

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Riva Sobrado de Freitas; Camila Barreto Pinto Silva; Cláudia Mansani Queda de Toledo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-582-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Constituição e Democracia I", durante o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, sobre o Tema Direito, Cidade Sustentável e diversidade Cultural, realizado nos dias 13, 14 e 15 junho de 2018, promovido em parceria com o curso de Direito da Universidade Federal da Bahia. Neste conjunto de comunicações científicas consolidam-se os resultados das relevantes pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação de mestrado e doutorado em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos advindos de pesquisas nacionais e internacionais, que levaram ao encontro científico várias controvérsias acadêmicas e desafios relativos ao direito constitucional, nos objetos de pesquisa de Teoria da Constituição e Democracia, que trazem dos mais diversos temas e que foram enriquecidos pelas exposições e debates subsequentes entre todos os pesquisadores.

O número de artigos submetidos e aprovados foi de 22 ao todo, com a presença de todos os pesquisadores e com abordagens muito inovadoras e pertinentes ao enfrentamento dos temas em relações dialéticas com a realidade diante dos desafios que se apresentam às principais teorias que circundam as propostas do Grupo de Trabalho.

Todos foram permeados de intensos debates, desde as questões relativas ao ensino do direito constitucional e ao alcance da autonomia educacional a partir dos ditames do Estado Democrático de Direito, para também abordar em diversas exposições o núcleo central das críticas à jurisdição constitucional, qual seja, os reflexos acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal, questionando também a sua função social.

A partir deste bloco inicial de discussões, igualmente inseriu-se no contexto das comunicações acadêmicas de pesquisas, as conclusões sobre direitos humanos, perpassando estudos sobre a comissão da verdade, sobre a ideia de deveres fundamentais e as funções dos partidos políticos como pilares da democracia brasileira.

Dada a pluralidade dos assuntos constitucionais em análise tratou-se ainda da doutrina sobre as formulações conceituais sobre a justiça, sobre os limites e possibilidades do

individualismo em marco teórico de John Elster e, para finalizar, com uma produção sobre colidência de direitos fundamentais e a possibilidade de solução dos conflitos pelo método da cedência recíproca.

No contexto das exposições, houve cinco comunicações previamente recomendadas para a plataforma index laws journals.

A leitura indicará a preocupação científica com os déficits democráticos na efetividade dos institutos fundamentais constitucionais que integram o objeto do grupo de trabalho, a demonstrar a contribuição acadêmica que o encontro promovido pelo CONPEDI proporcionou.

Registre-se por parte desta coordenação os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo – ITE

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas – UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA QUE PREVÊ VACÂNCIA DO CARGO PÚBLICO DE SERVIDOR EFETIVO EM VIRTUDE DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF LAW WHICH PROVIDES VACANCY OF THE PUBLIC POSITION OF AN EFFECTIVE SERVANT IN THE VIRTUE OF VOLUNTARY RETIREMENT BY THE GENERAL REGIME OF SOCIAL SECURITY.

Tais Dorea De Carvalho Santos ¹
Juliana Maria Da Costa Pinto Dias ²

Resumo

O presente artigo trata da análise constitucional de norma que prevê a vacância de cargo público quando da aposentadoria voluntária de servidor filiado ao RGPS. As normas jurídicas vigentes no ordenamento brasileiro precisam estar em conformidade com os preceitos constitucionais, a fim de garantir a harmonia do sistema. A análise da hierarquia das normas, destacando a obrigatoriedade da aplicação da constituição, é fundamental para compreensão da vedação prevista no §10º do artigo 40 da CRFB. Por isto, o estudo das regras dos regimes previdenciários não pode se dar se forma isolada.

Palavras-chave: Servidor público, Aposentadoria voluntária, Regime geral de previdência social, Vacância, Inconstitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the constitutional analysis of a standard that provides for the vacancy of public office when the voluntary retirement of a member of the RGPS. The legal norms in force in Brazilian order must be in conformity with the constitutional precepts, in order to guarantee the harmony of the system. The analysis of the hierarchy of norms, highlighting the mandatory application of the constitution, is fundamental for understanding the fence provided for in §10 of article 40 of the CFRB. For this reason, the study of the rules of social security regimes can't take place in isolation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public server, Voluntary retirement, General social security scheme, Vacancy, Unconstitutionality

¹ Doutoranda em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSal. Mestra em Direito Público pela UFBA. Especialista em educação pela FAMETTIG. Advogada.

² Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Advogada.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal é a norma matriz da qual todas as demais fontes do ordenamento jurídico devem beber, por conta disso, o estudo dos mais diversos ramos do direito, de forma constitucionalizada, deve ser proposto incessantemente, por ser campo de debates inesgotáveis.

O presente artigo é fruto de inquietações provenientes do exercício profissional de suas autoras, que buscam, sempre que possível, propor um debate à luz dos preceitos constitucionais no campo do poder judiciário, por acreditarem que o controle de constitucionalidade é um dos instrumentos mais poderosos da manutenção da ordem jurídica e legislativa.

O objetivo do presente estudo é analisar a compatibilidade das normas que preveem a vacância do cargo público, dos servidores públicos efetivos, em função de aposentadoria voluntária pelo Regime Geral de Previdência Social com a Constituição da República de 1988, usando como marco teórico a hierarquia das normas jurídicas e os fundamentos da república.

Para tanto, o critério adotado foi a interpretação do sentido da norma jurídica que prevê a incompatibilidade da acumulação de proventos, de aposentadoria do Regime Próprio de Previdência Social, com remuneração decorrente de cargo público, abordando ainda questões vinculadas ao equilíbrio atuarial deste sistema.

Inicialmente será feita uma exposição sobre a hierarquia normativa presente no ordenamento jurídico pátrio, em conjunto com uma análise do princípio da legalidade estrita, amplamente presente no âmbito da administração pública.

No segundo tópico será analisado o Regime Próprio de Previdência Social, seus beneficiários e seu custeio, a fim de entender o sentido da incompatibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria e remuneração proveniente de cargos vinculados a este sistema. Por fim, será levantada a questão da inconstitucionalidade de normas que preveem a vacância de cargo público efetivo em virtude da aposentadoria voluntária pelo RGPS.

O tema escolhido é de efetivo interesse social, pois, conforme será abordado posteriormente, dos 5.570 municípios existentes no território nacional, segundo o IBGE (2016), apenas 2.100 municípios (MPS, 2016) tinham instituído Regimes Próprios de Previdência Social até 2016, o que significa que a maioria dos municípios do Brasil tem seus servidores públicos efetivos vinculados ao Regime Geral de Previdência Social.

Em vista disso, o trabalho se valeu de pesquisa teórica, bibliográfica, com análise documental da legislação pátria vigente, apresentando ainda o posicionamento da jurisprudência quanto aos tópicos debatidos, tudo isto confrontado com o texto constitucional.

1 A HIERARQUIA NORMATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

A Constituição da República é norma base e propulsora de todo ordenamento jurídico brasileiro. Está inserida num contexto normativo onde existe hierarquia e onde as leis, independente dos entes que são criadas, devem respeitar os limites trazidos nela. Assim, não sendo compatível com a CRFB, a lei deve ser considerada inconstitucional.

Importante destacar que a Constituição é organizativa e principiológica, ou seja, ela trata das normas gerais e dos princípios basilares que compõem e orientam a sociedade, destacando Estado, que deve segui-la de maneira absoluta.

As disposições trazidas na Constituição são dotadas de força normativa e estão aptas a produção de efeitos concretos em muitos casos, ainda que não possua regramento complementar (BARROSO, 2009, p. 139). Então, muitas vezes não se faz necessário que existe uma normativa infraconstitucional para que se possa exigir a aplicação de tal previsão.

Porém, em outras circunstâncias, a regulamentação da previsão constitucional é necessária, para que esta norma seja aplicada de fato. É o caso do regime próprio de previdência social, quando a Constituição da República prevê, no art. 37 e seguintes a instituição das normas específicas para os seus servidores, incluindo normas previdenciárias.

Então, os entes deveriam criar, através de lei, o regime próprio de previdência, onde o próprio ente custearia juntamente com os seus servidores, sendo a mesma fonte pagadora das remunerações e benefícios previdenciários. Observe que a norma constitucional prevê regras de imediata aplicação e outras de aplicação condicionada. Este é um exemplo claro sobre o assunto.

De qualquer sorte, não se pode garantir o cumprimento deste direito se não quando está necessariamente relacionado à normativa constitucional. A simples existência da regra não é o suficiente para garantir a aplicação do direito, se ele for afrontoso em relação a norma principiológica que o gerou. Assim, segundo Eros Grau (2009), resultam afastadas as regras, que seriam as concretizações dos princípios, quando confrontam com direito posto (princípio explícito) e o pressuposto (princípio implícito), ou seja, o latente.

É incontestável pela existência de hierarquia entre normas, subordinando sempre as normas infraconstitucionais a Constituição da República e esta aos princípios de direitos fundamentais nos estados onde estes são base normativa (ALEXY, 2008).

O Brasil, país republicano que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, deve, portanto, obedecer esta hierarquia, tendo o ponto de partida os princípios fundamentais,

e graduando suas normas, partindo destes para a Constituição e dela para as normas infraconstitucionais.

Segundo Hans Kelsen "a garantia jurisdicional da Constituição - a jurisdição constitucional - é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais" (2007, p. 123/124). Portanto, não se pode deixar de destacar que como diretrizes para a atuação pública, os princípios servem como parâmetros de atuação e também limitações para o próprio administrador público, sendo assim uma proteção contra abusos dos governantes e legisladores.

Os princípios constitucionais refletem a expressão jurídica dos valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. Eles informam materialmente as regras do sistema, indicando as diretrizes para as leis, atos e políticas públicas.

São estes valores que devem nortear as escolhas administrativas, sendo o limite pra atuação, inclusive, dos seus legisladores. Ou seja, "os princípios constitucionais são contingentes, são conquistas, invenções ou construções do Estado constitucional moderno" (NEVES, 2013, p. 30). Portanto, a Constituição da República traz uma hierarquia entre as normas, sendo ela, a Constituição, a base normativa.

A observação dos princípios está intimamente ligada à perspectiva de legitimidade e legalidade (ÁVILA, 2006), fatores estes que são imprescindíveis para determinar a constitucionalidade ou não da norma. Então, não basta que a norma seja feita pela pessoa competente se não está compatível com a CRFB, uma vez que os dois elementos devem coexistir.

O princípio da legalidade, expressamente previsto na Constituição da República quando em seu capítulo que trata da Administração Pública, deve observar a legalidade administrativa pelo ponto de vista específico a ela relacionado. É a completa subordinação do administrador a lei, e esta lei tem que está em completa subordinação a Constituição da República.

É a chamada legalidade estrita, que se traduz na atuação do poder público nos limites trazidos expressamente pela lei que deve autorizar ou determinar aquele ato (RAMOS, 2012). Então atos administrativos devem estar autorizados pela lei e a lei deve esta, necessariamente, adstrita a Constituição da República.

Claro que hoje esta perspectiva é mitigada pela pura inviabilidade de todas as situações possíveis estarem expressamente delimitadas previamente, o que acabaria por engessar de maneira definitiva a administração pública (ÁVILA, 2006). Ainda que exista um desgaste por causa disto, e tratando de um maior ativismo e protagonismo dos servidores na aplicação e

construção do Direito (OTERO, 2002), a CRFB não pode ser, em nenhuma hipótese, descartada, salvo se for de encontro aos seus fundamentos.

Então o texto frio da Constituição seria afastado quando diante do chamado espírito/sentido da norma, apresentando nos princípios norteadores do direito e, principalmente, aos ligados a dignidade da pessoa humana. O direito como ciência humana é validado e construído pela interpretação e apreciação do homem. Não é apenas uma letra fria de lei. Isto porque a norma tem um sentido de existir. A sua subjetividade não é sinônimo de discricionariedade, uma vez que não existe uma opção de escolha, mas tão somente uma adequação da norma a situação posta.

O Estado como representante da coletividade, utiliza, então, da legalidade estrita, ainda que no aspecto exclusivamente principiológica com a intenção de garantia da segurança jurídica (OTERO, 2002).

Isto ocorre porque a segurança jurídica é imprescindível para garantir a ordem social e não permitir que arbitrariedades sejam feitas em prol de supostos interesses públicos. Nesta perspectiva a legalidade norteia não apenas as ações estatais como as finalidades destas ações, sendo fonte de proteção social.

A segurança jurídica é observada do ponto de vista do indivíduo e não do Estado (RAMOS, 2012, p. 416). Então, representa uma proteção ao cidadão. Assim, a legalidade deve ser observada pelo prisma não apenas da existência de lei sobre o assunto, mas da constitucionalidade desta, a fim de garantir os pressupostos constitucionais tão caros.

Tem-se, portanto, duas etapas que são importantes destacar para a compreensão do objeto de estudo do artigo. Primeira seria a obrigatoriedade da observância da Constituição (mais ainda, dos seus princípios fundamentais) para a feitura de normas. Segundo a necessidade de lei que autoriza a atuação estatal, ou seja, que permita que a Administração Pública aja. Importante ir além e compreender o sentido daquela norma e quais os direitos que ela tutela, não apenas copiando a expressão normativa, sem observar o conteúdo.

2 O REGIME DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS EFETIVOS E O EXERCÍCIO DO CARGO PÚBLICO APÓS A APOSENTAÇÃO.

O sistema público de Previdência Social no Brasil é dividido entre o Regime Geral de Previdência Social, previsto no artigo 201 e seguintes da Constituição Federal, e os Regimes Próprios de Previdência Social, trazido no artigo 40 da norma constitucional.

O Regime Geral de Previdência Social é o “sistema básico destinado aos trabalhadores do setor privado e aos servidores públicos não amparados por previdência própria”

(NOGUEIRA,2009, p.61). É, portanto, o regime que visa abarcar o maior número possível de pessoas, abraçando todo cidadão que não tem uma vinculação específica.

Por outro turno, o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) é aquele destinado aos servidores públicos efetivos, ou seja, aqueles servidores que se submeteram e foram aprovados em concurso público ou, aqueles que, já exercentes de cargo público a mais de 5 (cinco) anos antes da promulgação da Constituição de 1988, tiveram efetivação por força do artigo 19 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.

Tal regime diferenciado, que visa abarcar os servidores públicos efetivos, foi trazido à Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e representou, segundo Castro e Lazzari (2016, p.105) uma inovação em matéria previdenciária, muito embora os servidores da iniciativa pública sempre tivessem gozados de regras diferenciadas de aposentadoria.

Conforme bem assevera Medeiros e Souza (2014, p. 617) “Não existe um regime previdenciário único, mas sim a combinação de uma série de regimes e sub-regimes com características próprias e impactos diferenciados sobre a desigualdade.”

Ao contrário do Regime Geral, o Regime Próprio é instituído por cada ente federativo, seja União, Estados, Municípios e Distrito Federal, não existindo hierarquia entre os mesmos, e sim autonomia e custeio próprio, bem como regramento criado por lei específica editada pelo poder legislativo do ente federado, em virtude da autonomia político-administrativa que rege o Brasil.

O custeio do RPPS dar-se-á, segundo regramento do artigo 40 da CRFB, pela contribuição do respectivo ente federativo e do servidor público ativo, inativo e pensionistas, a fim de garantir o equilíbrio econômico financeiro e atuarial do sistema. Tem como característica preponderante a contributividade, uma vez que não apenas o ente federativo deverá injetar contribuição para o sustento do sistema, mas também o próprio servidor público.

A contributividade revela-se ainda, desdobramento do princípio da solidariedade, uma vez que a contribuição dos servidores ativos serve para garantir o pagamento dos proventos de servidores e pensionistas, e assim sucessivamente ao longo dos anos subsequentes, formando assim um ciclo contínuo de custeio.

Além disto, o Regime Próprio de Previdência Social tem regras específicas para aposentadoria, sendo possível que se dê compulsoriamente, por invalidez ou de forma voluntária. O enfoque deste artigo é tratar da aposentadoria voluntária, ou seja, aquela em que o servidor público, por já ter cumprido os requisitos mínimos, faz a opção pela percepção do benefício, e não por força de condição legal ou incapacidade laborativa.

A aposentadoria voluntária, em todo regramento da previdência social, independente do regime, é ato volitivo, depende da manifestação de vontade unilateral do servidor, fazendo parte, inclusive, do exercício do direito fundamental à previdência social.

Levando em consideração que o custeio do Regime Próprio de Previdência se dá por seus servidores e pensionistas, bem como pela administração pública, o legislador constituinte estabeleceu a vedação a percepção simultânea de proventos provenientes de aposentadoria, independente da sua natureza, e a remuneração decorrente de cargo, emprego ou função pública, salvo exceções especificadas, tudo isto na letra do §10º do artigo 37 da Carta Constitucional.

Ou seja, exceto as hipóteses determinadas constitucionalmente e pelas leis específicas dos entes federativos, aquele servidor que aposentar-se, ainda que voluntariamente, não poderá continuar ou voltar a exercer cargo público. Ao criar tal vedação, o constituinte quis evitar um possível desequilíbrio financeiro e atuarial no regime previdenciário, uma vez que o próprio ente arcaria tanto com a remuneração do servidor, quanto com os proventos de aposentadoria, pagando duas vezes ao mesmo servidor.

Neste sentido, Nogueira (2012, p. 159), enfatiza a importância da manutenção da ordem financeira do RPPS através da compreensão do equilíbrio atuarial:

“Portanto, a partir dessas definições, deve-se entender a expressão “equilíbrio financeiro e atuarial” como a garantia de que os recursos do RPPS serão suficientes para o pagamento de todas suas obrigações, tanto no curto prazo, a cada exercício financeiro, como no longo prazo, que alcança todo o seu período de existência.”

O legislador deve, então, ao editar normas de natureza previdenciária observar se tal previsão representará um impacto negativo para os cofres da previdência social, a fim de evitar o risco de não poder pagar os benefícios vindouros, instaurando assim um verdadeiro caos no regime.

Tanto é que, um dos princípios que rege todo o sistema da previdência social é o da precedência da fonte de custeio, garantindo que novos benefícios não sejam criados sem que uma fonte específica de manutenção seja igualmente criada ou indicada.

A regra que veda a acumulação de proventos de aposentadoria recorrentes do Regime Próprio de Previdência Social e as remunerações provenientes de cargo público, nada mais é do que uma criação baseada nos princípios atuariais da previdência social, e não uma liberalidade do poder público e seus entes federativos.

Isto não quer dizer o que legislador queira limitar ao máximo tempo de exercício de cargo em serviço público, ao revés. A fim de evitar as aposentadorias precoces, o legislador instituiu no §19 do artigo 40 da CFRB, um abono de permanência para os servidores que

adquirissem a capacidade para aposentar-se voluntariamente, incentivando assim, a permanência desses no serviço público até completar o requisito para a aposentadoria compulsória, através do pagamento de abono, *plus* salarial, no valor equivalente ao valor da respectiva contribuição previdenciária do ocupante do cargo.

Todo servidor público efetivo, abarcado pelo Regime Próprio de Previdência Social faz jus ao abono de permanência, uma vez que se trata de uma garantia constitucional. A ideia constitucional está vinculada a valorização do trabalho e também ao equilíbrio econômico e atuarial do sistema.

Ora, se servidores se aposentam de forma precoce, a administração além de onerar seu sistema previdenciário, terá que promover através de concurso público a contratação de mais pessoal, em remuneração superior àquela paga a título de abono. Trata-se de política de incentivo ao emprego e ao mesmo tempo de proteção do sistema financeiro previdenciário.

Recusado o abono de permanência, ou em virtude aposentadoria compulsória ou por invalidez, não há que se falar em continuidade do vínculo com a administração pública dos servidores vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social, em virtude da clara vedação constitucional neste sentido, que, como dito a exaustão aqui, trata-se de norma de proteção do sistema financeiro e de equilíbrio atuarial.

3 A INCOSTITUCIONALIDADE DE NORMA QUE PREVÊ VACÂNCIA DO CARGO PÚBLICO DE SERVIDOR EFETIVO EM VIRTUDE DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

A Constituição da República apresenta as normas básicas relativas aos servidores públicos em geral, necessitando que o ente público ao qual o servidor está vinculado estabeleça, através de lei especial, as regras próprias para seus servidores.

Isto porque a Administração Pública, em respeito ao princípio da legalidade, deverá estabelecer previamente as regras sobre o fato para que seja observada a atuação administrativa sob o critério do interesse público.

A norma constitucional é clara quanto ao regime dos servidores públicos efetivos e seus respectivos entes. Este deverão ser criados por lei específicas, as quais devem regulamentar o regime em conformidade com os critérios mínimos estabelecidos na Carta Magna.

Alguns municípios do Brasil não instituíram até hoje seus respectivos Regimes Próprios, uns por mera inércia do poder legislativo, outros por incapacidade financeira para sustento do sistema, ainda que obrigados a contratar seus servidores por concurso público.

Observe que a falta de instituição do regime próprio parte da ineficiência da Administração Pública, não podendo os seus servidores serem penalizados por esta ineficiência.

Dados do IBGE (2016) cruzados com informações prestadas pelo Ministério da Previdência Social no mesmo ano indicam que a maioria dos municípios existentes no território nacional não instituiu um regime próprio de previdência. De um universo de 5.570 municípios, apenas 2.100 efetivamente tem um regime especial de previdência. Tais informações evidenciam que a maioria dos entes municipais ainda vinculam seus servidores ao Regime Geral de Previdência Social

A norma previdenciária prevê expressamente que quando da inexistência de Regime Próprio de Previdência Social em um ente federativo, seus servidores deverão ser vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, a fim de garantir a efetivação do direito fundamental a previdência social, previsto no artigo 6º da Carta Magna, devidamente regulamentado através do artigo 12 da Lei 8.213/91 e artigo 10º do Decreto-Lei 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social).

Ocorre que, apesar de não terem regulamentado Regime Próprio de Previdência Social, diversos municípios, a exemplo dos municípios de Olindina e Itororó no Estado da Bahia, adotaram através de lei municipal, a hipótese de vacância de cargo público em virtude de aposentadoria, ainda que voluntária, dos seus servidores públicos efetivos, os quais são vinculados ao Regime Geral de Previdência Social.

Segundo as referendadas normas municipais, o servidor, ainda que aposentados através do Regime Geral de Previdência Social, que não é custeado e administrado pelo ente federativo vinculado ao servidor, deverá ter seu cargo vacante, em função da opção que lhe é garantida constitucionalmente.

Os aludidos servidores se aposentam, embora ocupantes de cargos efetivos, com base nas regras de concessão dos benefícios do RGPS, não lhes sendo alcançadas as garantias previstas no artigo 40 da Constituição Federal, o que por si só já representa uma desvantagem material.

Tais normas mostram-se inconstitucionais, visto que o objetivo do poder constituinte ao determinar a incompatibilidade de percepção de proventos de aposentadoria do RPPS e de remuneração dos servidores públicos foi de não onerar o ente federativo, uma vez que o servidor inserido no Regime Próprio de Previdência Social, e aposentado por este, perceberia remuneração e aposentadoria da mesma fonte pagadora, causando desequilíbrio atuarial nos cofres públicos.

Uma vez aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social, não há que se falar em vacância do cargo público, inclusive porque, a própria letra constitucional delimita a aplicabilidade da acumulação de proventos de aposentadoria e remuneração de cargo público aos servidores vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social, ou seja, o regime previsto no artigo 40 da CFRB, vejamos:

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Ainda que o legislador municipal, por mera liberalidade entenda pela vacância de cargo público em virtude de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social, há que se observar que tal previsão vai de encontro com todo o intento constitucional, que tem como um dos seus primados a proteção do valor social do trabalho.

Verifica-se essa assertiva quando diante das próprias normas relativas à aposentadoria do servidor público efetivo que em nenhum momento exige o afastamento do trabalho quando da sua aposentadoria voluntária. A Constituição é clara quando permite a possibilidade do mesmo optar por continuar trabalhando através do abono de permanência.

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já se posicionou quanto compatibilidade entre o exercício do cargo público efetivo e a percepção de proventos decorrente de aposentaria pelo RGPS:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE SERRINHA/BA. CARGO EFETIVO DE AUXILIAR ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO RGPS, POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. EXONERAÇÃO. DESCABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. O Autor é servidor público efetivo do Município de Serrinha, ocupante do cargo de auxiliar administrativo, aposentado pelo RGPS, por tempo de contribuição. Posteriormente exonerado do cargo público, ao fundamento de que a inativação pelo INSS pôs fim a sua relação jurídica com a municipalidade, resultando na vacância do cargo. Inexiste óbice à manutenção do Autor no cargo público municipal, ante a ausência de qualquer norma constitucional ou legal que proíba a cumulação de recebimento de proventos do INSS e vencimentos custeados pelo Município. Hipótese que não se enquadra na vedação do art. 37, § 10, da CR/88...[Número do Processo: 0008706-72.2012.8.05.0248. Data da Publicação: 17/03/2016. Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível. Relatora: Lisbete M. Teixeira Almeida César Santos. Classe: Apelação. Status do Processo: Julgado]

Não apenas o Tribunal de Justiça da Bahia já se posicionou em sentido favorável a acumulação, outros tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹ e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro².

Ora, mais do que incompatibilidade, estamos em um caso de clara inconstitucionalidade da norma, que ao prevê a hipótese de vacância do cargo público, retira de servidores públicos efetivos, em sua maioria inseridos na administração através de concurso público, o direito de ter seus contratos continuados, em clara violação ao direito fundamental ao trabalho, seja ele na iniciativa pública ou privada.

Tanto foi o intento constitucional prezar pela continuidade das relações estatutárias, que concedeu aos servidores que poderiam aposentar-se voluntariamente através do Regime Próprio, um abono de permanência, a fim de incentivar a permanência no serviço público e evitar as aposentadorias precoces. Tal garantia, notadamente, se encontra em total conformidade com o direito fundamental ao trabalho, e a ideia de continuidade dessas relações dos servidores com os respectivos entes federativos.

A interpretação nas normas jurídicas, no âmbito da Seguridade e conseqüentemente da Previdência Social, deve ser de forma constitucionalizada, e, como pondera Alan Pontes (2006,

¹**Ementa:** RECURSO INOMINADO. MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DO SUL. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. VACÂNCIA DO CARGO. POSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO COM PROVENTOS DE APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. REINTEGRAÇÃO AO CARGO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. 1. Pretensão da parte autora que diz respeito à reintegração no cargo ocupado junto à administração municipal, tendo em vista sua exoneração em razão de aposentadoria pelo Regime Geral da Previdência Social. 2. Com efeito, a vedação constitucional do art. 37, §10, da CF não compreende a acumulação de remuneração de cargo público com os proventos decorrentes de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social previsto no art. 201 da Constituição. 3. A Lei Federal nº 8.213/91 - Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências - rege o sistema de benefícios pagos pelo INSS e não impede a percepção acumulada de proventos e salários de trabalhador em atividade. Prevê a ressalva apenas da hipótese de aposentadoria por invalidez. O que não é o caso dos autos. 4. O pedido de dano moral não deve prosperar, pois que o prejuízo demonstrado foi unicamente financeiro e restou reparado pela via material. 5. No que tange à correção monetária, a partir da entrada em vigor desta lei de 29 de junho de 2009, incide o índice básico da caderneta de poupança, tendo em vista recente decisão do STF da aplicabilidade desse índice, até 25 de março de 2015. Após essa data, é substituído pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). RECURSO INOMINADO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO INOMINADO DO DEMANDADO DESPROVIDO, POR MAIORIA. VENCIDA A DRA. THAÍS COUTINHO DE OLIVEIRA. (Recurso Cível Nº 71006348650, Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Volnei dos Santos Coelho, Julgado em 30/08/2017)

²Apelação. Obrigação de fazer. Servidor Público. Aposentadoria voluntária pelo regime geral da Previdência Social. Cumulação de proventos de aposentadoria e de remuneração de cargo público. Possibilidade. A interpretação da Lei Municipal nº 070/94 deve ser conforme à Constituição Federal, descabida a ampliação do disposto no art. 37, § 10, cuja vedação não abarca a percepção simultânea de remuneração de cargo, emprego ou função pública com proventos decorrentes de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência (art. 201). Nulidade da Portaria que declarou a vacância. Reintegração da apelante ao cargo para o qual foi nomeada. Recurso a que se dá provimento. (Apelação nº 0012254-54.2013.8.19.0063. Segunda Câmara Cível, Relator: Jessé Torres Pereira Júnior, Julgado em 04 de maio de 2016)

p.26) “o processo interpretativo deve sempre procurar solucionar os problemas sociais de maneira a garantir uma segurança social, que nada mais é do que um reflexo da garantia da dignidade humana.”

Neste diapasão, as normas relativas aos regimes previdenciários, independente se o geral ou o próprio, não devem ir de encontro com preceitos constitucionais fundamentais, sob pena de colocar seus segurados em situação de risco social.

Ao determinar a vacância do cargo público em decorrência de aposentadoria voluntária recorrente do Regime Geral de Previdência, o legislador fere o direito fundamental ao trabalho do servidor público, tirando prerrogativas que são inerentes ao cargo público, a exemplo da estabilidade.

Há que se pontuar ainda que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, a concessão de aposentadoria voluntária não gera a impossibilidade para o exercício profissional, ao revés, não existe qualquer vedação a continuidade do contrato de trabalho.

Oportunizar o servidor público a se aposentar em regime que não é administrado nem custeado pela administração pública e prever a vacância do cargo, sem a possibilidade de abono de permanência, sem garantir a aplicação de normas equivalentes às previstas na CRFB, representaria permitir que a administração pública aplique e viva no melhor de dois mundos: submeter seus servidores a estrita legalidade no exercício profissional, sem adequar tal princípio aos direitos e deveres fundamentais previstos na constituição.

Assim sendo, normas municipais que determinam a vacância do cargo público pela aposentadoria voluntária através do Regime Geral de Previdência Social é inconstitucional porque não atende o sentido da norma e acaba por privilegiar os trabalhadores privados destas localidades, em detrimento dos seus servidores públicos.

Apesar de regimes diferentes, tantos os servidores quando os empregados privados devem ter equiparação de direitos, podendo, ambos, continuar laborando em situações de aposentadoria voluntária. Para os Regimes Próprios, através do abono de permanência previsto na CRFB, para os que são regidos pelo Regime Geral, pela continuidade do seu labor uma vez que não existe vedação legislativa a continuidade do contrato de trabalho por aposentadoria, exceto nos casos de invalidez.

CONCLUSÃO

Em que pese entender que o princípio da legalidade estrita aplicável ao regime público brasileiro tem a função maior de proibir que os entes hajam fora do critério da impessoalidade, não se pode ter nela algo indiscutível. A legalidade estrita existe para proteção do interesse

público e garantia da segurança jurídica, por tal razão deverá ser ponderada, e respeitar os demais preceitos constitucionais.

Para que uma regra possa ter validade jurídica plena, é preciso que ela esteja em conformidade com os intentos constitucionais, sendo o controle de constitucionalidade uma prerrogativa com a finalidade de garantir o equilíbrio social necessário que decorre do próprio ordenamento jurídico.

Neste sentido não se pode esperar uma aplicação diferenciada no que diz respeito as normas que regulamentam os regimes próprios de previdência social ao longo do território brasileiro, tais normas devem seguir os limites estabelecidos no artigo 40 da CFRB.

O mesmo raciocínio deve ser adotado as hipóteses dos servidores públicos efetivos que não são vinculados a regime próprio de previdência em virtude de ausência legislativa que o regulamentasse. As regras de aposentadoria desses servidores são aquelas relativas ao Regime Geral de Previdência Social, que tem regramento próprio, bem como custeio e administração desvinculado da responsabilidade individual de cada ente federativo.

Por não ser de administração e custeio do ente ao qual o servidor efetivo está vinculado, a percepção simultânea de provento de aposentadoria voluntária e remuneração decorrente do exercício de cargo público, não pode ser vedada, uma vez que não representa qualquer prejuízo a administração pública direta ou indireta, ao revés.

A interpretação constitucional mostra que, em caso de aposentadoria voluntária do servidor público efetivo vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, a regra deve ser a manutenção do exercício do cargo público, que nada mais é do que trabalho, primado fundamental da Carta Magna. O posicionamento deve ser pela continuidade da relação.

O texto constitucional é claro ao determinar que a vedação ao acúmulo de proventos de aposentadoria com remuneração decorrente do cargo público são aplicáveis apenas as hipóteses de submissão do servidor ao Regime Próprio de Previdência Social.

Não apenas por se tratar de uma adequação a própria estrutura normativa que consta no art. 40 da carta magna, mas porque não existe qualquer prejuízo aos cofres públicos, havendo apenas prejuízo ao direito fundamental ao trabalho do servidor público que seria prejudicado por tal regra.

Desta forma, conclui-se que normas que determinam a vacância do cargo público quando da aposentadoria voluntária dos servidores públicos municipais que são regidos pelo Regime Geral de Previdência Social é inconstitucional, por tratar de maneira não isonômica estes servidores, que não tem garantido o abono de permanência previsto na Constituição da

República, nem a possibilidade de continuação do vínculo de trabalho previsto nas regras privadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08 abr. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 3.048, de 06 de maio de 1999. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em 08 de abr. 2018.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em 08 de abr. 2018.

Lei de Olindina

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Apelação nº 0008706-72.2012.8.05.0248**. Julgado em 17 de março de 2016.

_____. IBGE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Área dos Municípios**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/geociencias-novoportal/organizacao-do-territorio/estrutura-territorial/15761-areas-dos-municipios.html?edicao=15868&t=sobre>> Acesso em 08 de abr. de 2018.

_____. Ministério da Previdência Social. **Relação dos municípios brasileiros com RPPS - Pedido 37400003977201651.** Disponível em:<<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Item/displayifs.aspx?List=0c839f31%2D47d7%2D4485%2Dab65%2Dab0cee9cf8fe&ID=503317&Web=88cc5f44%2D8cfe%2D4964%2D8ff4%2D376b5ebb3bef>> Acesso em 08 de abr. de 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MEDEIROS, Marcelo; SOUZA, Pedro H. G. F. **Previdências dos trabalhadores dos setores público e privado e desigualdade no Brasil.** Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/ecoa/v18n4/02.pdf>> Acesso em 08 de abr. 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidras e Hercules – princípios e regras constitucionais.** São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOGUEIRA, Nardon Gutierrez. **O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de estado.** Disponível em:<http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/1_120808-172335-916.pdf> Acesso 08 de abr. 2018.

_____. **A Constituição e o direito à Previdência Social.** São Paulo: Editora LTr, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Lisboa: Editora Almedina, 2003.

PONTES, Alan Oliveira. **O princípio da solidariedade social na interpretação do Direito da Seguridade Social.** Disponível em:<https://www.dropbox.com/s/y4815dzbyn7kqo8/01_aula_luciano_martinez_39.pdf?dl=0> . Acesso em 08 de abr. de 2018.

RAMOS, Gisele Godin. **Princípios Jurídicos.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública.**
Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001