

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

GIOVANI DA SILVA CORRALO

JANAÍNA RIGO SANTIN

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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 – Rio Grande do Sul

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

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

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

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Giovani da Silva Corralo; Janaína Rigo Santin; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-690-1

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

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

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

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

A complexidade das relações sociais, políticas, culturais e jurídicas neste limiar do século XXI exige um novo olhar sobre o fenômeno estatal, sobre a gestão pública e, por consequência, sobre o Direito Administrativo. É preciso inaugurar uma ordem regulatória dialética, capaz de articular os elementos que conformam a sociedade política com os elementos da sociedade civil. E para tanto, as novas tecnologias de informação e comunicação podem ser um importante meio de ligação entre governantes e governados, aproximando-se uns aos outros e otimizando a gestão pública.

Nesse sentido, o XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, ocorrido em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, teve como tema: TECNOLOGIA, COMUNICAÇÃO E INOVAÇÃO NO DIREITO. Realizou-se nos dias 14/11/2018 a 16/11/2018, nas dependências da UNISINOS, congregando pesquisadores de instituições e programas de Mestrado e Doutorado das mais diversas partes do Brasil e do exterior.

Com 24 (vinte e quatro) artigos aprovados e 22 (vinte e dois) efetivamente apresentados no GT, observou-se que os trabalhos produziram empatia entre os participantes, especialmente porque retrataram, de forma fidedigna, as grandes preocupações da sociedade brasileira contemporânea, tendo ocorrido quase que um alinhamento perfeito em torno de dois eixos temáticos: o combate à corrupção na esfera pública e a questão da eficiência administrativa.

O sensível interesse despertado pelos temas, a revelar uma evidente sintonia entre a academia e a sociedade, estimulou a ampla participação do público, por meio de intervenções voltadas ao aprofundamento das análises e a contribuir para o aperfeiçoamento das mais de duas dezenas de pesquisas divulgadas no Grupo de Trabalho 35, do CONPEDI Porto Alegre. Para além disso, os encaminhamentos da coordenação democratizaram as discussões, permitindo que diferenças fossem apresentadas com urbanidade, na senda de valorizar a divergência e a crítica, essenciais ao desenvolvimento e ao aprimoramento da pesquisa científica.

Assim, é com grande satisfação que apresentamos a comunidade jurídica a presente obra. Que todos possam se valer dos valiosos ensinamentos aqui presentes.

Professora Doutora Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo

Professor Doutor Giovani da Silva Corralo – Universidade de Passo Fundo

Professor Doutor Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Centro Universitário Curitiba

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 APOSENTADORIA DE SERVIDORES MUNICIPAIS E A VACÂNCIA DO CARGO PÚBLICO

THE RETIREMENT OF MUNICIPAL SERVANTS AND THE VACANCY OF THE PUBLIC OFFICE

Giovani da Silva Corralo ¹
Tatiana Mezzomo Casteli ²

Resumo

A presente pesquisa jurídica tem por objetivo compreender efeitos da aposentadoria no serviço público municipal, especialmente quando o servidor de cargo de provimento efetivo se encontra vinculado ao regime geral da previdência social e a legislação local define o efeito da aposentadoria com a respectiva vacância. O método utilizado é o hipotético-dedutivo. Assim, é compreendida a autonomia municipal, os servidores públicos e a sua aposentadoria, com o intuito de compreender o regime jurídico de direito administrativo. Conclui-se pela legalidade da legislação local que define a vacância com consequência da aposentadoria de servidor público.

Palavras-chave: Aposentadoria, Autonomia municipal, Vacância

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this legal research is to understand the effects of retirement on the municipal public service, especially when the effective public office is linked to the general social security system and local legislation defines the effect of retirement with the respective vacancy. It's used the hypothetical-deductive method. Thus, municipal autonomy, public servants and their retirement are understood, in order to understand the legal regime of administrative law. It is concluded by the legality of the local legislation that defines the vacancy with consequence of the retirement of public servant.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Retirement, Municipal autonomy, Vacancy

¹ Especialista em advocacia municipal - UFRGS. Mestre e Doutor em Direito - UFPR. Professor da FD - UPF (graduação e mestrado). Professor convidado da Universidade Agostinho Neto - Angola. Advogado.

² Mestranda PPG Direito - UPF. Especialista em Direito Público e Direito Tributário/Empresarial - IMED. Professora da Faculdade de Direito - UPF. Assessora Jurídica -Município de São Domingos do Sul. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem por objetivo refletir sobre os efeitos da aposentadoria no serviço público municipal, especialmente quando o servidor de cargo de provimento efetivo se encontra vinculado ao regime geral da previdência social e a legislação local defina o efeito da aposentadoria com a respectiva vacância, o que usualmente ocorre nas legislações municipais.

O relevo da temática repousa na forte divergência entre o Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, a doutrina e diversas decisões dos tribunais superiores, ora a considerar a vacância uma decorrência natural do disposto da legislação municipal – quando assim estiver positivado –, ora a não surtir esse efeito e conduzir à reintegração do servidor público nas suas atividades.

O cenário é de insegurança jurídica, especialmente no Estado do Rio Grande do Sul, o que requer o máximo esforço dogmático para apresentar uma orientação adequada para esta problemática que aflige vários gestores públicos em diversas municipalidades. A hipótese a ser aferida é a legalidade – juridicidade – das leis municipais que impõe a vacância do cargo de provimento efetivo de servidor público que se aposenta pelo regime feral da Previdência Social. Para a resolução da problemática e respectivo desenvolvimento do trabalho se utiliza o método hipotético-dedutivo.

A fim de alcançar o objetivo delineado é estudado, no primeiro capítulo, a autonomia municipal, os servidores públicos e a sua aposentadoria, com o intuito de compreender o regime jurídico de direito administrativo local. No capítulo seguinte é analisada a aposentadoria do servidor público municipal e os respectivos efeitos aos servidor público de cargo de provimento efetivo, mormente quando pertencente ao regime geral de previdência social.

É com o intuito de trazer reflexões que possam auxiliar na resolução dos incontáveis problemas que exsurtem nas administrações municipais é que se desenvolve a presente pesquisa.

2 A AUTONOMIA MUNICIPAL, OS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS E A SUA APOSENTADORIA

O município brasileiro desfruta de uma posição singular nas Federações contemporâneas, pois foi erigido à condição de ente integrante do pacto federativo, o que se

depreende claramente dos art. 1º e 18 da Constituição Federal.¹ Por conseguinte, as competências estão positivadas no texto constitucional, a seguir a logicidade, *prima facie*, do interesse predominante de cada ente – sem olvidar as designações específicas: à União as questões de interesse nacional; aos Estados o interesse regional; e aos municípios o interesse local (SILVA, 1990, p. 428).

Consequência da hermenêutica da repartição de competências operada pela Constituição Federal é a compreensão da autonomia municipal: auto-organizatória, política, legislativa, financeira e administrativa. A autonomia auto-organizatória traduz a elaboração, pelo próprio município, da sua Lei Orgânica Municipal, responsável pela disciplina da organização e funcionalidade dos poderes locais e das demais questões atinentes ao poder municipal. A autonomia política remete à eletividade dos agentes políticos locais pelos cidadãos de cada município, em eleições universais a cada 4 anos: Prefeito, Vice-prefeito e vereadores. A autonomia legislativa remete à elaboração de um sistema normativa local que possui a Lei Orgânica no seu vértice, composto por leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. A autonomia financeira compreende a instituição, arrecadação e aplicação dos tributos municipais, como também das transferências constitucionais, a obedecer a legislação orçamentária: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual. Por fim, a autonomia administrativa conduz à organização e funcionalidade das diversas atividades administrativas desempenhadas pelas municipalidades: polícia administrativa, serviços públicos, fomento e intervenção direta e indireta – regulação (CORRALO, 2014).

Significa afirmar que a máquina administrativa, compreendida subjetivamente, compreende os órgãos e entes integrantes da estrutura posta, bem como o pessoal necessário para fazer com que as atividades administrativas – administração pública em sentido objetivo – se concretizem. Não é possível compreender o agir administrativo sem a ideia de função administrativa e de agentes públicos. Isso porque a função administrativa, compreendida “(...) como um feixe de poderes jurídicos (...) competências estatais (...) que legitimam o exercício de atividades materiais e a formulação de comandos relativamente à conduta alheia (...)” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 110), sem natureza jurisdicional, também traduz a ideia da utilização estrita dos poderes de toda a autoridade pública aos deveres postos pela ordem

¹ Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

jurídica, como especifica e diferencia a administração pública dos demais poderes estatais, sem deixar de compreender a permanente relação de complementariedade.

Assim, para a execução dos serviços inerentes à administração pública há a necessidade da atuação de agentes, com o intuito de perfectibilização de uma das finalidades do Estado Democrático de Direito, que é a prestação de serviços públicos nas mais diversas áreas, além da manutenção da própria máquina administrativa.

Ressalta-se que somente com a atuação de pessoas e a sua respectiva gestão² haverá o planejamento estratégico necessário para solucionar as demandas fundamentais da sociedade, como educação, desenvolvimento econômico e diminuição da pobreza (NASCIMENTO, 2014).

Esses agentes que desenvolvem os mais diversos vínculos com a máquina administrativa são genericamente designados de agentes públicos, para os quais diversos vínculos são possíveis, como os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o poder público (NOHARA, 2017).

Nesse diapasão a Constituição Federal de 1988 destinou a seção II, do capítulo concernente à Administração Pública, aos denominados servidores públicos, os quais terão tratamento próprio e regime jurídico a ser criado por cada ente da federação, no âmbito de sua competência, como forma de exercício de sua autonomia.

Segundo os dispositivos normativos expressos na Constituição, o vocábulo servidor público comporta ao menos duas interpretações, uma mais ampla que a outra. A primeira delas diz respeito aos indivíduos que prestam serviços, legalmente vinculados à Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas. Já a segunda, a partir da análise de todo o capítulo constitucional destinado para a Administração Pública, entende por servidor público todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da administração indireta, também com vínculo empregatício, incluindo os empregados das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações de direito privado, dentre outras (DI PIETRO, 2008).

A partir desta análise, os doutrinadores brasileiros adotam a expressão agente público para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem à administração pública de forma contínua, ocasional ou episodicamente, considerando o servidor público como uma das espécies do gênero agente público (MELLO, 2014).

² GIL define gestão de pessoas como a “função gerencial que visa a cooperação das pessoas que atuam nas organizações para o alcance dos objetivos tanto organizacionais quanto individuais” (2017, p. 17)

Importa, para o presente estudo, o exame da categoria servidor público no *sentido estrito*, ou seja, aqueles titulares de cargos públicos e em comissão, integrantes da administração direta, autarquias ou fundações públicas, vinculados à administração através de regime jurídico estatutário próprio (MEIRELLES, 2014).

Tratam-se de indivíduos que, ao ingressarem na administração pública³, passam a ocupar um cargo em específico, regularmente disciplinado pelo regime jurídico estatutário do ente federado respectivo, pois as “entidades estatais são livres para organizar seu pessoal para o melhor atendimento dos serviços a seu cargo. Devem, todavia, fazê-lo por lei. (...) A competência para essa organização é da entidade estatal a que pertence o respectivo serviço” (MEIRELLES, 2017, p. 632). Em tal regramento encontram-se as disposições atinentes à acessibilidade aos cargos públicos, sua investidura, os cargos em comissão, as nomeações para as funções de confiança, as carreiras e promoções, os direitos e deveres dos servidores, o sistema remuneratório, os trâmites do processo administrativo e suas respectivas penalidades, as disposições acerca da aposentadoria, dentre várias outras questões pertinentes à vida funcional dos servidores públicos.

Salienta-se que o regime jurídico aqui mencionado deve ser do tipo estatutário, o qual, fundado na autonomia política da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é estabelecido através de lei e destina-se aos titulares de cargo público, os quais muitas vezes exercem atividades exclusivas de Estado,⁴ consubstanciando o chamado “regime *estatutário regular, geral ou peculiar*” (MEIRELLES, 2014, p. 485).

Observa-se o retorno do regime jurídico único – estatutário – a partir da liminar que declarou a inconstitucionalidade da alteração do *caput* do art. 39 da Constituição Federal, o que fez com que retornasse a redação original da Constituição de 1988.⁵

Antes da decisão mencionada do Supremo Tribunal Federal, havia também a possibilidade do regime jurídico celetista, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho,

³ O processo de recrutamento e seleção em organizações públicas é diferente das organizações privadas, ocorre por intermédio de concurso público. DALLARI, assim define: “Concurso público é um processo administrativo, aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados”. (1992, p.36).

⁴ Constituição Federal: “Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado”.

⁵ Em 2007 o Supremo Tribunal Federal deferiu Medida Cautelar na ADI nº 2135-4/DF, cujo Acórdão foi publicado em 7/3/2008, considerando inconstitucional a parte da Emenda 19 que aboliu a exigência de regime único, restaurando a redação original do Art. 39 da Constituição Federal.

aplicável aos chamados empregados públicos e que podia conviver ao lado do regime estatutário. De toda a sorte, também há o regime administrativo especial, quando da contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.⁶

Aos servidores públicos estatutários, em razão de sua previsão constitucional e do regime jurídico a eles aplicáveis, são assegurados direitos e deveres inerentes ao cargo e sua relevância para a administração pública. Dentre tais vantagens encontra-se a aposentação, a qual poderá se dar de três formas distintas, a saber: por invalidez permanente, compulsória e voluntária⁷.

Cabe ao ente federativo assegurar o direito à aposentadoria caso atendidas as exigências para a obtenção do benefício pelo servidor, na forma preconizada pelo regime jurídico estatutário e segundo o regime previdenciário de natureza contributiva e solidária aplicável (GASPARINI, 2012).

Preconiza o artigo 40 da Constituição Federal que os servidores públicos efetivos (estatutários) estão sujeitos ao regime próprio de previdência – RPPS, devidamente instituído pela legislação própria e específica da pessoa política, dos quais se excluem os integrantes de cargos exclusivamente em comissão, os empregos públicos e os cargos temporários. Isso porque os agentes ocupantes de empregos públicos, cargos temporários, cargos exclusivamente em comissão e os investidos em mandato eletivo deverão ser submetidos ao regime geral de previdência social – RGPS, à cargo do INSS. ⁸

⁶ Constituição Federal: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

⁷ Constituição Federal: 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. § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (...)”.

⁸ Constituição Federal: “Art. 40. (...) § 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”

No caso dos municípios, não obstante a previsão legal já elencada, o regime próprio de previdência é uma faculdade que a Constituição Federal outorga, uma vez que a sua opção perpassa pela autonomia municipal, a conjugar uma escolha política, que pode recair ou não pela instituição do regime próprio (COSTA, 2011).

A própria Lei Federal nº 9.717/98, que dispõe sobre as regras gerais de organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social indica essa faculdade no caput do artigo 6º, inciso IX, quando trata da constituição de fundos integrados de bens, direitos e ativos com finalidade previdenciária.⁹

Coadunado com isso, a Orientação Normativa nº 02, de 31 de março de 2009, do Secretário de Política da Previdência Social, considera instituído o regime próprio de previdência a partir da edição da lei municipal que conceda aos servidores efetivos, ao menos, os benefícios básicos da aposentadoria e pensão¹⁰.

Na mesma Orientação consta que, caso o ente federativo não tenha disciplinado por legislação específica a criação do RPPS, seus servidores efetivos serão vinculados de forma obrigatória ao RGPS,¹¹ assim como preconizado pelo artigo 12 da Lei 8.213/91.¹²

Muito embora não se ignore a grande relevância da instituição do regime próprio de previdência social – RPPS, vislumbra-se que uma parcela significativa de municípios no Estado do Rio Grande do Sul não o institui,¹³ o que também ocorre em outros Estados da Federação, seja por dificuldades econômicas, seja por opção dos seus gestores.

⁹ Lei Federal nº 9.717/98: “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: [...] IX – constituição e extinção do fundo mediante lei.”

¹⁰ ON 2/2009: “Art. 3º Considera-se instituído o RPPS a partir da entrada em vigor da lei que assegurar a concessão dos benefícios de aposentadoria e pensão, conforme previsto no inciso II do art. 2º, independentemente da criação de unidade gestora ou do estabelecimento de alíquota de contribuição, observadas as condições estabelecidas na própria lei de criação, vedada a instituição retroativa.”

¹¹ ON 2/2009: “Art. 3º (...) § 3º Os servidores titulares de cargo efetivo do ente federativo que não tenha editado lei instituidora de RPPS são vinculados obrigatoriamente ao RGPS.”

¹² Lei 8.213/1991: “Art.12. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social.”

¹³ “Já o presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS), Iradir Pietrosky, ao dar seu discurso parabenizou a Famurs pela iniciativa de discutir o assunto e auxiliar os prefeitos na busca por soluções. “Hoje, dos 497 municípios, 325 possuem Regime Próprio de Previdência. Só por este dado, já temos uma grande evidência de que este tema deve receber uma atenção especial. Quanto mais conseguirmos resolver os problemas antes de eles efetivamente acontecerem, melhor”, ressaltou.” (notícia disponível em http://www.famurs.com.br/informacoes_ajurs/seminario-sobre-os-regimes-proprios-de-previdencia-social/. Acesso em 20 de julho de 2018).

É justamente nessa parcela de municípios que não possuem o RPPS que os servidores públicos efetivos se encontram subordinados ao RGPS, atingidos pela insegurança jurídica que resulta de decisões judiciais conflitantes acerca da exoneração dos servidores públicos municipais estatutários em razão de sua aposentadoria pelo regime geral de previdência social.

Assim, chega-se ao principal enfoque do presente trabalho, a discussão jurídica, com a análise das decisões dos tribunais superiores e dos órgãos de controle, acerca da possibilidade da manutenção do vínculo com a administração pública municipal do servidor efetivo devidamente aposentado pelo regime geral da previdência social.

3 A APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL E A VACÂNCIA DO CARGO PÚBLICO

Os municípios, em especial aqueles com número reduzido de habitantes, em grande parte, optaram por não instituírem regimes próprios de previdência¹⁴ para os seus servidores estatutários, como lhes autoriza a legislação pátria.

O contexto de atuação do Município encontra respaldo na gama de direitos e deveres decorrentes da autonomia que lhe confere o artigo 18, da Constituição Federal, do que deflui a sua capacidade de autogoverno, auto-organização e autoadministração, cujos limites são estabelecidos pela Constituição Federal e pela Constituição do respectivo Estado.

Assim ocorre com as relações funcionais entre os Municípios e os seus servidores, as quais são reguladas por regime jurídico específico, que deve prever desde a forma de ingresso até a extinção desse vínculo. As competências e respectivas autonomias conferem esse poder às municipalidades.

Ocorre que em vários municípios, muito embora os servidores sejam regidos por estatuto jurídico específico, a contribuição previdenciária dos seus agentes públicos ocorre pelo regime geral de previdência – RGPS, em razão da inexistência de regime previdenciário municipal próprio.

¹⁴ Afirma RAMOS (2003, p. 146-147) que à partir da edição da Emenda Constitucional nº 20, em 15 de dezembro houve uma mudança no paradigma da previdência dos servidores públicos, alcançando-se o regime próprio, observando-se o equilíbrio financeiro e econômico como norma constitucional. Ainda “determinou como se sabe, a instituição de regime próprio de previdência, apenas e tão-somente, àqueles ocupantes de cargos efetivos, remetendo ao Regime Geral de Previdência Social, gerido pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), os demais servidores públicos, v.g., os detentores apenas de cargos comissionados e os temporários (art. 40, §13, CF), os serventuários não-remunerados pelos cargos públicos, os ocupantes de cargos eletivos, e, inclusive, os estabilizados e não-efetivados por força do art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Quando da implementação dos requisitos para a obtenção da aposentadoria os servidores públicos municipais buscam o INSS e aposentam-se sob a égide do RGPS, e, segundo previsto na legislação municipal – estatuto jurídico próprio, ocorre a vacância do cargo público,¹⁵ a compelir o gestor público a declarar a extinção do vínculo do servidor com a administração pública e a respectiva vacância do cargo.

No que tange às formas de desprovemento no serviço público, aponta Moreira Neto (2014, p. 347-348) quatro formas possíveis, quais sejam: “1. Exoneração; 2. Demissão; 3. Aposentadoria; 4. Falecimento”, deixando claro que em todas as modalidades a “consequência do desprovemento é a vacância do cargo, emprego ou função desocupados”. No mesmo sentido Marçal Justen Filho (2015, p. 1035) e Edmir Netto de Araújo (2014, p. 374), para quem a vacância do cargo por aposentadoria decorre de modificação do vínculo. A vacância, nas adequadas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 655), é o “fato administrativo-funcional que indica que determinado cargo público não está provido, ou, em outras palavras, está sem titular”, e é gerada por diversos fenômenos, dentre os quais a aposentadoria, o que é abalizado pela doutrina administrativista majoritária (CARVALHO FILHO, 2016, p. 655; ARAÚJO, 2014, p. 374, JUSTEN FILHO, 2015, p. 1035-1037; MOREIRA NETO, 2014, p. 347-348).

Para MEDAUAR (2016, p. 344), a aposentadoria no setor público significa “a cessação do exercício das atividades junto a órgãos ou entes estatais, com o recebimento de retribuição denominada provento. Daí empregar-se o vocábulo inativo para designar o servidor aposentado”. A consequência natural da aposentadoria, presente nos estatutos dos servidores públicos de pessoas políticas de todos os níveis da federação, é a vacância do cargo¹⁶.

Destarte, uma vez concedida a aposentadoria voluntária ao servidor público, este, a partir desta data, não pode mais ocupar o cargo público junto à administração pública, assim como determina a legislação vigente e aplicável ao caso.

Neste sentido, além da esfera municipal, é o que prevê o artigo 33, inciso VII, da Lei nº8.112/90¹⁷, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das

¹⁵Exemplificativamente, é o caso do art. 35 da Lei Municipal 597/2002 de São Domingos do Sul: “A vacância do cargo decorrerá de: [...] V- aposentadoria;”.

¹⁶ Assevera BABILÔNIA (2008, p. 3) que “Não há que se confundir os institutos da “exoneração” com os da “demissão” (pena expulsória aplicada ao servidor ocupante de cargo efetivo que comete ilícito administrativo) e da “destituição de cargo em comissão” (pena expulsória aplicada ao ocupante de cargo em comissão que comete ilícito administrativo), previstas nos incisos III e V do art. 127 da Lei 8.112/90, por terem, estes últimos, notória natureza punitiva ao contrário daquela. A semelhança entre “exoneração” e “demissão” é a de que ambas são causas de vacância do cargo público”.

¹⁷ Artigo 33, inciso VII, da Lei nº 8.112/90: Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de: [...] VII - aposentadoria;

Autarquias e das Fundações Públicas Federais, e o artigo 55, inciso IV¹⁸, da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio Grande do Sul.

Evidencia-se assim que a aposentadoria configura uma das hipóteses de vacância de cargos públicos, seja na esfera federal, estadual ou mesmo municipal, o qual trata-se do objeto da presente pesquisa.

Ocorre que, recentes acórdãos estão entendendo pela ilegalidade da extinção do vínculo do servidor público municipal, quando da sua aposentadoria pelo RGPS, determinando a sua imediata reintegração ao serviço público municipal. Trata-se de uma realidade que acomete grande parte dos pequenos municípios do Estado do Rio Grande do Sul, conforme pesquisa efetuada pela FAMURS:

A FAMURS efetuou uma pesquisa junto aos 497 Municípios do Estado do Rio Grande do Sul no segundo semestre do corrente ano. Dos 288 Municípios que responderam à pesquisa, apurou-se que 90 Municípios têm servidores estatutários aposentados pelo RGPS reintegrados e/ou ações com pedido de reintegração. E que, nesses 90 Municípios já temos mais de 400 servidores estatutários reintegrados por decisão judicial e/ou com ação perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.¹⁹

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – TCE, em consulta realizada pelo município de Campinas do Sul, que se deu através do Parecer nº 02/2015, firmado pelo Conselheiro Renato Luiz Bordin de Azeredo, entende que a aposentadoria de servidor estatutário, seja qual for o regime previdenciário ao qual estiver filiado, implica o rompimento do vínculo funcional com a Administração, acarretando a vacância do cargo, conforme previsto na norma estatutária local.(TCE/RS, Parecer 02/2015)

O Conselheiro afirma que “a posição adotada não se trata de uma estrita aplicação do princípio da legalidade, mas, sim, da sua incidência a luz do influxo do texto constitucional, numa ampla visão de juridicidade”. (TCE/RS, Parecer 02/2015)

Além disso, na informação número 003/2015, afirmou-se que

[...] é de se destacar que as noticiadas deliberações do Judiciário sobre o tema consultado não declararam a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei estatutária local. São decisões, portanto, que produziram efeitos apenas *inter partes*. Assim, permanecendo hígida a previsão legal municipal, não há causa suficiente para afastar o seu necessário cumprimento em relação àqueles servidores que não foram alcançados pelo provimento judicial.(TCE/RS, Informação 003/2015)

¹⁸ Artigo 55, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 10.098/94: A vacância do cargo decorrerá de: [...] IV - aposentadoria;

¹⁹ FAMURS, Notícia disponível em <http://www.famurs.com.br/noticias/prefeituras-irao-regularizar-situacao-de-servidores-que-constam-no-quadro-de-funcionarios-mesmo-aposentados-pelo-inss/>. Acesso em 10 de julho de 2018.

No mesmo sentido, os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

(...) Anteriormente se reconhecia uma forma de reversão em que o servidor, após a sua aposentadoria, solicitava o seu retorno ao serviço público, ficando a critério da Administração atender ou não à postulação. Atualmente não mais se afigura viável essa forma de reversão: **do momento em que o servidor foi aposentado, a relação estatutária extinguiu-se e dela resultou, inclusive, a vacância do cargo.** Ora, uma nova investidura só seria possível mediante aprovação prévia em concurso público, o que não se dava naquela forma de reversão. Se fosse admitida, estaria vulnerada, por linha transversa, a regra do art. 37, II, da CF.

(...)

Como já se enfatizou, **a aposentadoria extingue a relação estatutária** e acarreta a vacância do respectivo cargo, não se podendo admitir a ressurreição da relação jurídica definitivamente sepultada. (...) (2014, p. 627) grifo nosso.

Tais fundamentos foram os adotados para o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 70070306147, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, proposta pelo município de Santa Cruz do Sul em detrimento de sua própria legislação, culminando com a seguinte ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DO SUL. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL QUE PREVÊ A APOSENTADORIA DO SERVIDOR COMO HIPÓTESE DE VACÂNCIA DO CARGO. AUSÊNCIA DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. - **Não se mostra conflitante com a Constituição Federal, nem com a Constituição Estadual, a legislação local que prevê a aposentadoria como hipótese de vacância do cargo, ainda que se dê no âmbito do regime geral de previdência social.** ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70070306147, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 28/11/2016). **Grifo nosso**

Mais recentemente, em julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência, as turmas recursais da fazenda pública do Estado do Rio Grande do Sul entenderam pela vacância do cargo, em caso de aposentadoria, independentemente do regime previdenciário. Eis o julgado:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE INHACORÁ. APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. INEXISTÊNCIA DE REGIME MUNICIPAL PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. AUTONOMIA DO MUNICÍPIO. LEI MUNICIPAL Nº 62/94. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1) No exercício da sua autonomia constitucionalmente assegurada, pode o Município prever em sua legislação a extinção do vínculo jurídico-laboral por decorrência da concessão de aposentadoria relativa ao exercício do mesmo cargo público, seja pelo Regime Geral de Previdência Social, seja pelo Regime Próprio de Previdência, na medida em que a vacância é efeito indissociável do ato de aposentação.

2) Enunciado editado: **“Independentemente do Regime Previdenciário, a aposentação gera vacância do cargo público, se assim o prever a Lei Municipal.”**

À UNANIMIDADE, CONHECERAM DO INCIDENTE E UNIFORMIZARAM O ENTENDIMENTO, COM A EDIÇÃO DE ENUNCIADO. (nº 71006837884, julgado dia 07/11/2017. Relator: Mauro Caun Gonçalves) **Grifo nosso**

Nessa mesma linha é o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, segundo o qual uma vez concedida a aposentadoria voluntária pelo RGPS, os servidores públicos não podem mais ocupar o cargo público junto à administração municipal, ao menos não sem prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, por expressa disposição legal e constitucional.

Extrai-se dos julgados²⁰ do citado Tribunal que a manutenção ou reintegração de servidores públicos municipais aposentados junto à administração pública viola o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, além de outros incisos do mesmo artigo que também podem estar sendo violados, tais como o XVI e o XVII, que tratam da possibilidade de acumulação de cargos²¹.

Tal posicionamento, majoritário, resta clarividente na seguinte decisão

Servidora pública municipal - Ato administrativo exoneratório em razão da extinção do vínculo empregatício decorrente da aposentadoria concedida pelo INSS Pleito de reintegração ao cargo impossibilidade **Vacância do cargo determinada pela legislação municipal em caso de aposentadoria** - Indenização indevida - Precedentes desta C. Corte - Sentença de improcedência mantida Apelo não provido. (Relator(a): Luis Ganzerla; Comarca: Boituva; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 18/10/2016; Data de registro: 24/10/2016). **Grifo nosso**

De suma relevância fazer constar que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado de que a aposentadoria é causa de encerramento do vínculo funcional existente entre o servidor e a administração pública, não sendo plausível a manutenção da atividade laboral.

²⁰ Preliminar. Pretensão tendente ao não conhecimento do recurso. Impossibilidade. Irresignação que contém as razões de fato e de direito pelas quais objetivada a reforma da sentença. Logo, arguição preliminar desacolhida. Apelação. Insurgência em relação à sentença pela qual julgado improcedente o pedido formulado pela autora a fim de que reintegrada ao cargo público anteriormente por ela ocupado. Inadmissibilidade. Exoneração da apelante que decorreria da obtenção por ela de aposentadoria por tempo de contribuição. Inteligência do artigo 80, VI, da Lei Complementar Municipal 17/1991. Desnecessidade de instauração de prévio processo administrativo, haja vista ter a vacância decorrido de ato voluntário da recorrente consistente no requerimento de concessão de aposentadoria. Precedentes desta Corte. Logo, dada a legalidade da exoneração dessa autora do cargo público, não estar configurada hipótese de indenização por dano moral. Recurso improvido, portanto. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1001750-67.2017.8.26.0311. 3ª Câmara de Direito Público, Julgado em 14/08/2018. Relator: Encinas Manfré.

²¹ AGRADO DE INSTRUMENTO - Pretensão da recorrente, servidora pública do município de Lorena/SP, de permanecer no cargo em que ocupava após a aposentadoria voluntária pelo RGPS – Inadmissibilidade – Inteligência da Lei Complementar nº 59/2008, artigo 64, inciso IV – Exoneração que tem nexos lógicos com a vacância decretada - Ausentes os requisitos legais para concessão da tutela de urgência (artigo 300 do CPC), a r. decisão agravada deve ser mantida - Recurso não provido. Agravo de Instrumento nº 2143677-30.2018.8.26.0000. 1ª Câmara de Direito Público, Julgado em 17/08/2018. Relator: Rubens Rihl.

Tendo o servidor requerido e obtido, por opção, a aposentadoria remunerada, não poderia ele ter continuado a prestar serviço ao Estado, seja como celetista ou estatutário. Seu reingresso nos quadros da administração somente seria possível através de concurso público, nos termos do art. 37, II, da CF/88 e 27, II, da CE.

- Com a aposentadoria cessa o vínculo laboral que prende o servidor ou empregado, não constituindo ilegalidade o ato que interrompe o pagamento do cargo anteriormente ocupado, cumulado com aposentadoria.

- Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 9390/PR, rel. Min. Paulo Medina, 6ª Turma, j. 23/03/2004). **Grifo nosso**

De posse da legislação vigente e atinente ao objeto desta pesquisa, afere-se que a manutenção de servidor já aposentado no serviço público implica na renovação dos quadros funcionais somente quando houver rescisão por justa causa, pedido de desligamento do empregado ou então por morte. Trata-se de hipótese temerária, em especial nos municípios de pequeno porte.

Nesta senda, o Magistrado Adriano Camargo Patussi, ao analisar o pedido liminar na Ação Civil Pública, distribuída sob nº 1001040-51.2016.8.26.0515, junto à Comarca de Rosana/SP, afirma com veemência que “permitir tal situação significa transformar todos os cargos públicos em vitalícios sem, todavia, haver previsão legal” (2016, p. 765), quando se refere a manutenção do servidor público no cargo em que se aposentou, de forma voluntária.

Todavia, as câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não vêm enfrentado o tema como proposto, o mesmo a ocorrer com acórdão do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a analisar a falta de impedimento constitucional na cumulação de cargos pelo servidor público municipal. Em suma, entendem que não há afronta ao artigo 37, parágrafo 10 da Constituição Federal, em razão de que, como servidores, recebem os proventos do município, e como aposentados pelo RGPS, recebem o benefício do INSS, tratando-se de duas fontes pagadoras distintas:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO OURO. CARGO DE PROFESSORA. APOSENTADORIA. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - RGPS. EXONERAÇÃO. DESCABIMENTO. **A aposentadoria da parte apelante - servidor público municipal - pelo RGPS não caracteriza por si só a extinção imediata do vínculo com a Administração, tampouco a incidência da vedação constante do §10 do art. 37 da Constituição da República.** Nesse contexto, evidenciado o direito líquido e certo à manutenção no cargo de professora, no município de São Jose do Ouro Preto. Precedentes do e. STF e deste Tribunal. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70076376425, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 25/01/2018) **Grifo nosso**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. MUNICIPIO DE

SÃO DOMINGOS DO SUL. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. EXONERAÇÃO DE CARGO PÚBLICO. ILEGALIDADE. 1. **A aposentadoria do servidor público pelo RGPS não implica extinção do seu vínculo funcional com a Administração Pública, inexistindo óbice à permanência do funcionário no exercício do cargo, razão pela qual cabível a tutela de urgência para reintegrar servidor exonerado por tal motivo. Precedentes do Segundo Grupo Cível.** 2. **Interpretação da legislação municipal que não passa pela declaração de sua inconstitucionalidade ou esvaziamento do conteúdo da norma, mas tão somente pelo condicionamento de sua eficácia à instituição de Regime Próprio no Município.** Inexistência de contrariedade à Súmula Vinculante nº 10 do STF e ao entendimento exposto na ADI nº 70070306147. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70075161737, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 29/11/2017) **Grifo nosso**

RECLAMAÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.721/DF E 1.770/DF. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 1.770/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, e da ADI 1.721/DF, Rel. Min. Ayres Britto, declarou inconstitucionais o § 1º e o § 2º do art. 453 da CLT, sob o fundamento de que a mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. **II – A contrario sensu, pode-se afirmar, então, que é permitido ao empregado público requerer a aposentadoria voluntária no Regime Geral de Previdência Social e continuar trabalhando e, conseqüentemente, recebendo a respectiva remuneração. Isso porque em tais situações não há acumulação vedada pela Constituição Federal.** III – Agravo regimental a que se nega provimento. A G .REG. NA RECLAMAÇÃO 9.762 SANTA CATARINA, 16/05/2013, MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. **Grifo nosso**

Entende-se equivocada a análise do caso em concreto e os consequentes julgamentos exarados nos processos judiciais acima mencionados. Isso porque o cerne da discussão não se encontra na possibilidade ou não da cumulação²² de proventos por servidor público, mas sim na aposentadoria, independente do regime previdenciário aplicável, como causa de vacância do cargo público e a sua consequente exoneração.

Coadunado com esse novo entendimento, no início do mês de maio do corrente ano diante da proposição de mais uma Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Prefeito Municipal de Pinheirinho do Vale - RS, em detrimento da Câmara Municipal de Vereadores de Pinheirinho do Vale, os desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado

²² A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, inciso XVI veda a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários nos casos expressos nas alíneas a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas. Afere FERREIRA; CORRÊA DA SILVA que “Atualmente, a Constituição de 1988 possibilita ao servidor o exercício de até dois cargos públicos, desde que esses sejam dois cargos de professor, ou um cargo de professor e outro técnico ou científico, ou dois cargos de profissionais da área de saúde, conforme previsão contida no inciso XVI, do artigo 37 da CF. Além disso, para que uma situação de acúmulo seja considerada lícita é imprescindível que a soma das cargas horárias sejam compatíveis. Dessa forma, os requisitos para a acumulação de cargos dentro dos parâmetros da CF seriam três: até dois cargos públicos, dentro das exceções previstas no inciso XVI, do artigo 37 e a compatibilidade de horários”. (2017, p. 127)

do Rio Grande do Sul, à unanimidade, acordaram por suscitar incidente de resolução de demandas repetitivas para o exame do caso em concreto. ²³

O Desembargador Nelson Antonio Monteiro Pacheco em seu relatório destacou que o incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme proposto, tem por escopo tratar da “controvérsia relacionada com a possibilidade de servidor público municipal se manter no cargo, mesmo após a aposentadoria voluntária pelo RGPS, nos casos de o ente municipal não possuir regime de previdência próprio”. (2018, p.7)

Ainda em seu voto, justificou a instauração e o cabimento do incidente em razão da “demonstração dos requisitos simultâneos de repetição de processos quanto ao mesmo tema e iminente risco à segurança jurídica, bem como a ausência de afetação de tese recursal nos tribunais superiores”. (PACHECO, 2018, p. 26)

Ao final, restou determinada a suspensão de todos os processos pendentes de julgamento que versem sobre a mesma matéria de direito. Eis o extrato do julgado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE PINHEIRINHO DO VALE. ART. 35, INCISO V, DA LEI-PV Nº 02/08. APOSENTADORIA PELO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. VACÂNCIA DO CARGO. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETIDAS - IRDR.

1. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas proposto trata da controvérsia relacionada com a possibilidade de titular de cargo público municipal se manter no cargo, mesmo após a aposentadoria voluntária pelo RGPS, nos casos de o ente municipal não possuir regime de previdência próprio. Matéria que foi solvida pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto, não é este o entendimento seguido por alguns órgãos julgadores desta Justiça Estadual, tendo a matéria sido objeto de enunciado editado pelas Turmas Recursais, em Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 71006837884.
2. Demonstrada a necessidade não só de instauração do IRDR, mas também de suspensão dos processos que versem sobre a mesma matéria, em observância à segurança jurídica.

SUSCITARAM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. UNÂNIME. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Nº 70074156142 (Nº CNJ: 0179729-83.2017.8.21.7000). JULGADA EM 07/05/2018)

Diante das controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias apresentadas, resta clarividente a insegurança jurídica pela qual perpassam os municípios assolados por demandas que tratam da matéria abordada, bem como, a necessidade de uma resolução para a problemática jurídica imposta. Esta pesquisa endossa o posicionamento de defesa da autonomia municipal,

²³ Código de Processo Civil: “Art. 977. (...) “I - O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício;”

observando-se, assim, o disposto na legislação municipal. Diante da expressa previsão de vacância do cargo de provimento efetivo como decorrência da aposentadoria de servidor, é o que deve imperar a fim de se resguardar uma hermenêutica consoante a juridicidade constitucional e infraconstitucional que se requer dos agentes públicos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa científica buscou analisar as consequências da aposentadoria de servidor público municipal detentor de cargo de provimento efetivo, especialmente quando vinculado ao regime geral da Previdência Social e quando houver disposição específica da legislação municipal a determinar a vacância do respectivo cargo.

Para demonstrar a hipótese veiculada, qual seja, a legalidade – juridicidade – das leis municipais que imputam o efeito da vacância para o servidor público que se aposenta é que se compreendeu, inicialmente, a autonomia municipal, forjada sobre a repartição de competências operada pela Constituição Federal e a posição do município de ente integrante do pacto federativo. É saliente, para os fins deste estudo, a autonomia auto-organizatória, legislativa e administrativa, que empoderam os entes locais a normatizarem as questões atinentes às suas questões administrativas, o que inclui os servidores públicos. Por óbvio, há disposições oriundas da Constituição Federal e dos respectivos Estados que, por serem de repetição obrigatória, não podem deixar de serem consignadas nas legislações locais, o que não é abrangido pela problemática em comento.

Na sequência é analisado regime jurídico de direito público local, a aposentadoria e os seus efeitos, a registrar que considerável parcela dos municípios gaúchos não instituíram o seu regime próprio de previdência pública. Assim, os seus agentes públicos, a incluir, naturalmente, os servidores detentores de cargos de provimento efetivo, sujeitam-se ao regime geral de previdência pública. De toda a sorte, as legislações locais consignam, expressamente, a vacância como consequência da aposentadoria, sem pormenorizar exceções, o que tem remetido os gestores públicos locais a extinguirem o vínculo com os servidores que se aposentam, indistintamente. Em razão disso, litígios têm sido forjados, muitos a conseguir a reintegração de servidores efetivos que se aposentam pelo RGPS.

Os posicionamentos são divergentes. As turmas recursais da fazenda pública do Estado do Rio Grande do Sul têm entendido pela vacância do cargo, em caso de aposentadoria, independentemente do regime previdenciário, posição essa também respaldada pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Também há julgado em Ação Direta de

Inconstitucionalidade do TJRS a declarar constitucional dispositivo de lei municipal com esse entendimento.

De outra banda, várias câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul têm firmado o entendimento da falta de impedimento constitucional para a acumulação de cargos pelo servidor público municipal e, conseqüentemente, reintegrado servidores que tenham o seu vínculo extinto em razão da aposentadoria pelo RGPS. Nesse mesmo sentido há a cordão do Supremo Tribunal Federal.

A fim de dirimir a insegurança jurídica resultante de posicionamentos díspares, os desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, unanimemente, acordaram por suscitar incidente de resolução de demandas repetitivas para o julgamento de outra Ação Direta de Inconstitucionalidade.

De toda a sorte, corrobora-se, neste estudo, o forte entendimento doutrinário no sentido de imputar a vacância como efeito da aposentadoria, o que é repercutido nas mais diversas leis que dispõe sobre o regime estatutário dos servidores públicos, em todos os níveis da Federação. Também se considera a autonomia municipal para dispor sobre o regime dos seus servidores públicos e que a questão em análise não conflita com dispositivos constitucionais de observância obrigatória.

Com fulcro nesses pressupostos é que a normatividade local deve preponderar, imputando-se o efeito da vacância aos servidores de provimento efetivo, mesmo quando pertencentes ao RGPS. Efeitos diversos deverão ser considerados se a legislação municipal assim consignar, pois se trata de matéria da competência local.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BABILÔNIA, Paulo Álvares. As Causas de Vacância do Cargo Público e o Direito de Recondução do Servidor Estável. **Revista da Advocacia-Geral União**. Ano VII, nº 17, 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521906>> Acesso em:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. Lei 13.105 de 03 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. **Lei Federal 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L8213cons.htm Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. **Lei Federal 9.717 de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos 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 e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L9717.htm Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. **Previdência Social. Orientação Normativa nº 02 de 31 de março de 2009.** Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_090505-171130-380.pdf. Acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança.** Acórdão nº 9390/2004. 6ª Turma. Relator: Ministro Paulo Medina. Sessão de 23/03/2004. Disponível em <http://www.stj.jus.br> acesso em: 20 de agosto de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação 9.762.** Santa Catarina, julgado em 16 de maio de 2013. Relator: Ministro Ricardo Lewandoski. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 10 de julho de 2018.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CORRALO, Giovani da Silva. **Município: Autonomia na Federação.** 2ª Ed. Curitiba: Juruá.

COSTA, Nelson Nery. **Previdência do servidor público: regime próprio e Comprev.** Rio de Janeiro: GZ, 2011.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FAMURS. **Prefeituras irão regularizar situação de servidores que constam no quadro de funcionários mesmo aposentados pelo INSS.** Notícia disponível em <http://www.famurs.com.br/noticias/prefeituras-irao-regularizar-situacao-de-servidores-que-constam-no-quadro-de-funcionarios-mesmo-aposentados-pelo-inss/>. Acesso em 10 de julho de 2018.

_____. **Seminário sobre os regimes próprios de previdência social.** Notícia disponível em http://www.famurs.com.br/informacoes_ajurs/seminario-sobre-os-regimes-proprios-de-previdencia-social/. Acesso em 20 de julho de 2018

FERREIRA, Dirce N. de A.; CORRÊA DA SILVA, Marina. A influência do parecer GQ n. 145/98 da AGU nas acumulações de cargos públicos. **Revista Digital de Direito Administrativo – USP.** vol. 4, n. 1, 2017. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdda> Acesso em: 20 de agosto de 2018.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIL, Antônio Carlos. **Gestão de Pessoas: enfoque nos papéis profissionais**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de direito administrativo**. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 40ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Gestão Pública**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PACHECO, Nelson Antonio Monteiro. **Relatório Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70074156142**. Julgada em 07/05/2018. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> acesso em: 10 de julho de 2018.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Regime próprio de previdência do servidor público – Os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança e os direitos em formação. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 137-156, jan./mar. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Complementar Estadual nº 10.098, de 03 de fevereiro de 1994. Dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/10.098.pdf>> Acesso em: 20 de agosto de 2018.

_____. Tribunal de Contas. **Informação nº 003/2015**. Disponível em: <file:///C:/Users/tatia/Downloads/Inf%203%20FVMG%20JMFC.pdf> Acesso em 10 de julho de 2018.

_____. Tribunal de Contas. **Parecer 2/2015**. Disponível em: https://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/textos_diversos_pente_fino/Parecer%202-2015.pdf Acesso em 10 de julho de 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 70070306147**. Tribunal Pleno, Julgado em 28/11/2016. Relator: Marilene Bonzanini. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Ação direta de inconstitucionalidade. Nº 70074156142 (nº cnj: 0179729-83.2017.8.21.7000)**. Julgada em 07/05/2018. Relator: Nelson Antonio Monteiro Pacheco. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento. 70075161737**. Quarta Câmara Cível. Julgada em 29/11/2017. Relator: Francesco Conti. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70076376425**. Terceira Câmara Cível. Julgado em : 25/01/2018. Relator: Eduardo Delgado. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> acesso em: 10 de julho de 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Incidente de uniformização de jurisprudência. nº 71006837884**. Julgado dia 07/11/2017. Relator: Mauro Caun Gonçalves Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> acesso em: 10 de julho de 2018.

SÃO DOMINGOS DO SUL. **Lei 597 de 02 de abril de 2002. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos do município e dá outras providências**. Mural em 02 de abril de 2002. Disponível em: <http://leisnaweb.com.br/mostrar-ato/?ato=996&host=saodomingosdosul&search> Acesso em: 10 de julho de 2018.

SÃO PAULO. Comarca de Rosana. **Ação Civil Pública nº 1001040-51.2016.8.26.0515**. Vara Judicial, Julgado em 26/10/2016. Juiz: Adriano Camargo Patussi. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br> acesso em: 20 de agosto de 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2143677-30.2018.8.26.0000**. 1ª Câmara de Direito Público, Julgado em 17/08/2018. Relator: Rubens Rihl. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br> acesso em: 20 de agosto de 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0005201-96.2015.8.26.0082**. 11ª Câmara de Direito Público, Julgado em 24/10/2016. Relator: Luiz Ganzerla. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br> acesso em: 20 de agosto de 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 1001750-67.2017.8.26.0311**. 3ª Câmara de Direito Público, Julgado em 14/08/2018. Relator: Encinas Manfré. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br> acesso em: 20 de agosto de 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.