274-6/MG, no qual em decisão proferida em 27 de fevereiro de 2007, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região denegou a segurança, nos seguintes termos:



PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO — MANDADO DE SEGURANÇA — FILIAÇÃO AO RGPS (REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL) E CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE REMUNERAÇÕES PAGAS A SERVIDORES ESTADUAIS “NÃO-EFETIVOS” (TEMPORÁRIOS E OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO) E “EMPREGADOS PÚBLICOS” — ESTADO-MEMBRO OU MUNICÍPIO QUE POSSUI SISTEMA PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA HÁBIL A ALBERGAR OS SERVIDORES.

1 - As “*causas e os conflitos entre a União e os Estados (...), inclusive as respectivas entidades da administração indireta*”, que, à luz do art. 102, I, “f”, da CF/88, ensejam, em tese, a competência originária do STF, são somente aquelas em que o entrevero induz possível “*conflito federativo*”, o que não é caso, já porque a querela é de cunho puramente patrimonial, já porque o próprio STF (ADI nº 2024- MC/DF) entendeu que a questão em si não viola o pacto federativo.

2 - São constitucionais o §13º do art. 40 da CF/88 (EC nº 20/98); a Lei nº 9.717/98 e as Portarias nº 4.882/98, nº 4.883/98 e nº 4.992/99, do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS).

3 - O servidor público “*ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público*” é filiado obrigatório ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) de que trata o §13º do art. 40 da CF/88, sujeito, pois, ao recolhimento das contribuições previdenciárias de que trata a Lei nº 8.212/91, já à luz da universalidade de custeio e da solidariedade social (art. 195, caput e I, da CF/88).

4 - Como o STF (ADI nº 2024- MC/DF) entendeu que a submissão dos servidores descritos no §13º do art. 40 da CF/88 ao RGPS não importa em ofensa ao pacto federativo nem tem pertinência com o princípio da imunidade tributária recíproca, a presunção de constitucionalidade do preceito se reforça.

5 - A jurisprudência (TRF1+STJ) assenta que, salvo o caso de o Estado-membro ou de o Município possuir sistema próprio de previdência social que – atendendo os requisitos legais e em plena operação – albergue os servidores públicos e empregados públicos descritos no §13º do art. 40 da CF/88, a filiação ao RGPS é compulsória e as contribuições previdenciárias legítimas.

6 - As Leis Estaduais mineiras nº 9.380/86 [art. 2º]; nº 10.254/90 [art. 2º e 4º]; e nº 12.278/96 [art. 2º]) permitem conclusão no sentido de que são filiados obrigatórios do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (IPSEMG) – sujeitos às respectivas contribuições previdenciárias (estaduais) desde antes da EC nº 20/98 –, não só os servidores estaduais efetivos, mas, ainda, os ocupantes de “cargos em comissão” (e de “função pública”) e os “temporários” (da administração direta e indireta).

7 - Os antigos “empregos públicos” (CLT) estaduais da “administração direta, de autarquia ou fundação” foram transformados (art. 4º da Lei nº 10.254/90) em “cargos públicos” ou em “função pública”, sujeitos, pois, à





MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL  
COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS

filiação ao IPSEMG e, de conseqüência, também dispensados da filiação ao RGPS.

8 - Não esclarecido se – atualmente - o Estado tem em seus quadros “empregados públicos”, o que seria possível, já diante da não-obrigatoriedade atual do RJU (vide EC nº 18/98), já porque regime jurídico “natural” para as empresas públicas e sociedades de economia mista, o que enseja a filiação de tais empregados ao RGPS (porque não albergados no sistema previdenciário estadual próprio aludido).

9 - Apelação do INSS e remessa oficial providas: segurança denegada.

10 - Autos recebidos em Gabinete, em 12/06/2007, para lavratura do acórdão. Peças liberadas pelo relator, em 12/06/2007, para publicação do acórdão.

19. A situação jurídica do Município de São Paulo é similar a do Estado de Minas Gerais. Houve o ajuizamento de mandado de segurança<sup>4</sup> com pedido vazado nos seguintes termos:

Diante do exposto, requer a concessão da segurança, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 13 do art. 40 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 20, ou caso entenda Vossa Excelência ser esta norma constitucional, a concessão da segurança em razão da não auto-aplicabilidade da referida norma e da inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de praticar qualquer ato de constrição contra o Município em razão do não recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes da norma declarada inconstitucional, não procedendo o lançamento dos créditos tributários relativos à transferência dos servidores públicos municipais ocupantes de cargo em comissão, de outro cargo temporário ou emprego público para o regime geral da previdência, não instaurando procedimento fiscal contra o Município de São Paulo, não fazendo lançar o nome do Município em cadastro de inadimplentes e não se negando a fornecer ao Município Certidão Negativa de Débito.

20. A liminar foi concedida em 15 de abril de 1999, permitindo que os lançamentos fossem realizados apenas para evitar a decadência. Na presente data, pende de julgamento apelação perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com sentença desfavorável e cassação expressa da liminar em 10 de outubro de 2006:

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 de cargo em comissão declarado em lei de livre

<sup>4</sup> MS nº 1999.61.00.016274-4. 10ª Vara Federal de São Paulo.



nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, na forma do § 13 do artigo 40 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/1998), da Lei federal nº 9.717/1998 e das Portarias nºs 4.882, 4.883 e 4.992, do Ministério de Estado da Previdência e Assistência Social.

Em decorrência, CASSO a liminar concedida.

## II.

21. A Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado de São Paulo questiona acerca da possibilidade do cancelamento de lançamentos efetuados há época pelo INSS, requerendo explicações quanto às conseqüências e o modo de executá-lo. Assim, a despeito das inúmeras implicações que a matéria traz em seu bojo, a base da presente consulta são as NFLDs, pelo que se faz necessária a sua análise.

22. O Relatório da Secretaria da Receita Federal do Brasil (DEFIS/DRF/SPO – DIFIS/SERVIÇOS) vinculado à NFLD 35.649.871-9 esclarece que os lançamentos se referem a servidores COMMISSIONADOS e ADMITIDOS (temporários), nos termos da Lei Municipal 9.160, de 3/12/1980, que não foram transferidos para o regime geral, permanecendo vinculados ao regime próprio. Informa, outrossim, que à época da constituição do crédito tributário, em 24 de março de 2004, foram observados os atos normativos em vigor, especialmente o Parecer CJ/MPS nº 2.281/2000. Esclarece então que o critério seria transferir todos os servidores não titulares de cargo efetivo para o RGPS, não se aplicando o Parecer AGU/GM nº 30/2002 em face do entendimento de que a situação tratada no parecer restringia-se à esfera federal. Por fim, informa que o lançamento foi realizado para prevenir a decadência, uma vez que à época havia liminar favorável ao Município de São Paulo.

23. Os Relatórios das NFLDs agruparam os servidores em três categorias: a) admitidos; b) cargo em comissão DA DI DS estáveis; c) cargo em comissão diferente da DI DS OG SM. Os admitidos têm como lei de regência a



estadual nº 9.160, de 3/12/1980 que institui o regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário e contratados para funções de natureza técnica especializada. Os cargos em comissão DA DI DS estáveis são os ocupantes de cargos de chefia, direção e assessoramento, mas como a própria classificação diz, estáveis por ato do Município, com base no art. 19, do ADCT. A terceira categoria seria de cargos em comissão, mas não de confiança, criados por leis esparsas.<sup>5</sup>

24. Os débitos previdenciários 35.649.872-7, 35.649.873-5, 35.649.874-3, 35.649.880-8, 35.649.881-6, 35.649.882-4, 35.649.883-2, 35.649.871-8, referentes aos servidores admitidos, estão em fase de pré-inscrição na Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado de São Paulo, enquanto os débitos 35.649.879-4, 35.649.884-0, 35.649.885-9, 35.649.875-1, 35.649.876-0, 35.649.877-8, 35.649.878-6, 35.649.886-7, 35.649.887-5 e 35.649.888-3, referentes aos servidores comissionados, já foram inscritos e ajuizados.

25. Note-se, contudo, que as NFLDs foram lavradas em 24 de março de 2004, ou seja, em momento anterior ao Parecer MPS/CJ/Nº 3333, de 21 de outubro de 2004 e da Orientação Normativa nº 3, de 13 de agosto de 2004. Já estava vigendo para a Administração Pública Federal o Parecer AGU/GM nº 30/2002, que, a julgar tão somente por suas conclusões, exigia a existência de cargo efetivo, o que não se verificou à época da fiscalização no Município de São Paulo, para os servidores da Lei nº 9.160, de 3 de dezembro de 1980. A par disso, havia à época do lançamento o Parecer CJ/MPS nº 2.281/2000 que norteou o lançamento.

### III.

26. Os servidores do Município de São Paulo são regidos pela Lei 8.989, de 29 de outubro de 1979, que define o Estatuto dos servidores efetivos e

<sup>5</sup> Dentre elas, o Relatório cita a Lei nº 11.231/92 (criação de cargos no quadro de atividades artísticas) e Lei nº 8.694/78 (criação de cargos no quadro do magistério).



comissionados e a Lei nº 9.160, de 3/12/1980, aplicável aos servidores admitidos em caráter temporário e contratados.

27. Pois bem. A Lei nº 9.160, de 13/12/1980, instituiu o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter temporário e contratados para funções de natureza técnica especializada, nos termos do art. 106, da Constituição de 1969.

28. O seu art. 1º definia a função dos servidores e o art. 2º os serviços de caráter temporário:

Art. 1º. Além dos funcionários públicos poderá haver na Administração Municipal servidores admitidos em serviços de caráter temporário e contratados para funções de natureza técnica especializada.

Art. 2º. Consideram-se serviços de caráter temporário:

I – o exercício de funções públicas, até a criação e provimento de cargos respectivos;

II – o trabalho desenvolvido na execução de obras e serviços determinados até seu término.

29. O art. 3º vedava a admissão para cargos de direção ou chefia para funções que não correspondessem à classe inicial quando se tratasse de carreira:

Art. 3º - É vedada a admissão prevista no artigo 1º:

I – para funções correspondentes a cargos de direção, chefia ou encarregatura;

II – para funções que não correspondem à classe inicial, quando se tratar de carreira;

III – quando existir cargo vago e candidatos aprovados em concurso com prazo de validade não-extinto.

30. Já o art. 5º determinava que o Executivo criaria a cada três anos os cargos correspondentes:

Art. 5º. Trienalmente, o Executivo procederá a levantamento dos servidores admitidos nos termos da presente Lei, **criando os cargos e providenciando a realização de concursos públicos para seu provimento.**

Parágrafo único. Os servidores admitidos serão inscritos de ofício nos concursos que se destinem ao provimento dos cargos correspondentes às funções que exercerem; a não-aprovação acarretará obrigatoriamente sua dispensa, a operar-se dentro de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da homologação do concurso. (grifou-se).



31. Os arts. 18 a 21 determinavam a aplicação do Estatuto dos Servidores Municipais, Lei nº 8.989, de 29/10/1979, aos servidores admitidos:

Art. 18. Ao servidor admitido nos termos da presente Lei assistem os seguintes direitos e vantagens dos funcionários públicos do Município de São Paulo, previstos nos artigos 96 e seu parágrafo único e 97; 99 a 106; 112 a 114; 115 e 116; 117 a 123; 125 e seu parágrafo único; 126; 128 e 129; 130 e 131; 132 a 135 e 137; 139 a 142; 143 a 145; 146 e 147; 148; 150 a 152; 157 a 159; 166 a 168 e 170 a 174; 176 e 177 da Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979 (...)."

Art. 19. Aos servidores contratados nos termos da presente Lei assistem os seguintes direitos e vantagens dos funcionários públicos do Município de São Paulo (...).

Art. 20. Os servidores admitidos ou contratados nos termos da presente Lei estão sujeitos aos mesmos deveres, as mesmas proibições e ao mesmo regime de responsabilidade, bem como às penas de repreensão e suspensão, vigentes para o funcionário público municipal.

Art. 21. Estendem-se aos servidores admitidos ou contratados as proibições de acumulação de cargos e funções previstas nos artigos 58 a 61 da Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979.

32. Por fim, determinava que o tempo de serviço como admitido ou contratado fosse considerado como tempo de serviço municipal:

Art. 29. O tempo de serviço como admitido ou contratado será considerado como tempo de serviço municipal, para os efeitos previstos em lei.

33. Vê-se, portanto, que os servidores, chamados pela fiscalização de ADMITIDOS, eram contratados, pelo regime anterior a 1988, que assim o permitia, para exercer, por prazo indeterminado, funções públicas correspondentes a de cargos efetivos. Ademais, era vedada a admissão para cargos de direção ou chefia e a admissão somente poderia corresponder à classe inicial da carreira, quando houvesse, e apenas no caso de não haver candidatos aprovados em concurso público. O Poder Público, inclusive, deveria preencher estes cargos mediante realização de concurso para seu provimento, e os servidores deveriam inscritos de ofício, conforme determinava a Lei 9.160, de 3/12/1980. Por fim, os servidores tinham direitos e deveres em conformidade com o chamado Estatuto do

h



Município de São Paulo<sup>6</sup>, dentre eles: quinquênios, sexta-parte, salário-família, salário-esposa, auxílio-funeral, auxílio-doença, licença para tratamento de saúde, licença-gestante, licença para cumprir serviços obrigatórios por lei, licença-compulsória, aposentadoria, por invalidez, aposentadorias compulsória e voluntária. Quanto às proibições e responsabilidades, estas eram exatamente as devidas pelo funcionalismo público municipal.

34. Cumpra ressaltar, outrossim, que a partir da Constituição de 1988, a Lei nº 9.160, de 3/12/1980 perdeu seu suporte de validade, sendo substituída pelo regime imposto pela Lei nº 10.793, de 21 de dezembro de 1989<sup>7</sup> que dispôs justamente sobre a contratação por tempo determinado, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal. A aplicação da Lei nº 9.160, de 3/12/1980 restringe-se às relações jurídico-funcionais consumadas sob sua égide e as funções previstas estão destinadas à extinção na vacância de seus ocupantes, conforme determinado pelas leis municipais que se seguiram.<sup>8</sup>

35. Pelas conclusões do Parecer nº GM – 030 AGU/2002, repita-se, com força vinculante para todo o Poder Executivo, é a natureza do cargo que atrai o regime próprio ou o geral, sendo efetivo, caberá a permanência do servidor no Instituto de Previdência do Município de São Paulo.

<sup>6</sup> Lei nº 8.989, de 29/10/1979.

<sup>7</sup> Art. 1º Esta Lei disciplina as contratações por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Art. 2º. As contratações a que se refere o artigo 1º, somente poderão ocorrer nos seguintes casos:

I – calamidade pública; II – inundações, enchentes, incêndios, epidemias e surtos; III – campanhas de saúde pública; IV – prejuízo ou perturbações na prestação de serviços públicos essenciais; V – de emergência, quando caracterizada a urgência e inadiabilidade de atendimento da situação que possa comprometer a realização de eventos, ou ocasionar prejuízo à saúde ou à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; VI – necessidade de pessoal, em decorrência de dispensa, demissão, exoneração, falecimento e aposentadoria, nas unidades de prestação de serviços essenciais, estando em tramitação processo para realização de concurso.

Art. 3º - As contratações serão feitas pelo tempo estritamente necessário para atender as hipóteses elencadas no artigo anterior, observado o prazo máximo de 6 (seis) meses.

<sup>8</sup> Lei nº 11.511, de 1994 (art. 27 e art. 64, § 5º), Lei nº 11.512, de 1994 (art. 26), Lei nº 11.633, de 1994 (art. 32), Lei nº 11.951, de 1995 (art. 25), Lei nº 11.715, de 1995 (art. 25, parágrafo único), Lei nº 12.568, de 1998 (art. 10), Lei nº 12.477, de 1997 (art. 30), Lei nº 13.652, de 2003 (art. 70), Lei nº 13.748, de 2004 (art. 70), Lei nº 14.591, de 2007 (art. 79).



36. Há que se entender, no entanto, que a conclusão do Parecer *supra* citado em que é o cargo que atrai o regime há que ser interpretada na conformidade com a questão posta àquela época em discussão, que de fato jungia-se à esfera federal. Nos termos de uma interpretação estrita do conceito de cargo efetivo, este seria o cargo cujo provimento derivaria de concurso público, mas não é este o sentido global do Parecer nº GM – 030 AGU/2002. Senão vejamos:

(...) vê-se que o objetivo visado pelo Poder Constituinte originário foi de fato dotar os servidores com ingresso irregular das mesmas garantias e os mesmos direitos e deveres do servidor público admitido via concurso público – concedendo-lhes todos os direitos do servidor efetivado pela via do concurso, chegando-se para esse fim a conceder favorecimento excepcional e expresso, para, facilitando a aprovação por meio de pontos por títulos, homogeneizar e regularizar sua forma de ingresso.

37. A visão do Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União à época, Min. Gilmar Ferreira Mendes, trazia a discussão dentro de seu inafastável contexto histórico:

Tanto assim que servidores estáveis em razão de norma constitucional transitória são mesmo uma tradição no direito constitucional brasileiro, desde a Constituição de 1946, inclusive. Na época denominados de servidores extranumerários, o status jurídico dos mesmos, foi objeto de ensinamento de Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 375 a 376, como segue: “enquanto os funcionários do quadro permanente são nomeados para cargos, os servidores extranumerários são admitidos para funções ou serviços, o que permite à Administração dispensá-los sumariamente, segundo as conveniências do serviço público. Enquanto, porém, no exercício da função, os extranumerários auferem tratamento idêntico ao dos funcionários do quadro permanente, no que concerne a férias, licenças, aposentadoria e demais vantagens que não gerem direito à função ou à estabilidade no serviço público.

**A isso acrescenta-se que tal orientação é ainda verdadeira para aquelas hipóteses de servidores que, regidos pelo regime estatutário, permanecem no serviço público mesmo sem preencher os requisitos constitucionais necessários à aquisição da estabilidade na forma do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.**

Com efeito, a manutenção de tais servidores sob o regime da Lei nº 8.112/90, de 20 de dezembro de 1990, equiparou-os, para todos os fins, aos servidores sujeitos ao regime próprio de previdência. Tal circunstância



já perdurou desde a promulgação da Constituição e conferiu direitos a incontáveis servidores – inclusive aquele de integrar o regime próprio de previdência social. Essa só verdade estaria a exigir o reconhecimento de situações paradigmáticas e de isonomia na praxe administrativa.” (grifou-se).

38. A interpretação dada ao Parecer nº GM – 030 AGU/2002 pelo Parecer MPS/CJ/Nº 3333/2004 e a Orientação Normativa nº 03, de 13 de agosto de 2004, no sentido de que o regime próprio se aplica aos servidores cuja natureza das atribuições dos cargos ou funções seja permanente, desde que submetidos a regime estatutário, aparentemente se afastando da exigência de cargo efetivo, traduz a necessidade de amoldar o entendimento do então Advogado-Geral da União, Ministro Gilmar Mendes, aos casos iguais ou semelhantes encontrados nos Estados e Municípios.
39. Com efeito, a exegese que mais se coaduna com o contexto histórico é, sem dúvida, aquela que leve em consideração a evolução do papel do servidor, especialmente diante do marco fundamental da Constituição de 1988.
40. A clássica obra de MARCELO CAETANO, *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*, publicada em 1977, nos traz um panorama geral do crescimento e importância dos agentes da Administração, em que explica todo o processo de maturação do que hodiernamente chamamos de servidor público.
41. Historicamente, a individualização dos agentes da Administração nasceu com o Estado liberal e com a introdução do conceito da separação dos poderes nos regimes constitucionais, já que nas antigas Monarquias européias não havia distinção nítida entre os órgãos da Administração e os do Judiciário, todo o poder derivando do soberano que em si concentrava a plenitude das funções.<sup>9</sup>
42. A evolução do modelo individualizado, contudo, foi deveras paulatina. Apesar da distinção entre os órgãos da administração com as

<sup>9</sup> Caetano, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. ed. Forense, Rio de Janeiro. 1977, p. 361.





Constituições Liberais, os órgãos administrativos permaneciam como extensões só que agora do partido governista e as funções públicas nada mais eram de que parte de um patrimônio, de um legado político, o que tornava precária a situação dos funcionários. Assim, paralelamente à crescente necessidade de dar força à continuidade e regularidade do serviço estatal, havia o traço sócio-cultural advindo da Monarquia em que as funções públicas traziam para o seu ocupante o caráter da definitividade e permanência, além de grande distinção social:

A ligação da função pública à Política atingiu o seu máximo nos Estados Unidos no século XIX ou onde a vitória de um partido implicava a expulsão dos adversários dos lugares públicos para que houvessem sido nomeados pelo partido vencido, a fim de os vencedores poderem dispor desses lugares em benefício dos seus amigos: era o *spoil system* – as funções públicas constituíam os despojos da batalha eleitoral que, por direito, pertenciam à facção vitoriosa.

Se nos Estados Unidos tudo se orientava no sentido da função pública ser um emprego como qualquer outro, um *job* que, numa sociedade extremamente fluida, com numerosas oportunidades de iniciativa e de ocupação a favorecer a freqüente mudança de atividades dos cidadãos, não constituía profissão nem implicava carreira, na Europa a mentalidade era diferente.

Nas monarquias absolutas, embora em princípio tudo dependesse da vontade régia, havia uma tradição de devoção à função pública e de estabilidade dos servidores nos cargos. Essa estabilidade era favorecida, em certas funções, sobretudo de cobrança de renditos a Coroa, pela patrimonialidade dos ofícios: os cargos eram vendidos pelo Erário ou doados pela Coroa e integravam-se no patrimônio do comprador ou do donatário, por vezes com direito de transmissão por herança. Há exemplos de doação de cargos públicos a meninas, a título de dote que elas levariam para o casamento a fim dos lugares serem exercidos pelos maridos.<sup>10</sup>

43. O fato é que apesar da influência dos costumes, era crescente a necessidade de continuidade do serviço público e de neutralidade política. Ao menos aos “profissionais” deveria ser garantido um lugar com definições precisas, direitos e deveres que lhe seriam impostos com a correspondente estabilidade, enfim, um estatuto definido em lei.<sup>11</sup>

44. Ocorre que como esta era uma idéia seminal o problema era definir quais os agentes da Administração deveriam ser abrangidos pelo Estatuto. A esta

<sup>10</sup> Idem. P. 362.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 363.



altura a Administração tinha agentes em diversas situações, cumprindo diferentes tarefas, e só alguns mereceriam ser considerados funcionários.<sup>12</sup> Dentre os vários critérios eleitos para fazer a distinção, MARCELO CAETANO aponta três: a permanência do cargo ocupado, o caráter público da relação de serviço e a profissionalidade, esta definida nos seguintes termos:

O que distinguiria os funcionários dos outros agentes administrativos seria o serem profissionais, isto é, abraçarem o serviço da Administração como modo de vida ao qual dediquem toda a sua atenção, no qual procurem fazer carreira e donde afluam os recursos necessários para sustentação do seu lar. Naturalmente que este profissional tem de ter garantias de estabilidade e, por isso, deve ser admitido nos quadros da Administração a título permanente, num cargo determinado. Mas ele não é funcionário por ocupar esse cargo, e sim por ocupá-lo para fazer do respectivo exercício a sua profissão. O que interessaria, pois, era sobretudo a permanência do agente no serviço, a sua "incorporação na instituição administrativa."<sup>13</sup>

45. A aspiração ao cargo público começou a declinar com o advento da sociedade industrial, especialmente a partir do final da Primeira Guerra Mundial com o fortalecimento de um sistema de proteção ao trabalhador que aos poucos impedia a exploração capitalista. O Direito do Trabalho e a incipiente Previdência Social foram marcos no crescimento e fortalecimento do mercado de trabalho, deslocando o foco de interesses da prestação de serviços ao Estado. A idéia de que os agentes administrativos eram meros instrumentos na consecução dos objetivos coletivos, marcados pelo traço da impessoalidade, retirava-lhes maiores direitos e garantias.

46. No final da Segunda Guerra, com a pressão advinda dos grandes serviços de utilidade pública, tais como comunicações, transportes, gás, eletricidade e água, as reivindicações pela isonomia de tratamento com o setor privado e a crescente demanda do mercado de trabalho transmudaram a

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 364.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 365.



Administração de potência a uma massa engessada que não tinha condições de se adaptar, muito menos de concorrer para segurar seus melhores empregados.<sup>14</sup>

47. Estes reflexos históricos acabaram por influenciar o Direito Positivo e, logicamente, o regime constitucional dos servidores públicos. É importante ressaltar que a caracterização do servidor público anterior à 88 e a extração dos conceitos e categorias aplicáveis àquela época, em detrimento dos conceitos atuais do Direito Administrativo são fundamentais para a qualificação do regime previdenciário a que devem estar submetidos os servidores de terceiro gênero do Município de São Paulo, figuras de um tempo pretérito.

48. Elucidativa é a conclusão de MARCELO CAETANO, frise-se nos idos da década de 70, sobre a caracterização do agente administrativo. A sua qualificação não se extrai do cargo que ocupa, do estatuto que está submetido, nem tampouco das funções que desempenha, mas advêm das características de imposição absoluta dos deveres de fidelidade ao seu País<sup>15</sup> e no crivo da obediência às ordens superiores. Vejamos:

Podemos chegar agora à conclusão de que o regime de Direito Público de prestação de serviço à Administração será caracterizado pela existência de deveres específicos de fidelidade e lealdade ao País, refletidos no dever de respeitar e fazer respeitar a legalidade vigente e nas particularidades de regulamentação da obediência às ordens superiores.

O agente da Administração que estiver submetido a esse regime poderá ser qualificado de agente administrativo de harmonia com o critério inicialmente definido, seja ou não essa categoria identificada com a de funcionário no direito positivo.”

49. Feitas estas considerações históricas, emerge cristalina a quebra do regime de contratação temporária com a Constituição de 1988. Anteriormente, o regime, ainda que chamado de temporário, albergava funcionários que eram em sua essência o mesmo que os tantos outros servidores públicos. Havia um

<sup>14</sup> Ibidem, p. 373.

<sup>15</sup> Dentre os deveres, cita o dever de cooperar nos fins que a Constituição fixar para serem alcançados pela comunidade; de colaborar com as autoridades legítimas na realização e defesa da legalidade; de defender a existência, a integridade e a honra da Pátria e de manter a disciplina e a ordem social.



elastecimento que hoje é inexistente, ou quando existente, repudiado juridicamente e moralmente vexatório.

50. Neste sentido, recordemos o julgamento da Adin nº 2.987, julgada em 19.12.2004, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, que afastou a Lei nº 9.186/93 do Estado de Santa Catarina face ao art. 37, da CF, que permitia o recrutamento de servidores pelo regime especial temporário, deixando de especificar as atividades de excepcional interesse público e a motivação quanto à real necessidade temporária das funções a serem exercidas:

Julgado o pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra os artigos 1º e 2º da Lei 9.186/93, do Estado de Santa Catarina, que dispunha sobre a concessão de autorização e estabelecia os casos e condições para contratação de pessoal, por prazo determinado, no âmbito da Secretaria de Estado da Saúde. Preliminarmente, o Tribunal, à vista da superveniente revogação do art. 2º da norma impugnada, julgou prejudicada, no ponto, a ação direta. Em seguida, o Tribunal, por ofensa ao art. 37, II e IX, da CF/88, julgou procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da mencionada Lei que, sem especificar quais seriam as atividades de necessidade pública para a contratação temporária, nem demonstrar a real existência de necessidade temporária, autorizava a contratação de pessoal, no âmbito da Secretaria de Estado da Saúde, por tempo determinado. Precedentes citados: ADI 1500/ES (DJU de 16.8.2002) e ADI 2125 MC/DF (DJU de 29.9.2000). ADI 2987/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19.2.2004. Fonte: Informativo nº 337, fevereiro de 2004.

51. No regime da Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, no entanto, conviviam o acesso ao Estado, tanto pela via do concurso, como pela via da admissão ou contratação direta para funções que em muito se aproximavam:

Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º. A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

§ 2º. Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

Art. 100. Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso.



Art. 106. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.

Art. 108. O disposto nesta Seção aplica-se aos funcionários dos três Poderes da União e aos funcionários, em geral, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, e dos Municípios.

52. Na atual Constituição a contratação temporária é disciplinada pelo art. 37, IX, que reserva este regime para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. LUCAS FURTADO, no entanto, adverte que a legitimidade da contratação temporária prevista na Constituição pressupõe que a necessidade da contratação seja temporária, e não apenas que o contrato firmado tenha prazo limitado. Acrescenta, outrossim, que deve ser utilizada em caráter excepcional, e exatamente por isso o texto constitucional o reserva para situações transitórias de excepcional interesse público, uma vez que tais servidores constituem, atualmente, a única exceção em nosso regime administrativo em que o servidor pode exercer função pública sem que necessite ocupar cargo ou emprego público.<sup>16</sup>

53. O regime da Constituição de 1967, EC nº 01/69, para a Constituição de 1988 deu uma forte guinada, resultado do processo de moralização do acesso aos cargos públicos. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO<sup>17</sup> destaca que a abertura dada pela Constituição anterior permitiu ao Estado de São Paulo a criação para os servidores temporários de regime jurídico praticamente igual ao dos demais funcionários públicos, inclusive para o exercício de funções permanentes.<sup>18</sup>

54. **A Lei nº 9.160, de 3/12/1980, do Município de São Paulo, também com espeque no art. 106, da Constituição de 1967, com a redação da EC nº 1/69, chamou de “serviço temporário” aquilo que por si só não tem natureza temporária: o exercício de funções públicas de natureza técnica especializada até a criação e provimento dos cargos que se seguissem.**

<sup>16</sup> Furtado, Lucas R. Curso de Direito Administrativo, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 894.

<sup>17</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Z. Direito Administrativo, Ed. Atlas, São Paulo, 2008, p.488.

<sup>18</sup> Cuida-se da já referida anteriormente Lei nº 500, de 13/11/1974.



55. Há que se dizer que a Lei nº 9.160, de 3/12/1980 que rege a vida dos servidores admitidos tem nítidos contornos de estatuto, remetendo inclusive a direitos e deveres afetos aos demais servidores públicos do Município.
56. DIÓGENES GASPARINI<sup>19</sup>, ao tratar dos servidores estatutários, elenca os princípios constitucionais que a eles se aplicam e que não alcançam os demais servidores: aposentadoria, proventos e pensão, estabilidade, reintegração, disponibilidade, associação sindical. Cita, outrossim, outros aspectos de grande importância: férias, licença, adicional, gratificação e indenização. E como deveres arrola: assiduidade, pontualidade, discricção, urbanidade, lealdade e obediência.
57. Conforme dito no capítulo anterior, o regime dos servidores admitidos do Município de São Paulo previa: reposições parceladas, gratificações, quinquênios, sexta-parte, salário-família, salário-esposa, auxílio-funeral, auxílio-doença, diárias e ajuda de custo, licença para tratamento de saúde, gestante, para cumprir serviços obrigatórios por lei, compulsória, aposentadoria, por invalidez, compulsória e voluntária. Quanto às proibições e responsabilidades, estas eram exatamente as devidas pelo funcionalismo público municipal.
58. Assim tendo em vista que regime estatutário significa que, basicamente, ao tomar posse (aceitação) e entrar em exercício (incorporação), o funcionário público nomeado já encontra uma situação jurídica previamente definida, que focaliza seus direitos, deveres e condições de trabalho, normas disciplinares, vencimentos, vantagens; um completo regime jurídico estatuído por lei, e que, a não ser dessa forma, não pode ser modificado nem com a concordância da Administração e do funcionário, pois são normas de ordem pública, não derogáveis<sup>20</sup>, não se pode olvidar a natureza estatutária da Lei nº 9.160, de 3/12/1980.

<sup>19</sup> Gasparini, Diógenes. Direito Administrativo. Ed. Saraiva, 2004, 9ª ed., p. 221.

<sup>20</sup> Di Pietro, Maria Sylvia. Direito Administrativo. Atlas. São Paulo, p. 424 **apud** Araújo, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 3ª ed., 2007, p. 268.



59. Ademais, os servidores que foram admitidos a qualquer título antes da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, ressalvados os celetistas, que já eram vinculados ao regime previdenciário geral, tinham a sua aposentadoria regida pelos dispositivos constitucionais relativos aos servidores públicos. O art. 40, da CF não fazia distinção entre os tipos de servidores, apenas remetia para a legislação a disciplina legal sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários. Fora dessas duas hipóteses, todos os demais servidores faziam jus às modalidades de aposentadoria previstas no art. 40 e continuam sujeitos a esse dispositivo, já que tiveram seus direitos preservados pela regra do artigo 3º, § 3º da própria EC nº 20/98, de 15/12/1998.<sup>21</sup>

60. Não por outro motivo que já em seu Curso de Direito Administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, admitia quanto aos servidores da Lei nº 500, de 13/11/1974 do Estado de São Paulo a sua inserção em regime próprio:

Há que se lembrar também que alguns Estados e Municípios não implantaram o regime jurídico único previsto no artigo 39 da Constituição, em sua redação original. Foi o que ocorreu no Estado de São Paulo, onde até hoje existem servidores que exercem a chamada função-atividade, com base na Lei nº 500, de 13/11/1974, que corresponde a funções de caráter permanente, para as quais o ingresso se fazia mediante processo seletivo. Tais servidores nem ocupam cargo efetivo a que se refere o caput do artigo 40, nem ocupam cargo em comissão, cargo temporário ou emprego público, referidos no § 13 do mesmo dispositivo. Eles têm uma situação muito semelhante a dos servidores efetivos, à medida que foram admitidos por processo seletivo; seu regime é estatutário, porque estabelecido por lei; a maior parte deles adquiriu estabilidade com base no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O caráter de temporariedade e da precariedade da forma de provimento e exoneração, presente nos casos previstos no § 13, não existe com relação a esses servidores. A eles deve aplicar-se, por analogia, o caput do artigo 40.<sup>22</sup>

61. Assim sendo, há plausibilidade jurídica para a manutenção dos servidores admitidos pela Lei nº 9.160, 3/12/1980 no Regime Próprio de

<sup>21</sup> “Todos os direitos e garantias assegurados nas disposições constitucionais vigentes à data da publicação desta Emenda aos servidores e militares, inativos e pensionistas, aos anistiados e aos ex-combatentes, assim como àqueles que já cumpriram até aquela data os requisitos para usufruírem tais direitos, observado o disposto no artigo 37, XI, da Constituição Federal.”

<sup>22</sup> *Idem*, p. 529.



Previdência Social, diante de suas características peculiares que implicam no exercício de função permanente, regidos que são por estatuto próprio.

62. Por outro lado, há que se levar em conta o impacto financeiro para os cofres da União, na medida em que a situação consolidada pelo tempo implica na transferência do encargo dos benefícios previdenciários devidos a estes servidores ao regime geral.

63. Como bem ressaltado no Parecer PGFN/CAT nº 690/2007, ao cuidar dos servidores da Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974, "a fixação no regime de previdência geral deve partir da premissa do que se pretendia com a Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, especialmente tendo-se como vetor hermenêutico o obiter dictum do Ministro Carlos Brito na ADI 2.014-2-DF; isto é, tem-se como meta aliviar-se o Tesouro; no caso, o caixa da União Federal."

64. Há que se confirmar, no entanto, para que se possa dar início a um acordo nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.016274-4, que há recolhimentos desde o início em favor do Instituto de Previdência do Município de São Paulo e que, em contrapartida, há o pagamento dos benefícios devidos.

65. Observe-se, outrossim, que a Lei Municipal nº 13.973, de 12 de maio de 2005 que dispôs sobre as contribuições para o regime próprio de previdência social dos servidores públicos do Município de São Paulo contém regra de transição, na qual as suas disposições somente serão aplicadas aos servidores ADMITIDOS, enquanto perdurar decisão judicial que lhes assegure.<sup>23</sup> Assim, tendo em vista que a liminar que os garantia caiu em 10 de outubro de 2006, é importante esclarecer se neste período específico houve recolhimentos para o IPREM.

<sup>23</sup> Art. 35. Aplicam-se as disposições constantes desta lei aos servidores descritos abaixo enquanto perdurar decisão judicial nesse sentido: I – admitidos pela Lei nº 9.160, de 31 de dezembro de 1980.





#### IV.

66. Quanto aos exercentes de cargo em comissão, estes são alcançados pelo regime geral da previdência social, por disposição expressa do § 13, do art. 40, da CF.<sup>24</sup>

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.

68. A estabilidade especial decorrente do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não alcança os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança, nem aos que a lei declare de livre exoneração, por força do art. 19, § 2º, ADCT. CARVALHO FILHO quanto à estabilização constitucional esclarece que:

Essa forma de garantia, que melhor se denomina estabilização, teve incidência de grande amplitude, abrangendo os servidores públicos estatutários e trabalhistas, somente sendo dela excluídos os servidores que desempenhassem cargo, emprego ou função de confiança ou outras funções e cargos que a lei considerasse como de livre exoneração. Em outras palavras, a estabilização alcançou todos aqueles servidores que exercessem suas funções com caráter de permanência (art. 19, § 2º, ADCT da CF). Conseqüentemente, não pode a estabilização estender-se a hipótese não previstas no mandamento constitucional.<sup>25</sup>

69. Assim sendo, os puramente comissionados, ou seja, aqueles que exercem funções de confiança não podem estar vinculados ao regime próprio do Município. Acrescente-se, outrossim, que o *supra* citado Parecer da AGU, em *obter dictum* excluiu os servidores comissionados:

A titularidade é distinta da estabilidade e do caráter efetivo do cargo – assim existe titularidade de cargo em comissão e os titulares de cargo em comissão estão excluídos do regime de previdência próprio aos servidores

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, ed. Lúmen Júris, 19ªed., Rio de Janeiro, 2008. p. 595.



pela razão outra de que os cargos por eles ocupados não são cargos efetivos.

70. Observe-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 289-CE, declarou inconstitucionais diversos artigos do ADCT da Constituição Estadual do Ceará por ampliar as hipóteses de aquisição da estabilidade extraordinária do art. 19 do ADCT.<sup>26</sup>

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. Consta tão somente a Lei nº 14.651, de 20 de dezembro de 2007 que dispõe sobre a permanência dos servidores que especifica no Regime Próprio de Previdência do Município de São Paulo, retroagindo à data de 15 de dezembro de 1998:

Art. 1º. Estão submetidos ao Regime Próprio de Previdência Social do Município de São Paulo os servidores ativos e inativos a seguir indicados, que tenham sido admitidos para o exercício de função permanente, inclusive de natureza técnica, na Administração Direta e Autárquica, sendo equiparados aos titulares de cargos efetivos para essa finalidade:

I – admitidos pela Lei nº 9.160, de 3 de dezembro de 1980 e alterações;

II – titulares de cargo em comissão, exclusivamente, considerados estáveis nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na conformidade do disposto em lei municipal ou ato administrativo próprio;

<sup>26</sup> Notícias do STF, [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br): Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) acompanharam, por maioria, o voto do ministro Sepúlveda Pertence que deu provimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 289. O voto declarou inconstitucionais os artigos 25, 26, 29 e 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição do Estado do Ceará.

A ADI foi proposta pelo governador do estado do Ceará contra dispositivos da Constituição Estadual que concediam benefícios e prerrogativas a servidores admitidos há mais de cinco anos quando de sua promulgação.

Ao apontar a ofensa ao artigo 19 do ADCT da Constituição Federal, o governador questionou se a Carta cearense poderia ampliar as hipóteses de aquisição da estabilidade extraordinária, conferir estabilidade a servidores de sociedades de economia mista e empresas públicas, tornar estável um servidor eventual, autorizar o aproveitamento, por qualquer dos Poderes, dos servidores requisitados.

O relator da ação, ministro Sepúlveda Pertence, declarou que nesse caso ocorreu “a ampliação não só do universo temporal, mas também material e subjetivo, da idéia do artigo 19 do ADCT”, ao admitir que o quinqüênio seja concedido a partir dos 5 anos anteriores à Constituição do estado e não da Constituição Federal. Ofendeu ainda regras constitucionais relativas ao provimento de cargos por meio de concurso público. Notícia veiculada no sítio do STF em 9 de fevereiro de 2007.



III – titulares de cargo em comissão, exclusivamente, que ingressaram na Prefeitura do Município de São Paulo até a data da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e que, em razão da natureza específica das funções por ele desempenhadas, não pertinentes à fidúcia, já foram admitidos no regime próprio do servidor efetivo por ato normativo específico expedido anteriormente pelo Executivo.

Art. 4º. Esta lei entrará em vigor na data da sua publicação, retroagindo seus efeitos a 15 de dezembro de 1998, quanto ao disposto no seu art. 1º.

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.

73. Conclui-se, a partir da plausibilidade jurídica da questão posta, e mais especificamente de seus desdobramentos financeiros, que:

- a) o Parecer nº GM – 030 AGU/2002, com força vinculante para todo o Poder Executivo, deve ser aplicado aos servidores admitidos e comissionados do Município de São Paulo;
- b) os servidores admitidos por força da Lei nº 9.160, de 3/12/1980 formam grupo atípico dentro da classificação atual dos servidores públicos, chamados que são de temporários, mas em função permanente e regidos por estatuto próprio;
- c) a evolução histórica no que diz respeito à caracterização e individualização dos servidores públicos demonstra que o momento em que se concebeu este modelo aparentemente destoante dentro do Município de São Paulo era plausível tanto em seu aspecto jurídico, Constituição de 1967 com a EC nº 1/69, quanto em seu aspecto social e político;



- d) a transferência de servidores que já se encontram em regime próprio deve levar em consideração o equilíbrio financeiro do Tesouro Nacional, tendo-se como vetor hermenêutico o *obiter dictum* do Ministro Carlos Britto na ADI nº 2.014-2;
- e) havendo comprovação de que o Instituto de Previdência do Município de São Paulo recolheu as contribuições dos servidores admitidos em face da Lei nº 9.160, de 3/12/1980, desde o nascedouro, e que vem pagando os benefícios devidos, abra-se a possibilidade de acordar-se em juízo a manutenção destes mesmos servidores no regime próprio;
- 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;
- g) quanto às NFLDs de nºs 35.649.872-7, 35.649.873-5, 35.649.874-3, 35.649.880-8, 35.649.881-6, 35.649.882-4, 35.649.883-2, 35.649.871-9, referentes aos servidores admitidos, em fase de pré-inscrição, estas devem permanecer nesta fase, aguardando-se o desfecho do acordo, limitado este lapso temporal à data da prescrição para a inscrição da dívida;
- h) quanto às NFLDs de nºs 35.649.879-4, 35.649.884-0, 35.649.885-9, 35.649.875-1, 35.649.876-0, 35.649.877-8, 35.649.878-6, 35.649.886-7, 35.649.887-5 e 35.649.888-3, referentes aos servidores comissionados, estas devem ter o seu trâmite normal, aguardando-se os termos do acordo.
- i) havendo aprovação do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Fazenda e concordância do Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, a Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da 3ª




MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL  
COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS

Região deverá reunir-se com a Procuradoria do Município de São Paulo, a fim de formalizar o acordo, nos termos acima expostos.

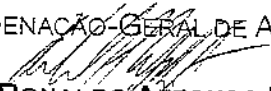
À consideração superior.

2009. COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS, em 24 de março de

  
**MARCIA HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA**  
PROCURADORA DA FAZENDA NACIONAL

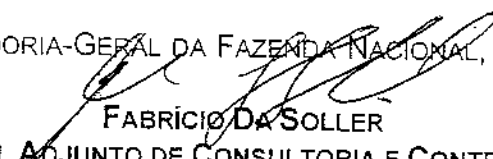
De acordo. À consideração do Senhor Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário para os fins propostos.

2009. COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS, em 24 de março de

  
**RONALDO AFFONSO NUNES LOPES BAPTISTA**  
COORDENADOR-GERAL DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS SUBSTITUTO

De acordo. À consideração do Senhor Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

2009. PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 25 de março de

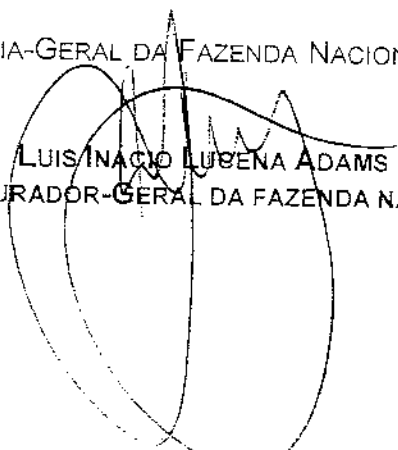
  
**FABRÍCIO DA SOLLER**  
PROCURADOR-GERAL ADJUNTO DE CONSULTORIA E CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO

Aprovo. Considerando a tramitação do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.016274-4 no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, impetrado pelo Município de São Paulo, é recomendável que a presente manifestação seja remetida pelo Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Fazenda ao Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, para que este promova entendimento com o Município de São Paulo, nos termos dos itens "e" e "f" *supra*, e encerre a controvérsia existente mediante a homologação em juízo, nos termos da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Encaminhe-se, outrossim, cópia deste parecer à Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado de São Paulo, para ciência e cumprimento dos itens "g" e "h". Após a concordância do Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, remeta-se à Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional da Terceira Região para o cumprimento do item "i".

Remeta-se ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda.

2009. PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 03 de abril de

  
**LUIS INACIO LUBENA ADAMS**  
PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

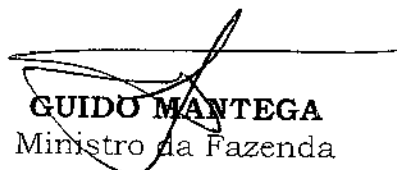
**Processo** : 19839.000824/2009-00

**Interessado** : Prefeitura Municipal de São Paulo.

**Assunto** : Cancelamento de débitos previdenciários.

**Despacho** : Aprovo o Parecer PGFN/CAT/Nº 640 /2009, de 03 de abril de 2009, que versa sobre cancelamento de débitos previdenciários da Prefeitura Municipal de São Paulo, uma vez que seus servidores estariam abrangidos por regime próprio de previdência social.

Brasília (DF), 16 de abril de 2009

  
**GUIDO MANTEGA**  
Ministro da Fazenda

Aviso nº 91 /MF

Brasília, 16 de abril de 2009.

A Sua Excelência o Senhor  
**JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI**  
Advogado-Geral da União

Assunto: **Encaminhamento de Parecer.**

Senhor Advogado-Geral da União,

A propósito de consulta formulada pela Prefeitura Municipal de São Paulo, encaminho a Vossa Excelência o anexo Parecer PGFN/CAT Nº 640 /2009, de 03 de abril de 2009, para ciência e providências que julgar necessárias.

Atenciosamente,

  
**GUIDO MANTEGA**  
Ministro de Estado da Fazenda