



PARECER

EMENTA

PROJETO DE LEI - ALTERAÇÕES NA ESTRUTURA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. – ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O ASPECTO JURÍDICO – ELEMENTOS GERAIS DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO – PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL – CONCLUSÕES NO SENTIDO DE EXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE INCONSTITUCIONALIDADE E INCONSISTÊNCIAS JURÍDICAS NA PROPOSTA DO PROJETO DE LEI.

DA CONSULTA

Os seguintes Sindicatos e Associações subscrevem pedido de análise da constitucionalidade do Projeto de Lei nº 621 de 2016¹ em trâmite na Câmara de Vereadores do Município de São Paulo:

¹ <http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/mensagem/MAPL0621-2016.pdf>



FARÁG ADVOGADOS ASSOCIADOS

SINDAF	Sindicato dos Auditores-Fiscais Tributários do Município de São Paulo.
APMSP	Associação dos Procuradores do Município de São Paulo.
SINESP	Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público Municipal de São Paulo.
SAVIM	Sindicato dos Agentes Vistores e Agentes de Apoio Fiscal do Município de São Paulo.
AAETPSP	Associação dos Auxiliares de Enfermagem Técnicos e Servidores da Área da Saúde Pública e Autarquias Municipais de São Paulo.
APROFEM	Sindicato dos Professores e Funcionários Municipais de São Paulo.
SINDSEP	Sindicato dos Servidores Municipais de São Paulo.
FASP	Federação das Associações Sindicais e Profissionais de Servidores da Prefeitura do Município de São Paulo.
ACMSP	Associação dos Contadores Municipais de São Paulo.
ASMUSP	Associação dos Servidores Municipais de São Paulo.
SINDILEX	Sindicato dos Servidores da Câmara Municipal e do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.
SEAM	Associação dos Engenheiros, Arquitetos e Agrônomos Municipais de São Paulo.
AMAASP	Associação Municipal dos Assistentes de Gestão de Políticas Públicas e Agentes de Apoio de São Paulo.
ADEGEP	Associação dos Administradores, Estatísticos, Economistas, Gestão Pública, Gestão de Políticas Públicas e Políticas Públicas Municipais de São Paulo.
SEDIN	Sindicato dos Trabalhadores nas Unidades de Educação Infantil da Rede Direta e Autárquica do Município de São Paulo.
Anis	Associação dos Servidores de Nível Superior da Prefeitura do Município de São Paulo.



Com isso, o objetivo do presente parecer é analisar a juridicidade da proposta enviada pelo Chefe do Executivo Municipal à Câmara de Vereadores, abordando eventuais vícios de constitucionalidade.

A metodologia adotada foi ponderar elementos doutrinários com a análise final dos principais pontos do Projeto de Lei em comento. A presente abordagem não dispensa novas considerações após a eventual transformação do projeto em Lei.

ELEMENTOS DOUTRINÁRIOS DA SEGURIDADE SOCIAL MODERNA – ANÁLISE CRÍTICA

A norma objeto de análise, em verdade, opera uma singela tentativa de reforma no sistema Previdenciário da Prefeitura de São Paulo, em paralelo com as tratativas e debates de uma Reforma da Previdência com escopo constitucional. Nessa linha, se torna relevante apontar as bases da Previdência Social² no Brasil que podem ajudar a uma maior compreensão do tema e, principalmente, realçar eventuais inconstitucionalidades na proposta, uma vez, conforme já dito, que opera alterações nos direitos previdenciários sem necessário, às vezes, respaldo constitucional.

Nesse sentido, a Previdência Social, como um sistema de proteção social³, é ancorada na contribuição⁴ e participação⁵ de 3 (três) setores

²BALERA, Wagner. A Seguridade Social na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

³ No Brasil a proteção está na constituição entre os artigos 194 e 203. Os princípios são: 1) UNIVERSALIDADE DA COBERTURA E UNIVERSALIDADE DE ATENDIMENTO; 2) SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE NA PRESTAÇÃO DE BENEFÍCIOS E SERVIÇOS (CF, art. 194, III); 3) UNIFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS (CF, art. 194, II); 4) PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS (194, IV); 5) EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO DO CUSTEIO (CF, 194, V); 6) PRINCÍPIO DA



da sociedade⁶, quais sejam, empregadores, empregados e o Estado⁷. Tal modelo vem desde Bismarck⁸.

DIVERSIDADE DA BASE DE FINANCIAMENTO (ART. 195, CF); 7) PRINCÍPIO DA PREEEXISTÊNCIA DO CUSTEIO EM RELAÇÃO AOS BENEFÍCIOS OU SERVIÇOS (CF, artigo 195, parágrafo quinto); 8-) CARÁTER DEMOCRÁTICO E DESCENTRALIZADO DA GESTÃO ADMINISTRATIVA (CF, art. 194, VII, CF); MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentários à Lei Básica da Previdência Social – 7ª ed. – São Paulo: LTr, 2006.

⁴ As contribuições estão previstas no art. 195 da CF. Saúde e Assistência Social são independentes de contribuição enquanto a Previdência Social depende de contribuição. DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Curso de Direito Previdenciário – São Paulo: Método, 2008.

⁵ O sistema de participação é tripartite. Com gestão democrática. Nos termos do art. 194 da CF. MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. São Paulo: Atlas, 19ª ed., 2003.

⁶ O conceito de sociedade é controvertido. Para Karl Marx, a sociedade sendo heterogênea, é constituída por classes sociais que se mantêm por meio de ideologias dos que possuem o controle dos meios de produção, ou seja, as elites. Numa sociedade capitalista, o acúmulo de bens materiais é valorizado, enquanto que o bem-estar coletivo é secundário. MARX, K.; ENGELS, F. Manifesto do Partido Comunista. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

⁷ Com intuito de evitar a guerra, Hobbes propôs que haveria à necessidade de se criar o Estado para controlar e reprimir o homem o qual vivia em estado de natureza. O Estado seria, na visão de Hobbes, o único capaz de entregar a paz, e para tanto o homem deveria ser supervisionado pelo Ente Estatal legitimado por um contrato social. HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 143.

⁸ Na Alemanha, sistema de Previdenciário criado por Bismarck é ameaçado. País enfrenta dilema de envelhecimento da força de trabalho e desemprego. O chanceler da Alemanha Otto von Bismarck criou o primeiro sistema de aposentadoria público nos anos 1880. A idade para se aposentar era 70 anos - e a expectativa era de que provavelmente se viveria apenas alguns anos mais para receber o benefício. Mas em 1916, a Alemanha reduziu a idade para aposentadoria para 65. O limite permaneceu o mesmo por quase um século, e seria necessário um governo corajoso para aumentar o limite de novo. "Isso é parte de um sistema político e pagamos por isso, os empregadores, os empregados e o Estado", diz Wolfgang Wipperman, da Universidade Livre de Berlim. "Eles têm que manter as coisas deste jeito, ou senão haveria uma revolta dos aposentados". Mas nove entre 10 idosos do mundo não têm aposentadoria. E para muitos destes um-em-cada-10 que o têm, estes são tempos difíceis. Quedas agudas no valor de portfólios de valores e mudanças demográficas estão forçando governos em dificuldades financeiras a considerar reformas fundamentais. Bismarck idealizou o sistema em 1881, e ele entrou em vigor no fim daquela década - em um mundo muito diferente do atual. Idosos hoje vivem mais tempo do que viviam há 50 anos, e governos hoje têm que gastar mais em aposentadorias públicas. O que torna as coisas ainda piores é que não há jovens suficientes para pagar os impostos necessários para garantir essas aposentadorias. Hoje há quatro alemães trabalhando para pagar a aposentadoria de cada aposentado, mas no momento em que os jovens de hoje se aposentarem, haverá apenas dois. Jovens na Alemanha estão preocupados por acreditarem que não haverá dinheiro para eles, no momento em que se aposentem. "O governo nos diz que o sistema de aposentadorias não está funcionando, e que temos que dar nosso próprio jeito para nossa velhice", diz o empresário Guner Zerowsky. In <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,na-alemanha-sistema-de-previdencia-criado-por-bismarck-e-ameacado,610242>.

Economista Eduardo Fagnani, professor associado da Unicamp afirma que o governo Michel Temer pratica uma "pedalada constitucional"; ele explica que a Constituição Brasileira adotou o modelo tripartite de financiamento do setor, segundo o qual Estado, empregadores e trabalhadores contribuem; mas desde 1989, o Ministério da Fazenda passou a mão nos recursos da CSLL e do Cofins e a Previdência passou a contabilizar apenas a contribuição do trabalhador e do empregador;



O tema ganha contornos concretos na medida em que é verificado que nos casos dos servidores públicos, o Estado, além do seu papel natural e inerente de garantidor do sistema, é também empregador.

Nessa ótica, é importante que haja uma fiscalização mais detida da forma como o próprio Estado cumpre o seu dever de contribuir para o sistema previdenciário⁹ dos servidores públicos, sob pena de cairmos na propaganda¹⁰ de que existe déficit quando, em verdade, pode haver falta de

"Ao fazer isso, a União nega que a Previdência faça parte da Seguridade Social, em confronto com os artigos 194 e 195 da Constituição"

⁹ TCU vê desequilíbrios em regimes de Previdência de servidores de estados, DF e municípios Estimativa de déficit da Previdência de servidores públicos dos estados, Distrito Federal e municípios para os próximos 75 anos é de R\$2,8 trilhões. Essa foi uma das constatações do Tribunal de Contas da União (TCU) após realizar um diagnóstico dos Regimes Próprios da Previdência Social (RPPS) dos entes federativos. Foram avaliados 2089 entes, cobrindo 7,6 milhões de segurados, entre 5,1 milhões de servidores ativos, 1,9 milhões de aposentados e 623 mil pensionistas. Déficits significativos são vistos tanto no curto quanto no longo prazo *Estimativa de déficit da Previdência de servidores públicos dos estados, Distrito Federal e municípios para os próximos 75 anos é de R\$2,8 trilhões. Essa foi uma das constatações do Tribunal de Contas da União (TCU) após realizar um diagnóstico dos Regimes Próprios da Previdência Social (RPPS) dos entes federativos. Foram avaliados 2.089 entes, cobrindo 7,6 milhões de segurados, entre 5,1 milhões de servidores ativos, 1,9 milhões de aposentados e 623 mil pensionistas. O objetivo do diagnóstico foi avaliar se há e quais são os riscos à sustentabilidade do sistema brasileiro de Previdência dos servidores públicos e todo o aparato institucional que os regula e fiscaliza. A avaliação atuarial serve para estimar quanto custa ofertar um conjunto de benefícios previdenciários para uma dada população de segurados, determinando fontes de financiamento suficientes para assegurar a cobertura desses custos, ao longo do tempo. In <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-ve-desequilíbrios-em-regimes-de-previdencia-de-servidores-de-estados-df-e-municipios.htm>*

¹⁰DADOS DIVERGENTES. TCU fará auditoria para avaliar real situação da Previdência. O Tribunal de Contas da União fiscalizará, no primeiro semestre de 2017, na área de Previdência Social para verificar real situação do sistema. O objetivo é garantir transparência nos dados e o debate qualificado da sociedade civil e do governo frente à principal questão relativa aos gastos públicos atualmente em discussão no Brasil. A auditoria também deverá indicar ao TCU riscos relevantes a serem avaliados em futuras ações de fiscalização. Por causa da reforma apresentada no Congresso Nacional no fim do ano passado, a Previdência Social voltou ao centro das discussões econômicas do país. Entretanto, nos debates que envolvem o tema, é comum verificar controvérsias sobre a real situação do sistema — comumente são apresentados dados divergentes ou incompletos quanto a questões orçamentárias, tributárias e fiscais sobre a Seguridade Social e a previdência.

A fiscalização, determinada pelo presidente do tribunal, ministro Raimundo Carreiro, em despacho de 16 de janeiro e homologada na sessão plenária da última quarta-feira (18/1), deve agregar análises feitas pelo TCU anteriormente. Os trabalhos da Previdência Social do tribunal foram precursores em demonstrar, já em 2012, que os gastos com a Previdência Social não se sustentavam. De lá para cá, diversas auditorias foram empreendidas para identificar outros fatores de risco relacionados ao sistema.



contribuição por parte de um daqueles pilares do sistema, *in casu*, o próprio Município que deve contribuir¹¹ para o sistema da Previdência de seus servidores.

Vale lembrar que existe uma crise geral no modelo de Estado de bem-estar, ou seja, no *Welfare State*¹². A crise, em verdade, diz respeito à existência de incapacidade do Estado de efetuar o investimento nas sobras iniciais de recursos públicos inerentes dos primeiros anos desse modelo de Previdência, modelo de repartição simples¹³ ou modelo fundado no pacto de gerações, para garantir o futuro¹⁴. Deve ser dito, de forma dura, que o Estado usou as sobras das contribuições vertidas nos anos iniciais do sistema de forma irresponsável e agora não tem como manter o sistema previdenciário.

Com efeito, o avanço dos direitos sociais¹⁵ tem um custo e o Estado, que se beneficiou dos superávits, deve arcar com os ônus dos déficits. O dinheiro era usado dentro do modelo de Keynes¹⁶ que não estabelece reservas individuais.

¹¹ Lei 10887/2004. Art. 8º A contribuição da União, de suas autarquias e fundações para o custeio do regime de previdência, de que trata o art. 40 da Constituição Federal, será o dobro da contribuição do servidor ativo, devendo o produto de sua arrecadação ser contabilizado em conta específica. Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do regime decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários.

¹² Há dois essenciais: a garantia do bom funcionamento do mercado segundo o pensamento de Adam Smith e a defesa dos direitos dos cidadãos na saúde, educação e alimentação. Uma das ideias fundamentais deste pensamento é a igualdade de oportunidades. Visser, J. "From Keynesianism to the Third Way. Labour Relations and Social Policy in Post War Western Europe", in *Economic and Industrial Democracy*, 2000, pp. 421-456.

¹³ KERTZMAN, Ivan Mascarenhas. Curso Prático de Direito Previdenciário. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007

¹⁴ BALERA, Wagner. A Seguridade Social na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

¹⁵ BALERA, Wagner. A Seguridade Social na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

¹⁶ KEYNES, John Maynard. The end of laissez-faire. Amherst, New York: Prometheus Books, 2004. ISBN 1-59102-268-1



Por outro lado, o modelo de capitalização¹⁷ retira a intervenção estatal e determina que cada contribuinte¹⁸ irá manter a sua relação individual e sem solidariedade geracional com os demais contribuintes e com o Regime Geral de Previdência¹⁹. Sob esse ângulo, a mudança de um modelo de solidariedade e financiamento estatal com as contribuições da Previdência para outro individual e com investimento, por conta e risco de cada participante, tem um custo e, mais ainda, cria o dever de regras de transição que protejam os direitos daqueles contribuintes que perderam a proteção social geral.

Nessa linha de intelecção, a presente proposta tenta criar uma alteração no modelo Previdenciário dos servidores municipais de repartição simples para capitalização com a instituição de Fundos sem a observância da simetria federal e da normatização prevista para o caso.

A crise da Previdência municipal não pode ser justificativa para que o Poder Executivo crie modelo com violação de direitos, verdadeira mercantilização da Previdência, que tem contornos inconstitucionais.

Deve-se ter a noção teórica que mesmo dentro do *Welfare State* existem correntes e dimensões. A primeira visão é que no *Welfare State* Liberal²⁰ os benefícios são modestos e universais (modelo assistencial brasileiro²¹). Dentro desse modelo, temos os programas de renda mínima²². Contudo, a crise econômica e fiscal trouxe a Previdência e seu orçamento para

¹⁷ NAPOLEONI, C. (1988). Smith, Ricardo e Marx. Rio de Janeiro: Graal.

¹⁸ XIMENES, Fernando Braz. O princípio da capacidade contributiva e sua relação com os princípios que implementam a justiça fiscal.

¹⁹ WILSON, Richard R.. El efecto de la Seguridad Social en el empleo. MESA-LAGO, Carmelo (coord.). La crisis de la Seguridad Social y la atención a la salud. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

²⁰ BALERA, Wagner. A Seguridade Social na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

²¹ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

²² <http://veja.abril.com.br/politica/para-pmdb-sem-reforma-da-previdencia-e-tchau-bolsa-familia/>



o centro do debate sobre as contas públicas e a austeridade fiscal²³. Ao mesmo tempo, o debate da reforma não pode ser mote para violar direito de propriedade e servir de arrimo para que se faça uma reforma para manter a linha de diminuição da pobreza e as desigualdades sociais e de renda²⁴. Violar direitos de minorias²⁵ – servidores públicos – não pode ser o fundamento ideológico da reforma sob o pretexto de manter direitos assistenciais da maioria²⁶.

Portanto, o Direito Previdenciário não pode ser aplicado com desprezo aos aspectos da realidade econômica em que opera, e também não pode ser extinto para suportar limites econômicos²⁷.

²³ Na história da previdência brasileira, foi comum a apropriação dos recursos previdenciários para outros fins. De início, os recursos eram utilizados em programas considerados essenciais ao desenvolvimento econômico do país, tais como a constituição de capital de empresas estatais e execução de obras públicas de grande vulto. Mais recentemente, em especial após a década de 1980, o motor da apropriação é a austeridade fiscal e a contenção dos gastos sociais. Utilizaram-se índices de reajuste abaixo da inflação para rebaixar os valores reais dos benefícios previdenciários. Após a estabilização da moeda, optou-se por desvincular percentual de receitas da seguridade social, permitindo-se sua utilização livre no orçamento. Os instrumentos jurídicos utilizados para tanto serão apresentados a seguir.

²⁴ A Previdência brasileira contribui para a construção de um Estado de Bem-Estar Social no Brasil. De fato, é a sua instituição central. Todas as políticas sociais nela tiveram origem. Habitação, saúde, educação e crédito ao trabalhador foram, durante anos, políticas executadas pelos institutos de aposentadorias e pensões. Algumas delas são, ainda hoje, parcialmente financiadas por tributos atrelados à folha de pagamento, semelhantes às contribuições previdenciárias, tais como a contribuição ao FGTS, ao PIS ou o salário- educação. O volume de gastos da Previdência Social supera o de qualquer outra política de bem-estar a cargo do Estado brasileiro.

²⁵ Há a questão de preservação dos direitos fundamentais das minorias e o aspecto de que a legitimidade da decisão judicial não é derivada de consenso, mas da proximidade ao caso concreto e das partes (CAPPELLETTI, 2008: 21-22, 242-253)

²⁶ Para DELGADO (2007, p. 303), isso é efeito da inclusão de quase quinze milhões de trabalhadores no período. Cresceu a taxa de formalização do trabalho dentre os empregados de microempresas, empregados domésticos e trabalhadores autônomos²¹⁴. A maioria ocupa as faixas salariais mais pobres, recebendo remunerações inferiores a três salários mínimos. Houve aumento da população segurada e de sua expectativa de vida, mas as condições de vida continuam precárias se comparadas às dos segurados com melhor remuneração.

²⁷ A aplicação do direito previdenciário reproduz as desigualdades existentes na sociedade. Os miseráveis são excluídos de proteção e relegados aos programas de Assistência Social. Se não forem idosos ou deficientes, não recebem nenhum benefício de prestação continuada. Os desempregados contam com um programa de seguro-desemprego incompleto e limitado, que não constitui alternativa segura de subsistência. Essa função é cumprida pela economia informal, aspecto essencial das relações de produção do capitalismo brasileiro. Os trabalhadores informais também



A posição demagógica de que é importante tributar os mais ricos em prol dos mais necessitados não pode ser feita com o viés de ampliar a tributação sobre a classe média de forma desproporcional, *in casu*, os servidores públicos. Os servidores públicos são um exemplo notório de classe média que paga muito e tem poucos benefícios.

Logo, pode ser concluído que no *Welfare State*, que protege o mínimo existencial, há direitos sociais patrimoniais modernos, que são característicos de direitos sociais mercantilizados e com dever de contrapartida por parte de quem recebe e gera as contribuições, *in casu*, o próprio Município. Esse é o atual modelo de relação do Estado com os servidores públicos, que conceituamos de *Welfare State* mitigado, com ênfase nos direitos sociais de índole patrimonial, protegido pelo direito de propriedade e pelo dever de contrapartida das contribuições feitas pelos servidores públicos ou por aqueles que recebem acima do teto do RGPS – Regime Geral de Previdência Social.

Nessa ótica, é possível admitir e se incentivar econômica, política e socialmente que alguém que não tenha contribuído receba benefício, mas não se pode tolerar que o Estado permita e incentive que alguém receba menos do que contribuiu. Esse é o fundamento do estudo e das conclusões aqui postas. Não se pode conceber, portanto, como constitucional, uma

participam do custeio da previdência. Isso porque arcam, pelo consumo, com os impostos e contribuições indiretos que constituem a maior parte da arrecadação tributária, mas, sobretudo, porque é da força de seu trabalho que provêm expressivas parcelas da renda nacional. Não são, entretanto, destinatários de nenhum direito subjetivo previdenciário, já que este está ainda amarrado ao contrato formal de trabalho, figura anacrônica cada vez menos utilizada nas relações de produção do capitalismo financeirizado, que adota relações precárias, terceirizadas ou flexíveis para contratação de mão de obra. A Seguridade Social brasileira reproduz a estratificação social, o que reforça essas desigualdades, prejudica a solidariedade e enfraquece a cidadania, ao submeter o gozo dos direitos sociais a critérios desconectados da realidade econômica. Os miseráveis recebem programas de assistência que apenas lhes assegurem sobrevivência, enquanto o mercado privado de Previdência pode livremente operar, sem impedimentos estatais e até com subsídio público, consubstanciado em renúncia fiscal. Entre os dois extremos, os trabalhadores formais são segurados da Previdência Social. Mas os do mercado informal devem adaptar-se e formalizar-se, para que tenham acesso a direitos e benefícios.



reforma que permita que um servidor público receba menos do que contribuiu.

A mudança do modelo de solidariedade para o modelo de individualismo direto, com capitalização e criação de fundos próprios com risco, que não são mitigados por todos, deve ser feita de forma a preservar os direitos dos contribuintes que pagaram para seus benefícios. Na proposta em tela existe um erro primário quando um fundo em regime de repartição simples pode transpor servidores para um fundo em regime de capitalização. Isso nos leva a um caso clássico de proposta que privatiza o lucro e solidariza o prejuízo, conforme será visto. Como analogia, é a mesma forma de querer que apenas os servidores paguem com seu patrimônio pela Previdência sem que o Estado aporte o que deve com o argumento de que não precisa arcar por ser o garantidor da quebra do sistema e dos déficits. No presente caso, o Município não quer pagar o que deve sob o argumento de que é muito custoso, impondo como solução a obtenção de empréstimos com ofertamento da Dívida Ativa como garantia. De fato, o projeto tem máculas.

Com isso, a atual proposta peca por confusões conceituais básicas acerca dos modelos de financiamentos previdenciários e o papel do Município como empregador.

No aprofundamento da questão, se dá destaque aos conceitos de solidariedade social e solidariedade de grupo.

Em verdade, a solidariedade de grupo impõe uma identidade maior entre os beneficiários, ensejando que o grupo de servidores deva ter regras unívocas. Logo, a proposta, em geral, parece violar dogmas constitucionalmente previstos e atua alterando os comandos constitucionais relativos à solidariedade de grupo para impor violação da regra do direito de propriedade e previsões da Lei de Responsabilidade Fiscal.



Após alguns apontamentos doutrinários acerca da Previdência Social, é relevante indicar os elementos constitucionais no controle de constitucionalidade do projeto de lei que ora se analisa.

DA FUNDAMENTAÇÃO - DA ANÁLISE CONCEITUAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL

O vocábulo Constituição²⁸ pode ter muitas acepções. Na análise em questão pode ser considerada uma forma como algo se apresenta ou se estrutura.

Até mesmo na acepção jurídica, a palavra pode ser conceituada como elemento real que dispõe sobre a mudança de uma sociedade ou da norma fundamental responsável por alterar as condições sociais, possibilitando a criação de uma Lei Maior de um Estado.

Outrossim, o conceito de Constituição pode ser analisado em razão do seu sentido sociológico²⁹, como um fator político ou como um elemento jurídico.

O conceito³⁰ de Constituição é de suma importância para indicar que a reforma que se pretende estabelecer gera um novo pacto na

²⁸Conjunto das leis que regulam a vida de uma nação, a organização de um país, normalmente desenvolvidas e votadas pelo congresso cujos membros representam o povo, tendo o propósito de declarar direitos ou deveres individuais; carta magna.[Jurídico] Reunião das leis essenciais, desenvolvidas e aprovadas pela Assembleia Legislativa, determinando os direitos e deveres dos Estados da Federação.[Por Extensão] Regulamento; conjunto das normas e preceitos que conduzem uma instituição. Reunião do que caracteriza alguma coisa: a constituição da diretoria era corrupta. Reunião dos caracteres individuais de uma pessoa: pessoa de constituição fraca. Ação ou resultado de constituir: a constituição do pensamento ocidental. Etimologia (origem da palavra constituição): constituir + ção.

²⁹ Proposta por Ferdinand Lassalle no livro "A essência da Constituição ". Enxerga a Constituição sob o aspecto da relação entre os fatos sociais dentro do Estado. Para Lassalle havia uma Constituição real (ou efetiva - definição clássica - é a soma dos fatores reais de poder que regem uma determinada nação) e uma Constituição escrita (CF/88 - para Lassalle, uma constituição escrita não passa de uma folha de papel). Esta soma poderia ou não coincidir com a Constituição escrita, que sucumbirá se contrária à Constituição real ou efetiva, devendo se coadunar com a Constituição real ou efetiva.

³⁰ Pinto Ferreira, Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, Tomo I, 4ª edição, SP: Saraiva, 1962;

relação do Estado com o povo, modificando direitos sociais. Nessa medida, há que se destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil, no que tange à sua mutabilidade, deve ser considerada rígida³¹, ao passo que exige processo formal e solene para sua modificação.

Nesse contexto, a existência de uma Constituição está intrinsecamente relacionada à existência do Poder Constituinte³², o qual se apresenta como órgão legislativo do Estado, legitimado pelo povo, ou seja, dotado de autoridade política, cuja finalidade é a criação de uma Norma Maior ou a alteração desta.

Desta feita, em que pese se tratar de matéria que gera discussões acirradas, a legitimidade da Constituição está intrinsecamente relacionada à representatividade do poder social³³, isto é, só será legítima se efetivamente refletir as forças sociais que constituem o poder. É a sociedade (interesse coletivo), por intermédio de seus representantes, que deve definir o que é ou não uma Constituição, ao passo que cabe a essa dispor sobre os interesses sociais.

Trata-se de uma definição sociológica versando sobre uma realidade social, considerando, assim, a sociedade como um resultado das forças sociais. Esta é que deve moldar a Constituição e não o contrário. A Constituição deve refletir os interesses do povo.

Assim, o Poder Constituinte é tanto jurídico³⁴ quanto político³⁵, sendo certo que na ausência de um desses elementos estaremos diante de uma Constituição ditatorial³⁶.

³¹ BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 13ª edição, Malheiros, 2003 p. 196.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003 a 2013.

³³ THOMPSON, John. A mídia e a modernidade – uma teoria social da mídia. Petrópolis: Vozes, 1998.

³⁴ Prisma que se dá nesta concepção é o político. Defendida por Carl Schmitt no livro "Teoria da Constituição". Busca-se o fundamento da Constituição na decisão política fundamental que antecede a elaboração da Constituição - aquela decisão sem a qual não se organiza ou funda um Estado. Ex.: Estado unitário ou federação, Estado Democrático ou não, parlamentarismo ou presidencialismo, quais serão os direitos fundamentais etc. - podem estar ou não no texto escrito. O autor diferencia Constituição de Lei

Quando o Poder Constituinte for originário³⁷, incumbido da elaboração de uma nova ordem estatal, será de três tipos, quais sejam³⁸: inicial, autônomo e incondicionado. Já o Poder Constituinte derivado³⁹ não possui tais características sendo assim: secundário, dependente e condicionado.

Nessa medida, as leis municipais não estão fora do alcance do quadro constitucional e dos limites das regras previdenciárias imantadas pela União. Com isso, os servidores municipais não podem ter tratamento com regras dissociadas dos limites constitucionais. Nessa lógica, o Poder Judiciário deve impor os limites na omissão do Legislativo Municipal.

No presente projeto, o Município tenta alterar, por lei, questões que são de conteúdo de normas constitucionais materiais⁴⁰ que podem ou não estar no texto da Constituição, versando sobre matérias “típicamente”⁴¹, “essencialmente”⁴² constitucionais, a exemplo: a estrutura e

Constitucional. A 1ª traz as normas que decorrem da decisão política fundamental, normas estruturantes do Estado, que nunca poderão ser reformadas. A 2ª será que estiver no texto escrito, mas não for decisão política fundamental, ex.: art. 242, §§ 1º e 2º, CF - é matéria adstrita à lei, mas que está na Constituição, podendo ser reformadas por processo de reforma constitucional.

³⁵ Hans Kelsen - "Teoria Pura do Direito". A Constituição é puro dever-ser, norma pura, não devendo buscar seu fundamento na filosofia, na sociologia ou na política, mas na própria ciência jurídica. Logo, é puro "dever-ser". Constituição deve poder ser entendida no sentido: a) lógico-jurídico: norma fundamental hipotética: fundamental porque é ela que nos dá o fundamento da Constituição; hipotética porque essa norma não é posta pelo Estado é apenas pressuposta. Não está a sua base no direito positivo ou posto, já que ela própria está no topo do ordenamento; e b) jurídico-positivo: é aquela feita pelo poder constituinte, constituição escrita, é a norma que fundamenta todo o ordenamento jurídico. No nosso caso seria a CF/88. É algo que está no direito positivo, no topo na pirâmide. A norma infraconstitucional deve observar a norma superior e a Constituição, por consequência. Dessa concepção nasce a ideia de supremacia formal constitucional e controle de constitucionalidade, e de rigidez constitucional, ou seja, necessidade de proteger a norma que dá validade a todo o ordenamento. Para ele nunca se pode entender o direito como fato social, mas sim como norma, um sistema escalonado de normas estruturas e dispostas hierarquicamente, onde a norma fundamental fecha o ordenamento jurídico dando unidade ao direito.

³⁶ LEMOS, Miguel. Rio de Janeiro. 1890. <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/15236>

³⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁸ MELLO FILHO, José Celso de. [Constituição federal](#) anotada. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

³⁹ MORAES, Alexandre de. Curso de Direito constitucional. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Pag. 50.

⁴¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

organização do Estado, distribuição de competências, a forma e o sistema de governo, os direitos e deveres dos cidadãos e dos servidores públicos.

Nesse quadro, a avaliação do Projeto de Lei se dá também a partir da interpretação da Constituição que deve ser feita com base nos seguintes princípios: Princípio da Unidade da Constituição⁴³, Princípio da Máxima Efetividade⁴⁴ ou da Eficiência⁴⁵, Princípio da Justeza⁴⁶ ou da Conformidade Funcional⁴⁷, Princípio da Concordância Prática⁴⁸ ou da Harmonização, Princípio da Força normativa⁴⁹ da Constituição.

Outrossim, com base nos demais princípios, temos que: deve ser atribuído à norma constitucional o sentido que lhe dê maior eficácia. Portanto, ao interpretar uma norma constitucional o resultado da interpretação não pode contrariar o sistema de repartição de funções entre os poderes estatais (executivo, legislativo e judiciário) previstos pela Constituição. Caso haja conflito concreto entre dois bens tutelados pela Constituição deve-se buscar sempre a harmonia entre eles evitando, assim, o sacrifício total de uns em relação aos outros. Vale acrescentar que quando da interpretação de uma norma constitucional deve-se acompanhar as modificações sociais a fim de sempre atualizá-las, contribuindo, assim, para maior eficácia da Lei Maior.

Dentro do objetivo do parecer é relevante dar luzes no modelo constitucional da seguridade social⁵⁰. A origem⁵¹ da seguridade

⁴³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 45.

⁴⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 48.

⁴⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 49.

⁴⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 50.

⁴⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 51.

⁴⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 54.

⁴⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág. 55.

⁵⁰ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Curso de Direito Previdenciário – São



decorre de conceitos econômicos, estabelecendo uma organização completa que coletiviza as situações individuais, ou seja, uma instituição que planifica e aglutina uma comunidade de riscos e coberturas econômicas, visando as particulares necessidades de cada indivíduo.

Neste contexto, sobressai a finalidade da seguridade como sendo a satisfação das necessidades sociais, a qual se delinea pela existência de uma conjunção de fatores subjetivos, relacionados com o desejo do consumo, e objetivos voltados para a configuração da carência do bem. Em especial, a doutrina definiu por proteção social estas “medidas de caráter assecuratórias, a disposição dos cidadãos, com objetivo de afastar efeitos danosos do acidente, da doença, da invalidez, da velhice e da morte”⁵².

O artigo 194 da Constituição Federal de 1988 trouxe o conceito e as áreas de atuação da seguridade no país, ao dispor que “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

A partir dessa análise, podem ser destacados diferentes conceitos doutrinários para a seguridade, adotando a definição de “manutenção da renda quando os recursos forem interrompidos pelo desemprego, doença ou o acidente, além da aposentadoria ocasionada pela idade e o pagamento de pensão aos dependentes, em decorrência da morte do responsável, ou seja, a segurança de um mínimo”.⁵³

Em outras palavras, há previsão de ser “instrumento estatal específico, protetor de necessidades sociais, individuais e coletivas, a cuja proteção preventiva, reparadora e recuperadora, tem direito os indivíduos, na

Paulo : Método, 2008.

⁵¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário São Paulo, LTR, 2006, 7ª edição).

⁵² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Pág. 61.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Pág. 61.



extensão, limites e condições que as normas disponham, segundo permite sua organização financeira”⁵⁴.

A Constituição Federal definiu a Previdência Social como um sistema⁵⁵ típico de seguro coletivo, público, compulsório e mediante contribuição, que visa cobrir os riscos decorrentes da incapacidade, do desemprego involuntário, da idade avançada, do tempo de contribuição, da morte, além de despesas, não previstas, decorrentes de encargos familiares e prisão do segurado.

De forma sistemática, a legislação atual buscou definir o alcance e a área de atuação da Previdência Social, estabelecendo, criteriosamente, os requisitos para filiação, contribuição, manutenção do vínculo e acesso aos planos⁵⁶ previdenciários sociais. Além disso, as normas que definem o Regime Geral de Previdência estabelecem o caráter contributivo⁵⁷ e oneroso, dependendo do custeio, por parte dos participantes, na busca de um modelo com equilíbrio financeiro e atuarial.

Nesse sentido, o conceito amplo de equilíbrio financeiro e atuarial e o acesso a planos não pode ser concebido no sentido de que existe possibilidade de criação de sistema de Previdência Municipal em desacordo com o regramento jurídico posto nas normas gerais e nacionais do tema com amarramento constitucional.

Por esse ângulo, o Princípio da Universalidade⁵⁸ visa criar um campo de proteção pessoal, individual, que possa “atender a todos os homens em todas as contingências”⁵⁹ da vida.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Pág. 64.

⁵⁵ BALERA, Wagner. A Seguridade Social na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. Pág. 36.

⁵⁶ BALERA, Wagner. A Seguridade Social na Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. Pág. 37.

⁵⁷ TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁵⁸ No Brasil a proteção está na constituição entre os artigos 194 e 203. Os princípios são: 1)



Com intuito de alcançar essa dimensão, a universalidade⁶⁰ da seguridade pode ser analisada sob a ótica da universalidade objetiva, utilizada para cobrir todas as contingências que o indivíduo possa apresentar, englobando conceito muito mais amplo que o de simples riscos sociais; e, universalidade subjetiva⁶¹ que visa alcançar todos os habitantes do país, sem qualquer tipo de exclusão pela origem ou nacionalidade, protegendo cada qual a partir de suas características.

Em que pese a Constituição brasileira ter adotado uma linha ampla e genérica, entendeu por bem destacar que o campo de amplitude da universalidade deve proteger as diversas necessidades relacionadas com a cobertura e o atendimento.

Pela universalidade da cobertura prevê-se disponibilidade a todo cidadão nacional, como direito subjetivo público, diante da existência de qualquer das contingências humanas, esteja em território pátrio ou estrangeiro, desde que permaneça vinculado ao sistema e pela universalidade do

UNIVERSALIDADE DA COBERTURA E UNIVERSALIDADE DE ATENDIMENTO; 2) SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE NA PRESTAÇÃO DE BENEFÍCIOS E SERVIÇOS (CF, art. 194, III); 3) UNIFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS (CF, art. 194, II); 4) PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS (194, IV); 5) EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO DO CUSTEIO (CF, 194, V); 6) PRINCÍPIO DA DIVERSIDADE DA BASE DE FINANCIAMENTO (ART. 195, CF); 7) PRINCÍPIO DA PREEXISTÊNCIA DO CUSTEIO EM RELAÇÃO AOS BENEFÍCIOS OU SERVIÇOS (CF, artigo 195, parágrafo quinto); 8-) CARÁTER DEMOCRÁTICO E DESCENTRALIZADO DA GESTÃO ADMINISTRATIVA (CF, art. 194, VII, CF); MARTINEZ, Wladimir Novaes. Comentários à Lei Básica da Previdência Social – 7ª ed. – São Paulo: LTr, 2006.

⁵⁹ DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. Curso de Direito Previdenciário – São Paulo : Método, 2008.

⁶⁰ Para TAVARES, a distinção decorre da finalidade diversa destes sistemas. Enquanto o sistema de cobertura dos servidores públicos busca manter o padrão de vida do inativo, o sistema destinado aos trabalhadores da iniciativa privada objetiva servir de seguro para dar o sustento limitado que garanta os valores de liberdade e da igualdade de chances. Isso pode ser exemplificado por diversos mecanismos previstos na legislação, como o limite máximo de contribuições e de rendimentos, o cálculo que considera apenas oitenta por cento das contribuições, há isenção de Carência para certos riscos sociais, busca a universalidade das pessoas abrangidas etc. (cf. TAVARES, Marcelo Leonardo. Previdência Assistência Social, p. 233-235). Por tudo isso, para os efeitos deste trabalho, cujo objeto é a Previdência Social que protege os trabalhadores da iniciativa privada, será analisado somente o sistema que lhes é pertinente

⁶¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário São Paulo, LTR, 2006, 7ª edição).

atendimento fixa que todas as pessoas no país, sem distinção de origem ou nacionalidade, indistintamente, devem estar protegidas pela seguridade.

O Princípio da Uniformidade e Equivalência⁶² de benefícios e serviços às populações urbanas e rurais encontra-se previsto no Art.194, § Único, Inciso II, que faz previsão da proteção, em doses ou proporções, seja ofertada da mesma forma às populações urbanas e rurais.

Vale destacar que as palavras uniformidade e equivalência foram recepcionadas com sentidos diversos, ao passo que a primeira está intrinsecamente relacionada com os aspectos objetivos, com os eventos cobertos, exigindo as mesmas regras e benefícios em todo o território nacional; já a segunda está ligada ao caráter pecuniário ou do atendimento dos serviços prestados, fixando o mesmo valor na prestação e a mesma qualidade nos serviços proporcionados.

O Princípio da Seletividade e Distributividade,⁶³ na prestação dos benefícios e serviços previsto no Art. 194, § Único, Inciso III, é um desdobramento do princípio da igualdade e está consubstanciado na ideia de que, por existirem restrições orçamentárias. Há, também, a limitação da implantação das políticas de seguridade, devendo existir um conjunto de diretrizes que priorize atividades com maiores efeitos sobre a distribuição de renda e sobre o atendimento dos mais necessitados.

O Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios,⁶⁴ previsto no Art. 194, § Único, Inciso IV, foi instituído para a manutenção da renda dos segurados, objetivando, assim, proporcionar um padrão e qualidade de vida das pessoas que necessitam da proteção da seguridade social. Inexiste indexador econômico como o salário mínimo, cesta básica ou outros, mas

⁶² MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 55.

⁶³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 12. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

⁶⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 12. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.



estabelece regras para que sejam adotados reajustes periódicos dos benefícios a fim de propiciar a manutenção do nível de renda e do poder aquisitivo dos segurados. Assim, a irredutibilidade engloba tanto o valor real quanto o valor nominal das prestações pagas ao segurado, sob pena de ocorrer perda do poder aquisitivo dos benefícios.

O Princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio,⁶⁵ previsto no Art. 194, § Único, Inciso V da Carta Maior, é, também, um desdobramento do Princípio da Igualdade estabelecendo diretrizes para a obrigatoriedade da fixação de contribuição para toda a sociedade, sem exceção, mas vinculada com a capacidade econômica dos indivíduos. Pode, também, ser denominado de Princípio da Solidariedade Contributiva por meio do qual resta estabelecida a responsabilidade de todos os setores da sociedade pelo financiamento da seguridade.

O Princípio da Diversidade da Base de Financiamento,⁶⁶ previsto no art. 194, § único, inciso VI da Constituição Federal, dispõe sobre a necessidade de se estabelecer uma diversificação dos tributos e dos fatos geradores que suportam o financiamento da seguridade social.

Nessa medida, há previsão da manutenção da seguridade a partir de tributos incidentes sobre diferentes setores e contribuintes da sociedade nacional, ao passo que uma única fonte seria insuficiente para suprir a totalidade das despesas da seguridade.

Ressalte-se o Princípio do Caráter Democrático e Descentralizado da Administração⁶⁷, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do

⁶⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 12. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

⁶⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 12. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

⁶⁷ SERAU Jr., Marco Aurélio. Resolução do Conflito Previdenciário e Direitos Fundamentais. São Paulo : LTr., 2015.



governo nos órgãos colegiados previsto no Art. 194, § Único, Inciso VII da Constituição Federal, por meio do qual há previsão de uma forma democrática e descentralizada da administração da seguridade, por intermédio da composição de órgãos de gestão com representantes dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo, com intuito de que haja uma gestão técnica e eficiente.

Nesse caso, recomenda-se a manutenção do controle na administração central do governo, destinando à representação quadripartite, tão somente, papéis secundários com caráter sugestivo e consultivo.

O Princípio da Tríplice Forma de Custeio,⁶⁸ previsto no Art. 195, Incisos I a III da Carta Maior, é utilizado como complemento ao Princípio da Diversidade da base de financiamento fazendo valer a responsabilidade compartilhada da sociedade civil e do Estado na obrigação de financiar a seguridade.

O Princípio do Orçamento Diferenciado,⁶⁹ previsto no art. 195, §§ 1.º e 2.º da Constituição Federal, estabelece que os recursos da seguridade devem se verificar em forma de orçamento próprio diverso do orçamento central; dessa forma os recursos devem constar de fonte independente e diferente da que prevê as demais receitas da União Federal (art.195, §§ 1.º e 2.º c/c art. 165, § 5.º) evitando-se, assim, a ocorrência de desvios de verbas da seguridade para outras finalidades.

Note-se que o Princípio da Precedência da Fonte de Custeio⁷⁰, previsto no Art. 195, § 5.º da Carta Maior, é utilizado para impedir atitudes demagógicas que decorrem da concessão de vantagens ou acréscimos

⁶⁸ SERAU Jr., Marco Aurélio. Resolução do Conflito Previdenciário e Direitos Fundamentais. São Paulo : LTr., 2015.

⁶⁹ SERAU Jr., Marco Aurélio. Resolução do Conflito Previdenciário e Direitos Fundamentais. São Paulo : LTr., 2015.

⁷⁰ SERAU Jr., Marco Aurélio. Resolução do Conflito Previdenciário e Direitos Fundamentais. São Paulo : LTr., 2015.



excessivos das despesas da seguridade estabelecendo, assim, que o benefício possa ser criado ou majorado sem que seja indicada a fonte de custeio.

Outrossim, temos os princípios específicos implícitos que são consubstanciados em diversas disposições obrigatórias extraídas a partir da interpretação dos artigos do texto constitucional; sendo assim não são apresentados expressamente: Princípio da Solidariedade⁷¹ que estabelece o atendimento das necessidades dos indivíduos, gerando proteção contra as contingências sociais, com preocupação especial com os mais necessitados.

Como é cediço, a solidariedade deve ser extraída da ideia de que todos precisam contribuir mediante suas possibilidades e usufruir conforme as próprias necessidades, merecendo referência o conceito elaborado por Durkheim⁷² que define solidariedade como “a interdependência recíproca ou vinculação dos membros do grupo que convivem comunitariamente”. Nessa linha de entendimento, não se pode esquecer que a seguridade é financiada por tributos indiretos⁷³ enquanto a Previdência é financiada com contribuição que dá direito a um benefício direto⁷⁴. Logo, a distribuição de renda se dá com os tributos genéricos, mas não se pode retirar o benefício direto de quem contribui⁷⁵ para si com a justificativa de que se

⁷¹ TORRES, Fabio Camacho Del l'Amore. Princípios da seguridade social . In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, m ar 2012.

⁷² DURKHEIM, É. Da divisão do trabalho social. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

⁷³ HELENO TAVEIRA TORRES (2014, p. 203) alerta que a extrafiscalidade orienta todas as normas tributárias, não somente alguns tributos ou impostos. O sistema constitucional e a economia interagem para o bem-estar social, e uma das formas de o Estado intervir é pela tributação, a fim de concretizar os fins e valores constitucionais. Nessa visão, os tributos não têm somente a função de prover recursos para as atividades estatais. Para o autor, a tributação não pode ser neutra, pois um dos objetivos é a realização de justiça social e o aumento da riqueza nacional por intervenção do Estado, que se utiliza da extrafiscalidade para tanto.

⁷⁴ Quando a seguridade é financiada por tributos indiretos e há, dentre os contribuintes, pessoas excluídas do direito ao benefício, ocorre concentração de renda (redistribuição de renda com equidade negativa). Os mais vulneráveis, de renda próxima ao zero ou componentes da economia informal, que não têm a qualidade de segurado reconhecida, financiam os benefícios auferidos pelas demais parcelas da população.

⁷⁵ Para RICARDO PIRES CALCIOLARI (2009, p. 106), a contribuição ao SAT é um exemplo de extrafiscalidade próprio da disciplina da cobrança das contribuições previdenciárias. Privilegia a dignidade humana no trabalho, ao valorizar as empresas com menores índices de acidentes.

pretende amparar rupturas do sistema como um todo, sob pena de violação ao direito de propriedade⁷⁶.

A posição demagógica de que é importante tributar os mais ricos em prol dos mais necessitados⁷⁷ não pode ser feita com o viés de ampliar a tributação sobre a classe média de forma desproporcional, *in casu*, os servidores públicos. Os servidores públicos são um exemplo notório de classe média que paga muito e tem poucos benefícios.

Destaca, ainda, a importância de atuação imediata e contínua, a primeira ao estabelecer que a seguridade deve estar presente no momento em que surge a contingência, sem demora, sob pena de se tornar desnecessária se o risco for superado ou se tornar irreversível e a segunda, sob o fundamento de que deve ser mantida por prestações sucessivas, até a superação total das necessidades.

Apresenta limitação à regra da proporcionalidade⁷⁸, ao restringir a ideia de que o valor do benefício deve corresponder à contribuição recolhida, para destacar o objetivo da distributividade, ao sustentar a afirmação da necessidade de existência de um tratamento preferencial da saúde e da assistência social, com a implantação de políticas voltadas, prioritariamente, para o atendimento de cidadãos com baixa renda, idosos e deficientes.

⁷⁶ DELGADO, José Augusto. *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 80, p. 18.

⁷⁷ Para que haja efetiva transformação social, com distribuição de renda, diminuição das desigualdades e erradicação da pobreza, é necessário que o sistema previdenciário seja mais progressivo, que a Seguridade Social de fato se universalize e que os serviços por ela prestados sejam alternativas reais à contratação privada no mercado. É preciso tributar a renda e reduzir os privilégios dos mais ricos em prol dos direitos do restante do corpo social. Para distribuir renda, não se mostra eficaz distribuir benefícios que, em função da estratificação social e da ideia de contrapartida, acabam por reproduzir as desigualdades. É necessário tornar o sistema tributário menos regressivo e aproximar as regras dos regimes próprios de previdência, privilégio dos servidores públicos, daquelas do regime geral, aplicável a todos os trabalhadores.

⁷⁸ BALERA, Wagner. *A Seguridade Social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.



Por fim, encontra complemento no Princípio da Uniformidade e equivalência de benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, ao definir que a proteção deve ter como parâmetro a reparação das necessidades sem se pautar pelos critérios de reciprocidade previstos no seguro social.

Existem, também, os princípios de caráter geral, quais sejam: Princípio da Igualdade⁷⁹, Princípio da Legalidade⁸⁰ e Princípio do Direito Adquirido⁸¹.

Colocados esses elementos basilares, cabe passar à análise crítica da proposta do projeto de lei.

COMENTÁRIOS E ANÁLISE CRÍTICA

Dentro da metodologia adotada, cada artigo da proposta será analisado detidamente.

A Projeto de Lei 621/2016 inicia com o preâmbulo subscrito pelo Prefeito. Vejamos:

PROJETO DE LEI 621/2016

“Encontra-se em tramitação essa Egrégia Câmara o Projeto de Lei nº 621/16, que, dentre outras

⁷⁹ O princípio informa a todos os ramos do direito. Tal princípio deve ser considerado em dois aspectos: o da igualdade na lei, a qual é destinada ao legislador, ou ao próprio executivo, que, na elaboração das leis, atos normativos, e medidas provisórias, não poderão fazer nenhuma discriminação.

⁸⁰ O Princípio da legalidade deve ser considerado o princípio dos princípios. Bandeira de Mello considera-o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, e que este é a essência do Estado de Direito, pois lhe dá identidade própria.

⁸¹ São os direitos que tenhamos em um determinado período temporal, onde o exercício tenha um termo prefixo, ou condição preestabelecida, definição que está de acordo com o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Observa-se aqui que a Constituição defende o direito adquirido e não a mera expectativa do direito. Ele é uma situação de imutabilidade que garante o titular contra posterior modificação legislativa. Observa-se ainda, que para que haja o direito adquirido é necessário que o mesmo não tenha sido exercido, caso o contrário, teríamos apenas uma relação jurídica já consumada.



providências, objetiva instruir o regime de previdência complementar para os servidores públicos do Município de São Paulo, proposta esta que, em decorrência de novos estudos realizados pela atual gestão, necessita ser reformulada para inserção de medidas que propicie a implantação de sistema e regime próprio de previdência social mais condizente com a realidade do Município de São Paulo, bem como, em especial, equacione totalmente o seu déficit.

Nesse sentido, segue novo texto acerca da matéria, acompanhado dos respectivos anexos, para fins de substituição daquele anteriormente enviado, agora contemplando a reorganização e capitalização do Regime de Previdência Social – RPPS, a instituição de medidas voltadas ao equilíbrio financeiro e atuarial do regime e a definição de formas do respectivo financiamento, a instituição do Regime de Previdência Complementar – RPC, a fixação do limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo RPPS, a autorização para a criação de Entidade Fechada de Previdência Complementar, a reestruturação do Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – IPREM, a criação do Quadro dos Profissionais de Gestão Previdenciária – QPGP e a extinção dos cargos que especifica.

Na oportunidade, renovo a Vossa Excelência meus protestos de apreço e consideração.

JOÃO DORIA”



COMENTÁRIO INICIAL

O primeiro ponto diz respeito ao fato de o projeto de lei contemplar vários tipos de matérias em um único texto. Nesse sentido, a confusão dos conceitos e o tratamento tumultuado da matéria dificultam uma boa análise pelo Parlamento.

Nessa ótica, fica um alerta ao Parlamento Municipal da complexidade do projeto aliado com a mistura de conceitos e elementos que dificultam a compreensão e podem criar regras em prejuízo, talvez, ao erário municipal.

Diante disso, temos o seguinte quadro crítico da exposição de motivos do Projeto de Lei nº 621/2016:

FUNDAMENTOS DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS	CRÍTICAS	DEBATES – na Câmara Municipal do Município de São Paulo
Novos estudos realizados pela atual gestão.	Não há transparência nos estudos.	Deve ser exigido do Poder Executivo os dados auditados, sob pena de inconstitucionalidade.
Implantação de sistema e regime próprio de previdência social mais condizente com a realidade do Município de São Paulo, bem como, em	O termo “totalmente”, por si só, já aponta uma ideia de convencer que o projeto de lei é uma panaceia para um tema que merece	Não há números exatos. E existem ponderações técnicas a serem feitas. Logo, recomenda-se aos vereadores que ponderem a expressão “totalmente”



especial, equacione totalmente o seu déficit.	debates e análises permanentes.	posta na proposta.
Reorganização e capitalização do Regime de Previdência Social – RPPS, a instituição de medidas voltadas ao equilíbrio financeiro e atuarial do regime e a definição de formas do respectivo financiamento,	O regime de repartição simples é constitucional.	Existem limites e custos para a mudança no regime. Se os novos servidores não pagam para o sistema, com certeza, haverá déficit.
(...) instituição do Regime de Previdência Complementar – RPC, a fixação do limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo RPPS	O projeto confunde a criação de fundos com a criação da previdência complementar.	As dificuldades de compreensão na prática da forma como serão executados e funcionaram os fundos propostos é algo relevante.
(...) autorização para a criação de Entidade Fechada de Previdência Complementar, a reestruturação do Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – IPREM	É onerosa. Cria taxas de administração e aumenta o gasto público.	Se o Município deve arcar com recursos do Tesouro qual o motivo para criar Fundos e ainda aumentar os gastos com Taxas de Administração.

Após a análise do preâmbulo, iniciemos a análise crítica ponto a ponto. Segue o PL 621/2016:



PROJETO DE LEI 621/2016

“TÍTULO II

DA REORGANIZAÇÃO DO REGIME
PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – RPPS

Art. 3º O RPPS do Município de São Paulo fica reorganizado na forma estabelecida por esta lei, que dispõe sobre as formas de financiamento e institui medidas voltadas a seu equilíbrio financeiro atuarial, observando o previsto no artigo 40, o disposto no artigo 30, inciso I, no artigo 149, § 1º, e no “caput” do artigo 249, da Constituição Federal.”

COMENTÁRIO

É de se apontar o comando do art. 249 da CF. Vejamos:

Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos.



No nosso sentir houve violação do art. 249 da CF que permite a criação de fundo em complementação aos recursos orçamentários, mas não da forma proposta que cria mais de um fundo, ou seja, cria no Município dois fundos, conforme se verá.

Tal posição é corroborada pela comparação do art. 249 da CF como art. 250 da mesma norma.

Art. 250. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social, em adição aos recursos de sua arrecadação, a União poderá constituir fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desse fundo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Ora, se no caso do RPGS, algo muito maior e de complexidade muito mais avançada, é permitida a criação de FUNDO, ou seja, um fundo único e integrado, com mais razão ainda é de se ter claro que a Constituição autorizou que no RPPS os municípios, estados e a União criem apenas um FUNDO. Por óbvio que o artigo 249 da CF a expressão “fundos” está no plural se referindo a União, Estados e Municípios que podem criar “fundos”, mas cada qual criará um e apenas um, conforme aponta a interpretação com o art. 250 da CF.

O que foi dito acima é lógico, uma vez que a criação de um fundo é para complementar os recursos orçamentários. Admitir a criação de fundos é fora dos padrões técnicos ou jurídicos, ao passo que impõe dois controles para um único objeto suplementar de recursos, os valores desembolsados pelo Tesouro Municipal. Com isso, a criação de mais de um

fundo viola o art. 249 da CF/88 que, até mesmo para o RPGS, autoriza um e apenas um fundo que receberá bens para serem aplicados e geridos no suprimento do déficit dos recursos orçamentários.

O STF admite, contudo, que o referido fundo seja contemplado, inclusive, com arrecadação de contribuições. Vejamos o controle de constitucionalidade já realizado sobre o tema pelo STF:

“Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. LC 101, de 4-5-2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). MP 1.980-22/2000. (...) LC 101/2000. Vícios materiais. Cautelar indeferida. (...) Art. 68, caput: o art. 250 da Carta-Cidadã, ao prever a instituição de fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, não excluiu a hipótese de os demais recursos pertencentes à previdência social, até mesmo os provenientes da arrecadação de contribuições, virem a compor o referido fundo. Ademais, nada impede que providência legislativa de caráter ordinário seja veiculada em lei complementar. LC 101/2000. Interpretação conforme a Constituição. [ADI 2.238 MC, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, j. 9-8-2007, P, DJE de 12-9-2008.]”

Agora, o STF não disse, e nem precisa dizer, que é possível repassar arrecadações de contribuições para serem APLICADAS no fundo. Contudo, se existe déficit e as contribuições irão ao FUNDO para um dia retornarem ao Tesouro ou irem direto para o pagamento, estamos fazendo uma operação sem sentido e por conseguinte inconstitucional. Com certeza, o



FUNDO investirá as SOBRAS que serão geridas para futuro. Então, a noção de que o STF admite aplicação de quaisquer valores tem que ser vista sob a ótica do investimento e intenção do fundo.

Outro ponto de inconstitucionalidade diz respeito à violação do direito ao acesso à informação, que é um direito fundamental, considerando-se o mesmo de extrema importância para o ser humano.

Intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, o acesso à informação de qualidade atua positivamente na proteção e no desenvolvimento de toda a coletividade, contribuindo para a realização de outros direitos, tais como o direito à saúde, educação, moradia, entre outros.

Além disso, o direito à informação é um princípio básico do controle social, por meio do qual o povo exerce algum controle sobre a ação da Administração, elaborando, acompanhando ou monitorando as ações da gestão pública.

No caso concreto, existem dúvidas sob a higidez dos dados e a certeza de que, por exemplo, NÃO HÁ INFORMAÇÕES SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DO MUNICÍPIO SOBRE OS VALORES PAGOS AOS APOSENTADOS. Essa falta de transparência, por si só, pode levar o projeto, como está, a ser tido como inconstitucional. Logo, cabe aos vereadores buscarem os dados exatos, inclusive quanto à contribuição do Município.

Por isso, o projeto de lei ora analisado já se reputa pautado por vícios de constitucionalidade.

DA INCONSTITUCIONALIDADE PELA FALTA PRÉVIA DE FUNDAMENTO ATUARIAL – ENTENDIMENTO DO STF

Cabe indicar que o STF já assentou o seguinte:

“O REGIME CONTRIBUTIVO É, POR ESSÊNCIA, UM REGIME DE CARÁTER EMINENTEMENTE RETRIBUTIVO. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL (CF, ART. 195, § 5º). CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE PENSÕES E PROVENTOS: AUSÊNCIA DE CAUSA SUFICIENTE. - Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. Doutrina. Precedente do STF.”

A necessidade do respeito à preservação do equilíbrio financeiro e atuarial está insculpida no art. 40 da Constituição Federal. Vejamos:

“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.” (grifo nosso)

E, nesse ponto, é cabível relembrar os fundamentos da Suspensão Liminar nº 684-MC, proferida pelo ex-Ministro Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, de que é “imprescindível firmar que o simples e isolado déficit previdenciário não é motivação constitucional idônea suficiente para justificar aumento da exação”. Vejamos:

“Decisão: Trata-se de pedido de suspensão da liminar concedida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos autos da ADI 70051297778, proposta pela UNIÃO Gaúcha em Defesa da Previdência Social e Pública contra a LC 13.757/2011 e 13.758/2011. O acórdão atacado recebeu a seguinte ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS COMPLEMENTARES ESTADUAIS Nº. 13.757-2011 (ART. 10-A E ART. 14) E Nº. 13.758-2011 (ART. 10-A E ART. 15). PREVIDÊNCIA PÚBLICA. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO ESTADO. REGIME FINANCEIRO DE REPARTIÇÃO SIMPLES E REGIME FINANCEIRO DE CAPITALIZAÇÃO. MEDIDA LIMINAR. SUSPENSÃO DA APLICAÇÃO IMEDIATA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS INQUINADOS. A contribuição

previdenciária, por força de sua natureza de tributo, subordina-se aos princípios constitucionais gerais de direito tributário e em especial aos princípios da correlação (art. 195, §5º, da CF), da finalidade (art. 149, §1º, da CF), do equilíbrio financeiro e atuarial (art. 40 da CF) e da vedação ao confisco (art. 150, inciso IV, da CF). Por se subordinar a tais princípios constitucionais, a majoração da alíquota da contribuição previdenciária deve vir amparada em minucioso cálculo atuarial.

(...)

(SL 684 MC, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) JOAQUIM BARBOSA, julgado em 03/04/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 08/04/2013 PUBLIC 09/04/2013)”

Ocorre que o cálculo atuarial é complexo e munido de premissas ou hipóteses que são as informações utilizadas para projetar os eventos futuros do plano. Assim, com base em cenários e estudos estatísticos, são respondidas questões como:

- a) Qual é a perspectiva de ascensão salarial dos funcionários e quais serão seus salários no momento da aposentadoria?
- b) Qual é o benefício estimado na aposentadoria?
- c) Com que idade se aposentarão e por quanto tempo pagarão contribuições?
- d) Por quanto tempo sobreviverão e receberão benefícios?



- e) E quanto custa a pensão por morte paga às famílias?
- f) Qual é o risco de uma invalidez ou óbito antes de se aposentar?
- g) Quanto os recursos financeiros do plano vão render?
- h) Qual é o impacto da inflação futura nos salários e benefícios?
- i) Os participantes permanecerão no plano ou se desligarão antes de receber benefício?

Ressalta-se que tudo isso influencia os cálculos. Portanto, as hipóteses atuariais têm relação direta com o resultado da Reserva Matemática e com o custo do plano de benefícios para seu equilíbrio.

Por isso, devem estar em harmonia com a população de participantes e assistidos do plano, com a política de recursos humanos do patrocinador, com os cenários de curto e longo prazo, com as regras do regulamento do plano e com o contexto em que está inserido.

Pela relevância das premissas que são utilizadas nos cálculos atuariais, a legislação estipula requisitos mínimos e procedimentos que devem ser observados nos estudos que as definem.

Logo, observa-se que nada disso foi apresentado no projeto de lei em comento.

Nesse diapasão, vê-se que a justificativa para a apresentação do PL 621/2016 paira tão só na alegação de “déficit previdenciário” fundada na necessidade de formação de caixa, ou seja, de recursos para fins outros que não a proteção social.

O referido projeto de lei, em nenhum momento, demonstrou motivação apta ao aumento da exação em comento, à míngua da demonstração de vínculo causal entre a contribuição e o benefício.

Por fim, nada trouxe que justificasse o aumento da



contribuição social em prol da ampliação dos serviços e benefícios sociais.

Observa-se que o referido vício da não apresentação dos cálculos atuariais quando da propositura do projeto de lei é insanável na medida em que eles não podem ser apresentados *a posteriori* conforme já decidido pelo STF. Nesse sentido, vejamos:

“(…)

Os cálculos atuariais existentes nos autos, no entanto, a par de intempestivos, porquanto elaborados após a edição e sanção das leis complementares inquinadas, aparentemente trazem severas inconsistências que, em princípio, retiram a legitimação da majoração da alíquota da contribuição previdenciária no Estado.

(…)

(SL 684 MC, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) JOAQUIM BARBOSA, julgado em 03/04/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 08/04/2013 PUBLIC 09/04/2013)”

Logo, o projeto de lei é inconstitucional também por esse ponto fundamentado acima.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

“Seção I

Da Contribuição Previdenciária Normal

Art. 5º A contribuição previdenciária normal dos servidores ativos vinculados ao RPPS, destinada à manutenção desse regime, será de 14% (quatorze por cento), incidentes sobre a totalidade da base de contribuição.”

“Art. 6º Os aposentados e os pensionistas vinculados ao RPPS contribuição com 14% (quatorze por cento), do valor da parcela dos proventos de aposentadoria ou pensão que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

§ 1º Nos casos de acumulação remunerada de aposentadorias e/ou pensões, considerar-se-á, para fins de cálculo da contribuição de que trata o “caput” deste artigo, o somatório dos valores percebidos.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, o limite estabelecido para os benefícios do RGPS será deduzido m única vez da base de cálculo da contribuição prevista no “caput”.”

COMENTÁRIO

O apontamento é que a alteração, via projeto de lei, no momento em que o STF suspende⁸² e debate o limite da alíquota federal, é inoportuna e pode levar a uma inconstitucionalidade superveniente da norma.

⁸² <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365154>



No dia de hoje, 31 de janeiro de 2018, o projeto de aumento da alíquota é inconstitucional por violação a atual posição do STF no sentido de que alíquota de 14% (quatorze por cento) é inconstitucional.

Não é preciso redigir um tratado acerca de matéria tributária para se concluir que o projeto é inconstitucional. Mas, é relevante registrar alguns elementos doutrinários e jurisprudenciais.

Cabe lembrar que a alíquota não é baixa. Em verdade, falta o município contribuir com os seus 11% (onze por cento). Os servidores públicos não são algozes da crise estatal e não podem ser tratados como culpados por questões econômicas a ponto de lhes retirar direitos que são garantidos na Constituição, como o direito de propriedade, direito a não serem confiscados, direitos adquiridos, irredutibilidade de vencimentos, direito de tributação conforme a capacidade contributiva e outros.

Nesse ponto, a ANFIP já discorreu na apresentação do livro da Análise da Seguridade Social⁸³, em 2016, o seguinte:

“(…) pela primeira vez, em meio a tantas intempéries, nos deparamos com um déficit nas contas da Seguridade Social. No entanto, diferentemente do que é divulgado pela grande mídia, nem a Previdência Social nem o modelo da Seguridade Social está em crise. A economia nacional, sim. É a crise econômica que determina as alegadas dificuldades da previdência; não o contrário. A Previdência Social depende do crescimento econômico e do mercado de trabalho. É inaceitável que o ônus da crise, agravada sob as

⁸³https://www.anfip.org.br/doc/publicacoes/Livros_24_10_2017_11_48_10.pdf



políticas neoliberais e pelo descontrole no trato com o dinheiro arrecadado da sociedade, recaia sobre o pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social e sobre a previdência dos servidores públicos.”

Outrossim, a lógica de cobrir o “rombo da Previdência” não se pode dar com a extinção de direitos na base do “custe o que custar”, sobrepujando a Constituição.

Da mesma forma, os servidores não podem ter direitos reduzidos com aumento de tributo seletivo. O aumento da carga tributária deve ser igual para todos os trabalhadores e não apenas para servidores.

A regra apenas faria sentido se tivesse uma forma de cálculo que contemplasse a todos. A Constituição cuida também de proteger os cidadãos contra mudanças constitucionais que dilapidem o patrimônio dos mesmos. A mudança do modelo de solidariedade para o modelo de individualismo direto, com capitalização e criação de fundos próprios com risco que não são mitigados por todos tem um custo e esse não pode recair apenas sobre os servidores públicos.

O pensamento tributário não pode ser esquecido no que se refere ao binômio de contribuição-benefício desde a matriz do pensamento tributário, uma vez que este protege o recebimento proporcional ao pagamento.

Postas estas questões de índole conceitual, devemos apontar que as contribuições dos servidores estão inseridas no conceito de parafiscalidade que desde Aliomar Baleeiro⁸⁴ já apontava que são tributos com finalidade específica. Nessa ótica, vale lembrar que a regra para tributação das

⁸⁴ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10.ed. Rio de Janeiro: do TJSP



contribuições sociais parafiscais é a mesma para servidores e trabalhadores privados.

Em verdade, o problema está no fato de que o município diz que há déficit, mas, em verdade, o município não pode violar a constituição.

Nessa linha, cabe lembrar que as principais características das contribuições parafiscais:

- a) são três as espécies de contribuições: Seguridade Social, de intervenção do domínio econômico e de interesse das categorias corporativas;
- b) como decorrência da natureza tributária, tem-se a irrestrita observância a todos os princípios que regem a atividade tributária;
- c) apenas a UNIÃO detém competência para instituir as contribuições parafiscais, com exceção da contribuição cobrada dos servidores públicos, que pode ser instituída pelo Estados, DF e Municípios (art. 149, § 1º, da CF);

Ainda sobre o mesmo tema - natureza jurídica das contribuições parafiscais - merece destaque o voto do eminente Ministro Carlos Velloso, proferido no julgamento do RE nº 138.284/CE, *verbis*:

“As contribuições parafiscais têm caráter tributário. Sustento que constituem essas contribuições uma espécie própria de tributo ao lado dos impostos e das taxas, na linha, aliás, da lição de Rubens Gomes de Sousa (“Natureza tributária da Contribuição do FGTS”, RDA 112/27, RDP 17/305). Quer dizer, as contribuições não são somente as de melhoria.



Estas são uma espécie do gênero contribuição. Para a boa compreensão do meu pensamento do meu pensamento, reporto-me ao voto que proferi, no antigo TFR, na AC 71525, (RDTrib. 51/264).”⁸⁵

Prosseguindo em seu voto, ensina o eminente Ministro, *verbis*:

“O citado artigo 149 instituiu três tipos de contribuições: a) contribuições sociais, b) de intervenção, c) corporativas. As primeiras, as contribuições sociais, desdobram-se, por sua vez, em a.1) contribuições de seguridade social, a.2) outras de seguridade social e a.3) contribuições sociais gerais”.

Na classificação vale lembrar que se destinam a atender as necessidades financeiras do sistema de previdência social. São contribuições sociais aquelas previstas no art. 195, incisos e § 4º, as Contribuições para o Custeio da Previdência dos Servidores Públicos (CF art. 149, parágrafo único c/c o art. 40, caput).

DO NÃO CONFISCO - DAS LICÕES DO STF AO CASO E ANÁLISE DA APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO

⁸⁵ Apenas para esclarecer, o Ministro Carlos Velloso entende serem quatro as espécies tributárias, a saber: impostos, taxas, empréstimos compulsórios e contribuições (de melhoria e parafiscais). Já na opinião do Ministro Moreira Alves, cinco são as espécies tributárias, quais sejam, impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições parafiscais.



Pelo que foi visto anteriormente, é inaceitável a repetição da tentativa de reduzir remuneração por meio da criação de tributos inconstitucionais. Vejamos:

“E M E N T A: SERVIDORES PÚBLICOS
FEDERAIS - CONTRIBUIÇÃO DE
SEGURIDADE SOCIAL - LEI Nº 9.783/99 –

(...)

- ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS - ESCALA DE
PROGRESSIVIDADE DOS ADICIONAIS
TEMPORÁRIOS (ART. 2º DA LEI Nº 9.783/99) -
ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO
QUE VEDA A TRIBUTAÇÃO
CONFISCATÓRIA (CF, ART. 150, IV) E DE
DESCARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO
CONSTITUCIONAL INERENTE À
CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL
- PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA
CAUTELAR DEFERIDA EM PARTE.

A CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE
SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS EM
ATIVIDADE CONSTITUI MODALIDADE DE
TRIBUTO VINCULADO.

- A contribuição de seguridade social, devida por servidores públicos em atividade, configura modalidade de contribuição social, qualificando-se como espécie tributária de caráter vinculado, constitucionalmente destinada ao custeio e ao

financiamento do regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo. Precedentes.

A GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE DA REMUNERAÇÃO NÃO É Oponível À INSTITUIÇÃO/MAJORAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL RELATIVAMENTE AOS SERVIDORES EM ATIVIDADE.

- A contribuição de seguridade social, como qualquer outro tributo, é passível de majoração, desde que o aumento dessa exação tributária observe padrões de razoabilidade e seja estabelecido em bases moderadas. Não assiste ao contribuinte o direito de opor, ao Poder Público, pretensão que vise a obstar o aumento dos tributos - a cujo conceito se subsumem as contribuições de seguridade social (RTJ 143/684 - RTJ 149/654) -, desde que respeitadas, pelo Estado, as diretrizes constitucionais que regem, formal e materialmente, o exercício da competência impositiva. Assiste, ao contribuinte, quando transgredidas as limitações constitucionais ao poder de tributar, o direito de contestar, judicialmente, a tributação que tenha sentido discriminatório ou que revele caráter confiscatório. A garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração devida aos servidores públicos em atividade não se reveste de

caráter absoluto. Expõe-se, por isso mesmo, às derrogações instituídas pela própria Constituição da República, que prevê, relativamente ao subsídio e aos vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos - (CF, art. 37, XV), a incidência de tributos, legitimando-se, desse modo, quanto aos servidores públicos ativos, a exigibilidade da contribuição de seguridade social, mesmo porque, em tema de tributação, há que se ter presente o que dispõe o art. 150, II, da Carta Política. Precedentes: RTJ 83/74 - RTJ 109/244 - RTJ 147/921, 925.

Indiscutivelmente, a contribuição não é razoável e é confiscatória!

No passado, já foi considerada um conceito extremamente vago em matéria tributária. Todavia, com a Constituição de 1988, passou a ser, ao lado dos princípios da Igualdade Tributária e da Capacidade Econômica, garantia de tributação razoável.

Esta evolução dogmática foi percebida pela nossa Corte Suprema, que demonstrou toda a sua sensibilidade com o amadurecimento constitucional da garantia em foco quando, por ocasião do julgamento da ADInMC 2.010/DF (Rel. Ministro Celso de Mello), considerou que o agravamento das alíquotas da Contribuição dos Servidores Públicos Federais, prevista na Lei nº 9.783/99, deveria ser examinada em função da carga fiscal total sofrida pelo contribuinte e não a partir do tributo, tomado isoladamente. Assim consta do Informativo 164 do TJSP:

“O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de liminar

para suspender a eficácia do art. 2º e seu parágrafo único da Lei 9.783/99, que acresce à alíquota de 11%, prevista no art. 1º da citada Lei, 9% ou 14%, de acordo com a remuneração, provento ou pensão recebida. À primeira vista, o Tribunal considerou relevante a arguição de inconstitucionalidade pela descaracterização da função constitucional da contribuição de seguridade social, já que foi instituída em alíquotas progressivas com a finalidade de cobrir déficit passado e não benefício a ser pago ao contribuinte. O Tribunal também considerou relevante a tese de ofensa ao princípio que veda a utilização de qualquer tributo com efeito de confisco (CF, art. 150, IV), salientando que o exame da questão do efeito confiscatório deve ser feito em função da totalidade do sistema tributário e não em função de cada tributo isoladamente. Vencidos os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves que indeferiam a cautelar nesse ponto, por entenderem, num primeiro exame, inexistir plausibilidade jurídica na tese de ofensa ao princípio do não confisco, dado que a questão do efeito confiscatório deve ser analisada em relação a cada tributo isoladamente e, também, pelo fato de não estar caracterizada a ofensa ao desvirtuamento da função da contribuição, tendo em vista que, em se tratando de previdência de servidor público, não há correspondência entre a contribuição e o benefício decorrente dessa contribuição. ADInMC 2.010-DF, rel. Min. Celso de Mello, 29.9.99”.

Da mesma forma, o Princípio da Igualdade Tributária pode ser relativizado por razões extrafiscais. Pode ocorrer a tributação exacerbada para atendimento de valores extrafiscais eleitos pelo constituinte, como balança de pagamentos, política industrial e política monetária (CF, art. 153, § 1º), essencialidade do produto (CF, art. 153, § 3º, I) e função social da propriedade (CF, art. 182, § 4º, III). Nunca, todavia, pode levar ao extremo da perda da propriedade do bem tributado.

Assim se pronunciou o Ministro Carlos Velloso, no julgamento do RE nº 138.284, *verbis*:

“O que importa perquirir não é o fato de A UNIÃO arrecadar a contribuição, mas se o produto da arrecadação é destinado ao financiamento da seguridade social. (CF, art. 195, I). A resposta está na própria Lei 7.689, de 15.12.88, que, no seu artigo 1º, dispõe expressamente, que “fica instituída contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social”. De modo que, se o produto da arrecadação for desviado de sua exata finalidade, estará sendo descumprida a lei, certo que uma remota possibilidade do descumprimento da lei não seria capaz, evidentemente, de torná-la inconstitucional.”

A respeito deste tema, manifestou-se o Ministro Moreira Alves, no julgamento do RE nº 146.733-9/SP, *verbis*:

“Para que fosse inconstitucional essa forma de arrecadação, necessário seria que a Constituição tivesse criado um sistema de seguridade social cuja realização, em todas suas etapas, tivesse de ser da competência exclusiva de um órgão autônomo de seguridade social. E não é isso o que resulta dos textos constitucionais concernentes à seguridade social, como bem demonstra o voto do Sr. Juiz Fleury Pires, quando do julgamento, pelo Plenário do TRF da 3ª Região, da argüição de inconstitucionalidade no qual se baseou o acórdão ora recorrido.”

No mesmo julgamento, posicionou-se o Ministro Ilmar Galvão, *verbis*:

“Irrelevante, igualmente, para tanto, a circunstância de a sua cobrança e fiscalização serem realizadas pelos agentes encarregados do Imposto de Renda. Está mais do que claro que a lei não quis transferir para a “caixa única” do Tesouro Nacional o produto da arrecadação da contribuição social, ao incumbir a Receita Federal das atribuições de administrar e fiscalizar o tributo. O que, razoavelmente, se deve entender é que cabe aos agentes da Receita Federal disciplinar e realizar os lançamentos pertinentes, fiscalizando as empresas, a fim de evitar sonegações e retardamentos nos recolhimentos. Enfim, obviou-se a duplicidade de



meios com vistas à arrecadação dos dois tributos, já que têm eles, praticamente, fonte de referência comum, seja, o balanço anual das empresas. A Constituição não veda essa providência posta em prática no prol do interesse público.”⁸⁶

Portanto, a vedação ao confisco é pacífica na Suprema Corte, onde ela salientou que o exame da questão do efeito confiscatório deve ser feito em função da totalidade do sistema tributário e não em função de cada tributo isoladamente.

Diante disso, demonstra-se claramente a diferença da capacidade contributiva e a sua ofensa à igualdade e proporcionalidade.

DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E IGUALDADE NO CASO CONCRETO

Vejamos as tabelas:

Total da Carga Tributária:

IRPF:

Para o ano-calendário de 2015, até o mês de março:

Base de cálculo mensal em R\$	Alíquota %	Parcela a deduzir do imposto em R\$
Até 1.787,77	—	—
De 1.787,78 até 2.679,29	7,5	134,08

⁸⁶ Os tributos a que se refere o Ministro Ilmar Galvão são o imposto de renda da pessoa jurídica e a contribuição social sobre o lucro líquido, os quais possuem base de cálculo praticamente idênticas, sendo razoável que a fiscalização e a arrecadação seja feita pelo mesmo órgão, a fim de evitar-se desperdício de tempo e dinheiro público.



De 2.679,30 até 3.572,43	15,0	335,03
De 3.572,44 até 4.463,81	22,5	602,96
Acima de 4.463,81	27,5	826,15

<https://www.tabeladoirrf.com.br/tabela-irrf-2017.html>

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - RGPS:

Tabela para Empregado, Empregado Doméstico e Trabalhador Avulso 2017	
Salário de Contribuição (R\$)	Alíquota
Até R\$ 1.659,38	8%
De R\$ 1.659,39 a R\$ 2.765,66	9%
De R\$ 2.765,67 até R\$ 5.531,31	11%

TABELA PARA A ANÁLISE DA CARGA TRIBUTÁRIA

Salário	IPRF	Contribuição Previdenciária – Servidores Públicos	Total (Servidor)	Contribuição Previdenciária – RGPS	Total (RGPS)	Percentual que o Servidor paga a maior
Até 1.787,77	ZERO	11%	11%	9%	9%	2%
Até 2.679,29	7,5%	11%	18,5%	9%	16,5	2%
Até 3.572,43	15%	11%	26%	11%	26%	Não zero
Até 4.463,81	22,5%	11%	33,5%	11%	33,5	Não zero
4.463,81	27,5%	11%	38,5% sem	11%	38,5% com	Zero



5.531,31			limite		limite	
15.531,31	27,5%	14%	2.008,44	27,5%	608,00	6,95%
			Contribuição		Contribuição	
			Previdenciária		Previdenciária	
			5.235,59		4.220,15	
			34,14%		27,17%	

Está demonstrado que os servidores estão com uma carga tributária MUITO MAIOR que os trabalhadores das empresas privadas. Tal fato é inaceitável.

Consoante enfatizado acima, o Princípio da Capacidade Econômica garante, entre nós, a efetividade do Princípio da Igualdade Tributária, ensejando que se conheça os iguais e os desiguais em seara tributária a partir das respectivas capacidades econômicas, sob a seguinte fórmula:

“Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, efetividade a esses objetivos, identificados, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” .

Em termos históricos, o Princípio da Capacidade Econômica estava expresso no art. 22 da Constituição Democrática de 1946, o qual foi revogado pelo art. 25 da Emenda Constitucional nº 18, de 1965.

Mas em que consiste esta capacidade econômica?

A lição não é nova. Aliomar Baleeiro⁸⁷ já apregoava, com

⁸⁷ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10.ed. Rio de Janeiro: do TJSP



didática exemplar, que reside na: “na idoneidade econômica do contribuinte suportar, sem sacrifício do indispensável à vida digna humana, uma fração qualquer do custo total dos serviços públicos”. Daí advindo outra conexão dogmática do princípio da Capacidade Econômica, que, assim, se vincula à Limitação de Vedação de Confisco.

De fato, a tributação, de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, importa em tributação razoável, jamais podendo assumir conotação confiscatória.

Mas, mesmo com a fixação do conteúdo do Princípio da Capacidade Econômica, ainda não podemos dizer que a problemática da tributação razoável esteja resolvida. Não é suficiente assegurarmos ao contribuinte que o princípio em questão garante-lhe que a tributação não prejudicará o sustento próprio e da família. Devemos, ainda, sob pena de transformar a capacidade econômica em uma garantia tautológica, identificar os critérios de dimensionamento dela. São eles, segundo o pensamento doutrinário corrente: renda, patrimônio e consumo.

Algumas considerações, entretanto, merecem ser feitas sobre estes critérios:

Patrimônio, efetivamente, não se constitui em um elemento idôneo na medida em que se pode, hipoteticamente, conceber que pessoas que recebem, por doação ou herança, um patrimônio, podem não deter renda para manter este mesmo patrimônio e inclusive para pagar os respectivos tributos. Não, pelo menos, sem prejuízo do sustento próprio e da família.

O consumo é, igualmente, um critério imperfeito,



porquanto o consumista pode não ser o titular da capacidade econômica. Não é raro, aliás, encontrar-se aquele despendendo renda de outrem.

A renda, sim, é o critério ideal de mensuração da capacidade econômica, razão por que os impostos que recaem sobre os acréscimos de capital têm condições efetivas de realizarem uma justiça fiscal. É uma pena que, no nosso direito, por razões diversas (inclusive pelo abandono do Princípio da Progressividade), o Imposto de Renda não venha realizando o seu papel, a pretexto, segundo manifestações da Receita Federal, de ser a redução de alíquotas uma tendência mundial.

No tocante à eficácia deste princípio, a partir das considerações anteriores, pode-se afirmar que a Capacidade Econômica, além de ser um princípio dirigido ao legislador, também atua, em menor escala, como uma diretriz para o julgador e o administrador público. O sistema jurídico vigente, não obstante proíba a instituição de isenções judiciais ou executivas por falta de capacidade econômica, em face da reserva legal da matéria, admite que, na aplicação normativa, seja recusada a aplicação de uma norma inconstitucional por encerrar tributação exacerbada.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

“§ 1º Para os fins desta lei, entende-se como base de contribuição o total dos vencimentos ou

subsídios do servidor, compreendendo o vencimento do cargo, acrescido das vantagens pecuniárias que a ele se integram, nos termos da lei, ou por outros atos concessivos, bem como os adicionais de caráter individual, e quaisquer outras vantagens, excluídas:

I – as diárias para viagens;

II – o auxílio-transporte;

III – o salário-família;

IV – o salário-esposa;

V – o auxílio-alimentação;

VI – parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho;

VII – a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança não incorporadas aos vencimentos;

VIII – o abono de permanência;

IX – outras vantagens instituídas em lei, não passíveis de incorporação aos vencimentos ou subsídios do servidor.”

COMENTÁRIO

Hipótese indenizatória que está em consonância com as disposições do STF sobre o tema. Porém, diversas outras ausências são inconstitucionais por violação da simetria da regra previdenciária federal. Segue a regra federal:



- “I - as diárias para viagens;
- II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede;
- III - a indenização de transporte;
- IV - o salário-família;
- V - o auxílio-alimentação;
- VI - o auxílio pré-escolar; (Redação dada pela Medida Provisória nº 805, de 2017)
- VII - as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho;
- VIII - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função comissionada ou gratificada; (Redação dada pela Lei nº 12.688, de 2012)
- X - o adicional de férias; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XI - o adicional noturno; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XII - o adicional por serviço extraordinário; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XIII - a parcela paga a título de assistência à saúde suplementar; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XIV - a parcela paga a título de assistência pré-escolar; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XV - a parcela paga a servidor público indicado para integrar conselho ou órgão deliberativo, na condição de representante do governo, de órgão ou

de entidade da administração pública do qual é servidor; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

XVI - o auxílio-moradia; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

XVII - a Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso, de que trata o art. 76-A da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

XVIII - a Gratificação Temporária das Unidades dos Sistemas Estruturadores da Administração Pública Federal (GSISTE), instituída pela Lei nº 11.356, de 19 de outubro de 2006; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

XIX - a Gratificação Temporária do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática (GSISP), instituída pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; (Redação dada pela Lei nº 13.328, de 2016)

XX - a Gratificação Temporária de Atividade em Escola de Governo (GAEG), instituída pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; (Incluído pela Lei nº 13.328, de 2016)

XXI - a Gratificação Específica de Produção de Radioisótopos e Radiofármacos (GEPR), instituída pela Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; (Incluído pela Lei nº 13.328, de 2016)

XXII - a Gratificação de Raio X; (Redação dada pela Lei nº 13.464, de 2017)

XXIII - a parcela relativa ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, recebida pelos servidores da carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal do Brasil; (Incluído pela Lei nº 13.464, de 2017)

XXIV - a parcela relativa ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade de Auditoria-Fiscal do Trabalho, recebida pelos servidores da carreira de Auditoria-Fiscal do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 13.464, de 2017)

XXV - o adicional de irradiação ionizante. (Incluído Medida Provisória nº 805, de 2017)”

A falta de inclusão das seguintes parcelas simétricas ao modelo federal é inconstitucional. O fundamento é no sentido de que cabe à União estabelecer as normas gerais em matéria de direito tributário e da seguridade social. Com isso, por exemplo, não colocar como isento de contribuição previdenciária o valor pago a título de pré-escola no projeto municipal é inconstitucional.

Portanto, o projeto de lei precisa de um artigo nos seguintes moldes: “não incidirá contribuição previdenciária nas parcelas indenizatórias, que não sejam perceptíveis quando da aposentadoria dos servidores”. Tal redação permite manter a ideia clara que somente incidirá contribuição previdenciária se os valores forem perceptíveis na aposentadoria.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016



““§ 2º O servidor titular de cargo efetivo poderá optar pela inclusão, na base de contribuição, de parcelas remuneratórias de que tratam os incisos VI e VII do § 1º deste artigo.”

COMENTÁRIO

A proposta é inconstitucional, uma vez que todo tributo decorre de relação compulsória e não se pode criar relação tributária FACULTATIVA. A previsão viola o art. 3º do Código Tributário Nacional - CTN.

A coercitividade, firmada no art. 3º do CTN, deve ser entendida como corolário do caráter heterônomo do tributo. Prestação que lembra obrigação, que em nosso caso é obrigação de dar coisa fungível (dinheiro). Para entender a compulsoriedade, há de se distingui-la da obrigatoriedade. O aluguel é obrigatório; contudo, não é compulsório. O vínculo jurídico pode ser compulsório ou facultativo. O contratual é facultativo. Tributo é compulsório, decorrendo da lei, enquanto o preço público é facultativo, pois pressupõe voluntariedade, relação contratual. Ou seja, o tributo não é imposto dentro de uma relação autonômica, mas por imperativo legal. Portanto, a coerção que dele decorre não resulta de manifestação de vontade, mas de um comando legal.

Nessa ótica, não existe hipótese de adesão FACULTATIVA a uma relação tributária. Repisa-se, a previsão é inconstitucional por violar o art. 3º do CTN.

Segue o Projeto de Lei:



PROJETO DE LEI 621/2016

“§ 1º Nos casos de acumulação remunerada de aposentadorias e/ou pensões, considerar-se-á, para fins de cálculo da contribuição de que trata o “caput” deste artigo, o somatório dos valores percebidos.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, o limite estabelecido para os benefícios do RGPS será deduzido m única vez da base de cálculo da contribuição prevista no “caput”.”

COMENTÁRIO

É inconstitucional a exclusão apenas uma vez do limite do RPPS. Ora, se duas aposentadorias são acumuláveis, o valor do RPPS deve ser excluído nas duas hipóteses, sob pena de inconstitucionalidade por inclusão dúplice do valor.

Isso determina uma hipótese de violação à solidariedade com a criação de um regime híbrido de previdência e o STF tem posição quanto ao tema:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PREVIDENCIÁRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. CARTORÁRIO EXTRAJUDICIAL. ADI 4.641. LEI COMPLEMENTAR 412/2008 DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

1. Na ADI 4.641, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o STF

declarou a inconstitucionalidade do art. 95 da LC estadual 412/2008 no que incluía no RPPS cartorários extrajudiciais admitidos antes da vigência da lei federal 8.935/94. Contudo, modulou os efeitos da decisão, de modo a manter na condição de segurados os cartorários extrajudiciais que já estivessem recebendo benefícios previdenciários ou em condições de obtê-los, a título de prestigiar o interesse social e a segurança jurídica.

2. A pretensão deduzida em juízo consiste em permanecer no RPPS, sem sujeitar-se ao art. 95, §1º, da LC 412/2008 catarinense, isto é, o recolhimento da contribuição previdenciária patronal, à luz do princípio da solidariedade.

3. Não ostenta plausibilidade jurídica o pleito de manter-se em regime próprio dos servidores públicos, tão somente em razão de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da lei, porém almejar desincumbir-se dos deveres tributários que lhe são impostos, dado que a legislação teria sido declarada inconstitucional pelo STF em ação de índole objetiva. O acolhimento da demanda consistiria em um regime previdenciário híbrido logicamente incompatível com o Texto Constitucional.

4. O Tribunal de origem resolveu a controvérsia

com espeque na legislação infraconstitucional de índole local e no acervo fático-probatório carreado aos autos, sem desbordar das balizas jurisprudenciais do STF. Súmula 280 do STF. Precedente: RE-AgR 1039003, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 14.08.2017.

5. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, §4º, do CPC. (RE 1038842 AgR/SC - SANTA CATARINA)”

Nessa linha, é de se considerar inconstitucional também essa limitação prevista no projeto de lei.

Segue a proposta:

PROJETO DE LEI 621/2016

“Art. 9º A contribuição dos Órgãos e Entidades do Município, para o custeio do RPPS de que trata o artigo 40 da Constituição Federal, será no mínimo igual à contribuição do servidor ativo, observados os termos desta lei, devendo o produto da arrecadação ser contabilizado em conta específica.”

COMENTÁRIO

É inquestionável que o Município não pode se furtar a manter a sua contribuição no mesmo percentual da contribuição da União. Isso



decorre do dever de simetria e até mesmo da previsão do §1º do art. 149 da CF/88, quando impõe que a contribuição do servidor será no mínimo igual. Sendo assim, pelo mesmo motivo, a contribuição do Município será no mínimo igual ao da União. Logo, a proposta é inconstitucional. A União contribui com 22% (vinte e dois por cento) e o Município deve fazer o mesmo. Não se trata de regra de empresa pública, mas, sim, do RPPS.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

“§ 1º Os Órgãos e Entidades do Município são responsáveis pela cobertura de eventuais Insuficiências Financeiras do RPPS e dos fundos administrados pelo IPREM.”

COMENTÁRIO

O Projeto de Lei deve esclarecer se o Município, ou seja, o Tesouro Municipal será responsável pela insuficiência financeira do Fundo de Previdência Complementar. Note-se que isso não está claro. Dessa forma, se este artigo vier a ser publicado da forma como está, poderá ser objeto de contraste de constitucionalidade para que o Poder Judiciário esclareça se o Tesouro também é responsável pelas insuficiências do Fundo de Previdência Complementar, que pelo próprio projeto é o IPREM.

Segue o Projeto:

PROJETO DE LEI 621/2016

“Seção II

Da Segmentação de Massa

Art. 10. O RPPS passa a ser segmentado em Plano Financeiro e Plano Previdenciário, administrados pelo IPREM nos termos desta lei.

§ 1º Os planos previstos no “caput” deste artigo serão instituídos e mantidos conforme normas gerais de contabilidade e de atuária.

§ 2º A avaliação atuarial para a instituição, manutenção e revisão dos Planos previstos no “caput” deste artigo adotará o regime financeiro adequado à estruturação de cada Plano de Benefícios e de Plano de Custeio.”

COMENTÁRIO

Conforme já apontado, é inconstitucional por violação ao art. 249 da CF/88 a existência de dois fundos. Cabe repisar.

É de se apontar o comando do art. 249 da CF. Vejamos:

“Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de



qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos.”

No nosso sentir, houve violação ao art. 249 da CF que permite a criação de fundo em complementação aos recursos orçamentários, mas não da forma proposta que cria mais de um fundo, ou seja, cria no Município dois fundos, conforme se verá.

Tal posição é corroborada pela comparação do art. 249 da CF como art. 250 da mesma norma.

“Art. 250. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social, em adição aos recursos de sua arrecadação, a União poderá constituir fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desse fundo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”

Ora, se no caso do RPGS, algo muito maior e de complexidade muito mais avançada, é permitida a criação de FUNDO, ou seja, um fundo único e integrado, com mais razão ainda é de se ter claro que a Constituição autorizou que no RPPS os municípios, estados e a União criem apenas um FUNDO. Por óbvio que o artigo 249 da CF a expressão “fundos” está no plural se referindo a União, Estados e Municípios que podem criar “fundos”, mas cada qual criará um e apenas um, conforme aponta a interpretação com o art. 250 da CF.

Outrossim, para a análise da constitucionalidade dessa parte do projeto de lei é relevante a comparação por meio de quadro resumo. O objetivo é apontar a inconstitucionalidade da existência de dois fundos e a inconstitucionalidade de alguns pontos mesmo se considerarmos, apenas por hipótese, a existência de dois fundos como constitucionais:

Plano e fundo financeiro	Plano de fundo previdenciário	Análise crítica da constitucionalidade
<p>Art. 11. O Plano Financeiro será um sistema estruturado pelas contribuições a serem pagas pelos Segurados e pelos Órgãos e Entidades, e de outras receitas que lhe forem atribuídas por lei, conforme Plano de Custeio específico calculado atuarialmente.</p> <p>§ 1º O regime do Plano previsto no “caput” deste artigo será o Regime Financeiro de Reparação Simples.</p>	<p>Art. 14. O Plano Previdenciário será um sistema estruturado pelas contribuições a serem pagas pelos segurados e pelos Órgãos e Entidades do Município, conforme Plano de Custeio específico calculado atuarialmente.</p> <p>§ 1º O regime do plano previsto no “caput” deste artigo será o Regime Financeiro de Acumulação de Reservas, admitindo Regime de Capitais de</p>	<p>É inconstitucional a criação de um fundo vinculado ao RPPS que tenha o modelo de capitalização. Dessa forma, os planos não podem ter modelos diferentes. Isso é lógico e decorre da própria essência da diferença entre os regimes de capitalização com contas individuais e o regime de repartição simples com pacto de gerações. Com isso, não se pode adotar um plano de capitalização com contas individuais de forma conjunta com um</p>

	Cobertura.	plano por repartição simples. Logo, o projeto é inconstitucional.
<p>Ficarão vinculados ao Plano de que trata o “caput” os seguintes Segurados:</p> <p>I –servidores ativos que tenham ingressado no serviço público até a data anterior ao início da vigência desta lei;</p> <p>II – aposentados e pensionistas decorrentes dos Segurados de que trata o inciso I, que tenham o Benefício Previdenciário concedido após a</p>	<p>§ 2º Ficarão vinculados ao Plano de que trata o “caput”, na condição de segurados:</p> <p>I – os servidores que venham a ingressar no serviço público após o início da vigência desta lei;</p> <p>II – aposentados e pensionistas decorrentes dos Segurados de que trata o inciso I.</p>	<p>É inconstitucional a segregação de servidores para fins de previdência social e adesão aos planos sem a simetria federal. Explica-se. O plano constitucional impõe que servidores a partir da EC 41/03 não terão paridade. Com isso, os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 41/03 estão vinculados a um regime de repartição simples ou terão que ver aportado em suas contas individuais. O mais grave é que todos os servidores</p>



<p>vigência desta lei;</p> <p>III – aposentados e pensionistas cujos Benefícios Previdenciários tenham sido concedidos até a data anterior ao início da vigência desta lei.</p>		<p>– antes de depois da lei – quanto ao teto máximo do RGPS estão vinculados ao sistema de repartição simples. Não há dúvida que todos os servidores estão vinculados ao regime de repartição simples até o teto máximo do INSS. O regime de adesão à previdência complementar é uma opção. Logo, a criação de um fundo por capitalização e adesão cogente é inconstitucional se não forem criadas contas individuais com o aporte das contribuições feitas. Isso enseja o fim da paridade e integralidade por via oblíqua.</p>
<p>Art. 12. Fica criado o Fundo Financeiro – FINAN, com a</p>	<p>Art. 15. Fica criado o Fundo Previdenciário – FUNPREV, com a</p>	<p>A criação dos fundos em duplicidade é inconstitucional e não se</p>



<p>finalidade de administrar e prover recursos para o pagamento dos Benefícios Previdenciários, destinados aos segurados vinculados ao Plano Financeiro.</p>	<p>finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios previdenciários aos segurados, no âmbito do Plano Previdenciário.</p>	<p>pode esquecer que os valores até o valor do RGPS, em qualquer caso, são de dever do município.</p>
<p>Art. 13. O FINAN é composto por:</p> <p>I – contribuições previdenciárias dos segurados ativos e inativos e dos pensionistas;</p> <p>II – contribuições dos Órgãos e Entidades do Município;</p> <p>III – recursos advindos da amortização de financiamentos</p>	<p>Art. 16. O FUNPREV é composto por:</p> <p>I – contribuições previdenciárias dos segurados ativos e inativos e dos pensionistas;</p> <p>II – contribuições pelos Órgãos e Entidades do Município;</p> <p>III – valores recebidos a título de compensação</p>	<p>No que se refere às contribuições podem ser aplicadas no fundo existe um pressuposto que foi esquecido. Um fundo para aplicação pressupõe superávit. Se existe o alegado déficit, as contribuições não podem ir para um fundo apenas para seguirem um caminho e depois retornarem ao pagamento dos servidores. Em verdade, a regra é inconstitucional por</p>



<p>imobiliários realizados pelo IPREM;</p> <p>IV – valores recebidos a título de compensação financeira, em razão do disposto no § 9º do artigo 201 da Constituição Federal;</p> <p>V – receitas decorrentes de aplicação financeiras e receitas patrimoniais;</p> <p>VI – recursos para cobertura de eventuais Insuficiências Financeiras e para cobertura do Custo Actuarial de Transição;</p> <p>VII – doações, subvenções, legados e rendas extraordinárias ou eventuais;</p> <p>VIII – bens e direitos</p>	<p>financeira, em razão do disposto no § 9º do artigo 21 da Constituição Federal;</p> <p>IV – ativos imobiliários e seus rendimentos;</p> <p>V – recebíveis, valores mobiliários, participações acionárias, direitos de crédito e outros direitos a ele transferidos a qualquer título, tais como concessões e direitos de uso de solo;</p> <p>VI – rendimentos dos bens e direitos a ele transferidos, tais como os obtidos com aplicação financeiras ou como recebimento de contrapartida pelo uso de seus bens;</p>	<p>permitir que abra a margem para se aplicar contribuições em fundo com baixa rentabilidade e se valer de empréstimos com garantia dos fundos e pagamento de juros. Por tudo isso, é inconstitucional a proposta.</p>
---	--	--



<p>de qualquer natureza, aportados pelos Órgãos e Entidades municipais nos termos do artigo 249 da Constituição Federal;</p> <p>IX – outros recursos consignados no orçamento municipal, inclusive os decorrentes de créditos suplementares.</p>	<p>VII – produto da alienação de seus bens e direitos;</p> <p>VIII – bens e direitos de qualquer natureza, aportados pelos Órgãos e Entidades do Município nos termos do artigo 249 da Constituição Federal;</p> <p>IX – doações, subvenções, legados e rendas extraordinárias ou eventuais;</p> <p>X – recursos para cobertura de eventuais insuficiências financeiras;</p> <p>XI – outros recursos consignados no orçamento municipal, inclusive os decorrentes de créditos</p>	
--	---	--



	suplementares;	
--	----------------	--

Colocadas de forma sistemática as razões da inconstitucionalidade, é de ser reforçado o argumento que não é possível a convivência de um fundo com regime de capitalização dentro do RPPS a não ser que haja o aporte em contas individuais. A ideia de criar dois fundos pode parecer inocente, mas não existe base jurídica para permitir tal ousadia previdenciária.

Segue o projeto:

PROJETO DE LEI 621/2016

Art. 15. Fica criado o Fundo Previdenciário – FUNPREV, com a finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios previdenciários aos segurados, no âmbito do Plano Previdenciário.

§ 1º O FUNPREV poderá absorver obrigações do FINAN por transferência de segurados do Plano Financeiro para o Plano Previdenciário, como contrapartida ao aporte de bens, direitos e ativos pelos Órgãos e Entidades do Município ou em virtude da apuração de superávit atuarial na data da transferência.

§ 2º A transferência de segurados a que se refere o § 1º será decidida pelo conselho Deliberativo do IPREM mediante estudo atuarial prévia avaliação dos bens e direitos transferidos quanto ao valor e sua liquidez.



Art. 17. Fica autorizado o aporte no FINAN e no FUNPREV de bens, direitos e ativos de que sejam titulares os Órgãos e Entidades vinculados ao RPPS nos termos do artigo 249 da Constituição Federal, observados os critérios e preceitos constantes no artigo 6º da Lei Federal nº 9.717/1998.

COMENTÁRIO

Em verdade, o plano financeiro deve guardar a linha de atuação com a opção para o fundo complementar e os recursos para aposentados são diretamente ligados ao custeio por meio do tesouro.

É inconstitucional o FUNPREV assumir obrigações do FINAN com a contrapartida de bens. Isso retira a liquidez do FUNPREV e pode afetar o seu funcionamento.

O FUNPREV pode e deve receber os valores que o município deve aportar, mas não em função de contrapartida. O FUNPREV é sempre credor do município. Nessa linha, não faz sentido se permitir a transferência de servidores por meio de ato sem o controle legislativo que estão vinculados, ou seja, a um regime de repartição simples, sem aportar os valores em dinheiro, abrindo possibilidade de obtenção de empréstimos para custear déficit. Nesse caso, o aporte deve ser em dinheiro.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

Art. 18. Toda proposição legislativa que crie ou

amplie despesas de pessoal ativo, aposentados ou pensionistas deverá estar acompanhada do cálculo de seus impactos no RPPS nos próximos setenta e cinco anos e apresentar compatibilidade e adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

COMENTÁRIO

O prazo de 75 anos é inconstitucional. Não existe na Lei de Responsabilidade Fiscal a referida previsão. Com isso, não é permitido ao município violar as regras gerais das finanças públicas e criar impedimento para que o Legislativo discuta a criação e aumento de despesas por via oblíqua. O mais interessante é que teremos uma figura de retórica que apenas o Poder Executivo poderá justificar os cálculos no prazo que ele quer fixar por lei.

Vejamos a regra federal:

“Art. 6º Fica facultada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a constituição de fundos integrados de bens, direitos e ativos, com finalidade previdenciária, desde que observados os critérios de que trata o artigo 1º e, adicionalmente, os seguintes preceitos:

II - existência de conta do fundo distinta da conta do Tesouro da unidade federativa;

IV - aplicação de recursos, conforme estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional;



V - vedação da utilização de recursos do fundo de bens, direitos e ativos para empréstimos de qualquer natureza, inclusive à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a entidades da administração indireta e aos respectivos segurados;

VI - vedação à aplicação de recursos em títulos públicos, com exceção de títulos do Governo Federal;

VII - avaliação de bens, direitos e ativos de qualquer natureza integrados ao fundo, em conformidade com a Lei 4.320, de 17 de março de 1964 e alterações subsequentes;

VIII - estabelecimento de limites para a taxa de administração, conforme parâmetros gerais;

IX - constituição e extinção do fundo mediante lei.

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

I - realização de avaliação atuarial inicial e em cada balanço utilizando-se parâmetros gerais, para a organização e revisão do plano de custeio e benefícios; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)

II - financiamento mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios e das contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo e dos pensionistas, para os seus respectivos regimes;

III - as contribuições e os recursos vinculados ao Fundo Previdenciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e as contribuições do pessoal civil e militar, ativo, inativo, e dos pensionistas, somente poderão ser utilizadas para pagamento de benefícios previdenciários dos respectivos regimes, ressalvadas as despesas administrativas estabelecidas no art. 6º, inciso VIII, desta Lei, observado os limites de gastos estabelecidos em parâmetros gerais; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)

IV - cobertura de um número mínimo de segurados, de modo que os regimes possam garantir diretamente a totalidade dos riscos cobertos no plano de benefícios, preservando o equilíbrio atuarial sem necessidade de resseguro, conforme parâmetros gerais;

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

VI - pleno acesso dos segurados às informações relativas à gestão do regime e participação de representantes dos servidores públicos e dos militares, ativos e inativos, nos colegiados e instâncias de decisão em que os seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação;



VII - registro contábil individualizado das contribuições de cada servidor e dos entes estatais, conforme diretrizes gerais;

VIII - identificação e consolidação em demonstrativos financeiros e orçamentários de todas as despesas fixas e variáveis com pessoal inativo civil, militar e pensionistas, bem como dos encargos incidentes sobre os proventos e pensões pagos;

IX - sujeição às inspeções e auditorias de natureza atuarial, contábil, financeira, orçamentária e patrimonial dos órgãos de controle interno e externo.

X - vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de percepção destes, de parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, de função de confiança ou de cargo em comissão, exceto quando tais parcelas integrem a remuneração de contribuição do servidor que se aposentar com fundamento no art. 40 da Constituição Federal, respeitado, em qualquer hipótese, o limite previsto no § 2º do citado artigo; (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004)

XI - vedação de inclusão nos benefícios, para efeito de percepção destes, do abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. (Redação dada pela Lei nº 10.887, de 2004)

Parágrafo único. Aplicam-se, adicionalmente, aos regimes próprios de previdência social dos entes da Federação os



incisos II, IV a IX do art. 6º. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)”

As bases da lei serão importantes para análise.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

Art. 20. Os recursos financeiros do FINAN e do FUNPREV serão aplicados, diretamente ou por intermédio de instituições especializadas, observadas as diretrizes dadas pelo Conselho Deliberativo do IPREM e as normas emanadas do Conselho Monetário Nacional.

COMENTÁRIO

Viola de forma frontal o artigo da norma geral que prevê que apenas o conselho monetário fixa regras. Vejamos:

“IV - aplicação de recursos, conforme estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional;”

É de se apontar que o projeto de lei é inconstitucional por incluir a figura do IPREM, um elemento adicional, na definição nas regras de aplicação. Esse ponto é inegociável em termos de constitucionalidade e segurança na aplicação. Não se pode admitir que o IPREM crie regras de aplicação de recursos. O IPREM segue as regras do CMN.

Logo, o artigo é inconstitucional.



Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

“Art. 22. O IPREM receberá, mensalmente, dos Órgãos e Entidades vinculados ao RPPS Taxa de Administração para custeio das despesas administrativas daquele regime.

§ 1º A Taxa de Administração a que se refere o “caput” será definida anualmente, por ato do Chefe do Poder Executivo Municipal, respeitados os limites estabelecidos na legislação federal.

§ 2º A Taxa de Administração será rateada entre os Órgãos e Entidades vinculados ao RPPS, proporcionalmente ao total das remunerações dos servidores ativos, proventos dos inativos e pensões.”

COMENTÁRIO

Tal normativo é inconstitucional por violar simetria federal. A taxa não segue regras gerais e não pode ser fixada pelo Chefe do Executivo. Basta ler a lei que determina que o estabelecimento de limites para a taxa de administração, conforme parâmetros gerais. Não há autorização para que o IPREM estabeleça regras sobre taxas de administração.

Logo, o projeto é inconstitucional.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

“Art. 23. O Poder Executivo do Município de São Paulo destinará patrimônio imobiliário e demais bens e direitos ao FUNPREV, até o montante total que corresponda ao passivo atuarial do Plano Financeiro.

§ 1º A transferência de bens e direitos ao FUNPREV, nos termos deste artigo, far-se-á em caráter incondicional após a respectiva formalização, vedada ao Município qualquer reivindicação ou reversão posterior do ato de cessão.

§ 2º Após a efetiva transferência e contabilização dos bens e direitos no patrimônio do FUNPREV, o IPREM poderá transpor Segurados do Plano Financeiro para o Plano Previdenciário até o valor correspondente às respectivas reservas matemáticas necessárias à cobertura dos benefícios associados a estes Segurados, garantindo-se Índice de Cobertura no mínimo de 1,02 (um inteiro e dois centésimos).”

COMENTÁRIO

DA INTERPRETAÇÃO DO ART. 44 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E A INCONSTITUCIONALIDADE DE DESTINAÇÃO DE BENS PARA FUNDO DE PREVIDÊNCIA COMO FORMA DE OBTENÇÃO DE EMPRÉSTIMOS GERANDO A REDUÇÃO DAS DESPESAS E ENCARGOS ATUAIS DO GOVERNO E GERAÇÃO DE DÍVIDAS PARA OS PRÓXIMOS EXERCÍCIOS



O presente projeto de lei tem uma hipótese sutil que determinará que o Município de São Paulo criará encargos por meio de obtenção de empréstimos e recursos em fundos previdenciários, gerando dívidas para os futuros exercícios, no caso, até 2092.

De fato, a interpretação do art. 44 da Lei de Responsabilidade Fiscal não pode coadunar com essa hipótese.

Para essa conclusão é importante lembrar que operação de crédito é: “compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.”

Nesse sentido, o uso de derivativos financeiros, tais como a securitização da dívida e ofertamento de bens para fundo, se equipara à operação de crédito.

Sem se olvidar da própria literalidade da LRF, que admite bens para o RPPS e não para fundos. A interpretação literal é clara e determinante nesses casos. Leiamos:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:

a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as

contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição;

Art. 30. No prazo de noventa dias após a publicação desta Lei Complementar, o Presidente da República submeterá ao:

I - Senado Federal: proposta de limites globais para o montante da dívida consolidada da União, Estados e Municípios, cumprindo o que estabelece o inciso VI do art. 52 da Constituição, bem como de limites e condições relativos aos incisos VII, VIII e IX do mesmo artigo;

II - Congresso Nacional: projeto de lei que estabeleça limites para o montante da dívida mobiliária federal a que se refere o inciso XIV do art. 48 da Constituição, acompanhado da demonstração de sua adequação aos limites fixados para a dívida consolidada da União, atendido o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 1º As propostas referidas nos incisos I e II do *caput* e suas alterações conterão:

I - demonstração de que os limites e condições guardam coerência com as normas estabelecidas nesta Lei Complementar e com os objetivos da política fiscal;

II - estimativas do impacto da aplicação dos limites a cada uma das três esferas de governo;

III - razões de eventual proposição de limites diferenciados por esfera de governo;

IV - metodologia de apuração dos resultados primário e nominal.

§ 2º As propostas mencionadas nos incisos I e II do *caput* também poderão ser apresentadas em termos de dívida líquida, evidenciando a forma e a metodologia de sua apuração.

§ 3º Os limites de que tratam os incisos I e II do *caput* serão fixados em percentual da receita corrente líquida para cada esfera de governo e aplicados igualmente a todos os entes da Federação que a integrem, constituindo, para cada um deles, limites máximos.

§ 4º Para fins de verificação do atendimento do limite, a apuração do montante da dívida consolidada será efetuada ao final de cada quadrimestre.

§ 5º No prazo previsto no art. 5º, o Presidente da República enviará ao Senado Federal ou ao Congresso Nacional, conforme o caso, proposta de manutenção ou alteração dos limites e condições previstos nos incisos I e II do *caput*.

§ 6º Sempre que alterados os fundamentos das propostas de que trata este artigo, em razão de instabilidade econômica ou alterações nas políticas monetária ou cambial, o Presidente da República poderá encaminhar ao Senado Federal ou ao Congresso Nacional solicitação de revisão dos limites.

§ 7º Os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites.



Art. 43. As disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3º do art. 164 da Constituição.

§ 1º As disponibilidades de caixa dos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos, ainda que vinculadas a fundos específicos a que se referem os arts. 249 e 250 da Constituição, ficarão depositadas em conta separada das demais disponibilidades de cada ente e aplicadas nas condições de mercado, com observância dos limites e condições de proteção e prudência financeira.

Art. 44. É vedada a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos

Art. 68. Na forma do art. 250 da Constituição, é criado o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, com a finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios do regime geral da previdência social.

§ 1º O Fundo será constituído de:

I - bens móveis e imóveis, valores e rendas do Instituto Nacional do Seguro Social não utilizados na operacionalização deste;



II - bens e direitos que, a qualquer título, lhe sejam adjudicados ou que lhe vierem a ser vinculados por força de lei;

III - receita das contribuições sociais para a seguridade social, previstas na alínea *a* do inciso I e no inciso II do art. 195 da Constituição;

IV - produto da liquidação de bens e ativos de pessoa física ou jurídica em débito com a Previdência Social;

V - resultado da aplicação financeira de seus ativos;

VI - recursos provenientes do orçamento da União.

§ 2º O Fundo será gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, na forma da lei.

Art. 69. O ente da Federação que mantiver ou vier a instituir regime próprio de previdência social para seus servidores conferir-lhe-á caráter contributivo e o organizará com base em normas de contabilidade e atuária que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial.

A ideia da interpretação que veda a criação de despesas para outras gerações se impõe ao fato de não se poder ofertar os bens em garantia para a obtenção de empréstimos.

Nesse sentido, a concessão de garantia é compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada. Com isso, a operação proposta na lei nada mais é do que um empréstimo com ofertamento de garantia com bens sem autorização na LRF.



Nesse viés, teremos a criação de dívidas consolidadas e mobiliária e as operações de crédito, inclusive aquelas por antecipação de Receita Orçamentária (ARO), estão sujeitas a limites, que serão verificados a cada quadrimestre.

A imposição até 2092 é uma burla de forma inconstitucional e ilegal da LRF.

Esses limites e condições para a contratação de Operações de Crédito são fixadas pelo Senado Federal. Nesse ponto, o projeto também é inconstitucional, conforme prevê o art. 30, da LRF.

Destaca-se que:

- 1) as operações de crédito realizadas em um exercício não poderão exceder ao montante das despesas de capital fixadas na Lei Orçamentária Anual, ressalvadas aquelas que forem autorizadas pelo Legislativo, por maioria absoluta de seus membros;
- 2) as operações de crédito dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações devem observar de forma simultânea os seguintes limites:
 - 2.1) o montante das operações realizadas em um exercício não poderá ser superior a 18% da receita líquida real anual;
 - 2.2) o dispêndio anual com o serviço da dívida não poderá exceder a 13% da receita líquida real e;
 - 2.3) os Estados e Municípios que se encontram acima dos limites de endividamento têm prazo até o ano de 2008 para nivelar o saldo devedor da dívida ao valor da



Receita Líquida Real- RLR, ou seja uma relação de um para um.

3) o saldo das garantias concedidas não poderá exceder a 25% da receita líquida real e o saldo devedor das AROs não poderá exceder a 8% dessa receita.

Entende-se como Receita Líquida Real a receita realizada nos 12 (doze) meses anteriores ao mês em que se estiver apurando, sendo excluídas as receitas provenientes de operações de crédito, de anulação de restos a pagar, de alienação de bens, de transferências vinculadas e transferências voluntárias ou doações recebidas com o fim específico de atender despesas de capital.

O superávit financeiro das autarquias e fundações, excluídas as de caráter previdenciário, será considerado receita.

Logo, houve violação à LRF pela tentativa de se superar as regras de limite ao endividamento pela criação de lei que pode na prática burlar a LRF.

O uso de técnicas de transposição e bens para justificar contabilmente a falta de recursos é inconstitucional. O repasse deve ser feito em dinheiro para as contas individuais. Se o Município insistir em criar um fundo com capitalização, os servidores têm o direito de ver as suas contribuições, além das do município, aportadas no fundo para fins de investimento e pagamento futuro dos benefícios. Se isso não for feito, a proposta é inconstitucional.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016



“§3º Após a aprovação da transferência a que se refere o § 2º, pelo Conselho Deliberativo do IPREM e até a sua devida formalização pelos órgãos competentes, fica o IPREM autorizado a utilizar os recursos financeiros equivalentes às reservas matemáticas decorrentes da transferência dos bens e direitos mencionados no “caput” deste artigo para o custeio de benefícios do Plano Financeiro.

§ 4º Na hipótese de não aprovação ou aprovação parcial da transferência mencionada no § 2º pelos órgãos competentes, os recursos financeiros eventualmente utilizados com base no § 3º serão devolvidos ao FUNPREV na forma do regulamento.”

COMENTÁRIO

A proposta é inconstitucional por permitir a utilização de valores sem simetria constitucional prevista na Lei Geral. A Lei nº 9.717/98 prevê que a avaliação de bens, direitos e ativos de qualquer natureza integrados ao fundo, em conformidade com a Lei 4.320, de 17 de março de 1964 e alterações subsequentes.

Com isso, deve haver uma avaliação dos bens antes de qualquer detalhe e não se pode utilizar os valores e depois simplesmente devolvê-los. Isso viola a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Segue o Projeto de Lei:



PROJETO DE LEI 621/2016

“§ 5º A destinação de bens e direitos de que trata o “caput” será realizada por meio de decreto.”

COMENTÁRIO

Tal normativo é inconstitucional em razão de que a afetação de bens somente poderá ocorrer em lei específica.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

“§ 5º A destinação de bens e direitos de que trata o “caput” será realizada por meio de decreto.”

COMENTÁRIO

A alíquota progressiva é inconstitucional. Vejamos:

CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL -
SERVIDORES EM ATIVIDADE - ESTRUTURA
PROGRESSIVA DAS ALÍQUOTAS: A
PROGRESSIVIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA
SUPÕE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO
CONSTITUCIONAL. RELEVO JURÍDICO DA
TESE.

- Relevo jurídico da tese segundo a qual o legislador comum, fora das hipóteses taxativamente indicadas no



texto da Carta Política, não pode valer-se da progressividade na definição das alíquotas pertinentes à contribuição de seguridade social devida por servidores públicos em atividade. Tratando-se de matéria sujeita a estrita previsão constitucional - CF, art. 153, § 2º, I; art. 153, § 4º; art. 156, § 1º; art. 182, § 4º, II; art. 195, § 9º (contribuição social devida pelo empregador) - inexistente espaço de liberdade decisória para o Congresso Nacional, em tema de progressividade tributária, instituir alíquotas progressivas em situações não autorizadas pelo texto da Constituição. Inaplicabilidade, aos servidores estatais, da norma inscrita no art. 195, § 9º, da Constituição, introduzida pela EC nº 20/98. A inovação do quadro normativo resultante da promulgação da EC nº 20/98 - que introduziu, na Carta Política, a regra consubstanciada no art. 195, § 9º (contribuição patronal) - parece tornar insuscetível de invocação o precedente firmado na ADI nº 790-DF (RTJ 147/921).

A progressão das alíquotas de 11% (onze por cento) para 14% (quatorze por cento) não é admitida no nosso regime constitucional. Muito menos alíquotas suplementares.

A progressividade de alíquotas é admitida em casos específicos e autorizados expressamente. Vejamos:

“RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI N. 12.398/98, DO ESTADO

DO PARANÁ. INSTITUIÇÃO DE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CARÁTER CONFISCATÓRIO. OFENSA AO ARTIGO 150, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE.

1. A instituição de alíquotas progressivas para a contribuição previdenciária de servidores públicos é inconstitucional, porquanto além de ofender o princípio da vedação da utilização de qualquer tributo com efeito confiscatório (artigo 150, VI, da CF), a adoção de alíquotas progressivas depende de autorização expressa da Constituição Federal. (Precedentes: ADI n. 2.010-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, Pleno, DJe de 12.04.02; RE n. 581.500-AgR, Relator o Ministro Ayres Britto, 2ª Turma, DJe de 16.05.11; RE n. 396.411-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 12.11.10; RE n. 464.582-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 19.02.10; AI n. 676.442-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 16.11.10; RE n. 365.318-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 26.06.09; RE n. 414.915-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 20.04.06; AI n. 758.718, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 19.08.11; AI n. 735.578, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 03.08.11; AI n.

766.613, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 08.06.11; AI n. 840.986, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 09.06.11, entre outros).

2. In casu, o acórdão recorrido assentou:

MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS DA ATIVA – LEI EST. Nº 12.398/1998 – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIO – ALÍQUOTA PROGRESSIVA – CARÁTER CONFISCATÓRIO – ILEGALIDADE CONFIGURADA – ORDEM CONCEDIDA.

As contribuições previdenciárias, de caráter retributivo e proporcional, não podem sofrer tributação progressiva, uma vez que não há progressividade na contraprestação oferecida pela Seguridade Social. A progressividade de alíquota implica no desvirtuamento da natureza da contribuição social, passando-se a ter verdadeiro caráter confiscatório, vedado pelo art. 150, inc. IV, da Constituição Federal.

3. Recursos extraordinários a que se nega seguimento.”

O Supremo Tribunal Federal, em casos análogos ao presente, fixou jurisprudência no sentido de que é inconstitucional a instituição de alíquotas progressivas para a contribuição previdenciária de servidores públicos, porquanto, além de ofender o princípio da vedação da utilização de qualquer tributo com efeito confiscatório (artigo. 150, VI, da CF), a adoção de alíquotas progressivas depende de autorização expressa da Constituição Federal. À guisa de exemplo vejamos os seguintes julgados:

“CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL - SERVIDORES EMATIVIDADE - ESTRUTURA PROGRESSIVA DAS ALÍQUOTAS: A PROGRESSIVIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA SUPÕE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL. RELEVO JURÍDICO DA TESE.

- Relevância jurídica da tese segundo a qual o legislador comum, fora das hipóteses taxativamente indicadas no texto da Carta Política, não pode valer-se da progressividade na definição das alíquotas pertinentes à contribuição de seguridade social devida por servidores públicos em atividade.

Tratando-se de matéria sujeita a estrita previsão constitucional - CF, art. 153, § 2º, I; art. 153, § 4º; art. 156, § 1º; art. 182, § 4º, II; art. 195, § 9º (contribuição social devida pelo empregador) – inexistente espaço de liberdade decisória para o Congresso Nacional, em tema de progressividade tributária, instituir alíquotas progressivas em situações não autorizadas pelo texto da Constituição. Inaplicabilidade, aos servidores estatais, da norma inscrita no art. 195, § 9º, da Constituição, introduzida pela EC nº 20/98.

A inovação do quadro normativo resultante da promulgação da EC nº 20/98 - que introduziu, na Carta Política, a regra consubstanciada no art. 195, § 9º (contribuição patronal) - parece tornar insuscetível de invocação o precedente firmado na ADI nº 790-DF (RTJ



147/921) (...).” (ADI n. 2.010-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, Pleno, DJe de 12.04.02).”

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELA DECISÃO AGRAVADA. CAUSA DE REJEIÇÃO DO RECURSO.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ESTADO DO PARANÁ. *PARANÁ PREVIDÊNCIA*. LEI 12.398/1998. PROGRESSIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. É dever da recorrente impugnar todos os fundamentos capazes, isoladamente, de manter a decisão agravada. A inobservância do dever acarreta a rejeição do recurso (art. 317, § 1º do RITJSP).

2. Para as contribuições sociais destinadas ao custeio da previdência, a adoção de alíquotas progressivas depende de autorização constitucional expressa. “Progressividade” não se limita ao escalonamento do cálculo do tributo em função do tempo, mas também abrange a exasperação da carga tributária com base na capacidade contributiva, na seletividade, na essencialidade ou na função social da propriedade.

Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (RE n. 396.411-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe de 12.11.10).”



“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL - SERVIDORES EM ATIVIDADE - ESTRUTURA PROGRESSIVA DAS ALÍQUOTAS: IMPOSSIBILIDADE - A PROGRESSIVIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA SUPÕE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL - INEXISTÊNCIA DESSA AUTORIZAÇÃO - PRECEDENTES DO TJSP - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (RE n. 464.582-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 19.02.10).”

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ALÍQUOTA PROGRESSIVA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. “ (RE n. 365.318-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe de 26.06.09).”

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SISTEMA DE ALÍQUOTA PROGRESSIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE. AGRAVO IMPROVIDO.

I – O acórdão recorrido está em harmonia com o entendimento desta Suprema Corte que, no julgamento da ADI 2.010-MC, decidiu que a instituição de alíquotas progressivas para a contribuição previdenciária dos servidores públicos ofende o princípio da vedação à utilização de qualquer tributo com efeito de confisco, nos termos do art. 150, IV, da Constituição. Precedentes.

II – Agravo regimental improvido.” (AI n. 676.442-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 16.11.10).”

“EMENTA: SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS - CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL - LEI Nº 9.783/99 - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DESSE DIPLOMA LEGISLATIVO - RELEVÂNCIA JURÍDICA DA TESE PERTINENTE À NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE SERVIDORES INATIVOS E PENSIONISTAS DA UNIÃO FEDERAL (CF, ART. 40, CAPUT, E RESPECTIVO § 12, C/C O ART. 195, II, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 20/98) - ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS - ESCALA DE PROGRESSIVIDADE DOS ADICIONAIS TEMPORÁRIOS (ART. 2º DA LEI Nº 9.783/99) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO QUE VEDA A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA (CF, ART. 150, IV) E DE

DESCARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL INERENTE À CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM PARTE. PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS PROJETOS REJEITADOS NA MESMA SESSÃO LEGISLATIVA (CF, ART. 67) - MEDIDA PROVISÓRIA REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL - POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PROJETO DE LEI, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, NO INÍCIO DO ANO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE SE DEU A REJEIÇÃO PARLAMENTAR DA MEDIDA PROVISÓRIA.

- A norma inscrita no art. 67 da Constituição - que consagra o postulado da irrepetibilidade dos projetos rejeitados na mesma sessão legislativa - não impede o Presidente da República de submeter, à apreciação do Congresso Nacional, reunido em convocação extraordinária (CF, art. 57, § 6º, II), projeto de lei versando, total ou parcialmente, a mesma matéria que constituiu objeto de medida provisória rejeitada pelo Parlamento, em sessão legislativa realizada no ano anterior.

- O Presidente da República, no entanto, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes e de transgressão à integridade da ordem democrática, não pode valer-se de medida provisória para disciplinar



matéria que já tenha sido objeto de projeto de lei anteriormente rejeitado na mesma sessão legislativa (RTJ 166/890, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI). Também pelas mesmas razões, o Chefe do Poder Executivo da União não pode reeditar medida provisória que veicule matéria constante de outra medida provisória anteriormente rejeitada pelo Congresso Nacional (RTJ 146/707-708, Rel. Min. CELSO DE MELLO). “

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ALÍQUOTA PROGRESSIVA.

1. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do Plenário deste Supremo Tribunal que, no julgamento da ADI 2.010-MC, assentou que a instituição de alíquotas progressivas para a contribuição previdenciária dos servidores públicos ofende o princípio da vedação à utilização de qualquer tributo com efeito de confisco (art. 150, IV, da Constituição). Tal entendimento estende-se aos Estados e Municípios.

2. Agravo regimental improvido.” (RE n. 414.915-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 20.04.06).”

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL DE SERVIDORES PÚBLICOS. ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS.



INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a instituição de alíquota progressiva para contribuição previdenciária de servidores públicos fere o texto da Constituição Federal. Precedentes.
2. Agravo regimental desprovido.” (RE n. 581.500-AgR, Relator o Ministro Ayres Britto, 2ª Turma, DJe de 16.05.11).”

Portanto, fica evidente que o PROJETO DE LEI n° 621/2016 é inconstitucional por instituir alíquotas progressivas suplementares.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

“Art. 26. O chefe do Poder Executivo poderá alterar a alíquota de que trata o artigo 24 mediante justificativa técnica contida em plano de amortização desde que respeitado limite máximo fixado no Anexo II, bem como a proporção entre alíquota suplementar dos Órgãos e Entidades do Município e a dos Segurados.”

COMENTÁRIO

Por se tratar da alteração da alíquota de um tributo, é de se observar o princípio da legalidade tributária lembrando que o nascedouro do comando constitucional costuma ser associado à Magna Carta, de 1215,

imposta pelos barões normandos ao Rei João Sem Terra, em cujas prescrições estava inserida a frase no *taxation without representation*.

Hoje, entretantes, sabe-se que a limitação ao poder de tributar dos soberanos irradiou-se, de forma paulatina e lenta, por toda a Europa, a partir de 1188, com as Cortes de Leão, na Espanha, repercutindo, em 1261, no direito português, como bem registra o Prof. Sacha Calmon Navarro Coelho⁸⁸:

“No Direito Português, avoengo do nosso, a primeira manifestação do princípio da legalidade dá-se com as Cortes de Coimbra de 1261, que firmaram a regra da criação dos impostos somente com o consentimento das mesmas”.

Portanto, no momento inicial, o princípio estava vinculado à ideia de consentimento. Posteriormente, entretanto, com a consolidação das Casas Parlamentares, fruto da Revolução Francesa e da difusão da Teoria da Tripartição dos Poderes do Estado, o princípio assumiu conotação diversa, passando a ser enunciado como *lex scripta*.

Já, em meados do século XX, Louis Trotabas⁸⁹ já apregoava a necessidade, ao lado da criação legal do tributo, da sua previsão orçamentária. Trata-se do reconhecimento da necessidade de *lex proevia*, hoje qualificada como princípio autônomo afeto a não surpresa do contribuinte.

⁸⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. O controle da constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na constituição de 1988: Editora Del Rey – 1999, Belo Horizonte e Forense/Rio de Janeiro;

⁸⁹ Segundo Becker citando o estudo de Trotabas o sistema de avaliação direta da base de econômica de incidência (renda ou capital) é “um processo arcaico, bárbaro e frequentemente menos seguro para a descoberta da verdade e a utilização da declaração do contribuinte sujeita à comprovação é uma fórmula primitiva, para não dizer infantil”. BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 5.ed.São Paulo: Noeses, 2010, p. 538.

Na sua acepção atual, que, entre nós, teve sua formação na Emenda Constitucional nº 18/65, o princípio da Legalidade define-se como a tutela constitucional que assegura ao contribuinte a previsão legal da instituição de tributo, de forma específica, e da sua majoração.

Quanto à criação de tributos, de acordo com o art. 97 do CTN, a lei que cria o tributo deve descrever todos os elementos estruturais da norma matriz de incidência, valde dizer, a hipótese de incidência, os sujeitos, a alíquota, a base de cálculo e o momento e o local da consumação do fato gerador do tributo. A instituição do tributo deve, pois, se reger por uma legalidade específica.

Quanto à majoração, o art. 97, § 1º, do CTN explicita que o aumento de base de cálculo que importa em tornar o tributo mais oneroso subsume-se em situações de aumento de tributo, atraindo, portanto, à semelhança da majoração da sua alíquota, a aplicação do princípio da Legalidade.

O mesmo CTN explicita que a mera atualização monetária da base de cálculo (art. 97, § 2º) e a redução dos prazos de pagamento de tributo (art. 160) não são reputadas como majoração tributária, razão por que podem ser veiculadas por quaisquer das normas que compõem o acervo da Legislação Tributária (CTN, art. 96), não requerendo lei, em sentido material (preceito geral, abstrato e impessoal) e formal (norma editada por parlamento).

A Constituição Federal, no seu art. 153, § 1º, admite que os Impostos de Importação e Exportação, o IPI e o IOF possam ser aumentados, através da majoração das respectivas alíquotas, sem prévia lei, por simples ato administrativo, dès que atendidas as condições e os limites



fixados em lei autorizativa. Para Carrazza⁹⁰, a exceção é aparente, uma vez que a imposição não prescinde de uma lei autorizativa.

As contribuições previdenciárias dos servidores públicos são tributos vinculados, sendo suas alíquotas definidas por lei, ou seja, é inconstitucional a possibilidade de alteração por ato do Prefeito.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

“Art. 27. Para fins de capitalização do RPPS, fica o Poder Executivo autorizado a ceder ao FUNPREV, 50% (cinquenta por cento) do Fluxo Livre da Dívida Ativa do Município de São Paulo que vier a ser recebido até 31 de dezembro de 2092.

Parágrafo único. A cessão referida no “caput” não compreende os valores referentes aos honorários advocatícios, devidos na forma da legislação em vigor, não afetando a sua forma de apuração.”

COMENTÁRIO

O presente normativo viola a Lei de Responsabilidade Fiscal por criar dívida e obrigação para além do mandato do Prefeito.

Não se pode criar dívida para as próximas gerações, da mesma forma que não se pode securitizar a dívida ativa para abrir margem para a obtenção de empréstimos com elevado pagamento de juros.

A PGFN (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional) apresentou parecer em que afirma que são inconstitucionais dois projetos que

⁹⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. Princípios constitucionais tributários e competência tributária. 1985. 246 f.



tramitam no Congresso Nacional e tratam da venda da dívida ativa da União⁹¹.

Cabe salientar que PGFN afirma que o repasse de créditos da dívida para a cobrança por entidades privadas, ou mesmo outras formas, como a securitização da dívida, ferem princípios como indisponibilidade do interesse público e da igualdade tributária. Seja com fulcro em normas constitucionais explícitas, seja com base naquelas de cunho implícito, a cessão de créditos inscritos em dívida ativa da União para entidades privadas revela-se eivada de patente inconstitucionalidade.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

“Art. 28. Fica o Município de São Paulo autorizado a ceder, de forma onerosa e para fins de securitização, os fluxos financeiros livres decorrentes de créditos inadimplidos inscritos ou não em dívida ativa, de natureza tributária ou não, que estejam com parcelamentos em vigor ou não, e que estejam com exigibilidade suspensa, bem como as demais receitas decorrentes de sua atuação.”

§ 1º A cessão de que trata este artigo não extingue ou altera a obrigação do devedor para com o Município de São Paulo, assim como não extingue o crédito do Município de São Paulo, nem modifica sua natureza, preservando-se todas as suas garantias e os seus privilégios legais.

⁹¹ Parecer PGFN/CAF/nº 1579/2014



§ 2º Permanecem sob a exclusiva responsabilidade dos órgãos da administração direta e indireta do Município de São Paulo todos os atos e os procedimentos relacionados à cobrança dos créditos inadimplidos de que trata esta lei, inclusive no caso de o Município se valer de apoio operacional para sua cobrança.

§ 3º Em nenhuma hipótese, a cessão de que trata este artigo pode acarretar qualquer tipo de obrigação financeira que crie para o Município de São Paulo qualquer comprometimento ou responsabilidade financeira, tampouco poderá implicar o Município de São Paulo na condição de garantidos dos ativos securitizados.

§ 4º Os recursos arrecadados por meio das securitizações de que trata o “caput” serão integralmente destinados a realização de aportes no RPPS.”

COMENTÁRIO

Coadunamos com a posição da PGFN quando analisou a constitucionalidade do Projeto de Lei Complementar de nº 181, de 2015 e Projeto de Lei de nº 3.777, de 2015, que dispõem sobre a cessão de créditos inscritos em dívida ativa da União a instituições de direito privado e dão outras providências.

O dito parecer apontou inconstitucionalidades na proposta.

Na proposta o CTN era alterado para o seguinte:



“Art. 204-A. A União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem, mediante lei, ceder créditos tributários de sua dívida ativa consolidada a pessoas jurídicas de direito privado.

§1º O crédito cedido mantém as garantias e privilégios assegurados à dívida ativa da Fazenda Pública.

§2º A cessão a que se refere o caput pode ser feita com deságio.

§3º O cedente responde perante o cessionário somente pela existência e legalidade do crédito.

§4º O cessionário poderá transigir sobre o pagamento do crédito com o sujeito passivo.

Art. 206

Parágrafo único. Excetuada a hipótese do caput deste artigo, a cessão do crédito tributário a pessoa Jurídica de direito privado prevista no art. 204-A não garante a expedição de certidão negativa.”

Com isso, fica claro que a securitização proposta esbarra em falta de permissão e previsibilidade no CTN, mas além disso existem outras inconstitucionalidades.

O parecer aponta:

“8. Por exemplo, no Parecer PGFN/CDA de nº 120/2000, concluímos pela inconstitucionalidade do Projeto de Lei do Senado nº 583/1999, que propôs a alienação de títulos extrajudiciais relativos a créditos

inscritos em dívida ativa, bem como a sua cobrança pelos respectivos cessionários.

9. No Parecer PGFN/CDA de nº 1052/2001, cravamos o entendimento de que o Projeto de Lei do Senado nº 584/1999, que propôs a delegação da atividade de cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa da União a advogados particulares, estava eivado de incontestada inconstitucionalidade.

10. Já no Parecer PGFN/CDA de nº 15/2004, concluímos pela inconstitucionalidade do Projeto de Resolução do Senado nº 57/2003, que dispunha sobre a cessão da dívida ativa dos entes municipais a instituições financeiras para a realização de sua cobrança.

11. Todavia, de todas as manifestações anteriores já exaradas por esta Coordenação-Geral a respeito do assunto, os argumentos mais veementes encontram-se dispostos no paradigmático Parecer PGFN/CDA de nº 683/2005.

12. Ao seu final, opinamos pela inconstitucionalidade específica do Projeto de Lei nº 3.417/2004, que pretendia regular a transferência de créditos do Programa de Recuperação Fiscal - REFIS - a entidade de direito privado.

13. Nada obstante, dada a robustez das razões utilizadas no Parecer PGFN/CDA de nº 683/2005 - em sentido contrário, portanto, a cessão de créditos inscritos em dívida ativa da União para entidade privada dada a sua

manifesta inconstitucionalidade -, permitimo-nos trazê-los à colação:

(...) esqueceram-se os proponentes que o crédito tributário seja da União, seja dos Estados, seja dos Municípios, estando ele inscrito em dívida ativa ou não, pois esta inscrição não lhe retira a natureza tributária, é inalienável e indisponível porque assim o quis o Poder Constituinte Originário na Constituição Federal de 1988. Tal posição está respaldada em diversos dispositivos da Carta Constitucional e, mormente, nas diversas seções do seu Capítulo I do Título VI. E mais, aquele mesmo poder jurígeno, dando amparo constitucional ao conceito legal e científico de tributo que envolve a sua cobrança mediante atividade administrativa plenamente vinculada, previu a criação de órgãos específicas no âmbito da União, dos Estados e, por simetria, dos Municípios para a realização dessa atividade nas searas administrativa e judicial.

(...)

6. Pode-se alegar como escusa do sucessivo olvido o fato de que a inalienabilidade e indisponibilidade do crédito tributário não são evidentes de per si na Carta Magna, derivam de uma necessária interpretação do conjunto normativo do sistema tributário nacional. Contudo, nem por isso tais princípios perdem a sua importância, o seu caráter limitador material das normas infraconstitucionais e deixam de saltar aos olhos dos mais atentos.

7. Com efeito, e isto é fundamental compreender, princípios constitucionais como o da igualdade, da capacidade contributiva, além da legalidade para instituição de remissões, e regras de mesma hierarquia, como as que determinam a repartição de receitas tributárias e a vinculação do produto da arrecadação de determinados tributos, são incompatíveis com qualquer ato de disposição do crédito tributário que não tenha autorização expressa na constituição, como a têm as normas de subsídio, isenção, redução da base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia, remissão (art. 150, §6º da CF/88) e a desvinculação de receitas da União - regra de caráter temporário prevista no art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - conforme veremos abaixo.

a) do princípio da igualdade

8. O princípio da igualdade está insculpido em nossa Carta Constitucional em diversos dispositivos, porém, na seara tributária, o que mais nos interessa, assume a seguinte feição:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) li - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; (...)'".

Nesse ponto, é importante citar o seguinte precedente:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE. COMPETÊNCIA PARA EXECUTAR SUAS PRÓPRIAS DECISÕES: IMPOSSIBILIDADE. NORMA PERMISSIVA CONTIDA NA CARTA ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, artigo 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. 2. ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente. 3. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas /oca/ executar suas próprias decisões (CE, artigo 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, incidente, tantum, por violação ao princípio da simetria (CF, artigo 75). Recurso extraordinário não conhecido (grifo nosso).”

Por tudo isso, a proposta é inconstitucional.



Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

“Art. 29. Fica instituído, nos termos desta lei, o Regime de Previdência Complementar – RPC a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do artigo 40 da Constituição Federal.”

Paragrafo único. O RPC, de caráter facultativo, terá vigência a partir da data de publicação da aprovação do regulamento de seu plano de benefícios pela autoridade reguladora competente.”

COMENTÁRIO

Em razão da simetria constitucional obrigatória, será incompatível com a ordem constitucional toda e qualquer norma municipal que se contradiga a LEI N° 12.618, DE 30 DE ABRIL DE 2012.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

“Art. 30. Serão abrangidos pelo RPC, na condição de participantes ativos, quanto à parcela de sua remuneração que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, os servidores dos Órgãos e Entidades do Município e conselheiros do

Tribunal de Contas do Município.

I – com início de exercício na administração pública municipal a partir da data de início da vigência do RPC;

II – com início de exercício na administração pública municipal antes da data de início da vigência do RPC e após a vigência da Ementa Constitucional nº 41/2003, que tenham optado, expressa e irrevogavelmente, por aderir ao RPC.

§ 1º Terão como teto o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, de que trata o artigo 201 da Constituição Federal, as aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo RPPS, aos servidores referidos nos incisos I e II do “caput”.

§ 2º Para os servidores dos Órgãos e Entidades do Município e conselheiros do Tribunal de Contas do Município referidos os incisos I e II do “caput”, a base de cálculo da contribuição prevista no inciso I do artigo 5º desta lei, terá como teto o limite máximo estabelecido para s benefícios do RGPS.”

COMENTÁRIO

A simetria obrigatória é a seguinte:

“Art. 1º É instituído, nos termos desta Lei, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15

e 16 do art. 40 da Constituição Federal para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União.

§ 1º Os servidores e os membros referidos no caput deste artigo que tenham ingressado no serviço público até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar poderão, mediante prévia e expressa opção, aderir ao regime de que trata este artigo, observado o disposto no art. 3º desta Lei. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.183, de 2015)

§ 2º Os servidores e os membros referidos no caput deste artigo com remuneração superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que venham a ingressar no serviço público a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata esta Lei, serão automaticamente inscritos no respectivo plano de previdência complementar desde a data de entrada em exercício. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)."

É inconstitucional a limitação de acesso aos servidores que ingressaram somente após a EC 41/03 por violação à simetria constitucionalmente exigida com o modelo federal.



Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

“Art. 31. Os servidores dos Órgãos e Entidades do Município e conselheiros do Tribunal de Contas do Município que ingressarem no serviço público a partir da data de início da vigência do RPC e cuja remuneração supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS serão automaticamente inscritos em plano de benefícios do RPC, desde o início de exercício.

§ 1º Fica assegurado aos servidores e aos conselheiros a que se refere o “caput” o direito de requerer, a qualquer tempo, o cancelamento de sua inscrição, nos termos do regulamento do plano de benefícios.

§ 2º Na hipótese de o cancelamento ser requerido no prazo de até 90 (noventa) dias da data da inscrição, fica assegurado ao participante ativo o direito à restituição das contribuições por ele vertidas, a serem pagas na forma do regulamento.

§ 3º Na hipótese do parágrafo anterior, as contribuições realizadas pelo ente público patrocinador serão restituídas à respectiva fonte pagadora no mesmo prazo e condições.

§ 4º O cancelamento da inscrição, previsto no § 1º, não constitui resgate.”



COMENTÁRIO

O modelo obrigatório é o seguinte:

“Art. 1º É instituído, nos termos desta Lei, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União.

§ 1º Os servidores e os membros referidos no caput deste artigo que tenham ingressado no serviço público até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar poderão, mediante prévia e expressa opção, aderir ao regime de que trata este artigo, observado o disposto no art. 3º desta Lei. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.183, de 2015)

§ 2º Os servidores e os membros referidos no caput deste artigo com remuneração superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que venham a ingressar no serviço público a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata esta Lei, serão automaticamente inscritos no respectivo plano de previdência complementar desde a data de entrada em exercício. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)



§ 3º Fica assegurado ao participante o direito de requerer, a qualquer tempo, o cancelamento de sua inscrição, nos termos do regulamento do plano de benefícios. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)

§ 4º Na hipótese do cancelamento ser requerido no prazo de até noventa dias da data da inscrição, fica assegurado o direito à restituição integral das contribuições vertidas, a ser paga em até sessenta dias do pedido de cancelamento, corrigidas monetariamente. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)

§ 5º O cancelamento da inscrição previsto no § 4º não constitui resgate. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015)

§ 6º A contribuição aportada pelo patrocinador será devolvida à respectiva fonte pagadora no mesmo prazo da devolução da contribuição aportada pelo participante. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015).”

Nesse viés, a previsão de ingresso compulsório é algo contraditório ao modelo facultativo, mas vamos tolerar em virtude da simetria federal. Contudo, deve estar inserida na lei municipal a previsão de restituição dos valores pagos, todos com a atualização monetária, sob pena de inconstitucionalidade.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

Art. 34. Poderão aderir ao plano de benefícios do RPC, mediante contribuições voluntárias, sem a

contrapartida contributiva do patrocinador.

I – servidores dos Órgãos e Entidades e conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo elegíveis na forma do artigo 30 e que optarem por não aderir ao RPC;

II – empregados públicos da administração pública indireta do Município de São Paulo, regidos pela Consolidação das Leis de Trabalho, independentemente da data de admissão;

III – agentes políticos do Município de São Paulo, desde que não integrem outro RPPS de qualquer ente da federação;

IV – agentes públicos ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público na administração pública municipal.

COMENTÁRIO

O modelo constitucional e a simetria federal exigem que apenas SERVIDORES EFETIVOS possam aderir ao regime de previdência complementar:

“Art. 1º É instituído, nos termos desta Lei, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas



autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União.

Art. 4º É a União autorizada a criar, observado o disposto no art. 26 e no art. 31, as seguintes entidades fechadas de previdência complementar, com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário nos termos das Leis Complementares nºs 108 e 109, de 29 de maio de 2001:

§ 1º A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud serão estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado, gozarão de autonomia administrativa, financeira e gerencial e terão sede e foro no Distrito Federal.”

É inconstitucional admitir no regime complementar empregados públicos, agentes políticos e servidores comissionados.

Segue o Projeto de Lei:

PROJETO DE LEI 621/2016

Art. 39. Fica o Poder Executivo a instituir, no âmbito da Administração Pública Municipal Indireta, entidade fechada de previdência complementar denominada Fundação de Previdência Complementar dos Servidores Públicos do Município de São Paulo – SAMPAPREV, com a finalidade de gerir e executar Plano de Benefícios.

(...)

§ 5º Alternativamente à constituição a entidade prevista neste artigo, o Município poderá valer-se de entidade fechada de previdência complementar já existente, destinada a administrar planos de previdência complementar de servidores públicos, mediante instrumento específico.

§ 6º No caso do disposto no § 5º, deverá ser criado Comitê Gestor junto à entidade fechada de previdência complementar externa, constituído paritariamente por representantes indicados pelo Chefe do Poder Executivo e por representantes eleitos pelos servidores, na forma do Estatuto, para acompanhamento e fiscalização da gestão do Plano de Benefícios complementares do Município.

COMENTÁRIO

No mesmo sentido dos comentários anteriores, a lei municipal será inconstitucional se não seguir integralmente o modelo federal.

DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.

Um ponto relevante é a omissão quanto ao dever do município de reajustar anualmente os valores dos aposentados sem paridade. Com isso, deve haver emenda ao projeto para que ele seja constitucionalmente adequado.



Quanto ao reajustamento dos benefícios, a interpretação cabível no presente dispositivo é de que todas as aposentadorias e pensões, com ou sem paridade, farão jus ao INPC e, no caso dos servidores com paridade, o eventual aumento deve abater os reajustes já concedidos pelo INPC.

Outro ponto é que a LRF impõe, além da Constituição, reajuste que mantenha o valor real dos benefícios das aposentadorias e pensões. Vejamos:

“Art. 24. Nenhum benefício ou serviço relativo à seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a indicação da fonte de custeio total, nos termos do § 5º do art. 195 da Constituição, atendidas ainda as exigências do art. 17.

§ 1º É dispensada da compensação referida no art. 17 o aumento de despesa decorrente de:

- I - concessão de benefício a quem satisfaça as condições de habilitação prevista na legislação pertinente;
- II - expansão quantitativa do atendimento e dos serviços prestados;
- III - reajustamento de valor do benefício ou serviço, a fim de preservar o seu valor real.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se a benefício ou serviço de saúde, previdência e assistência social, inclusive os destinados aos servidores públicos e militares, ativos e inativos, e aos pensionistas.”



Por tudo isso, para ser constitucional, a proposta deve estabelecer o reajuste dos benefícios previdenciários dos servidores públicos.

CONCLUSÕES

Por tudo isso, concluindo ponto a ponto, temos que:

1. É importante que haja uma fiscalização mais detalhada da forma como o próprio Estado cumpre o seu dever de contribuir para o sistema previdenciário dos servidores públicos;
2. A crise da Previdência é a crise de um modelo econômico no qual as sobras iniciais do modelo de previdência foram mal aplicadas;
3. A proposta é inconstitucional por violar as regras relativas ao direito de propriedade e impedir benefícios que foram conquistados mediante contribuição;
4. Não se pode usar meios de pressão econômica para violar direitos de minorias - servidores públicos;
5. A Previdência dos Servidores sofre processo natural de mercantilização, mas tal modelo não pode ignorar o dever de o Município contribuir para o sistema;
6. Os servidores públicos não são algozes da crise estatal e não podem ser tratados como culpados por questões econômicas a ponto de retirar direitos que lhes são garantidos na Constituição, como o direito de propriedade;
7. Aos servidores está sendo negado direito à informação para que possam decidir levar ou não os seus recursos de poupança para Previdência Privada;



8. A lógica da extinção de direito para cobrir rombos estatais não pode seguir a lógica do “custe o que custar”, sobrepujando a Constituição;
9. O servidor tem direito à aposentadoria e proteção jurídica à quebra de regimes mesmo não tendo direito adquirido a regime jurídico, uma vez que tem direito à propriedade e ao recebimento de benefício proporcional às suas contribuições;
10. A Constituição cuida também de proteger contra mudanças constitucionais que dilapidem o patrimônio das pessoas;
11. A mudança do modelo de solidariedade para o modelo de individualismo direto, com capitalização e criação de fundos próprios com risco que não são mitigados por todos, tem um custo e esse não pode recair apenas sobre os servidores públicos;
12. O pensamento tributário não pode ser esquecido no que se refere ao binômio de contribuição-benefício desde a matriz do pensamento tributário, uma vez que este protege quanto ao recebimento proporcional do pagamento;
13. O STF e o TJSP não poderão se furtar a enfrentar a independência das relações previdenciárias e sociais e seu contexto na ordem tributária na tutela previdenciária dos servidores públicos à luz dos limites orçamentários e os direitos fundamentais;
14. O STF e o TJSP devem tutelar os limites quanto à mudança das regras do jogo previdenciário sob a ótica do direito de propriedade e da noção de contributividade *versus* benefício;
15. A paridade e a integralidade podem não se sustentar matematicamente, mas o projeto não tem transparência nos números;
16. Os servidores estão alijados da implementação de políticas informativas dos seus direitos, riscos, vantagens e desvantagens da proposta;
17. A lei determina que o Município apresente as contas individuais de cada servidor, mas isso foi ignorado;



18. As regras de aposentadoria devem preservar o direito à propriedade, à eficácia dos direitos sociais e à aplicação do direito fundamental à informação e à verdade;
19. Deve ser levada em conta a natureza jurídica da Previdência dos servidores públicos como de direito social de grupo que não é atrelada aos direitos sociais de cunho de mínimo existencial;
20. É direito de cada servidor saber matematicamente quanto foi a sua contribuição e a contribuição para a União;
21. As táticas da propaganda governamental têm índole duvidosa quanto à legitimidade;
22. O servidor tem direito de saber o quanto já contribuiu e se a sua conta individual é deficitária ou não. O modelo matemático deve possibilitar que se saiba de que forma a situação individual afeta o coletivo;
23. O art. 3º do PL 621/2016, que prevê que o RPPS do Município de São Paulo fica reorganizado na forma estabelecida por esta lei, que dispõe sobre as formas de financiamento e institui medidas voltadas a seu equilíbrio financeiro atuarial, observando o previsto no artigo 40, o disposto no artigo 30, inciso I, no artigo 149, § 1º, e no “caput” do artigo 249, da Constituição Federal, é inconstitucional por estabelecer mais de um fundo, enquanto a regra constitucional prevê apenas a existência de um único fundo;
24. Os arts. 5º e 6º do PL 621/2016, que estabelece que a contribuição previdenciária dos servidores ativos vinculados ao RPPS, destinada à manutenção desse regime, será de 14% (quatorze por cento) incidentes sobre a totalidade da base de contribuição é inconstitucional por violar, dentre outros, os princípios da razoabilidade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco;
25. O §2º do 6º do PL 621/2016, que prevê que o limite estabelecido para os benefícios do RGPS será deduzido em única vez da base de cálculo da

- contribuição nos casos de acumulação remunerada de aposentadorias e/ou pensões, é inconstitucional por violar a vedação ao confisco;
26. A regra do § 2º do art. 5º do PL 621/2016, que prevê que o servidor titular de cargo efetivo poderá optar pela inclusão, na base de contribuição, de parcelas remuneratórias, é inconstitucional por violar o art. 3º do CTN que prevê que o tributo é compulsório;
27. No art. 9º do PL 621/2016, a contribuição dos Órgãos e Entidades do Município, para o custeio do RPPS de que trata o artigo 40 da Constituição Federal, será no mínimo igual à contribuição do servidor ativo, observados os termos desta lei, devendo o produto da arrecadação ser contabilizado em conta específica, é inconstitucional por não seguir a simetria federal e as previsões de segregação dos cálculos atuariais individuais da Lei nº 9.717/98 e da Lei de Responsabilidade Fiscal;
28. O §1º art. 9º do PL 621/2016, que reza que os Órgãos e Entidades do Município são responsáveis pela cobertura de eventuais Insuficiências Financeiras do RPPS e dos fundos administrados pelo IPREM é inconstitucional, uma vez que o Município deve arcar com as insuficiências também do SAMPAPREV, que é o fundo de previdência complementar;
29. O art. 10 do PL 621/2016, que prevê que o RPPS passa a ser segmentado em Plano Financeiro e Plano Previdenciário, é inconstitucional por estabelecer dois fundos com regimes diferentes em confronto com a simetria federal preconizada na Constituição;
30. Os arts. 11, 12, 14, 15 e 16 do PL 621/2016 são inconstitucionais por criarem 2 (dois) fundos, sendo que um deles é vinculado ao RPPS e tem modelo de capitalização. Dessa forma, os planos não podem ter modelos diferentes. Isso é lógico e decorre da própria essência da diferença entre os regimes de capitalização com contas individuais e o regime de repartição simples com pacto de gerações. Com isso, não se pode adotar

- um plano de capitalização com contas individuais de forma conjunta com um plano por repartição simples. Logo, o projeto é inconstitucional;
31. Seguindo na conclusão dos artigos do projeto de lei citados acima, a criação dos fundos em duplicidade também é inconstitucional. Não se pode esquecer que os valores do RGPS, em qualquer caso, são de dever do município. O regime de adesão à previdência complementar é uma opção. Logo, a criação de um fundo por capitalização e adesão cogente é inconstitucional se não forem criadas contas individuais com o aporte das contribuições feitas, ensejando o fim da paridade e integralidade por via oblíqua inconstitucional, resultado de uma segregação de servidores para fins de previdência social e adesão aos planos sem a simetria federal. Explica-se. O plano constitucional impõe que servidores, a partir da EC 41/03, não terão paridade. Com isso, os servidores que ingressaram no serviço público antes da EC 41/03 estão vinculados a um regime de repartição simples ou terão que ver aportado os valores em suas contas individuais. O mais grave é que todos os servidores – antes e depois da lei – quanto ao teto máximo do RGPS estão vinculados ao sistema de repartição simples;
32. No que se refere às contribuições poderem ser aplicadas no fundo, existe um pressuposto que foi esquecido. Um fundo para aplicação pressupõe superávit. Se existe o alegado déficit, as contribuições não podem ir para um fundo apenas para seguirem um caminho e depois retornarem ao pagamento dos servidores. Em verdade, a regra é inconstitucional por permitir que abra a margem para se aplicar contribuições em fundo com baixa rentabilidade e se valer de empréstimos com garantia dos fundos e pagamento de juros. Por tudo isso, é inconstitucional a proposta;
33. O art. 17 do PL 621/2016, que prevê que fica autorizado o aporte no FINAN e no FUNPREV de bens, direitos e ativos de que sejam titulares os Órgãos e Entidades vinculados ao RPPS nos termos do artigo 249 da

- Constituição Federal, observados os critérios e preceitos constantes no artigo 6º da Lei Federal nº 9.717/1998 é inconstitucional por violar a previsão constitucional do equilíbrio financeiro do RPPS e por criar hipótese em que o aporte não é feito em dinheiro conforme prevê a ordem federal;
34. O art. 18 do PL 621/2016, que estabelece que toda proposição legislativa que crie ou amplie despesas de pessoal ativo, aposentados ou pensionistas deverá estar acompanhada do cálculo de seus impactos no RPPS nos próximos setenta e cinco anos e apresentar compatibilidade e adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias é inconstitucional por violar a razoabilidade e a simetria da ordem federal;
35. O art. 23 do PL 621/2016, que aduz que o Poder Executivo do Município de São Paulo destinará patrimônio imobiliário e demais bens e direitos ao FUNPREV, até o montante total que corresponda ao passivo atuarial do Plano Financeiro é inconstitucional por ofertar bens sem liquidez em detrimento ao dever de aportar recursos. Ademais, é inconstitucional por abrir espaço para que instituições financeiras recebam juros da gestão atual e criem dívidas para as próximas gestões;
36. O § 2º do art. 23 do PL 621/2016, que aduz que após a efetiva transferência e contabilização dos bens e direitos no patrimônio do FUNPREV, o IPREM poderá transpor Segurados do Plano Financeiro para o Plano Previdenciário até o valor correspondente às respectivas reservas matemáticas necessárias à cobertura dos benefícios associados a estes Segurados, garantindo-se Índice de Cobertura no mínimo de 1,02 (um inteiro e dois centésimos) é inconstitucional por não haver autorização no modelo constitucional para a transposição de segurados;
37. O §3º do art. 23 do PL 621/2016, que dispõe que após a aprovação da transferência a que se refere o § 2º do mesmo artigo, pelo Conselho



- Deliberativo do IPREM e até a sua devida formalização pelos órgãos competentes, fica o IPREM autorizado a utilizar os recursos financeiros equivalentes às reservas matemáticas decorrentes da transferência dos bens e direitos mencionados no “caput” deste artigo para o custeio de benefícios do Plano Financeiro é inconstitucional por criar dívida para as próximas gestões da Prefeitura;
38. O §5º do art. 23 do PL 621/2016, que dispõe que a destinação de bens e direitos de que trata o “caput” será realizada por meio de decreto é inconstitucional por violar a regra de desafetação por meio de lei específica;
39. O art. 24 do PL 621/2016, que aduz que fica autorizada a cobrança de alíquota suplementar é inconstitucional por violar, dentre outros princípios, o princípio da progressividade, do não confisco e da capacidade contributiva;
40. O art. 26 do PL 621/2016, que dispõe que o chefe do Poder Executivo poderá alterar a alíquota de que trata o artigo 24 mediante justificativa técnica contida em plano de amortização desde que respeitado limite máximo fixado no Anexo II, bem como a proporção entre alíquota suplementar dos Órgãos e Entidades do Município e a dos Segurados viola o princípio da legalidade tributária;
41. O art. 27 do PL 621/2016, que aduz que para fins de capitalização do RPPS, fica o Poder Executivo autorizado a ceder ao FUNPREV, 50% (cinquenta por cento) do Fluxo Livre da Dívida Ativa do Município de São Paulo que vier a ser recebido até 31 de dezembro de 2092 viola a regra que impede a criação de dívida para outras gestões e a simetria constitucional obrigatória;
42. O art. 28 do PL 621/2016, que dispõe que fica o Município de São Paulo autorizado a ceder, de forma onerosa e para fins de securitização, os fluxos financeiros livres decorrentes de créditos inadimplidos inscritos ou



não em dívida ativa, de natureza tributária ou não, que estejam com parcelamentos em vigor ou não, e que estejam com exigibilidade suspensa, bem como as demais receitas decorrentes de sua atuação é inconstitucional por violar o CTN e o princípio da indisponibilidade dos bens públicos;

43. Um ponto relevante é a omissão quanto ao dever do município de reajustar anualmente os valores dos aposentados sem paridade. Com isso, deve haver emenda ao projeto para que ele seja constitucionalmente adequado. Quanto ao reajustamento dos benefícios, a interpretação cabível no presente dispositivo é de que todas as aposentadorias e pensões, com ou sem paridade, farão jus ao INPC e, no caso dos servidores com paridade, o eventual aumento deve abater os reajustes já concedidos pelo INPC. Por tudo isso, para ser constitucional a proposta deve estabelecer o reajuste dos benefícios previdenciários dos servidores públicos.

É o nosso parecer.

São Paulo, fevereiro de 2018.

Edson Carvalho Vidigal

OAB/DF 3.819

OAB/SP 263.567

Cláudio Renato do Canto Farág

OAB/DF 14.005

OAB/SP 389.410

OAB/RJ 214.341

Professor Mestre