

ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS E O REGIME PREVIDENCIÁRIO NO ÂMBITO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DÉCIO SEIJI FUJITA¹

RESUMO

O artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe que “Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”. Observando o dispositivo citado, nota-se que foi atribuído aos servidores civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios uma estabilidade que, importante frisar, não se confunde com a efetividade dos servidores investidos na forma do artigo 37, II, da Constituição Federal. Os servidores abarcados pelo artigo 19 do ADCT não se submeteram a concurso público, mas adquiriam uma estabilidade especial em razão do tempo de serviço prestado ao poder público (cinco anos contínuos na data da promulgação da Constituição). Entretanto, oportuno salientar que quanto ao regime previdenciário desses servidores, surgiram divergências na forma de contribuição, se regime geral ou regime próprio, que hodiernamente parece pender a ser fixado o regime geral de previdência social.

Palavras-chave: agentes públicos, artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, concurso público, regime previdenciário.

¹ Procurador do Município de Diadema, Advogado militante nas áreas de Direito Civil, Penal e Tributário, Articulista, Parecerista, Pós-graduado com especialização em Direito Público pela Escola Paulista de Direito, Pós-graduado com especialização em Direito Tributário pelo Centro Universitário de Bauru.

SUMÁRIO

1 – AGENTE PÚBLICO.....	03
2 – REGIME PREVIDENCIÁRIO DO AGENTE PÚBLICO.....	05
3 – O ARTIGO 19 DO ADCT	07
4 – REGIME PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR ESTÁVEL NO ESTADO DE SÃO PAULO NA FORMA DO ARTIGO 19 DO ADCT.....	08
5 – CONCLUSÃO.....	14
REFERÊNCIAS	15

1 – AGENTE PÚBLICO

Para o ingresso no serviço público a Constituição da República, adotou como regra, a prévia aprovação em concurso, consoante dispõe o inciso II do artigo 37 “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Com a aprovação no concurso público, há a nomeação e posse do candidato de acordo com a sua classificação e, posteriormente, a sua entrada em exercício.

O termo “agente público” segundo a classificação adotada pela Professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro é gênero do qual são espécies os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particular em colaboração com o Poder Público.

Agentes públicos na concepção da doutrinadora supracitada “é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”²

Dentre os servidores públicos em sentido amplo, encontramos os servidores estatutários, ocupantes de cargos públicos e sujeitos ao regime jurídico estatutário; os empregados públicos, ocupantes de emprego público e submetidos às regras da legislação trabalhista comum e os servidores temporários, ao quais exercem apenas função pública temporária sem se vincularem a cargo ou emprego público.

Dessa forma, nota-se que somente os servidores estatutários estão submetidos ao regime jurídico específico e, como bem lembrado por Maria Sylvania Zanella Di Pietro³

Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes.

² Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 510.

³ *Direito administrativo*, cit., p. 513.

Ressalte-se que em razão desta peculiaridade, os servidores estatutários têm regime previdenciário diferente dos empregados públicos e demais empregados da iniciativa privada, pois contribuem para um regime próprio diverso do regime geral de previdência social.

2 – REGIME PREVIDENCIÁRIO DO AGENTE PÚBLICO ESTATUTÁRIO

A aposentaria significa o direito à inatividade remunerada para todo aquele trabalhador que contribuir para o regime previdenciário e preencher os requisitos determinados em lei.

A Constituição da República estabelece duas espécies de regimes previdenciários, a dos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal, incluídas as Fundações Públicas e as Autarquias, prevista no artigo 40 e dos demais trabalhadores vinculados ao regime geral da previdência social, prevista no artigo 201.

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.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

Portanto, como regra, os servidores públicos titulares de cargos públicos contribuem para o regime próprio do servidor público e os demais empregados contribuem para o regime geral da previdência social.

É claro que cada um dos sistemas têm sua forma de contribuição, forma de remuneração na inatividade, prazos diferenciados para a concessão das aposentadorias, forma de correção do valor, tetos do valor remuneratório etc.

Sem adentrar nas especificidades de cada sistema previdenciário, é certo que somente os titulares de cargos efetivos são os que contribuem para o regime próprio do servidor público.

Todavia, o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, acabou por estabelecer uma categoria própria de servidores públicos que sem prestarem concurso público, acabaram por adquirir estabilidade no serviço público.

Esta situação acabou por criar divergência na forma de contribuição previdenciária desses servidores, se regime próprio ou regime geral, que será o objeto do presente estudo.

3 – O ARTIGO 19 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

Dispõe o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que “Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”.

O dispositivo mencionado criou uma espécie de servidor público diferenciado na medida em que admitiu a condição de servidor público àquele que sem concurso público já exercia função pública por pelo menos cinco anos continuados à Administração Pública na data da promulgação da Constituição Federal.

É uma situação diferenciada, pois estes servidores sem prestar concurso público adquiriram estabilidade no serviço público, mas não têm efetividade no serviço público.

Desse modo, consoante acima asseverado, surgiram divergências na forma de contribuição previdenciária, se regime próprio do servidor público ou se regime geral da previdência social.

Oportuno frisar que no Estado de São Paulo, parece prevalecer a tese de que estes servidores devem contribuir para o regime geral da previdência social e não para o regime próprio, inclusive com parecer nesse sentido da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Importante anotar que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também vem adotando a tese da Procuradoria Geral do Estado ao afastar estes servidores estáveis, mas não efetivos, do regime próprio do servidor, consoante será melhor analisado no decorrer deste trabalho.

4 – REGIME PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR ESTÁVEL NO ESTADO DE SÃO PAULO NA FORMA DO ARTIGO 19 DO ADCT

O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar recentemente a ADI nº 4.876/DF, 26/03/2014 que questionava a inconstitucionalidade de Lei Complementar nº 100/2007, do Estado Minas Gerais, a qual tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na administração pública sem concurso público, englobando os servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988, concluiu que por força do seu artigo 37, II, a investidura em cargo público ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público.

Concluiu ainda que **“O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tornou estáveis os servidores que estavam em exercício há pelo menos 5 anos na data da promulgação da Constituição de 1988. A estabilidade conferida por essa norma não implica a chamada efetividade, que depende de concurso público, nem com ela se confunde. Tal dispositivo é de observância obrigatória pelos estados”**.

Importante frisar que o Relator Ministro Dias Toffoli no corpo do seu relatório fez questão de transcrever a distinção feita pelo Ministro Maurício Corrêa, no julgamento do RE nº 167.635/PA, entre efetividade e estabilidade, asseverando que a estabilidade prevista no artigo 19, do ADCT, confere

“somente o direito de permanência no serviço público (...), todavia sem incorporação na carreira, não tendo direito à progressão funcional nela, ou a desfrutar de benefícios que sejam privativos de seus integrantes. (...) Não é titular do cargo que ocupa, não integra a carreira e goza apenas de uma estabilidade especial no serviço público, que não se confunde com aquela estabilidade regular disciplinada pelo art. 41 da CF”.

Oportuno ressaltar que nos debates que culminaram com o julgamento da referida ADI 4876/DF, os Ministros Luís Roberto Barroso, Marco Aurélio e Ministra Cármen Lúcia sinalizaram que o regime jurídico a ser adotado pelos servidores abarcados pelo artigo 19, do ADCT, é o regime geral e não o RPPS.

De outra banda, o então Advogado-Geral da União, Gilmar Mendes, no Parecer GM-30, de 2002, citado na Nota Técnica N° 03/2013/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, entendeu que a efetividade no cargo não era pré-requisito indispensável para que o servidor pudesse estar coberto pelo Regime Próprio de Previdência Social, permitindo, desse modo, o enquadramento dos servidores estáveis:

EMENTA: Direito Previdenciário. Regime próprio de previdência social. Servidores Públicos. Vinculação de servidores beneficiados pela estabilidade especial conferida pela Constituição de 1988 ao regime próprio de previdência social. Vinculação que independe da condição de efetividade. Conflito de competência e de interpretação entre o Ministério de Assistência e Previdência Social e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

IV – CONCLUSÃO

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.

Posição diametralmente oposta é adotada pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, que encampa a ideia da impossibilidade de vinculação dos servidores estáveis amparados pelo artigo 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao regime próprio de previdência social.

Sustenta que esses servidores estáveis são regidos pelo artigo 40, § 13º, da Constituição da República que dispõe:

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

Essa tese é extraída dos Pareceres N° 126/2011 e 113/2011, aprovadas pelo Procurador Geral do Estado, figurando como interessados a Associação dos Servidores Celetistas Estáveis do Estado de São Paulo – ASCEESP, cujo assunto ficou assim estabelecido:

SERVIDORES CELETISTAS ESTABILIZADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INCLUSÃO NO REGIME PREVIDENCIÁRIO PRÓPRIO DOS SERVIDORES (RPPS). Impossibilidade. O direito ao ingresso no Regime Previdenciário Próprio dos Servidores depende de relação estatutária. A situação dos associados da interessada é regida pelo art. 40 § 13 da Constituição Federal que determina a inclusão desses servidores no Regime Geral da Previdência Social. Análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal da ADIN 114-PR (acórdão publicado em 03/10/2011), Precedente: Parecer PA n° 210/2009.

Vale lembrar, como bem frisou o Subprocurador-Geral do Estado da área da Consultoria Jurídica, no processo GDOC N° 18487-719795/2011, que

O Estado de São Paulo não adotou regime jurídico único previsto no artigo 39 da Constituição Federal, em sua redação original. Os servidores estaduais celetistas estabilizados em razão do disposto no artigo 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988 permaneceram submetidos à disciplina da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, por não serem titulares de cargo efetivo e tampouco submeterem-se ao regime estatutário, cuidando-se de categoria submetida ao regime trabalhista – empregados públicos estaduais -, são

filiados ao RGPS, nos termos do que estabelece a Lei Complementar Estadual nº 1.010 de 1º de junho de 2007 e artigo 3º, § 10, do Decreto nº 52.046 de 09 de agosto de 2007.

A impossibilidade de os servidores públicos estaduais celetistas, inclusive os que adquiriram estabilidade anômala – artigo 19 do ADCT da CF/88 – submeterem-se ao regime próprio de previdência social é questão já decidida no âmbito desta instituição, em razão da aprovação superior do Parecer PA nº 210/2009.

É oportuno ressaltar que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reiteradamente vem afastando a possibilidade da vinculação do servidor estabilizado nos moldes preconizados pelo artigo 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao Regime Próprio.

À guisa de esclarecimento, colacionamos na sequência recente julgado da 10ª Câmara de Direito Público, Apelação nº1007794-08.2014.8.26.0053, Relator Desembargador Marcelo Semer, j. 11/08/2014, em cujo relatório o Relator se reporta a inúmeras ementas no mesmo sentido (Desembargadores Djalma Lofrano Filho, Aroldo Viotti e Vicente de Abreu Amadei):

APELAÇÃO. Ação Declaratória. SPPREV. Engenheiro do DAEE, contratado sob o regime da CLT. Pretensão de integração ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS), pela SPPREV, na forma prevista pela Lei Complementar 1.010/07. Inadmissibilidade. Estabilidade Constitucional (art. 19 do ADCT), que não implica em alteração de regime jurídico, e muito menos confere ao empregado direito algum à aposentadoria pelo regime previdenciário especial (SPPREV). Nos termos do artigo 40, § 13º, da

Constituição Federal, ao servidor de emprego público, se aplica o regime geral de previdência (RGPS). Sentença de improcedência. Manutenção. Recurso não provido.

Portanto, considerando o entendimento contemporâneo, s.m.j., não é possível a vinculação do servidor enquadrado nos moldes preconizados pelo artigo 19 do ADCT, no regime previdenciário próprio do servidor público.

5 – CONCLUSÃO

O regime previdenciário dos servidores abarcados pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi muito debatido, inclusive no âmbito do Estado de São Paulo foi criada uma Associação dos Servidores Celetistas Estáveis do Estado de São Paulo – ASCEESP, para defesa dos seus membros.

Ao se debater com a questão a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo adotou firme posição de que o direito ao ingresso no Regime Previdenciário Próprio dos Servidores depende de relação estatutária, da qual não desfrutam estes servidores estabilizados na forma do artigo 19 do ADCT.

No Estado de São Paulo, como não foi adotado o regime jurídico único, os “estabilizados” não podem ingressar no Regime Próprio, permanecendo no Regime Geral de Previdência Social.

O cerne da questão está vinculado ao fato de que estes servidores estabilizados não são efetivos no serviço público, detendo apenas uma estabilidade especial e por consequência não podem se vincular ao Regime Próprio.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quando instado a se manifestar vem adotando a mesma posição da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo no sentido de proibição da vinculação do servidor estável na forma do artigo 19 do ADCT ao Regime Próprio de Previdência Social.

O Colendo Supremo Tribunal Federal parece sinalizar também que seguirá o entendimento adotado pelo Estado de São Paulo em virtude de entender que a estabilidade não se confunde com a efetividade de modo que não é possível aos “estabilizados” se filiarem ao Regime Próprio do servidor estatutário.

Portanto, nos parece razoável a tese adotada, pois a estabilidade adquirida pelos servidores “estabilizados” não compreende a efetividade exigida pelo Texto Constitucional, impedindo-os de ingressar no Regime Próprio do servidor público.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando; CHIMENTI, Ricardo Cunha; ROSA, Márcio Fernando Elias; e SANTOS, Marisa Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Editora Saraiva, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 4ª edição, 2009.

MARIA, Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 22ª edição, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros editores, 20ª edição, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 4ª Edição, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros editores, 22ª edição, 2003.