



**Registro: 2019.0000868047**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 0273658-59.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE, COM EFEITOS "EX TUNC" E COM RESSALVA. ACÓRDÃO COM O EXMO. SR. DES. RICARDO ANAFE. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. JACOB VALENTE (COM DECLARAÇÃO), PINHEIRO FRANCO, RENATO SARTORELLI, BERETTA DA SILVEIRA, CRISTINA ZUCCHI E ADEMIR BENEDITO. IMPEDIDO O EXMO. SR. DES. ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE, vencedor, JACOB VALENTE, vencido, PEREIRA CALÇAS (Presidente), JAMES SIANO, ADEMIR BENEDITO, ARTUR MARQUES, PINHEIRO FRANCO, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ALVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ALEX ZILENOVSKI, ELCIO TRUJILLO E CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 2 de outubro de 2019

**RICARDO ANAFE**  
**RELATOR DESIGNADO**  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 0273658-59.2012.8.26.0000

AUTOR: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA

RÉUS: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO E PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 30.832

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Acordão deste Colendo Órgão Especial que julgou parcialmente procedente o pedido, extinguindo o processo em relação à Lei 13.973/2005 e o Decreto regulamentador nº 46.860/2005, do Município de São Paulo – Interposição de Recurso Extraordinário – Juízo de retratação – Artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil – Alegação de inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 13.973/2005 e artigo 25 do Decreto nº 46.860/2005 do Município de São Paulo, disciplinando a inclusão dos funcionários temporários admitidos na forma da Lei 9.160/80, dos titulares de cargos em comissão puro estáveis na forma do artigo 19 do ADCT e os que ingressaram até a publicação da EC nº 20/1998, em regime próprio de previdência – Inconstitucionalidade dos incisos I e II do artigo 35 da Lei 13.973/2005 e artigos reflexos do Decreto regulamentador nº 46.680/2005 – Parcial inconstitucionalidade do inciso III daquele artigo, em relação aos ocupantes de cargos não efetivos que não preencheram os requisitos para aposentadoria antes da publicação da EC nº 20/1998, ainda que considerados 'estabilizados' na forma do artigo 19 do ADCT – Modulação dos efeitos da decisão apenas para ressalvar os servidores aposentados e aqueles que, até a data do julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria (ADI 4.876 / DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 26/03/2014).**

**Pedido procedente em parte, com modulação.**

1. *Ex ante*, cumpre destacar a adoção do relatório elaborado,



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

bem como a razoabilidade do voto do eminente Relator Desembargador Jacob Valente, o qual acompanho no que tange à procedência parcial do pedido, mas por convencimento, ousou divergir com relação aos efeitos do julgamento.

A Lei nº 13.973, de 12 de maio de 2005, que dispõe sobre as contribuições para o regime próprio de previdência social dos servidores públicos do Município de São Paulo, assim estabelece em seu artigo 35:

**“Art. 35. Aplicam-se as disposições constantes desta lei aos servidores abaixo descritos enquanto perdurar decisão judicial nesse sentido:**

**I – admitidos pela Lei nº 9.160, de 31 de dezembro de 1980;**

**II – titulares de cargos em comissão exclusivamente, considerados estáveis, nos termos do art. 19 do ADCT, na conformidade do disposto em lei municipal ou ato administrativo normativo próprio;**

**III – titulares de cargos em comissão exclusivamente, que ingressaram na Prefeitura do Município de São Paulo até a data da publicação da EC 20/98, e que, em razão da natureza específica das funções por eles desempenhadas, não pertinentes à fidúcia, já foram admitidos no regime próprio do servidor efetivo por ato normativo próprio expedido anteriormente pelo Executivo.”**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Foi editado pelo Chefe do Poder Executivo o Decreto nº 46.860, de 27 de dezembro de 2005, para regulamentar essa lei, dispondo na parte que aqui interessa:

**“Art. 25. As disposições deste aplicam-se, também, aos seguintes servidores:**

**I – admitidos pela Lei nº 9.160, de 31 de dezembro de 1980;**

**II – titulares de cargos em comissão, exclusivamente, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, cuja estabilidade excepcional prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, da Constituição Federal, tenha sido reconhecida em lei ou atos normativos específicos, na seguinte conformidade:**

**a) Diretores de Creche - despacho normativo proferido no processo administrativo nº 1993-0.009.682-6, publicado no Diário Oficial do Município de 11 de novembro de 2003;**

**b) Professores - despacho normativo proferido no Ofício nº 174/91-SME/AT, publicado no Diário Oficial do Município de 3 de outubro de 1991;**

**c) Inspectores de Alunos, Auxiliares de Secretaria e Auxiliares Administrativo de Ensino - despacho normativo proferido no processo administrativo nº**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**2000-0.260.509-7, publicado no Diário Oficial do Município de 11 de novembro de 2003;**

**d) Secretários de Escola - parágrafo único do artigo 104 da Lei nº 11.434, de 13 de novembro de 1993;**

**III - titulares de cargos em comissão, exclusivamente, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, que ingressaram na Prefeitura do Município de São Paulo até 16 de dezembro de 1998 e, em razão da natureza específica das funções por eles desempenhadas, não pertinentes à fidúcia, de Referência AA, do Quadro de Atividades Artísticas, e de Referência QPE, do Quadro dos Profissionais da Educação, referidos no Comunicado nº 1/SGP/2002, publicado no Diário Oficial do Município de 7 de fevereiro de 2002, constantes do Anexo II deste decreto.”**

Diante da inconstitucionalidade dos incisos I e II do artigo 35 da Lei 13.973/2005 e dos incisos I e II do artigo 25 do Decreto regulamentador nº 46.860/2005, bem como a parcial inconstitucionalidade do inciso III do artigo 35 da Lei 13.973/2005 e do inciso III do artigo 25 do Decreto regulamentador nº 46.860/2005, pois em confronto com os artigos 40 da Constituição Federal (com a redação dada pela EC nº 20/1998) e 19 do ADCT, consoante os termos do voto do eminente Relator, no que tange à modulação de efeitos, com a devida vênia, discordo do entendimento abaixo



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reproduzido:

**“(...) permanecem no regime próprio os servidores não efetivos (ou equiparados) e os comissionados puros constantes das tabelas acima, e seus respectivos pensionistas, que: a-) tenham passado para a inatividade até a data da publicação deste acórdão, desde que ao tempo da concessão tenham, efetivamente, preenchido todos os requisitos exigidos pelo artigo 40 da Constituição Federal (idade, tempo de contribuição, etc.), com as redações das Emendas Constitucionais 20, 41 e 47; b-) fica garantida a passagem para a inatividade no regime próprio a todos que tenham sido admitidos até a publicação da EC nº 20/1998 e que tenham preenchidos os requisitos, mas ainda não a requereram, salvo se houver alterações naqueles por força do que se promulgar em torno da PEC nº 6/2019, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, desde que ela os estenda aos Estados e Municípios (vinculação obrigatória); c-) fica garantida a passagem para a inatividade no regime próprio a todos que tenham sido admitidos entre a publicação da EC nº 20/1998 da CF/88 e a EC nº 21/2006 da C.E e que tenham preenchidos os requisitos, mas ainda não a requereram, até 120 (cento e vinte) dias da publicação deste acórdão, salvo se houver alterações naqueles por força do que se promulgar em torno da PEC nº 6/2019,**

**atualmente em trâmite no Congresso Nacional, desde que ela os estenda aos Estados e Municípios (vinculação obrigatória); d-) para aqueles que alcançaram, individual ou coletivamente, decisão judicial favorável à permanência ou inclusão no regime próprio, ainda não transitada em julgado, até a data de publicação deste acórdão, fica provisoriamente eficaz a referida decisão, salvo se revogada ou reformada.  
(...)”**

Como cedição, a ação direta de inconstitucionalidade visa retirar do mundo jurídico a norma que se encontra em desacordo com a Constituição e seu efeito é de coisa julgada material, gerando efeitos *erga omnes*, quanto à sua amplitude.

Ora, a ação que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em regra geral, retira a sua vigência, vale dizer, a norma é retirada do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido, produzindo efeitos *ex tunc*, com retroação à data de seu nascimento<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A decisão em ADIn tem, atualmente, em regra, eficácia retroativa (*ex tunc*), atuando o Supremo Tribunal Federal, na expressão célebre de Kelsen, como *legislador negativo*: “Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquína de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito” (ADIn 652-5 – QO/MA – Min. Celso de Mello, DJ de 02/04/1993, ementário 1.698-3” *Apud* Constituição do Brasil Integrada, André Ramos Tavares, Ed. Saraiva, 3ª edição, 2011, p. 255 - Nota 3j ao art. 102, inciso I, “a”).



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Portanto, a validade de lei inconstitucional, pelo tempo de sua vigência, deve ser expressa, o que significa que se deve equacionar os efeitos da decisão proferida pela Corte Superior, no que tange à amplitude (*inter partes* ou *erga omnes*), ao tempo de vigência (*ex tunc* ou *ex nunc*), à repristinação, e às repercussões econômicas e sociais. Trata-se da chamada modulação dos efeitos da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade \_\_ regra excepcional que indica a possibilidade de se conferir o efeito *ex nunc* (não retroativo) à decisão proferida pelo Tribunal.

A regra no Direito Brasileiro continua sendo a da eficácia *ex tunc*, apenas diante de situações extraordinárias, por razões de segurança jurídica ou de interesse social, é que poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, alterar o momento da produção dos efeitos da decisão que definir pela inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo (Cf. artigo 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999).

A respeito do tema, segue julgado do Supremo Tribunal Federal, cujo trecho em especial transcrevo:

**“Declarada a inconstitucionalidade de uma norma, seja na ação declaratória de constitucionalidade ou na ação direta de inconstitucionalidade, deve-se reconhecer, *ipso jure*, a sua imediata eliminação do ordenamento jurídico, salvo se, por algum fundamento específico, puder o Tribunal restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que não ocorreu no presente caso.**



**Aceita a ideia de nulidade da lei inconstitucional, sua eventual aplicação após a declaração de inconstitucionalidade equivale a conferir eficácia a cláusula juridicamente inexistente.**

**O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas (*Barbosa, Os atos inconstitucionais do congresso e do Executivo, in Trabalhos jurídicos, p. 70-1; e O direito do Amazonas ao Acre Septentrional, v. 1, p. 103; F. Campos, Direito constitucional, 1956, v. 1, p. 430-1; A Buzaid, Da ação direta, p. 130-2; Nunes, Teoria e prática do Poder Judiciário, p. 589). Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual 'the unconstitutional statute is not law at all' (Cf. W.W. Willoughby, The Constitutional law of the United States, v. 1, p. 9-10. Cf., também, Thomas M. Cooley, Treatise on the constitutional limitations, 1878, p. 227), significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição (Cf. Buzaid, Da ação direta, p. 128-32).***

**(...) consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional - ainda que por tempo limitado - representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição. A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição (Rp. 980, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ n. 96, p. 508).**

**Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha logrado formular essa conclusão com a necessária nitidez, é certo que também ele parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional (Cf. RE 103.619, Rel. Min. Oscar Corrêa, RDA n. 160, p. 80 e s.)” (RE 348.468 / MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 15/12/2009).**

Desta feita, no caso *sub examine*, com a devida vênia ao eminente Relator, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados opera efeitos *ex tunc*, entretanto, não se afigura razoável que a eficácia da decisão venha a afetar as situações jurídicas consolidadas no tempo, razão pela qual mostra-se pertinente e necessária a modulação dos efeitos temporais da decisão, nos moldes do que prevê o artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, sobretudo a fim de preservar a segurança jurídica, bem como o



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

direito adquirido, tão somente para ressalvar os servidores que já estejam aposentados e aqueles que, até a data do julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, a exemplo da providência tomada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4.876 / DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 26/03/2014.

Outrossim, averba-se que, declarada a inconstitucionalidade dos atos normativos combatidos, com efeito retroativo, *ex tunc*, não há cogitar da devolução de valores já percebidos pelos servidores, diante da natureza alimentar do benefício, que impede a repetição de valores recebidos de boa-fé.

2. À vista do exposto, pelo meu voto, julgo parcialmente procedente o pedido, pelo azo declinado no voto condutor, mas com efeitos *ex tunc*, modulando-se os efeitos temporais desta decisão tão somente para ressalvar os servidores que já estejam aposentados e aqueles que, até a data do julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria.

**Ricardo Anafe**

**Relator Designado**



**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n°**

**0273658-59.2012.8.26.0000**

**Autor: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA**

**Réus: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO  
/ PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

**VOTO N° 30.965**

**DECLARAÇÃO DE VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE**

**1** - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo douto Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, objetivando a declaração de inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos normativos do Município de São Paulo: **a-**) artigo 35 da Lei n° 13.973, de 12 de maio de 2005 e o artigo 25 do seu Decreto regulamentador n° 46.860, de 27 de dezembro de 2005; **b-**) artigos 1°, 2° e 4° da Lei n° 14.651, de 20 de dezembro de 2007 e; **c-**) artigos 1°, 2° e 4° da Lei n° 15.391, de 06 de dezembro de 2011.

Diz, em síntese, que a Lei 13.973/2005 estendeu para funcionários sem vínculo estatutário a possibilidade de contribuição previdenciária para o regime próprio, inclusive os admitidos na forma da Lei 9.160/1980 e os titulares de cargos comissionados enquadrados no artigo 19 da ADCT da CF/88, bem como aqueles que ingressaram na Prefeitura até a data de publicação da EC-20/98, enquanto as Leis 14.651/2007 e 15.391/2011 equipararam outros que exerceram função em caráter permanente aos de cargo efetivo e adiantaram o marco temporal dos comissionados para 31/12/2008.

Sustenta que desde a EC-20/98 houve alteração no artigo 40, *caput*, e seu § 13°, na CF/88 estabelecendo que os ocupantes exclusivos em cargo comissionado sejam submetidos ao regime geral de previdência, não sendo possível deslocar esse



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

marco temporal para a edição da EC nº 21/2006 na Constituição Bandeirante, que apenas reproduziu, obrigatoriamente, o conteúdo daquela para o seu artigo 126, § 3º, sendo o regime próprio privativo aos titulares de cargo efetivo.

Indeferido pedido liminar (fls. 34/35), e após os informes dos réus (fls. 48/85 e 563/582) e parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 782/814), sobreveio o acórdão de fls. 821/846, com voto condutor do Des. Artur Marques, no qual foi decidido que a Lei 13.973/2005 e seu Decreto 46.860/2005 não poderiam ser objeto de apreciação por terem sido editados antes da EC-21/2006 que alterou a redação do § 3º do artigo 126 da Constituição Bandeirante, bem como pela inaplicabilidade de dispositivos da Constituição Federal alterada pela EC-20/98 aos casos a ela pretéritos, razão pela qual a Lei 14.651/2007 foi reputada constitucional. Este Colendo Órgão Especial apenas considerou inconstitucional os artigos 1º, 2º e 4º da Lei 15.391/2011 por ter incluído no regime próprio servidores não efetivos admitidos após a citada EC-21/2006 à Carta Bandeirante.

Houve oposição de embargos declaratórios pelos réus (fls. 937/943), que foram parcialmente acolhidos com efeito modificativo para modular a validade dos artigos declarados inconstitucionais da Lei 15.391/2011 até a edição da EC-21/2006 da C.E. (fls. 979/987).

Contra essa parcial procedência a Câmara Municipal e o Procurador Geral de Justiça interpuseram Recurso Extraordinário (fls. 948/960 e 989/1009, respectivamente), autuados no Supremo Tribunal Federal sob nº 804.515/SP, o qual, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli recebeu decisão monocrática que deu provimento ao recurso da PGJ, porque inadmissível que a validade da EC-20/98 da CF-88 no Estado de São Paulo ficou condicionada à edição da EC-21/2006 na sua respectiva Constituição, porque a primeira é de aplicação obrigatória aos entes federados, além de ser possível o controle de constitucionalidade de leis municipais diretamente da Carta Magna, nos termos do RE-650.898, em repercussão geral. Decidiu o



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ministro relator, ainda, que os ocupantes de cargos comissionados, temporários ou de emprego público antes da EC-21/2006 não têm direito adquirido à aposentadoria no regime próprio de previdência municipal. Determinou, finalmente, o reexame do acórdão em relação à Lei 13.973/2005 e o Decreto 46.860/2005 que não restaram julgados, com possibilidade de modulação a exemplo do que ocorreu na ADI nº 4.876.

Essa decisão monocrática foi referendada pela Segunda Turma do S.T.F. no julgamento do Agravo Regimental dela tirado (fls. 1205/1235).

Transitado em julgado (fls. 1243) e retornado a este Tribunal a quo, sobreveio peticionamento dos réus com o intuito de sobrestamento do feito até consolidação de acordo com a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) sobre as contribuições previdenciárias pendentes (fls. 1251/1267 e 1277/1288), sobrevindo determinação deste Relator de juntada de informações e manifestação da PGJ (fls. 1307/1309).

Manifestações dos réus e da PGJ as fls. 1312/1318, 1323/1325 e 1327/1328.

É o relatório necessário.

## 2.1 – DA COISA JULGADA

De início importante decotar o objeto residual pendente de julgamento por este Tribunal de Justiça ante a determinação do Supremo Tribunal Federal, para que não se viole os efeitos da coisa julgada do **RE-804.515/SP**, decidido monocraticamente pelo Ministro Dias Toffoli, sem a possibilidade de qualquer alteração ou modulação a partir do seu trânsito (fls. 1243): **a-**) os artigos 1º, 2º e 4º da Lei Municipal nº 14.651/2007 são inconstitucionais porque o regime próprio de previdência é privativo aos ocupantes de cargo efetivo, não havendo que se falar em direito adquirido aos admitidos em caráter



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

comissionado exclusivo, temporário ou emprego público após a EC-20/98; **b-)** os artigos 1º, 2º e 4º da Lei 15.391/2011 são inconstitucionais porque o exercício de cargo exclusivo em comissão de caráter permanente, ainda que não pertinentes à fidúcia, não podem ser equiparados aos titulares de cargos efetivos para efeitos previdenciários.

Assim, ficou pendente de análise, segundo tais parâmetros, a Lei 13.973/2005 e Decreto regulamentar nº 46.860/2005, com possibilidade de modulação no esteio do decidido na **ADI nº 4.876**, pelo S.T.F., segundo determinação do Ministro Dias Toffoli (fls. 1170, em destaque), de seguinte ementa:

*"Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Norma que tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na administração pública sem concurso público, englobando servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988. Ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e ao art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Modulação dos efeitos. Procedência parcial.*

*1. Desde a Constituição de 1988, por força do seu art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público. As exceções a essa regra estão taxativamente previstas na Constituição. Tratando-se, no entanto, de cargo efetivo, a aprovação em concurso público se impõe.*

*2. O art. 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias tornou estáveis os servidores que estavam em exercício há pelo menos cinco 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. Precedentes: ADI nº 289/CE, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 16/3/07; RE nº 199.293/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 6/8/04;*

ADI n° 243/RN-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 24/8/01; RE n° 167635/PA, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 7/2/97.

3. Com exceção do inciso III (que faz referência a servidores submetidos a concurso público), os demais incisos do art. 7° da Lei Complementar n° 100, de 2007, do Estado de Minas Gerais tornaram titulares de cargo efetivo servidores que ingressaram na Administração Pública com evidente burla ao princípio do concurso público (art. 37, II, CF/88).

4. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei n° 9.868/99, para, i) em relação aos cargos para os quais não haja concurso público em andamento ou com prazo de validade em curso, dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população; ii) quanto aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente. Ficam, ainda, ressalvados dos efeitos da decisão (a) aqueles que já estejam aposentados e aqueles servidores que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores, uma vez que a sua permanência no cargo deve, necessariamente, observar os prazos de modulação acima; (b) os que foram nomeados em virtude de aprovação em concurso público, imprescindivelmente, no cargo para o qual foram aprovados; e (c) a estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição Federal.

5. Ação direta julgada parcialmente procedente.”





## 2.2 – DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS MUNICIPAIS USANDO COMO PARAMETRO NORMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Está superada a discussão do controle concentrado de norma municipal usando como parâmetro norma da Constituição Federal, desde que esta seja de reprodução obrigatória pelos Estados Federados, segundo a tese extraída do **Tema 484** em repercussão geral no RE 650.898/RS, julgado pelo S.T.F. em 01/02/2017, com voto condutor do Ministro Roberto Barroso:

*"Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. Verba de representação, 13º salário e terço constitucional de férias.*

*1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes.*

*2. O regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual.*

*3. A "verba de representação" impugnada tem natureza remuneratória, independentemente de a lei municipal atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória. Como consequência, não é compatível com o regime constitucional de subsídio.*

*4. Recurso parcialmente provido."*

No caso em testilha, o Poder Legislativo do Município de São Paulo, pelas normas impugnadas, pretendeu



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dar enquadramento em regime previdenciário próprio a servidores não efetivos, amoldando-os ao contido no artigo 40 da Constituição Federal com a redação que lhe foi dada pela EC-20/98, esta que restou reproduzida no artigo 126 da Constituição Estadual por sua Emenda nº 21/2006.

Não há dúvida alguma de que o constituinte federal derivado criou regra previdenciária obrigatória para todos os entes da Federação, segundo redação explícita do citado artigo 40 após a EC-20/98, sendo que esta não teve sua constitucionalidade questionada.

Portanto, apesar do Município ter poderes para regular matéria de interesse local (artigo 30 da CF), desde que não contrarie disposições de Lei Geral Federal ou normas constitucionais de reprodução obrigatória, como no caso a de regime próprio de previdência, basta que a norma por ele editada esteja em perfeita harmonia com o sistema nacional.

Dito isso, prossiga-se no exame de mérito.

### **2.3 – INCLUSÃO E PERMANÊNCIA DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS E COMISSIONADOS EM REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA MUNICIPAL**

Reproduzem-se os dispositivos impugnados pelo Procurador Geral de Justiça em relação ao objeto remanescente de julgamento (Lei 13.973/2005 e Decreto 46.860/2005):

#### **LEI 13.973/2005**

**Artigo 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;

**II** - titulares de cargos em comissão exclusivamente, considerados estáveis, nos termos do art. 19 do ADCT, na conformidade do disposto em lei



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

municipal ou ato administrativo normativo próprio;

**III** - titulares de cargos em comissão exclusivamente, que ingressaram na Prefeitura do Município de São Paulo até a data da publicação da EC 20/98, e que, em razão da natureza específica das funções por eles desempenhadas, não pertinentes à fidúcia, já foram admitidos no regime próprio do servidor efetivo por ato normativo próprio expedido anteriormente pelo Executivo.

**DECRETO 46.860**

**Artigo 25** - As disposições deste decreto aplicam-se, também, aos seguintes servidores:

**I** - admitidos nos termos da Lei n° 9.160, de 1980;

**II** - titulares de cargos em comissão, exclusivamente, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, cuja estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, da Constituição Federal, tenha sido reconhecida em lei ou atos normativos específicos, na seguinte conformidade:

**a)** Diretores de Creche - despacho normativo proferido no processo administrativo n° 1993-0.009.682-6, publicado no Diário Oficial do Município de 11 de novembro de 2003;

**b)** Professores - despacho normativo proferido no Ofício n° 174/91-SME/AT, publicado no Diário Oficial do Município de 3 de outubro de 1991;

**c)** Inspectores de Alunos, Auxiliares de Secretaria e Auxiliares Administrativo de Ensino - despacho normativo proferido no processo administrativo n° 2000-0.260.509-7, publicado no Diário



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Oficial do Município de 11 de novembro de 2003;

**d)** Secretários de Escola - parágrafo único do artigo 104 da Lei nº 11.434, de 13 de novembro de 1993;

**III** - titulares de cargos em comissão, exclusivamente, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, que ingressaram na Prefeitura do Município de São Paulo até 16 de dezembro de 1998 e, em razão da natureza específica das funções por eles desempenhadas, não pertinentes à fidúcia, de Referência AA, do Quadro de Atividades Artísticas, e de Referência QPE, do Quadro dos Profissionais da Educação, referidos no Comunicado nº 1/SGP/2002, publicado no Diário Oficial do Município de 7 de fevereiro de 2002, constantes do Anexo II deste decreto.

Referida Lei 13.973/2005 regulamentou, no âmbito do Município de São Paulo, a contribuição previdenciária ao seu regime próprio, como forma complementar ao respectivo Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei 8.989, de 29 de outubro de 1979), bem como, daqueles temporários abrangidos pela Lei 9.160/80, ambos diplomas anteriores à Constituição de 1988.

De início, como já decidido pelo S.T.F. na ADI 4.876, cuja ementa está reproduzida no tópico 2.1, o artigo 19 da ADCT da CF de 1988 apenas conferiu 'estabilidade' aos servidores não concursados que estavam em exercício cinco anos antes da sua promulgação, o que, de nenhuma maneira, pode ser confundido com a 'efetividade' oriunda de aprovação de concurso de provas e títulos. Vale dizer: servidores 'estáveis' por este dispositivo não são equiparados a ocupantes de cargos 'efetivos', inclusive para a definição do seu regime previdenciário.

Esse ponto é importante, porque traça o cenário existente em 1988 quando da promulgação



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

da nova Carta, quando se disciplinou as condições de inatividade do servidor efetivo. Eis a redação original do artigo 40 da CF de 1988:

Artigo 40 - O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a-) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b-) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c-) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d-) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, a e c, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2º A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e de disponibilidade.

§ 4º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

Essa situação dos ocupantes de cargos comissionados puros 'estáveis' seria resolvida no Estado de São Paulo, em tese, com a Emenda nº 1, de 20/12/1990, à Constituição Estadual, pela qual o § 8º do seu artigo 126 passaria a ter a seguinte redação: **'ao ocupante de cargo em comissão fica assegurado o direito de aposentadoria em igualdade de condições com os demais servidores'**.

No entanto, referida Emenda Constitucional foi objeto da **ADI 582-1** movida pelo Governador do Estado de São Paulo, que restou julgada em 17/06/1999, com voto condutor do Ministro Néri da Silveira, com a seguinte decisão:

**"Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constituição do Estado de São Paulo, § 8º do artigo 126, introduzido pela Emenda Constitucional nº 1, de 20/12/1990. Direito de aposentadoria aos ocupantes de cargos em comissão, em igualdade de condições com os demais servidores. Cerceamento da competência do Poder Executivo para enviar projetos de lei que versem sobre regime jurídico de servidores, estabilidade e aposentadoria. Incabível, por emenda constitucional, nos Estado-Membros, dispor o Poder Legislativo sobre espécie reservada à iniciativa privativa do**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

***Poder Executivo, a teor do disposto no artigo 61, § 1º, inciso II, letra 'c', da Constituição Federal. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. Declarada a inconstitucionalidade do § 8º do artigo 126 da Constituição do Estado de São Paulo, introduzido pela Emenda Constitucional nº 1, de 20/12/1990."***

Assim, desde logo, o inciso II do artigo 35 da Lei 13.973/2005 é verticalmente incompatível com o artigo 19 da ADCT para o propósito de inclusão de titulares de cargos comissionados 'estáveis' em regime próprio de previdência municipal, equiparando-os aos ocupantes de cargos efetivos.

Por outro lado, a Lei Municipal nº 9.160, de 03 de dezembro de 1980, portanto, editada anteriormente às Constituições Federal e Estadual, disciplina o regime jurídico dos servidores admitidos em caráter 'temporário', os quais, se ocorridos cinco antes da promulgação da Carta Maior, lhe confeririam a estabilidade contra demissões, mas sem nenhum condão de equiparação plena ao servidor efetivo no que tange ao regime previdenciário.

Aliás, seus artigos 13, 15 e 28, combinados com os 166 a 174 da Lei Municipal 8.989/79 (Estatuto do Servidor Municipal), ajustada após a CF de 1988, estabelecem que não havia parâmetro de equiparação de direitos dos admitidos temporariamente para a inatividade dos efetivos:

**Artigo 13** – A apuração do tempo de serviço do servidor admitido ou contratado obedecerá, no que couber, ao disposto nos artigos 63 e 64 da Lei nº 8989, de 29 de outubro de 1979.

**Artigo 15** – Aplicam-se aos servidores regidos por esta lei as disposições vigentes para os funcionários públicos do Município de São Paulo relativas a horário, ponto e regimes de trabalho, salvo cláusula contratual específica, na



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

hipótese de função técnica especializada.

**Artigo 28** - O tempo de serviço como admitido ou contratado será considerado como tempo de serviço municipal, para os efeitos previstos em lei.

---

---

**Artigo 166** - O servidor será aposentado:

I - Por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos; (Regulamentado pela Lei n° 13383/2002)

II - Compulsoriamente, aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - Voluntariamente:

a) aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, e aos 30 (trinta), se mulher, com proventos integrais;

b) aos 30 (trinta) anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor ou técnico de educação física, e 25 (vinte e cinco), se professora ou técnica de educação física, com proventos integrais;

c) aos 30 (trinta) anos de serviço, se homem, e aos 25 (vinte e cinco), se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

d) aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem e aos 60 (sessenta), se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. (Redação dada pela Lei n° 10916/1990)

**Artigo 167** - (Revogado pela Lei n° 10916/1990)

**Artigo 168** - A aposentadoria compulsória, prevista no inciso II do artigo 166, é automática.





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Artigo 169** - O funcionário em disponibilidade poderá ser aposentado nos termos do artigo 166.

**Artigo 170** - A aposentadoria produzirá efeito a partir da publicação do ato no órgão oficial.

**Parágrafo Único** - No caso de aposentadoria compulsória, o funcionário deixará o exercício no dia em que atingir a idade limite, devendo o ato retroagir a essa data.

**Artigo 171** - (Revogado pela Lei n° 10916/1990)

**Artigo 172** - (Revogado pela Lei n° 10916/1990)

**Artigo 173** - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, nos moldes da legislação que os instituir. (Redação dada pela Lei n° 10916/1990)

**Artigo 174** - (Revogado pela Lei n° 10916/1990)

E com a edição da EC-20/1998 houve alteração da redação original do artigo 40 da CF de 1988, que passou a ter o seguinte teor:

**Artigo 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**, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

e atuarial e o disposto neste artigo.

**§ 1º** - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

**I** - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei;

**II** - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

**III** - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

**a)** sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

**b)** sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

**§ 2º** - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

**§ 3º** - Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

**§ 4º** - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

§ 7º - Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.

§ 8º - Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

§ 9º - O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

§ 11 - Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

§ 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

§ 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.**

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15 - Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

Note-se que na data da promulgação da EC-20/1998 vigia o artigo 126 da Constituição Bandeirante com redação praticamente idêntica a do artigo 40 na data de promulgação da Constituição Federal:



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Artigo 126 - O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III - voluntariamente:

a-) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b-) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c-) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d-) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º - Lei complementar estabelecerá exceções ao disposto no inciso III, 'a' e 'c', no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas, na forma do que dispuser a legislação federal.

**§ 2º - A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos, funções ou empregos temporários.**

§ 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data,



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º - O benefício da pensão por morte deve obedecer ao princípio do artigo 40, § 5º, da Constituição Federal.

§ 6º - O tempo de serviço prestado sob o regime de aposentadoria especial será computado da mesma forma, quando o servidor ocupar outro cargo de regime idêntico, ou pelo critério da proporcionalidade, quando se trate de regimes diversos. (Julgado inconstitucional pelo S.T.F) na ADI 755-6)

§ 7º - O servidor, após noventa dias decorridos da apresentação do pedido de aposentadoria voluntária, instruído com prova de ter completado o tempo de serviço necessário à obtenção do direito, poderá cessar o exercício da função pública, independentemente de qualquer formalidade.

§ 8º - Ao ocupante de cargo em comissão fica assegurado o direito à aposentadoria em igualdade de condições com os demais servidores. (Introduzido pela EC 01/90 e julgado inconstitucional pelo S.T.F. na ADI 582-1)

Assim, confrontando-se a nova redação do § 13 do artigo 40 da CF/88 com o § 2º do artigo 126 da Constituição Bandeirante, na data de promulgação da EC-20/98, desde logo se verifica o impedimento constitucional de se disciplinar por lei ordinária, estadual ou municipal, o regime de aposentadoria dos ocupantes de cargos comissionados puros, temporários ou de empregos públicos, eis que desde aquela data eles já estavam direcionados para o regime geral de previdência (INSS).

Nesse escopo, a edição tardia da



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EC-21, de 14/02/2006, para readequar a redação do artigo 126 da Constituição Estadual para a mesma do alterado artigo 40 da Constituição Federal não criou, nem poderia, nova situação jurídica daqueles servidores a partir dali, eis, como dito, na Carta Maior já estava expressa a vinculação de Estados e Municípios. Vale dizer: **desde 16/12/1998, data de publicação da EC-20/98, nenhum ocupante de cargo comissionado puro, temporário ou de emprego público, estabilizado ou não na forma do ADCT n° 19, poderia se aposentar por outro regime previdenciário que não o geral, segundo as regras ordinárias do artigo 201 da Constituição Federal.**

Essa é a síntese que converge para o que decidiu o Ministro Dias Toffoli no RE-804.515/SP:

*"Sendo assim, embora as alterações normativas promovidas pela Emenda Constitucional n° 20/98 somente tenham sido inseridas formalmente na Constituição do Estado de São Paulo pela Emenda Constitucional n° 21/06, o sistema instituído pela Emenda Constitucional n° 20 já vigora no Estado de São Paulo desde a sua entrada em vigor, em 1998. O parâmetro de análise acerca da constitucionalidade das leis municipais questionadas deve, portanto, ser a Constituição Federal, o que inclui as alterações promovidas pela Emenda n° 20/98.*

[...]

*Nessa esteira, a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que os agentes públicos ocupantes exclusivamente de cargo em comissão e os detentores de cargo temporário que preencham os requisitos para a aposentadoria após a Emenda Constitucional n° 20/1998 não têm direito a se aposentar pelo regime próprio, cabendo-lhes a aposentadoria pelo regime geral, na forma do art. 40, § 13, da Constituição Federal." (fls. 1164/1165)*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Com base nessas premissas, o inciso III do artigo 35 da lei 13.973/2005 é parcialmente inconstitucional, porque não pode abranger os titulares de cargos comissionados que até a data de publicação da EC-20/1998 não haviam preenchidos todos os requisitos para se aposentarem no regime próprio segundo as regras anteriores.

Em remate: **a-)** os incisos I e II do artigo 35 da Lei 13.973/2005 são inconstitucionais por violarem os preceitos previdenciários dos artigos 40, § 13, da CF/88 (com a redação dada pela EC-20/98) e 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; **b-)** o inciso III do referido artigo é parcialmente inconstitucional, porque o ocupante de cargo comissionado, ainda que incluso no regime próprio do servidor efetivo, não pode nele permanecer após a publicação da EC-20/98 se até aquela data não preencheu todos os requisitos para aposentação no regime anterior; **c-)** os dispositivos reflexos do Decreto regulamentador nº 46.860/2005 seguem os mesmos parâmetros de inconstitucionalidade.

## 2.4 - DA MODULAÇÃO

Estabelece o artigo 27 da Lei 9.868/99 a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em razão da segurança jurídica e do interesse público.

Desse modo, não é razoável a repetição dos valores eventualmente recebidos pelos ocupantes dos cargos em situação de inatividade ou das contribuições daqueles que já preencheram os requisitos, além dos atos jurídicos perfeitos já consolidados, segundo o marco temporal abaixo delineado.

Note-se que no RE-804.515/SP o Ministro Dias Toffoli indicou (mas não determinou) como parâmetro de modulação a sua decisão em embargos declaratórios na **ADI nº 4.876/MG**, de seguinte teor:





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*"Discutiu-se, em Plenário, apenas sobre o regime previdenciário aplicável aos servidores resguardados pela modulação, quais sejam, os já aposentados e aqueles que, até a data de publicação da ata de julgamento, tenham reunido os requisitos para a aposentadoria, os quais permaneceram no regime próprio de previdência do Estado de Minas Gerais. No entanto, quando ainda vigentes as normas declaradas inconstitucionais na ADI, o Estado de Minas Gerais, a União e o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), que discutiam em juízo o regime previdenciário aplicável aos servidores referidos no art. 7º da Lei Complementar estadual nº 101/2007, colocaram termo ao referido litígio mediante acordo homologado pelo Superior Tribunal de Justiça em agosto de 2010 - nos autos do Recurso Especial nº 1.135.162/MG -, pelo qual ficou definido que o regime aplicável a tais servidores seria o regime próprio de previdência. Em razão disso, esses servidores ficaram vinculados ao regime próprio de previdência, efetuando suas contribuições para o referido regime, e não para o INSS."*

De outro lado, no despacho de fls. 1307/1309 este Relator determinou ao Município de São Paulo que trouxesse informações no seguinte contexto: **a-)** relação dos servidores admitidos na forma da Lei 9.160/1980, bem como dos admitidos, exclusivamente, para função de confiança de caráter permanente e não relacionados à fidúcia, até a edição da EC 21/2006; **b-)** discriminação na lista de 'a' dos servidores aposentados (ou pensionistas), com a respectiva data de inatividade; **c-)** discriminação na lista de 'a' dos servidores da ativa que já tenham preenchidos os requisitos para aposentadoria pelo Regime Próprio do Município de São Paulo até a data da informação; **d-)** impacto financeiro mensal estimado pelo Município de São Paulo para manutenção dos servidores dos itens anteriores no Regime Próprio da Previdência Municipal, já considerados os efeitos da Lei Municipal 17.020, de 27/12/2018, que criou a 'SampaPrev'.

Nesse quadro sobreveio a petição de fls. 1323/1324 acompanhada do CD-ROM encartado a fls. 1325, do qual se extrai os seguintes dados:

**SERVIDORES NÃO EFETIVOS**

Início Exercício	Não aposentáveis	Aposentáveis	Aposentados / Pensionistas	TOTAL
Até 16/12/98	2.214	627	3.972	6.813
De 16/12/98 a 14/02/2006	1	0	0	1
	<b>2.215</b>	<b>627</b>	<b>3.972</b>	<b>6.814</b>

**COMISSIONADOS PUROS**

Início Exercício	Não aposentáveis	Aposentáveis	Aposentados / Pensionistas	TOTAL
Até 16/12/98	2.813	163	3.111	6.087
De 16/12/98 a 14/02/2006	902	4	40	946
	<b>3.715</b>	<b>167</b>	<b>3.151</b>	<b>7.033</b>

**RESUMO**

Início Exercício	Não efetivos na ativa	Comissionados na ativa	Aposentados / Aposentáveis	TOTAL
Até 16/12/98	2.214	2.813	7.873	12.900
De 16/12/98 a 14/02/2006	1	902	44	947
	<b>2.215</b>	<b>3.715</b>	<b>7.917</b>	<b>13.847</b>

Com base nisso permanecem no regime próprio os servidores não efetivos (ou equiparados) e os comissionados puros constantes das tabelas acima, e seus respectivos pensionistas, que: **a-**) tenham passado para a inatividade até a data da publicação deste acórdão, desde que ao tempo da concessão tenham, efetivamente, preenchido todos os requisitos exigidos pelo artigo 40 da Constituição Federal (idade, tempo de contribuição, etc.), com as redações das Emendas Constitucionais 20, 41 e 47; **b-**) fica garantida a passagem para a inatividade no regime próprio a todos que tenham sido admitidos até a publicação da EC nº 20/1998 e que tenham preenchidos os requisitos, mas ainda não a requereram, salvo se houver alterações



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

naqueles por força do que se promulgar em torno da PEC n° 6/2019, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, desde que ela os estenda aos Estados e Municípios (vinculação obrigatória); **c-**) fica garantida a passagem para a inatividade no regime próprio a todos que tenham sido admitidos entre a publicação da EC n° 20/1998 da CF/88 e a EC n° 21/2006 da C.E e que tenham preenchidos os requisitos, mas ainda não a requereram, até 120 (cento e vinte) dias da publicação deste acórdão, salvo se houver alterações naqueles por força do que se promulgar em torno da PEC n° 6/2019, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, desde que ela os estenda aos Estados e Municípios (vinculação obrigatória); **d-**) para aqueles que alcançaram, individual ou coletivamente, decisão judicial favorável à permanência ou inclusão no regime próprio, ainda não transitada em julgado, até a data de publicação deste acórdão, fica provisoriamente eficaz a referida decisão, salvo se revogada ou reformada.

Para os demais abrangidos pelo artigo 35 da Lei 13.973/2005, não enquadrados nos itens anteriores (os aposentados, os aposentáveis e os admitidos após a EC-20/1998), considerando que os artigos 1°, 2° e 4° da Lei 15.391/2011 foram declarados inconstitucionais no acórdão primevo e essa decisão foi mantida pelo S.T.F., o Município de São Paulo e a SampaPrev, criada pela Lei Municipal n° 17.020/2018, devem providenciar a migração das contribuições feitas no regime próprio para o regime geral, na forma da legislação pertinente, assegurando a repetição dos valores contribuídos acima do teto daquele regime ou, se o caso, reenquadrá-los em sistema de previdência complementar, existente ou a ser criado.

Eventualmente, se houver servidores (não efetivos ou comissionados puros) que não foram incluídos na informação do CD-ROM de fls. 1325, ficam garantidos os mesmos parâmetros de modulação acima designados.

Ressalte-se o quanto decidido no RE-804.515/SP que não há que se falar em 'direito adquirido a determinado regime jurídico', funcional ou previdenciário, ressalvada a irredutibilidade de vencimentos, segundo tese fixada em repercussão geral pelo próprio Supremo Tribunal Federal no bojo do **RE-563.965/RN**, julgado aos 11/02/2009, com voto condutor da Ministra Carmen Lúcia:

**"DIREITOS CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**ESTABILIDADE FINANCEIRA. MODIFICAÇÃO DE FORMA DE CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO: AUSÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR N. 203/2001 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE: CONSTITUCIONALIDADE.**

*1. O Supremo Tribunal Federal pacificou a sua jurisprudência sobre a constitucionalidade do instituto da estabilidade financeira e sobre a ausência de direito adquirido a regime jurídico.*

*2. Nesta linha, a Lei Complementar n. 203/2001, do Estado do Rio Grande do Norte, no ponto que alterou a forma de cálculo de gratificações e, conseqüentemente, a composição da remuneração de servidores públicos, não ofende a Constituição da República de 1988, por dar cumprimento ao princípio da irredutibilidade da remuneração.*

*3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento."*

Com esses ajustes, dos 13.847 funcionários relacionados no CD-ROM, em princípio, apenas 903 (6,52%) deverão migrar para o regime geral.

## **2.5 - ANÁLISE FINAL**

Estabelecida a fundamentação analítica determinada pelo artigo 489, § 1º, do Novo C.P.C., pelo meu voto: **a-) declarava** a inconstitucionalidade dos incisos I e II do artigo 35 da Lei 13.973/2005 e dos incisos I e II do artigo 25 do seu Decreto regulamentador nº 46.860/2005, eis que em confronto com os artigos 40 da Constituição Federal (com a redação dada pela EC-20/1998) e 19 do seu ADCT; **b-) declarava** a parcial inconstitucionalidade do inciso III do artigo 35 da Lei 13.973/2005 e do inciso III do artigo 25 do seu Decreto regulamentador nº 46.860/2005, eis que em confronto com os artigos 40 da Constituição Federal (com a redação dada pela EC-20/1998) e 19 do seu ADCT; **c-) modulava**, na forma do artigo 27 da Lei 9.868/99 e nos termos do tópico 2.4, os efeitos da decisão contidas nas alíneas anteriores; **d-) retratava**, na forma do artigo 1.030, inciso II, do NCPC, em sede de reexame, o acórdão, e respectivos embargos



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

declaratórios, lançados, respectivamente, as fls. 821/846 e 979/987, quanto ao objeto delineado no tópico 2.1.

Após a publicação do acórdão, determinava fosse oficiado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, encaminhando-se cópia do mesmo para eventuais considerações ou ajustes no acordo que se desenrola no processo 19839.000824/2009-00 em trâmite naquela entidade, segundo consta as fls. 1289/1300.

3. Destarte, nos termos acima especificados, pelo meu voto,  **julgava parcialmente procedente a presente ação direta, com modulação nos termos acima estabelecidos.**

**JACOB VALENTE**  
Relator sorteado



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	11	Acórdãos Eletrônicos	RICARDO MAIR ANAFE	EB5C505
12	37	Declarações de Votos	JOSE JACOB VALENTE	ED436F3

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 0273658-59.2012.8.26.0000 e o código de confirmação da tabela acima.