

NOTA TÉCNICA FAMURS/CDP SOBRE A SITUAÇÃO DOS APOSENTADOS PELO REGIME GERAL QUE PERMANECEM OCUPANDO CARGO

A questão envolvendo a situação dos servidores municipais que se aposentam e, por decisão judicial, permanecem ocupando seus cargos junto ao Poder Executivo, será resolvida definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal. A matéria teve julgamento no âmbito do Judiciário gaúcho por ocasião do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, relativas às Ações Diretas de Inconstitucionalidade que foram protocoladas por 15 Municípios, tendo como paradigma a ADIN de Pinheirinho do Vale. Na referida demanda, os Municípios postulam a declaração de (in) constitucionalidade da norma municipal que determina a vacância do cargo quando o servidor se aposenta, independentemente do regime previdenciário, se próprio ou geral.

O julgado do TJRS manteve uma posição antiga da Corte Estadual, mas que deve ser alterada pelas novas manifestações do STF, com recentes decisões a respeito do tema, no sentido favorável à tese dos Municípios. Ou seja, efetivamente o dispositivo legal do estatuto municipal que prevê a vacância do cargo em caso de aposentadoria, restará declarado constitucional. O ente federado, que deve ter respeitada a autonomia constitucional de legislar sobre seu regime jurídico, nos termos do art. 30, I, da Constituição Federal, já conta com entendimento nesse sentido de pelo menos quatro Ministros do Supremo.

O IRDR julgado no TJRS fixou uma tese jurídica equivocada de que a concessão de aposentadoria voluntária de servidor municipal pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) não implica em automática exoneração do serviço público, inexistindo óbice à permanência no exercício do cargo. Com esse entendimento, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do RS fixou a tese com eficácia vinculante sobre todos os processos que tramitam na Justiça Estadual, bem como aos casos futuros que versem sobre essa questão.

O Recurso Extraordinário do IRDR requer análise sob o prisma da constitucionalidade da lei municipal que determina em sentido contrário à decisão local. O mesmo IRDR julgado pela Corte Estadual de Justiça de Minas Gerais contou com a grande maioria de votos pela fixação da tese defendida pelos Municípios, ou seja, que a lei local deve prevalecer, por força da autonomia dos entes federados.

Não sendo inconstitucional a lei municipal que prevê a vacância do cargo em caso de aposentadoria do servidor, deve prevalecer o comando legal para desligar o mesmo do serviço público. Não há como considerar possível a constitucionalidade de lei por situação condicionada a um terceiro fato. No caso específico, a exigência é que o

Município tenha Regime Próprio. Ou a lei é constitucional e deve ser respeitada ou não é e precisa ser excluída do ordenamento local.

O parecer do Ministério Público do RS foi igualmente neste mesmo sentido, destacando a idêntica posição das Turmas Recursais da Fazenda Pública Reunidas, no julgamento em incidente de uniformização de jurisprudência que definiu *‘independentemente do Regime Previdenciário, a aposentação gera a vacância do cargo público se assim o prever a lei Municipal.’*

O MP concluiu parecer pela fixação de tese jurídica no sentido do reconhecimento da possibilidade de vacância do cargo público em face da aposentação na forma da lei municipal respectiva, independentemente do regime previdenciário a que se encontra submetido o servidor.

Como o mérito foi julgado pelo TJRS, o Recurso Extraordinário terá efeito suspensivo, portanto, a decisão não surtirá efeito imediato sobre os processos que tramitam no Judiciário Gaúcho, devendo esses permanecer suspensos até a decisão final do Supremo.

A previsão está no art. 987, § 1º, do NCPC, que assim expressa:

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Necessário destacar ainda que o Ministro Relator, ao receber o recurso junto às Cortes Superiores, deverá aplicar o disposto no art. 1037 do NCPC, especialmente o inciso II, suspendendo todas as demandas de mesma natureza em tramitação.

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

§ 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput.

Desta forma, a questão deverá ter um desfecho definitivo sobre a controvérsia que acabaria por gerar duas espécies de servidores municipais, pois uma delas, com o regime geral de previdência, poderia permanecer no cargo que ocupa independentemente da aposentadoria; a outra, com regime próprio, seria desligada do poder público, fazendo valer a lei municipal.

Das Decisões do STF

O STF tem se pronunciado nas últimas decisões acolhendo os argumentos dos Municípios, no sentido de que a aposentadoria gera sim a vacância no cargo até então exercido, por força da prerrogativa constitucional do art. 30, I, e da autonomia dos entes federados, cuja cláusula é pétrea e não pode ser alterada nem mesmo por emendas.

Neste sentido, além da decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, na Rcl 5679, outros processos já foram analisados pelos Ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin, seguindo na linha de entendimento do Ministro Marco Aurélio.

Na Rcl acima referida, o relator assim fixou seu voto ainda no ano de 2014:

No caso, a decisão reclamada, **ao determinar a reintegração do servidor aos quadros funcionais da empresa, sem prejuízo da remuneração e das vantagens que este percebia a título de aposentadoria**, contraria a autoridade do precedente citado e da pacífica jurisprudência desta Corte. Apesar de referir-se ao decidido na ADI 1.770, a decisão impugnada, ao determinar a reintegração do servidor aposentado, **possibilitou a acumulação de proventos e vencimentos, cuja a vedação se estende às empresas públicas e sociedades de economia mista**

A vedação de acumular vencimento com proventos decorre do fato do que se pode chamar ‘prorrogação’ do contrato existente entre o servidor e a administração pública. No entendimento no Ministro Marco Aurélio, a acumulação somente seria possível se o servidor aposentado ingressasse novamente no serviço público **por meio da realização de novo concurso**.

Já para o Ministro Alexandre de Moraes, no ARE 1225738, do Município de Lajeado do Bugre/RS, assentou-se o seguinte entendimento:

Com a devida vênia, o acesso aos cargos públicos rege-se pela Constituição e pelo Estatuto de cada unidade federativa. Estabelecido pelo **legislador**

municipal que a aposentadoria é causa de vacância, não há como tolerar o reingresso do servidor ao mesmo cargo, sem prestar novo concurso público.

Não se desconhece que esta CORTE tem reiteradamente admitido a cumulação de proventos de aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS com a percepção de vencimentos de cargo, emprego ou função pública.

Todavia, essa histórica jurisprudência jamais teve como pano de fundo a hipótese de fato retratada nesta nova leva de casos, como o ora analisado.

Enfim, cumpre definir, aqui, se o servidor que ocupava cargo na administração municipal pode a ele ser reintegrado depois de se aposentar, **sem prestar novo concurso público e à revelia da legislação municipal que estabelece a aposentadoria como causa de vacância do cargo.**

Penso que tal prática é inconstitucional.

Também é o caso da decisão do Município de Santa Cruz do Sul, no RE com agravo 1.235.997, com a seguinte passagem do voto:

Conforme preconiza a citada jurisprudência, realmente não há qualquer problema em que alguém ocupe um cargo público e, simultaneamente, receba proventos de aposentadoria obtida pelo exercício de outra atividade. Mas, neste caso concreto, e naqueles muitos outros, praticamente idênticos, tem-se um quadro insólito:

- o servidor ocupa um cargo público;
 - não está vinculado a regime próprio de Previdência;
 - aposentado, manifesta intenção de voltar a ocupar o mesmo cargo público.
- Com a devida vênia, o acesso aos cargos públicos rege-se pela **Constituição e pelo Estatuto de cada unidade federativa.**

No mesmo sentido, o Ministro Edson Fachin, na Rcl 36.983, Município de São Mateus, que assim expressa:

No caso sub judice, discute-se a constitucionalidade do art. 48, IV, da Lei nº 237, de 1992, deste Município de São Mateus, que determina que a vacância do cargo decorrerá da aposentadoria, à luz da Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998, que entrou em vigor na data de sua publicação. (...)

Desta forma, verifico que não há incompatibilidade entre o art. 48, IV, da Lei nº 237/92, com a Constituição Federal, pois o **referido inciso determina que a vacância do cargo ocorre com a aposentadoria do servidor municipal, sem determinar qual o tipo de aposentadoria**, sendo que o regime previdenciário adotado por este Município é o do RGPS, visto que inexistente o regime próprio.

No mais, a letra da lei municipal é clara ao determinar que **a vacância do cargo ocorrerá com a aposentadoria**. Assim, considerando que inexistente regime próprio ou obrigação legal para a criação do mesmo, **não há que se falar em incompatibilidade do art. 48, IV, da Lei nº 237, com a Constituição Federal**. Desta forma, tendo o servidor público municipal se aposentado pelo regime geral da previdência social **a sua permanência no cargo após a aposentadoria se apresenta como indevida**, por ocorrência da vacância prevista expressamente no art. 48, IV, da Lei Municipal nº 237/92.”

Portanto, os casos existentes que tratam dessa matéria devem ser tratados e deliberados pelo Poder Judiciário, pois no futuro, não haverá mais qualquer debate, já que a reforma da previdência regularizou definitivamente a celeuma.

Da Emenda 103/2019 – Reforma da Previdência

A presente discussão, que se estende no Judiciário por vários anos, especialmente no Rio Grande do Sul, se divide em duas situações claras: as aposentadorias e processos anteriores à publicação da Emenda Constitucional 103/2019 e a partir da nova previsão constitucional.

Isso porque, já está em vigor no país a emenda que estabeleceu a reforma da previdência, incluindo a definição acerca da matéria ora em exame. Dispõe o art. 1º da EC 103/19, que introduziu o parágrafo 14 no art. 37 da Constituição Federal:

"Art.
37....."

§ 14. A aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, **acarretará o rompimento do vínculo** que gerou o referido tempo de contribuição.

Por esta previsão resta clara e inequívoca a imposição do rompimento do vínculo entre a Administração Pública e o servidor que se aposenta, não havendo condições constitucionais para sua permanência no cargo declarado vago com a

inativação. O dispositivo reforça a autonomia municipal no trato da questão, evitando assim qualquer discussão sobre o conteúdo e as suas consequências.

Contudo, o segundo ponto a ser abordado diz respeito ao disposto no art. 6º da EC 103/19, que assim prevê:

Art. 6º O disposto no § 14 do art. 37 da Constituição Federal não se aplica a aposentadorias concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional.

Vale dizer que somente não se aplica a nova previsão estabelecida no § 14 aos casos anteriores à publicação da emenda, pelo lógico e jurídico entendimento da irretroatividade da norma, pois a mesma entra em vigor na data de sua publicação. Ou seja, o que está expresso no § 14, independentemente de qualquer outra interpretação, avaliação, análise, seja abstrata ou de casos concretos, somente se aplica a partir da vigência da emenda.

No entanto, os processos anteriores à entrada em vigor da EC 103/2019 continuarão a ser tratados no âmbito do Poder Judiciário, caso a caso, conforme os argumentos jurídicos, legais e constitucionais que estão sendo discutidos. Não se aplicará a nova redação sobre o caso, mas será mantido o entendimento de que o ente municipal pode estabelecer a forma de desligamento do servidor quando este se aposenta, determinando a vacância do cargo.

Os entes municipais continuarão a requerer a aplicação do preceito constitucional da autonomia, prevista no art. 30, I, CFR/88, especialmente por se tratar de matéria atinente à gestão administrativa de exclusiva competência e atribuição local.

Tudo isso nos termos das decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, que definiu a questão com base na impossibilidade de acumulação de vencimentos e proventos de aposentadoria, bem como da necessidade de ingresso em cargo público efetivo exclusivamente por meio de concurso, jamais por prorrogação de vínculo, e da inaplicabilidade da ADIN 1770 aos entes municipais, vedada a manutenção do vínculo com o servidor, independentemente do regime previdenciário.

É a manifestação.

FAMURS - Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul

CDP – Consultoria em Direito Público