

Aposentadoria por Tempo de Contribuição Concedida pelo RGPS Não Extingue o Vínculo Institucional do Servidor Público Municipal Titular de Cargo Efetivo

NESTOR PERES MENDES

Advogado, Graduado pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC (Campus de Xanxerê/SC).

DOI: 10.11117/22361766.28.01.05

RESUMO: O servidor municipal titular de cargo efetivo não amparado por Regime Próprio de Previdência Social é segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social. Ocorre que esse servidor, ao se aposentar por tempo de contribuição, é exonerado do cargo e, por via de consequência, excluído do serviço público. O fundamento legal utilizado pela autoridade municipal para extinguir o vínculo jurídico do servidor tem sido, via de regra, o § 10 do art. 37 da Constituição Federal. Esse dispositivo, entretanto, aplica-se tão somente aos servidores titulares de cargos efetivos vinculados a Regime Próprio de Previdência Social. Isto porque o servidor vinculado ao regime geral é regido pela Lei nº 8.213/1991, que, por sua vez, não exige mais o afastamento do segurado para concessão do benefício. Os empregados celetistas do setor privado e da Administração Pública, por exemplo, vinculados ao regime geral, não precisam mais se afastar da atividade ou extinguir o contrato de trabalho em decorrência da aposentadoria por tempo de contribuição, uma vez que tal direito está assegurado pela jurisprudência proveniente dos Tribunais Superiores. Esse entendimento deve ser estendido também aos servidores públicos titulares de cargos efetivos, já que são muitas as semelhanças vigorantes entre as duas espécies de trabalhadores. Para exemplificar, citam-se o dever de prestar concurso público para ingresso, o direito à estabilidade após três anos de efetivo exercício, a observância do processo administrativo para aplicação de quaisquer penalidades e a vinculação ao mesmo regime de previdência. Por essas razões, entendo que o servidor municipal titular de cargo efetivo tem a faculdade de permanecer no serviço público até o atingimento da idade-limite (70 anos), salvo se incorrer nas situações previstas no § 1º do art. 41 da Constituição Federal ou, por iniciativa própria, solicitar o seu desligamento no ato da concessão da aposentadoria ou a qualquer tempo a partir dela.

PALAVRAS-CHAVE: Servidor municipal titular de cargo efetivo; regime jurídico estatutário; aposentadoria por tempo de contribuição; Regime Geral de Previdência Social; não extinção do vínculo jurídico.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da formação e da extinção do vínculo institucional dos servidores públicos municipais estatutários titulares de cargos efetivos; 2 Aposentadoria por tempo de contribuição do RGPS; 3 A vinculação do servidor municipal estatutário titular de cargo efetivo ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS; 4 O direito de o servidor municipal titular de cargo efetivo não ser exonerado nem ter o seu vínculo extinto em decorrência da aposentadoria por tempo de contribuição concedida pelo RGPS; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho se dedica a analisar um tema ainda inexplorado pela doutrina e jurisprudência, porém de interesse capital dos servidores públicos titulares de cargos efetivos vinculados ao Regime Geral de Previdência Social.

Esses servidores não estão recebendo o tratamento igualitário preconizado pela Constituição Federal, pois estão sendo exonerados de seus cargos e, por consequência, excluídos do serviço público municipal ao se aposentarem por tempo de contribuição pelo Regime Geral de Previdência Social.

A jurisprudência é pacífica, de outro lado, em relação aos empregados do setor privado e empregados públicos regidos pela CLT e submetidos à mesma legislação previdenciária. Esses, ao se aposentarem por tempo de contribuição, não precisam mais se afastar do emprego, uma vez que a referida legislação não impõe essa condição.

Para responder se a aposentadoria por tempo de contribuição, concedida pelo Regime Geral de Previdência Social, extingue ou não extingue o vínculo jurídico do servidor municipal titular de cargo efetivo, mister um estudo detalhado da legislação aplicável ao presente caso e, em especial, no que está inserto no Texto Constitucional.

Analisar-se-á, ao longo deste trabalho, por exemplo, os dispositivos constitucionais que autorizam a criação de Regimes Próprios e do Regime Geral de Previdência Social, quem são os segurados e quais são as normas disciplinadoras de cada um dos regimes.

A linha de argumentação concluirá que a extinção do vínculo jurídico do servidor estatutário titular de cargo efetivo, pelo fato de ter ele se aposentado pelo RGPS, é arbitrária e uma afronta à Constituição Federal, já que inexistente norma constitucional e infraconstitucional que a autorize.

Nesse sentido, o presente estudo será de grande valia para os servidores públicos municipais que se encontram nessa situação, bem como para aqueles que estão próximos da aposentadoria e desejam continuar no exercício do cargo e no serviço público municipal.

1 DA FORMAÇÃO E DA EXTINÇÃO DO VÍNCULO INSTITUCIONAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS ESTATUTÁRIOS TITULARES DE CARGOS EFETIVOS

Nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Escapam à prestação de concurso público, além dos cargos em comissão, os agentes políticos, os particulares em colaboração com o Poder Público e os contratados por prazo determinado. Estes últimos, contudo, para serem admitidos no serviço público, precisam ser aprovados em processo seletivo simplificado.

O concurso público a que se refere o dispositivo constitucional, no dizer de Diogenes Gasparini¹, é um procedimento posto à disposição da Adminis-

1 GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 171.

tração Pública direta e indireta, autárquica e fundacional pública, de qualquer nível de governo, para seleção do futuro melhor servidor.

A investidura do servidor no cargo ocorre com a posse, que é, por sua vez, a *conditio juris* da função pública, vez que surge, de então, os direitos, os deveres, os impedimentos e as incompatibilidades para o desempenho do cargo. Empossado, tem o servidor o prazo de 15 (quinze) dias para entrar em exercício, sob pena de exoneração do cargo.

A partir da entrada em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito ao estágio probatório pelo período de três anos, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objetos de avaliação para o desempenho do cargo. Superado o período probatório, com êxito, o servidor torna-se estável no serviço público. Se reprovado, restará exonerado do cargo ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado.

A estabilidade, nas palavras de Hely Lopes Meirelles², é uma garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, tenha transposto o estágio probatório de três anos.

Tem-se, nesse lance, a clara compreensão, corroborada pelo que dispõem o § 1º do art. 41 e o art. 169 da Constituição Federal, que o servidor estabilizado no serviço público só perderá o cargo se incorrer nas situações ali previstas, ou seja: a) em virtude de uma sentença judicial transitada em julgado; b) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; c) por insuficiência de desempenho na forma de lei complementar; e d) por excesso de despesa com pessoal.

No entender de Diogenes Gasparini³, a relação jurídica institucional que se estabelece entre a Administração Pública e o servidor estatutário pode extinguir-se por diversas causas. Entretanto, diz o autor, seja qual for a causa da extinção, sempre será determinada por: a) um ato administrativo de ofício; b) um ato administrativo a pedido do servidor público; c) um fato natural; d) uma sentença judicial transitada em julgado.

O ilustre Constitucionalista José Afonso da Silva, em sua obra *Curso de direito constitucional positivo* (22. ed. Malheiros, p. 677), destaca com a habitual clareza:

Perde o cargo o servidor estável nos seguintes casos: (a) por extinção ou declaração de sua desnecessidade, ficando o servidor em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu aproveitamento em outro cargo; esse aproveitamento é obrigatório; (b) por demissão, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa e, naturalmente, em virtude de sentença transitada em julgado, embora isso não seja mais expresso; (c) insufi-

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 443.

3 GASPARINI, Diogenes. Op. cit., p. 232-233.

ciência de desempenho apurada por meio de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, mediante processo administrativo em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 41, § 1º, I, II e III, e art. 247, parágrafo único, introduzido pela EC 19/1998); (d) por exoneração, mediante ato normativo motivado com especificação da atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal, para cumprimento dos limites da despesa com pessoal ativo e inativo estabelecidos em lei complementar (art. 169, § 7º), desde que, para tanto, a redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança não sejam suficientes.

Tenho, pois, que a extinção do vínculo institucional do servidor titular de cargo efetivo, com fundamento em causa alheia às exaustivamente citadas, configura-se em flagrante violação à Constituição Federal. Além do mais, frise-se que a exoneração ou demissão de servidor público estável deve ser precedida, obrigatoriamente, do devido processo legal, no qual deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido é a Súmula nº 20 e a jurisprudência do Tribunal do Supremo Tribunal Federal, que ora transcreve-se:

É necessário o devido processo administrativo, em que se garanta o contraditório e a ampla defesa, para a demissão de servidores públicos, mesmo que não estáveis. Precedentes: RE 223.927-AgRg, DJ de 23.03.2001; e RE 244.543, DJ de 26.09.2003. (RE 223.904/AC, 2ª T., Relª Min. Ellen Gracie, J. 08.06.2004, DJ 06.08.2004)

Nessa lógica, todo ato administrativo que frustrar a garantia constitucional do devido processo legal deve ser revisto pela própria Administração Pública, sob pena de ser invalidado na via judicial, consoante preceitua o § 2º do art. 41 da Constituição Federal.

2 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DO RGPS

A Previdência Social, segundo o art. 1º da Lei nº 8.213/1991, tem por fim garantir aos seus beneficiários, segurados e dependentes, os meios indispensáveis de manutenção por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço e, para os dependentes, nos casos de prisão ou morte daquele de quem dependiam economicamente.

Um desses meios é o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, previsto nos dois principais regimes de previdência vigorerantes no País, sendo eles o RGPS e o RPPS.

Apropriando-se do conceito lançado por Castro e Lazzari⁴, impende dizer que a aposentadoria é a prestação por excelência da Previdência Social, juntamente com a pensão por morte, na medida em que substituem os rendimentos do segurado e asseguram sua subsistência e daqueles que dele dependem.

4 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 543.

Pelas regras atuais da Constituição Federal, §§ 7º e 8º do art. 201, a aposentadoria por tempo de contribuição será concedida aos 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e aos 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher, reduzidos em cinco anos para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

O benefício da aposentadoria por tempo de contribuição pode ser solicitado pelo próprio segurado diretamente nas agências da Previdência Social. A aposentadoria por tempo de contribuição é devida ao segurado a partir da data do desligamento do emprego, quando requerida até 90 dias após o desligamento, ou da data de entrada do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após 90 dias do desligamento (arts. 49 e 54 da Lei nº 8.213/1991).

3 A VINCULAÇÃO DO SERVIDOR MUNICIPAL ESTATUTÁRIO TITULAR DE CARGO EFETIVO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – RGPS

No início da década de 90, autorizados pela Constituição Federal, vários Municípios brasileiros instituíram, no âmbito de suas competências, o Regime Próprio de Previdência Social – RPPS para abrigar os seus servidores titulares de cargos efetivos. Até então, uma boa parcela de servidores municipais encontrava-se vinculada ao RGPS e outros tantos não contribuía para nenhum regime de previdência. Nesse caso, o pagamento da aposentadoria aos servidores e a pensão por morte aos dependentes era suportado pelo tesouro municipal.

A redução dos encargos sociais sobre a folha de pagamento foi determinante à criação do regime próprio de previdência. Tanto é verdade que o percentual incidente sobre a folha de pagamento pulou dos vinte por cento para menos de dez por cento à época da instituição. Por outro lado, o rol de benefícios não mudou em relação aos previstos na lei previdenciária oficial. Esse desajuste inicial, combinado com a ausência de critérios técnicos de viabilidade e sustentabilidade, culminou no desequilíbrio financeiro do novo regime, uma vez que a receita mensal passou, ao longo da curta existência, a ser insuficiente para garantir a totalidade dos benefícios oferecidos.

Para regular a matéria entrou em vigor a Lei nº 9.717/1998 e, posteriormente, a Portaria nº 4.992/1999. Essas normas impuseram aos regimes próprios, entre outras obrigações: o dever de observância das normas gerais de contabilidade e atuária, a fim de garantir o equilíbrio financeiro e atuarial; a realização de avaliação atuarial e auditoria, periodicamente, por empresa legalmente habilitada; a indicação da fonte de recurso orçamentário e sua finalidade; o registro das contribuições individuais; ter o Município receita própria superior à proveniente de transferências constitucionais da União e dos Estados; a contribuição do ente não pode ser inferior nem superior à contribuição do servidor municipal

ativo e a contribuição deste não poderá ser inferior à dos servidores titulares de cargos efetivos da União; a vedação da concessão de benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social; e a imposição de penalidades aos Municípios pelo descumprimento das disposições previstas na lei.

O rigor dessa legislação foi determinante para que os Municípios, notadamente os de pequeno porte, decidissem por extinguir o Regime Próprio de Previdência Social e retornar ao Regime Geral de Previdência Social, agora sob o amparo da Lei nº 8.213/1991 e do Decreto nº 3.048/1999.

Os servidores municipais integrantes do extinto RPPS passaram à condição de segurados obrigatórios do RGPS, já que não mais amparados por Regime Próprio de Previdência Social. Essa vinculação automática e compulsória ao RGPS pode ser facilmente constatada pela transcrição dos pertinentes dispositivos da legislação previdenciária, conforme segue.

Parágrafo único do art. 21 da Portaria nº 4.992/1999:

A vinculação dos servidores ao RGPS é obrigatória para o ente estatal que extinguir seu Regime Próprio de Previdência Social.

Art. 12 da Lei nº 8.213/1991:

O servidor civil ou militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, é excluído do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta lei, desde que esteja sujeito a sistema próprio de Previdência Social.

Art. 9º do Decreto nº 3.048/1999:

São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I – como empregado:

[...]

j) o servidor do Estado, Distrito Federal ou Município, bem como o das respectivas autarquias e fundações, ocupante de cargo efetivo, desde que, nessa qualidade, não esteja amparado por Regime Próprio de Previdência Social.

Segundo dados extraídos do sítio da Previdência Social, apenas 1.976 entes federados possuem Regime Próprio de Previdência Social, incluindo-se nesse universo os Estados; logo, mais de 3.600 Municípios brasileiros, e seus respectivos servidores, estão sob as regras do RGPS.

Vigora nesses últimos, quanto ao regime de trabalho/jurídico, o regime celetista ou o regime estatutário. Em regra, os servidores regidos pelo primeiro regime exercem emprego público e os regidos por estatuto exercem cargo público. Não obstante essas classificações, o que importa, nesse ponto, é que todos são segurados obrigatórios do mesmo regime previdenciário, qual seja, o RGPS.

Convém, aqui, conceituar o que seja regime previdenciário e regime de trabalho. Quanto ao primeiro, no entendimento de Carlos Alberto Pereira de

Castro e João Batista Lazzari⁵, regime de previdência é aquele que abarca uma coletividade de indivíduos que têm vinculação entre si em virtude da relação de trabalho ou categoria profissional, assegurando-se aos beneficiários do regime, na forma da lei, no mínimo os benefícios da aposentadoria e da pensão por morte aos dependentes. Os regimes com o maior número de segurados são o RGPS e o RPPS.

O RGPS é tido como uma espécie de seguro social, oficial, criado pela Lei Federal nº 8.213, de 24 de julho de 1991, para assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

O RPPS, por seu turno, é instituído por lei de iniciativa do próprio ente federado para abrigar tão somente os seus servidores públicos titulares de cargos efetivos, observadas as regras contidas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

No tocante ao regime de trabalho/regime jurídico, sem maior aprofundamento, citam-se, para esse fim, os dois regimes mais conhecidos, quais sejam, o celetista e o estatutário. O celetista é utilizado, via de regra, pelo segmento privado e pela Administração Pública indireta e, por opção, pela Administração Pública direta. Aos empregados submetidos a este regime aplica-se a CLT. O regime estatutário, por seu turno, subsiste apenas na Administração Pública direta.

Para Hely Lopes Meirelles⁶, o regime jurídico dos servidores civis consubstancia os preceitos legais sobre a acessibilidade aos cargos públicos, a investidura em cargo efetivo (por concurso público) e em comissão, as nomeações para funções de confiança; os deveres e direitos dos servidores; a promoção e os respectivos critérios; o sistema remuneratório (subsídios ou remuneração, envolvendo os vencimentos, com as especificações das vantagens de ordem pecuniária, os salários e as reposições pecuniárias); as penalidades e sua aplicação; o processo administrativo e a aposentadoria.

Os segurados obrigatórios do regime geral, independentemente do regime de trabalho/jurídico a que pertençam, têm direito aos mesmos benefícios previdenciários previstos na lei que os regem, inclusive o de continuar no exercício do emprego ou do cargo e, por via de consequência, no serviço público, após a concessão do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição.

Ocorre que o direito de os servidores titulares de cargos efetivos continuar no serviço público não está sendo assegurado pelas autoridades municipais, uma vez que são exonerados arbitrariamente e sem o devido processo legal, tão logo se aposentem por tempo de contribuição pelo RGPS. Os empregados do setor privado e os empregados públicos, de outro lado, ao se aposentarem por

5 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Op. cit., p. 122.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 414.

tempo de contribuição pelo mesmo regime geral, têm a faculdade de permanecer no emprego e no serviço público, respectivamente.

Isso posto, faz-se necessário o seguinte questionamento: A aposentadoria por tempo de contribuição concedida pelo RGPS extingue o vínculo jurídico do servidor municipal estatutário titular de cargo efetivo?

4 O DIREITO DE O SERVIDOR MUNICIPAL TITULAR DE CARGO EFETIVO NÃO SER EXONERADO NEM TER O SEU VÍNCULO EXTINTO EM DECORRÊNCIA DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO CONCEDIDA PELO RGPS

Antes de adentrarmos no mérito, é necessário dizer que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, considerando, assim, que a aposentadoria espontânea do trabalhador (empregado privado regido pela CLT e segurado do RGPS) não constitui mais motivo para a extinção do contrato de trabalho mantido com o empregador, seja ente público ou pessoa jurídica de direito privado (ADIns 1.721 e 1.770).

Por essa decisão, o empregado que se aposentar por tempo de contribuição pode, se esta for a sua vontade, continuar na empresa sem qualquer espécie de alteração no contrato de trabalho. Se a empresa, de outro lado, não deseja mais o aposentado prestando-lhe serviços, tem ela, evidentemente, o direito de rescindir o contrato de trabalho do empregado, desde que, para isso, efetue o pagamento das obrigações trabalhistas previstas em lei, inclusive a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS de todo o período laborado.

Em relação ao empregado público celetista segurado do RGPS, até pouco tempo atrás, o Tribunal Superior do Trabalho, com fundamento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 177, de 08.08.2000 (cancelada em 30.10.2006), entendia que a aposentadoria espontânea requerida por aquele extinguiu o contrato de trabalho, mesmo que continuasse na empresa após a concessão do benefício previdenciário.

Ante essa orientação jurisprudencial, os empregados públicos não tinham o direito à indenização (multa) de 40% sobre os depósitos do FGTS do período anterior à aposentadoria, assegurada pelo art. 7º, inciso I, da Constituição Federal e pelo art. 10, I, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Além da perda da indenização, a permanência do empregado no serviço público dependia da aprovação em novo concurso público.

Esse posicionamento perdurou até o dia 16.08.2005, ensejo em que o STF, em julgamento do RE 449.420-5, decidiu em sentido contrário ao da orientação jurisprudencial do TST, cuja ementa do acórdão está assim redigida:

Previdência social: aposentadoria espontânea não implica, por si só, extinção do contrato de trabalho. 1. Despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I): viola a garantia constitucional o acórdão que, partindo de premissa derivada de interpretação conferida ao art. 453, *caput*, da CLT (redação alterada pela Lei nº 6.204/1975), decide que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a

concessão do benefício previdenciário. 2. A aposentadoria espontânea pode ou não ser acompanhada do afastamento do empregado de seu trabalho: só há readmissão quando o trabalhador aposentado tiver encerrado a relação de trabalho e posteriormente iniciado outra; caso haja continuidade do trabalho, mesmo após a aposentadoria espontânea, não se pode falar em extinção do contrato de trabalho e, portanto, em readmissão. 3. Precedentes: ADIn 1.721-MC, Ilmar Galvão, *RTJ* 186/3; ADIn 1.770, Moreira Alves, *RTJ* 168/128. (RE 449.420-5/PR, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16.08.2005)

O acórdão *supra*, ressalte-se, tratou concretamente da não extinção do contrato de trabalho de um empregado público celetista aposentado pelo INSS; todavia, a referida decisão, no meu entender, é perfeitamente aplicável ao caso em comento, pois as duas espécies de trabalhadores, empregado e servidor público, independentemente do regime de trabalho a que pertençam – quer seja o celetista ou o estatutário –, estão sob o manto da mesma norma previdenciária (Lei nº 8.213/1991), que, por sua vez, não tem mais o condão de obstar a continuidade do vínculo empregatício ou institucional, consoante a interpretação que se faz dos arts. 49 e 54 da mesma lei.

Neste ponto, é oportuna a inclusão de parte do voto do Ministro Ilmar Galvão, proferido por ocasião do julgamento da ADIn 1.721 e incluído, de igual forma, no corpo do acórdão do RE 449.420, anteriormente citado: “[...] a relação mantida pelo empregado com a instituição previdenciária não se confunde com a que o vincula ao empregador, razão pela qual o benefício previdenciário da aposentadoria, em princípio, não deve produzir efeito sobre o contrato de trabalho”.

Ainda do voto do Ministro Ilmar Galvão, citando texto do Professor Arion Sayão Romita na *LTr* 60-08/1051:

Duas são, portanto, as possíveis consequências jurídicas da obtenção, pelo empregado, da aposentadoria previdenciária: 1ª – o empregado se aposenta pelo INSS e se afasta da atividade; 2ª – o empregado obtém o benefício previdenciário mas prefere continuar em atividade (aposentado ativo). Na primeira hipótese, não há dúvida de que a aposentadoria extingue o contrato de trabalho, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes. Na segunda hipótese, inócorre a extinção do contrato de trabalho, porque a lei previdenciária não exige mais o desligamento para a concessão do benefício.

E diz mais:

[...] O direito de trabalhar não se confunde com o direito aos benefícios previdenciários, podendo um mesmo sujeito exercê-los simultaneamente; ambos defluem de situações perfeitamente caracterizadas e não coincidentes. Subsiste o direito de laborar, manter o contrato individual de trabalho e auferir a vantagem, desde que não seja por invalidez. Assim, o pedido de benefício não promove a rescisão contratual; esta, sim, deriva da vontade do obreiro de deixar de prestar serviços.

Na mesma linha, decidiu a 3ª Turma do TST, em 31.08.2007, no julgamento do Processo nº TST-ED-RR 27185/2002-900-04-00.1, de cujo acórdão se extrai a seguinte parte:

[...] A 3ª Turma deste Tribunal afastou a premissa de que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho e deu provimento ao recurso de revista do reclamante para condenar a reclamada ao pagamento das parcelas pleiteadas nos itens a e b da reclamatória trabalhista, do dia da dispensa (16.11.1998) até a data em que o reclamante completou os 70 anos de idade (23.09.2003), considerando o limite de idade no serviço público. Verifica-se que a decisão embargada foi precisa no sentido de que a limitação de idade de 70 anos é no serviço público e, portanto, como é incontroverso que o obreiro é servidor público municipal, não se há de falar em limitação exclusiva aos servidores públicos estatutários. É a conclusão a que se chega por força do disposto no *caput* c/c o § 1º, II, do art. 40 da Constituição da República, matéria de ordem pública de observância obrigatória.

No mesmo sentido, decidiu recentemente o TRT/MG, consoante o Acórdão nº RO/00614-2007-036-03-00-0, publicado na página 26 do DJMG em 15.03.2008 (Órgão Julgador: Turma Recursal de Juiz de Fora), tendo como Relatora Ana Maria Amorim Rebouças e, como Revisor, Jose Miguel de Campos, cuja ementa transcreve-se:

SERVIDORA CELETISTA ESTÁVEL – DISPENSA COM BASE EM LEI LOCAL QUE CONSIDERA A APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA CAUSA DE EXTINÇÃO DO VÍNCULO – INCONSTITUCIONALIDADE – Os Municípios gozam de autonomia para organizar seu serviço público e dispor sobre o regime jurídico de seus servidores (art. 30, I e V, da CF/1988). Entretanto, a partir do momento em que optam pelo regime celetista, eles se submetem ao direito do trabalho, sendo que a competência para legislar sobre esta matéria é exclusivamente da União (art. 22, I, da CF/1988). Desse modo, não lhes é possível, enquanto empregadores, alterar os contratos de trabalho, sob pena de violação ao art. 468 da CLT. Por conseguinte, afigura-se nula a dispensa de servidora estável, com base em lei municipal inconstitucional que determina o desligamento do servidor aposentado voluntariamente, tendo em vista o entendimento consolidado pelo STF nas ADInS 1.770 e 1.721.

A vasta jurisprudência acostada ao presente estudo de caso consolida, de maneira inarredável, o direito de o empregado privado e público, ambos regidos pela CLT, se aposentarem pelo RGPS e de continuar trabalhando.

A mesma segurança jurídica, no entanto, não estão tendo os servidores titulares de cargos efetivos, muito embora existam vários fatores e dispositivos jurídico-legais, inclusive constitucionais, favoráveis à extensão do mesmo direito, qual seja, o de continuar no serviço público após a aposentação, a exemplo do que já ocorre com os empregados privados e públicos. Nunca é demais repetir que os empregados privados e os empregados públicos, ao se aposentarem por tempo de contribuição pelo RGPS, podem permanecer no emprego. Os servidores municipais titulares de cargos efetivos, de outro lado, embora estáveis no serviço público e submetidos à mesma legislação previdenciária, estão sendo exonerados do cargo público a partir da concessão do mesmo benefício previdenciário.

O fundamento utilizado pelas autoridades municipais para extinguir o vínculo jurídico do servidor é, via de regra, o § 10 do art. 37 da Constituição Federal, assim literalmente posto:

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.

Tal interpretação, vênua, merece ser contestada por afrontar o princípio da legalidade, uma vez que o dispositivo constitucional utilizado nem de longe se aplica ao caso sob análise. É bom lembrar que estamos falando de servidor titular de cargo efetivo vinculado ao RGPS e que a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, nesse caso, decorre do art. 201, e não do art. 40 da Constituição Federal.

Com efeito, quem paga os proventos da aposentadoria dos aposentados pelo RGPS é o Instituto Nacional do Seguro Social, de modo que o § 10 do art. 37 da Constituição Federal não se presta para determinar a extinção do vínculo de servidores municipais titulares de cargos efetivos vinculados ao RGPS, uma vez que a redação refere-se à vedação da percepção simultânea de proventos de aposentadorias decorrentes do art. 40 com a remuneração de cargo efetivo, o que não é o caso, pois as aposentadorias concedidas pelo RGPS, como já salientado, decorrem do art. 201 da Constituição Federal.

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE/SC, de outro lado, firmou entendimento, por meio do Prejulgado nº 1.921, que o servidor estatutário que se aposente voluntária ou compulsoriamente pelo Regime Geral de Previdência Social deve ser desligado do serviço público, sob o argumento de que a aposentadoria é uma situação que gera a vacância do cargo, independentemente do regime previdenciário em que se encontra o servidor.

A interpretação do TCE/SC, pelo que se deduz, está ancorada em dispositivos de lei inseridos nos Estatutos de Servidores Públicos Municipais que tratam da vacância de cargos públicos.

Referidos Estatutos, aclare-se, foram aprovados nos mesmos termos do Estatuto dos Servidores da União, Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e, no que diz respeito à vacância, está assim redigido o seu art. 33: “A vacância do cargo público decorrerá de: I – exoneração; II – demissão; III – promoção; IV – (Revogado); V – (Revogado); VI – readaptação; VII – *aposentadoria*; VIII – posse em outro cargo inacumulável; IX – falecimento” (sem destaque no original).

A vacância de cargo em decorrência de aposentadoria, contudo, se aplica tão somente aos servidores titulares de cargo efetivo do Governo Federal e dos Municípios que possuem Regime Próprio de Previdência Social, em obediência aos arts. 37, § 10 e 40 da Constituição Federal.

Com efeito, os servidores dos Municípios vinculados ao RGPS, a meu juízo, não podem ser alcançados pela sobredita regra, uma vez que a legislação previdenciária não exige mais o afastamento do segurado para conceder a aposentadoria, exceto se se tratar de aposentadoria por invalidez, aposentadoria compulsória (70 anos) ou de aposentadoria especial. Além disso, frise-se, que o texto constitucional não veda a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do RGPS com a remuneração de cargo público.

A orientação do TCE/SC é, portanto, equivocada e lesiva aos servidores titulares de cargos efetivos que se aposentam pelo RGPS. Não havendo motivação no ordenamento jurídico brasileiro que justifique a extinção do vínculo institucional do servidor aposentado pelo RGPS, não há que se falar em vacância, pois esta só ocorre quando há, efetivamente, a desocupação do cargo.

Entendo, pois, que a redação do art. 33 da Lei nº 8.112/90, aprovada também nos Municípios brasileiros, deva ser alterada, notadamente naqueles Municípios que estão submetidos à legislação do INSS. A alteração, ora sugerida, diz respeito à revogação do inciso que traz a expressão “aposentadoria”, uma vez que o referido Estatuto fora aprovado ao tempo em que o Município era o responsável pelo pagamento das aposentadorias de seus servidores ou porque havia na época, em seu âmbito, o Regime Próprio de Previdência Social.

Acrescente-se às teses delineadas alhures a exigência de concurso público de provas ou de provas e títulos, tanto dos servidores titulares de cargos efetivos como dos empregados públicos, para o ingresso na Administração Pública direta e indireta.

As semelhanças não param por aí, vez que às duas espécies de trabalhadores aplica-se o art. 41 da Constituição Federal. Em relação aos empregados públicos, por sinal, a Súmula nº 390 do TST, em seu inciso I, já consolidou o entendimento no sentido de que o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

Observa-se, ademais, que as características citadas foram sopesadas pelos Tribunais Superiores quando do julgamento que assegurou aos empregados públicos celetistas da administração indireta o direito de permanecerem na atividade, mesmo depois da obtenção do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição.

Nesse sentido, infere-se pela existência de uma estreita relação de ordem legal e administrativa entre as duas categorias de trabalhadores, exceto quanto ao regime jurídico de trabalho. Esse, entretanto, consoante se extrai dos acórdãos transcritos, não tem o escopo de influenciar na concessão dos benefícios previdenciários.

Por todas as razões acima, entendo que o servidor municipal titular de cargo efetivo que vier a se aposentar pelo RGPS tem o direito constitucional e legal de não ser exonerado do cargo público e, por via de consequência, de permanecer no serviço público até o atingimento da idade-limite (70 anos), salvo se incorrer nas situações previstas no § 1º do art. 41 da Constituição Federal ou, por iniciativa própria, solicitar o seu desligamento no ato da concessão da aposentadoria ou a qualquer tempo a partir dela.

CONCLUSÃO

A exoneração de servidor público titular de cargo efetivo, em decorrência da aposentadoria por tempo de contribuição, salvo se o mesmo a solicitar, é

totalmente arbitrária e integralmente divorciada dos preceitos constitucionais e legais vigentes. Senão, vejamos:

- a) os regimes jurídicos de trabalho (celetista e estatutário) não podem ser confundidos com os regimes de previdência (RGPS e RPPS);
- b) a aposentadoria por tempo de contribuição, concedida pelo RGPS, não é causa de perda de cargo público, pois não está incluída no § 1º do art. 41, da Constituição Federal;
- c) a legislação previdenciária não exige mais o afastamento do segurado para receber a aposentadoria, exceto se se tratar de aposentadoria por invalidez, aposentadoria compulsória (70 anos) ou aposentadoria especial, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.213/1991;
- d) o texto constitucional não veda a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) com a remuneração de cargo público, logo inaplicável o disposto no art. 40 da Constituição Federal;
- e) a vedação prevista no § 10 do art. 37 da Constituição Federal não alcança os servidores titulares de cargos efetivos aposentados pelo RGPS, posto que tal dispositivo constitucional aplica-se, tão somente, aos servidores vinculados a Regime Próprio de Previdência Social (RPPS);
- f) o ato que põe fim ao vínculo jurídico sem a observância de um processo administrativo não se presta para validar o desligamento de qualquer servidor estável.

Ante todo o exposto, entendo, salvo melhor juízo, que o direito dos empregados privados e dos empregados públicos, qual seja, o de continuar no emprego e no serviço público, respectivamente, após a obtenção do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, é extensivo também aos servidores titulares de cargos efetivos, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.