

## NOTA TÉCNICA Nº 03/2013/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS

Brasília, 28 de agosto de 2013.

### EMENTA

DA MUDANÇA DE REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DO REGIME GERAL PARA O REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Implicações e desdobramentos decorrentes da alteração do regime previdenciário dos servidores públicos municipais, em face da instituição de Regime Próprio de Previdência Social.

### INTRODUÇÃO

Esta Nota tem o propósito de orientar especialmente o Município que planeja instituir o regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal de 1988, tendo em vista relevantes implicações e desdobramentos relacionados à mudança de regime previdenciário do Regime Geral para o Regime Próprio de Previdência Social, sem a pretensão de abranger todas as questões jurídicas concernentes a esse tema, mesmo porque a referida mudança tem-se revelado fonte inexaurível de novas situações práticas.

2. É, portanto, principalmente sob um ponto de vista prospectivo, *de lege ferenda*, que esta Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS, no uso da competência atribuída à União pelo art. 9º da Lei nº 9.717, de 1998, por intermédio do Ministério da Previdência Social - MPS, edita a presente Nota Técnica, a par das regras gerais já estabelecidas em matéria de Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, sob supervisão e acompanhamento desta Pasta, considerando que todos os Estados e o Distrito Federal já instituíram RPPS, e que este é o caminho trilhado por quase dois mil municípios brasileiros.

3. Sendo este o fim que se colima, vejamos os temas selecionados nesta Nota.

### I - DA INSTITUIÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO ESTATUTÁRIO E DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

4. De acordo com a Constituição Federal de 1988, os Municípios têm competência para criar regime próprio de previdência social (art. 24, XII; art. 30, I e II; art.

40; e art. 149, § 1º), destinado a amparar o servidor civil titular de cargo efetivo<sup>1</sup>, mediante lei municipal em sentido estrito<sup>2</sup>, que observará as disposições da Constituição Federal de 1988 para esse regime, sejam elas permanentes ou transitórias, bem como as regras gerais editadas pela União (art. 24, § 1º).

5. Como o âmbito subjetivo de proteção do regime próprio é o servidor titular de cargo efetivo, importa que o Município deverá adotar o regime jurídico estatutário, porque este regime é o aplicável no caso de cargo, como preleciona Lucas Rocha Furtado (grifos no original): “[...] a existência do cargo público está condicionada à adoção de *regime jurídico estatutário*, vale dizer, de *regime jurídico público*”<sup>3</sup>.

6. Atualmente, após a decisão proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal - STF no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2.135/DF, realizado em 02.08.2007, o Município que passar a adotar o regime estatutário deverá fazê-lo como único regime funcional, porque a possibilidade de um regime dual (estatutário e celetista), anteriormente assegurada pela reforma administrativa decorrente da Emenda Constitucional - EC nº 19/1998<sup>4</sup>, foi abolida por este julgado, que restabeleceu a eficácia da redação originária do art. 39 da Carta Magna<sup>5</sup>, *ex nunc*, isto é, a partir da referida decisão, conforme o seguinte Acórdão<sup>6</sup>:

**ADI 2.135-MC / DF  
ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas

---

<sup>1</sup> A cobertura previdenciária pelo RPPS municipal determina a exclusão do servidor, *ex vi legis*, do Regime Geral, nos termos do art. 12, *caput*, da Lei nº 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”.

<sup>2</sup> Consoante o Parecer da Consultoria Jurídica do MPS nº 3.165 (DOU de 31/10/2003), aprovado pelo Ministro da Pasta, com a seguinte ementa: *Regimes Próprios de Previdência Social. Momento de criação, para fins de exclusão do Regime Geral. Necessidade de edição de lei em sentido estrito. 1 - Considera-se instituído o regime próprio de previdência social, para os fins liberatórios da proteção do servidor e das contribuições deste e da entidade pública para a qual trabalhe (arts. 12 da Lei nº 8.213/91 e 13 da Lei nº 8.212/91), a partir da vigência da lei, em sentido estrito, do Estado ou do Município, que estabeleça o regime previdenciário local. 2 - Impossibilidade de consideração, para os fins acima especificados, das normas de aposentadorias e pensão por morte constantes da Constituição Federal, de Constituições Estaduais ou de Leis Orgânicas Municipais. Absorção obrigatória do art. 40 da Constituição Federal pelas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo para iniciativa de leis que disponham sobre aposentadoria de servidores públicos (art. 61, parágrafo 1º, II, “c”, da Constituição Federal). 3 - Invalidação do Parecer MPS/CJ nº 2.955/03.*

<sup>3</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.715.

<sup>4</sup> Releva destacar ainda, segundo a abalizada doutrina de Lucas Rocha Furtado (Ob. cit., p. 720), que essa mesma reforma administrativa, de 1998, ao acrescentar o art. 247 ao corpo permanente da CF, trouxe uma *vedação constitucional implícita*, pois estaria insito a este preceito que, para o exercício de atividades típicas de Estado (ou exclusivas, como consta de sua redação), seria obrigatória a adoção do regime do cargo público, eis que o referido dispositivo determinou o estabelecimento de critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelos servidores que desenvolvessem tais atividades, nas leis a serem editadas para as seguintes hipóteses: não aproveitamento na avaliação periódica de desempenho (art. 41, § 1º, III); e excesso de despesa do ente político com pessoal ativo e inativo (art. 169, § 7º). Ou seja, seria vedada a adoção do regime da CLT no caso de atividade exclusiva de Estado, como a dos servidores cuja área de atuação é o exercício da polícia administrativa (poder de polícia / atividade ordenadora).

<sup>5</sup> Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2135 MC / DF. Relator: Néri da Silveira. Relator p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

taquigráficas, por maioria de votos, deferir parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira. O tribunal assentou, também, que a decisão – como é próprio das medidas cautelares – terá efeitos ex nunc, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa.

Brasília, 02 de agosto de 2007.

7. É certo que a interpretação sobre qual seria o regime jurídico único, exigido pela redação originária do art. 39 da Constituição Federal, vacilava entre o regime celetista e o estatutário, como assevera José dos Santos Carvalho Filho (grifos no original)<sup>7</sup>:

Em sua redação originária, dispunha o art. 39, *caput*, da CF, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam instituir, no âmbito de sua competência, *regime jurídico único* e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Muita polêmica se originou desse mandamento, porquanto, não tendo sido suficientemente claro, permitiu o entendimento, para uns, de que o único regime deveria ser o estatutário, e para outros o de que a pessoa federativa poderia eleger o regime adequado, desde que fosse o único. Na verdade, nunca foi dirimida a dúvida. O certo é que havia entidades políticas em que se adotou o regime estatutário, ao lado de outras (sobretudo Municípios), nas quais adotado foi o regime trabalhista.

8. Mas, o entendimento que parece ter prevalecido na Corte Suprema é que a exigência constitucional de unicidade se refere ao regime jurídico estatutário, e não ao celetista. Neste sentido, vejamos os seguintes trechos do debate entre Ministros do col. STF, no julgamento da Reclamação nº 5.381, ocorrido em 17.03.2008<sup>8</sup>:

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – O Senhor Ministro-Relator me permite?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – Pois não.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Vamos voltar. Quando foi promulgada, a Constituição estabelecia, no artigo 39, o que desde 2 de agosto de 2007 este Plenário decidiu, suspendendo os efeitos da norma que tinha sido introduzida pela Emenda n. 19, e voltando, portanto, ao regime jurídico único.

[...]

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – [...] Então, Excelência, pedi este aparte apenas para enfatizar que a doutrina e a jurisprudência sempre fizeram referência ao fato de que a relação jurídico-administrativa não comportava nada de regime celetista, máxime em se tratando de situações posteriores à Constituição de 1988, em cuja norma, inicialmente redigida no artigo 39, não se poderia ter senão o regime estatutário ou o regime jurídico-administrativo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – Esse “ou” a que Vossa Excelência se refere está na ADI também. Esse “ou” é sinônimo ou não? Vossa Excelência está dizendo regime jurídico estatutário.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Estou acentuando o que colho desse artigo 37, com o que era a norma do artigo 39, que, nesse caso, só suscitou questões, na doutrina e na própria jurisprudência, quando veio a Emenda Constitucional n. 19. Aí, sim, porque surgiu de novo a figura do empregado e este seria sujeito ao regime celetista; mas não é este o caso. E, mesmo nesses casos, depois da nossa decisão de agosto

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 547.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 5381/AM. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

de 2007, quando foram suspensos os efeitos da Emenda Constitucional n. 19 para retornar ao regime jurídico único, não há como, no sistema jurídico-administrativo brasileiro constitucionalmente posto, comportar essas contratações pelo regime da CLT.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Vossa Excelência me permite?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Claro.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Agora vou esclarecer por que dei aquela resposta a Vossa Excelência. Foi porque, naquela época [em que a liminar exarada pelo Exmo. Ministro Nelson Jobim, na Medida Cautelar na ADI 3.395/DF, foi referendada pelo Tribunal Pleno do STF, isto é, em 05.04.2006], ainda não nos tínhamos pronunciado sobre a alteração do artigo 39, de modo que havia excepcionalmente casos que poderíamos entender regidos pela CLT. Mas hoje isso é absolutamente impossível, porque reconhecemos que a redação originária do artigo 39 prevalece. Em suma, não há possibilidade, na relação jurídica entre servidor e o Poder Público, seja ele permanente ou temporário, de ser regido senão pela legislação administrativa. Chame-se a isso relação estatutária, jurídico-administrativa, ou outro nome qualquer, o certo é que não há relação contratual sujeita à CLT.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – No âmbito da Administração Pública, com aquela última decisão que tomamos.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Restabelecendo a necessidade da redação originária do artigo 39.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Ministro Cezar Peluso, eu gostaria de citar que este Supremo Tribunal vem mantendo essa linha.

## **II - DOS SERVIDORES AMPARADOS PELO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - RPPS**

9. Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, a cobertura previdenciária dos regimes próprios de previdência social já instituídos, ou a serem criados, teve o seu alcance restrito aos servidores titulares de cargos efetivos, consoante o novo modelo de previdência no serviço público estabelecido por essa reforma previdenciária. A redação que ela conferiu ao *caput* do art. 40 da Constituição Federal, e o dispositivo do parágrafo 13, que acresceu ao mesmo artigo, combinados, definem bem os sujeitos incluídos e os excluídos da relação de vinculação ou filiação previdenciária a regime próprio, nestes termos:

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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada ao *caput* pela Emenda Constitucional nº 20/98, DOU 16.12.1998)<sup>9</sup>

...

§ 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. (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/98)

...

---

<sup>9</sup> A nova redação dada ao *caput* do art. 40 da Constituição pela EC nº 41, de 2003, não modificou a norma de filiação previdenciária sob análise. Confira-se: *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.*

10. É possível que tal norma de filiação, advinda da Reforma Previdenciária de 1998, tenha sido motivada por ambas estas características do vínculo do servidor titular de cargo efetivo com a Administração Pública: a sua natureza estatutária e o seu caráter de permanência, que não se reúnem, concomitantemente, nos casos dos demais vínculos dos agentes públicos citados no § 13 do art. 40 da Constituição. Assim é que a relação jurídica do empregado público é contratual (celetista); já quanto ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário, ainda que sujeitos ao regime estatutário ou jurídico-administrativo, a sua forma de provimento é eminentemente precária, além disso, em princípio, a relação de trabalho é temporária.

11. Ressalte-se que a lei nacional sobre regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social, Lei nº 9.717, de 1998, impôs a todos os entes políticos da federação, inclusive a União, o critério geral de cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos, conforme o seu art. 1º, inciso V<sup>10</sup>.

12. Contudo, excepcionalmente, desde que expressamente regidos pelo estatuto dos servidores do ente federativo, são considerados validamente filiados ao RPPS: o servidor estável, abrangido pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT<sup>11</sup>; e o servidor admitido até 5.10.1988, que não tenha cumprido, nesta data, o tempo previsto para aquisição de estabilidade no serviço público. Este posicionamento está de acordo com o Parecer da Advocacia-Geral da União, GM nº 30, de 2002, inclusive, com o art. 12 da Orientação Normativa nº 2/2009 desta Secretaria de Políticas de Previdência Social.

13. Afora tais casos, aos quais se reporta o Parecer AGU/GM nº 30, acrescentamos o do servidor que titulariza cargo público, não provido na forma regulada no art. 37 da Constituição (pela via do concurso público), mas em razão de “lei de efetivação”, cuja vinculação ao RPPS dar-se-á também em conformidade com a tese jurídica exposta naquele Parecer, e, a nosso ver, até que a jurisdição constitucional se manifeste sobre a validade dessa espécie de vínculo, conforme o item III desta Nota Técnica, onde expomos os fundamentos desta asserção.

14. Mas, nesta última hipótese, acerca de lei de efetivação, se a investidura de servidor ex-celetista em cargo efetivo alcançar aquele cujo ingresso no serviço público ocorreu mediante concurso público, na forma do art. 37 da CF/1988, há o singular precedente da ADI 1.150/RS, em que o col. STF deu interpretação conforme à Constituição para admitir essa transposição decorrente da implantação do regime jurídico único (numa leitura *a contrario sensu* desta decisão), o que implica a validade da filiação, em caráter

---

<sup>10</sup> Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios: [...] V - cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedado o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios; [...].

<sup>11</sup> Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no artigo 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º. O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º. O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do caput deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º. O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

definitivo, ao regime previdenciário próprio. Esta matéria também é desenvolvida no bojo do referido item III.

### **III - DA VINCULAÇÃO DE SERVIDORES NÃO EFETIVOS AO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - RPPS DO MUNICÍPIO**

15. Ao instituir regime próprio de previdência social, por lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Municipal<sup>12</sup>, a municipalidade poderá deparar-se com questões funcionais concernentes à validade da filiação de determinados servidores públicos estatutários.

16. Uma situação recorrente é a cobertura previdenciária conferida pelo RPPS ao servidor ex-celetista, contratado sem concurso público, que, por ocasião da instituição do regime jurídico único estatutário, teve o seu emprego público transformado em cargo do quadro funcional da Administração Direta do Município, de suas Autarquias e Fundações Públicas<sup>13</sup>.

17. Ainda que a referida categoria funcional de servidor público trabalhista (ou celetista) venha a ter a sua relação jurídica de trabalho disciplinada por estatuto, e passe a ocupar cargo efetivo, não se trata de servidor efetivo, porque a efetividade somente é adquirida com a nomeação para cargo público após aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, na forma do art. 37, II, da Constituição Federal de 1988. A esse respeito, confira-se o entendimento da Corte Suprema:

Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 1.695/Paraná<sup>14</sup>

**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. TEMPO DE SERVIÇO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE INICIATIVA. LEI 10219/92. REGIME CELETISTA. EQUIPARAÇÃO AOS EFETIVOS.

1. Regime Jurídico. Servidor Público Estadual. Competência Privativa do Chefe do Poder Executivo. Ofende o princípio da reserva de iniciativa a eventual ampliação de incidência de vantagens funcionais sem a participação ativa do Poder competente.

2. Regime celetista. Equiparação. Os servidores oriundos do regime celetista, mesmo considerados estáveis no serviço público, enquanto nesta situação, não se equiparam aos efetivos, no que concerne aos efeitos legais que dependam da efetividade.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte.

[excerto do voto condutor na ADI 1.695/PR]

15. Não há que se confundir estabilidade com efetividade. Esta é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação, enquanto aquela é aderência no serviço público, posteriormente ao preenchimento dos requisitos legais. A efetividade é adquirida com a nomeação para cargo público após aprovação em concurso público, na forma dos artigos 37, II, e 41, da Constituição Federal. A estabilidade configura-se depois de decorrido o prazo a que alude esta última regra ou na hipótese do artigo 19 do ADCT-CF/88.

<sup>12</sup> Por simetria em relação ao disposto no art. 61, § 1º, II, c, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a iniciativa privativa do Presidente da República para as leis que disponham sobre os servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria, a iniciativa, no âmbito do Município, é privativa do Prefeito, consoante o princípio da simetria federativa de competências e o Parecer da Consultoria Jurídica do MPS nº 3.165/2003.

<sup>13</sup> A aludida transformação não se estende ao celetista contratado por empresa pública ou sociedade de economia mista, porque o inciso II do § 1º do art. 173 da CF/1988 determina a sujeição destes integrantes da Administração Indireta ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1695/PR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa. Acórdão de 3 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

16. Os servidores que tiveram seus empregos públicos transformados em cargos não são efetivos, ainda que sejam detentores da estabilidade excepcional prevista nas disposições transitórias. Isso porque, embora tenham passado a ocupar cargos públicos, não exercem aqueles de provimento efetivo reservados apenas aos nomeados após aprovação em concurso público. A efetividade leva à estabilidade, mas o contrário não se verifica. Tanto que o § 1º do mencionado artigo 19 prevê a contagem do tempo de serviço sob referida condição como título, *quando os servidores se submeterem a concurso para fins de efetivação*. Esse entendimento restou consagrado no julgamento do RE 167635, de que fui relator, publicado no DJ de 07.02.97.

Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 2.433/ Rio Grande do Norte<sup>15</sup>

**EMENTA:** INVESTIDURA EM CARGO PÚBLICO EFETIVO. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL E EFETIVIDADE. PRECEDENTES.

1. Ascensão funcional ou acesso a cargos diversos da carreira e possibilidade de transferência ou aproveitamento de serventuários em cargos efetivos do quadro permanente do Tribunal de Justiça. Hipóteses de provimento de cargo público derivado, banidas do ordenamento jurídico pela Carta de 1988 (CF, artigo 37, II), Precedentes: RE 179.530 – SC, Ilmar Galvão (DJ de 7.2.97); ADI 402-DF, Moreira Alves (DJ de 20.4.01), *inter plures*.

2. A estabilidade excepcional prevista no artigo 19 do ADCT / 88 não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público. Precedentes: RE nº 181.883-CE, Maurício Corrêa (DJ de 27.02.98); ADIs 88-MG, Moreira Alves (DJ de 08.09.00) e 186-PR, Francisco Rezek (DJ de 15.09.95).  
[...].

Recurso Extraordinário - Agravo Regimental – RE 167.637 AgR / Pará<sup>16</sup>

**EMENTA:** Recurso extraordinário inadmitido. 2. Servidor público admitido pelo Poder Executivo Estadual sem concurso público. 3. Redistribuição para a Assembleia Legislativa. Efetivação na carreira por ato da Mesa Legislativa. 4. Anulação do ato, por inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal. 5. Precedentes do STF. Agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

18. Assim, até mesmo os servidores públicos celetistas que adquiriram estabilidade extraordinária, nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT da CF/1988, não são efetivos, a menos que se submetam a concurso para fins de efetivação, a que se refere o § 1º deste artigo<sup>17</sup>. Os julgados infracitados do Supremo Tribunal Federal confirmam essa asserção:

RE nº 181.883-2 / Ceará<sup>18</sup>

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2433/RN. Tribunal Pleno. Relator: Min. Maurício Corrêa. Acórdão de 23 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 167637/PA. Segunda Turma. Relator: Min. Néri da Silveira. Acórdão 21 de março 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 2 maio 2013.

<sup>17</sup> Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no artigo 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º. O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

[...].

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 181883/CE. Relator: Min. Maurício Corrêa. Segunda Turma. Acórdão de 25 de novembro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

EMENTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL: ART.19 DO ADCT-CF/88. EFETIVIDADE: NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO.

1. O preceito do art. 19 do ADCT-CF/88 deferiu a estabilidade aos servidores que não foram admitidos no serviço público na forma do art. 37, II da Carta Federal, mas a efetividade somente se adquire mediante aprovação em concurso público. [...]

ADI 114/Paraná [Excerto do voto condutor]<sup>19</sup>

c) a estabilidade de servidores públicos (art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e art. 41 da Constituição da República) não se confunde com a efetivação, qualidade de cargo público provido mediante concurso público.

ADI 289/Ceará<sup>20</sup>

EMENTA. [...] II. Estabilidade excepcional (Art. 19 ADCT): não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público (v.g. RE 181.883, 2ª T., Corrêa, DJ 27.02.98; ADIns. 88-MG, Moreira, DJ 08.09.00; 186-PR, Rezek, DJ 15.09.95; 2433-MC, Corrêa, DJ 24.8.01). [...].

19. Sem embargo da falta de efetividade antes referida, parece-nos que a mudança do vínculo de trabalho do servidor, de uma base contratual (celetista) para o regime estatutário, é de per si válida em face da Constituição<sup>21</sup>, porque cumpre a exigência de instituição do regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, fundamentada na redação originária do art. 39 da Carta Magna<sup>22</sup>, cujo preceito voltou a ter plena eficácia a partir da decisão proferida pelo e. STF no julgamento da Medida Cautelar na ADI 2.135/DF, realizado em 02.08.2007<sup>23</sup>.

20. Observe-se que o art. 24 do ADCT da CF/1988 determina a compatibilização dos quadros de pessoal dos entes federativos ao regime jurídico único, com esta redação:

**Art. 24.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editarão leis que estabeleçam critérios para a compatibilização de seus quadros de pessoal ao disposto no artigo 39 da Constituição e à reforma administrativa dela decorrente, no prazo de dezoito meses, contados da sua promulgação.

21. Mas isto não impediu que o Supremo Tribunal Federal considerasse **inconstitucional** a investidura de servidores não concursados nos cargos efetivos recém-criados com a instituição de regime jurídico único, a exemplo deste julgado<sup>24</sup>:

**EMENTA:** Ação direta de inconstitucionalidade, §§ 3º e 4º do artigo 276 da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul.

- Inconstitucionalidade da expressão “operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes” contida no § 2º do artigo 276, porque essa transposição automática equivale ao aproveitamento de servidores não concursados em cargos para cuja investidura a Constituição exige os concursos aludidos no artigo 37, II, de sua parte permanente e no § 1º do artigo 19 de seu ADCT.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 114/PR. Relator: Min. Carmen Lúcia. Plenário. Acórdão de 26 de novembro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 289/CE. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Plenário. Acórdão de 9 de fevereiro de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

<sup>21</sup> Note-se que o colendo Superior Tribunal de Justiça já assentou a possibilidade de o ente político transformar o regime celetista de emprego público no regime estatutário de cargo público. Vejam-se estes julgados: AgRg no AREsp 145755/SE; REsp 1009437/MG; e RMS 25996/PR.

<sup>22</sup> Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

<sup>23</sup> Ver *supra*, item I, no parágrafo nº 6, a transcrição do Acórdão.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1150/RS. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 29 abr. 2013.



...

[Excerto do voto condutor]

1. Reza o artigo 276, § 2º, da Lei nº 10.098/94 do Estado do Rio Grande do Sul:

“Art. 276 - .....

§ 2º – Os cargos ocupados pelos nomeados interinamente e as funções correspondentes aos extranumerários e contratados de que trata este artigo, ficam transformados em cargos de provimento efetivo, em classe inicial, em número certo, operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes, observada a identidade de denominação e equivalência das atribuições com cargos correspondentes dos respectivos quadros de pessoal.”

A expressão impugnada “operando-se automaticamente a transposição dos seus ocupantes”, que se refere aos nomeados interinamente para cargos públicos e aos extranumerários e contratados que ocupam funções que são transformadas em cargos de provimento efetivo, diz respeito, sem dúvida alguma, a servidores que não são concursados (art. 37, II, da Constituição) e que, ou também não foram estabilizados por força do disposto no artigo 19 do ADCT da atual Constituição, ou, se alguns o foram, não se submeteram ao concurso para fins de efetivação a que alude o citado dispositivo do ADCT.

Ora, a transposição automática a que se refere esse dispositivo equivale ao aproveitamento de servidores públicos não concursados em cargos para cuja investidura a atual Constituição exige a submissão aos concursos aludidos no artigo 37, II, de sua parte permanente e no § 1º do artigo 19 de seu ADCT.

Portanto, a expressão em causa (“operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes”) é inconstitucional por ofensa aos dispositivos constitucionais acima referidos.

22. Para determinadas modalidades de provimento derivado, a matéria foi inclusive sumulada pelo STF, nestes termos:

Súmula nº 685 - É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido<sup>25</sup>.

23. Devemos notar, porém, que o STF considerou válida a investidura de servidores ex-celetistas em cargos efetivos do regime jurídico único, desde que anteriormente submetidos a concurso público, na forma do art. 37, II, da CF/1988 ou do § 1º do art. 19 do ADCT. Confirma-se esse entendimento, *a contrario sensu*, no singular precedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.150/RS, que transcrevemos novamente, na parte que vem a propósito.

**EMENTA:** Ação direta de inconstitucionalidade, §§ 3º e 4º do artigo 276 da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul.

[...]

Ação que se julga procedente em parte, para declarar-se inconstitucional a expressão “operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes” contida no artigo 276, § 2º, da Lei 10.098, de 03.02.94, do Estado do Rio Grande do Sul, bem como para declarar que os §§ 3º e 4º desse mesmo artigo 276 (sendo que o último deles na redação que lhe foi dada pela Lei 10.248, de 30.08.94) só são constitucionais com a interpretação que exclua da aplicação deles as funções ou os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram ao concurso aludido no artigo 37, II, da parte permanente da Constituição, ou referido no § 1º do artigo 19 do seu ADCT.

---

<sup>25</sup> Como nos casos de transferência e a ascensão funcional para carreira diversa daquela para a qual o servidor ingressou por concurso, mas esta Súmula não se aplica, por exemplo, para a hipótese de promoção (que admite a progressão funcional vertical para cargos de carreira, agrupados e escalonados em classes).

[Excerto do voto condutor na ADI 1.150/RS]

1. Dispõe o § 3º do mesmo artigo 276 da Lei estadual:

“Art. 276 - .....

§ 3º – Nos órgãos em que já existia sistema de promoção para servidores celetistas, a transformação da respectiva função será para o cargo de provimento efetivo em classe correspondente.”

Esse dispositivo não distingue, para os efeitos da transposição decorrente da implantação do regime único, os concursados dos não concursados, razão por que, tendo em vista a exigência do artigo 37, II, da Carta Magna, e do § 1º do artigo 19 de seu ADCT, é de se dar ao texto em causa exegese conforme à Constituição, para excluir, da aplicação dele, interpretação que considere abrangidas, em seu alcance, as funções de servidores celetistas que não ingressaram nelas mediante o concurso a que aludem os referidos dispositivos constitucionais.

3. Preceitua o § 4º do mesmo artigo 276, na redação que foi dada pela Lei estadual nº 10.248, de 30 de agosto de 1994:

“Art. 276 - .....

§ 4º – Os cargos de provimento efetivo resultantes das disposições deste artigo, excetuados os providos na forma do artigo 6º, terão carreira de promoção própria, extinguindo-se à medida que vagarem, ressalvados os Quadros próprios, criados por lei, cujos cargos são providos no sistema de carreira, indistintamente, por servidores celetistas e estatutários.”

Esses cargos são aqueles cuja investidura não depende da aprovação prévia em concurso público, pois a exceção prevista nesse parágrafo ( “excetuados os providos na forma do artigo 6º”) é a relativa ao provimento por meio de concurso público exigido pelo referido artigo 6º, que reza: “A investidura em cargo público de provimento efetivo dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.”

Portanto, esse dispositivo, por via de consequência, é inconstitucional quanto aos cargos relativos aos servidores celetistas não concursados, em observância do disposto na Constituição Federal no art. 37 de sua parte permanente e no § 1º do artigo 19 de seu ADCT.

Daí, dever-se dar também a esse texto exegese conforme à Constituição para excluir, da aplicação dele, interpretação que considere abarcados em seu alcance os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram a concurso, nos termos dos dois dispositivos constitucionais acima citados.

24. Essa mesma linha interpretativa pode-se encontrar na jurisprudência dos Tribunais de Justiça que colacionamos abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL DE PEDRO CANÁRIO Nº 008/2008. REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. REGULAMENTAÇÃO. TRANSFORMAÇÃO DE EMPREGO PÚBLICO EM CARGO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. [...].

1. [...].

2. Não é inconstitucional, desde que interpretado conforme a Constituição Estadual, o artigo 264, caput, da Lei Complementar nº 008/2008 do Município de Pedro Canário, que prevê a transformação de emprego público em cargo público, se o servidor municipal celetista optar pelo regime estatutário.

3. É constitucional a transformação de emprego público em cargo público, se os ocupantes dos empregos públicos forem: (a) servidores municipais celetistas que, em 5.10.1988, contavam com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público; e (b) servidores municipais celetistas que ingressaram no serviço público mediante concurso público. Precedentes do STF.

4. Outras interpretações são inconstitucionais e ficam afastadas.

[...].<sup>26</sup>

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR N. 378/2012, DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA (CONURB) TRANSFORMADA NA AUTARQUIA DENOMINADA INSTITUTO DE TRÂNSITO E TRANSPORTE (ITTRAN) E ABSORÇÃO DA EXTINTA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE VIGILÂNCIA - TRANSFORMAÇÃO DE EMPREGOS SUBMETIDOS AO REGIME CELETISTA EM CARGOS PÚBLICOS DE PROVIMENTO EFETIVO SOB REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO - POSSIBILIDADE APENAS PARA OS QUE SE SUBMETERAM A CONCURSO PÚBLICO [...].

Transformada a empresa pública ou a sociedade de economia mista municipal em autarquia, especialmente para cuidar de serviços públicos indelegáveis, como é o caso do Instituto de Trânsito e Transporte do Município de Joinville, nada impede a transformação de empregos públicos em cargos públicos de provimento efetivo, com aproveitamento e enquadramento, no regime estatutário, apenas dos empregados optantes que na origem se submeteram a concurso público, desde que sejam idênticos os vencimentos e similares as respectivas atribuições, afastando-se, portanto, a "transposição automática". [...].<sup>27</sup>

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO TRANSFORMAÇÃO DOS EMPREGOS PÚBLICOS EM CARGOS PÚBLICOS LEI MUNICIPAL N. 8.277/02 POSSIBILIDADE [...].

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados, ACORDAM, os Exmos. Desembargadores que integram o Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por unanimidade, dar interpretação conforme a Constituição para dizer que a transformação dos empregos públicos em cargos públicos determinado [sic] pela Lei Municipal n. 8.277/02 somente é possível em no caso de servidor efetivado por meio de concurso público, sem possibilidade de provimento de forma derivada ao cargo público; e a possibilidade de migração dos empregados públicos efetivos da autarquia especial criada do regime celetistas [sic] para o estatutário municipal é opção que se enquadra na linha de constitucionalidade desde aplicável os princípios do concurso público (artigo 34, § 1º da Constituição do Estado do Pará) e da reserva legal (artigo 44, VIII da Lei Orgânica do Município de Belém); e conhecer da Ação Direta de Inconstitucionalidade e julgá-la improcedente, na conformidade do Relatório e Voto, que passam a integrar o presente Acórdão, e das Notas Taquigráficas arquivadas.<sup>28</sup>

25. Então, particular atenção merece a forma de investidura nos cargos efetivos da Administração Direta dos Municípios, de suas Autarquias e Fundações Públicas. Isso porque, ao prescindir da realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, para o provimento de cargos efetivos, a norma municipal poderá ter a sua inconstitucionalidade pronunciada em face da Constituição Estadual, pelo Tribunal de Justiça do Estado, em controle concentrado/abstrato ou difuso/concreto; ou ainda, no caso de recurso extraordinário ao STF contra decisão de jurisdição constitucional estadual abstrata<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Ação de Inconstitucionalidade nº 100100002771. Relator: Des. Samuel Meira Brasil Júnior. Tribunal Pleno. Acórdão de 3 de maio de 2012. Disponível em: <[http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta\\_jurisprudencia/cons\\_jurisp.cfm](http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/cons_jurisp.cfm)>. Acesso em: 29 abr. 2013.

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2012.053647-8. Relator: Des. Jaime Ramos. Órgão Especial. Acórdão de 6 de março de 2013. Disponível em: <[http://www.tj.sc.gov.br/jur/consulta\\_tribunal.htm](http://www.tj.sc.gov.br/jur/consulta_tribunal.htm)> Acesso em: 29 abr. 2013.

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.3.002524-3. Relator: Des. Luzia Nadja Guimaraes Nascimento. Tribunal Pleno. Acórdão de 21 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/consultasProcessuais/jurisprudencia/>> Acesso em: 30 abr. 2013.

<sup>29</sup> Esta última possibilidade, em que é cabível o recurso extraordinário em sede de ADI estadual, ocorre em relação às normas da Constituição Federal consideradas de reprodução obrigatória na Carta estadual, de acordo com a jurisprudência da Corte Suprema, conforme estes julgados: Rcl 383/SP, Pet 2788 AgR/RJ, RE 599633 AgR-AgR/DF, RE 586050 AgR/AC.

26. É de notar, no entanto, que a efetividade, adquirida com a nomeação para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, não pode ser considerada atributo necessário para fins de filiação do servidor a regime próprio de previdência social antes da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, haja vista que o seu fundamento é a nova redação que essa Emenda conferiu ao art. 40, *caput*, da Carta Magna, conforme o seguinte texto<sup>30</sup>:

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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

27. Não obstante o postulado constitucional do concurso público, que se qualifica, no dizer do Exmo. Ministro Celso de Mello, “como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II)”<sup>31</sup>, há exemplos, nos três níveis federativos, de cargos efetivos providos mediante “leis de efetivação”, isto é, independentemente de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

28. Agrava-se o quadro ao considerarmos que as jurisdições constitucionais estadual e federal retardam indefinidamente o controle de constitucionalidade de tais leis, dando ensejo a inúmeros casos de vinculação duradoura de servidores não efetivos a regime próprio de previdência social.

29. Tomemos para exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2968/DF, de 15.08.2003, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face do *caput* do art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990<sup>32</sup>, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. O fundamento jurídico do pedido consistiu em que o referido dispositivo do Regime Jurídico Único - RJU violou a exigência do art. 37, II, da Carta Magna, porquanto houve investidura em cargo público sem a prévia aprovação em concurso.

30. Não obstante a insegurança que essa situação traz aos servidores públicos investidos em cargos públicos do RJU da União, sem a prévia submissão a concurso, isto é, aos não efetivos, a impugnação do *caput* do art. 243 da Lei nº 8.112/1990, na ADI 2968, ainda está pendente de julgamento no STF.

---

<sup>30</sup> Essa interpretação se coaduna com a diretriz do § 1º do art. 11 da Orientação Normativa SPS nº 2, de 2009, redigida nestes termos:

**Art. 11.** O RPPS abrange, exclusivamente, o servidor público titular de cargo efetivo, o servidor inativo e seus dependentes.

§ 1º Até 15 de dezembro de 1998, data anterior a da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, o servidor público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão, de cargo temporário, de emprego público ou mandato eletivo poderia estar vinculado a RPPS que assegurasse, no mínimo, aposentadoria e pensão por morte, nos termos definidos em lei do ente federativo.

[...].

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1350/RO. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 7 maio 2013.

<sup>32</sup> **Art. 243.** Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

31. Ocorre que, editada há mais de vinte anos, a Lei nº 8.112/1990 tem fundamentado a concessão de benefícios previdenciários aos servidores não efetivos e aos seus dependentes, como aposentadorias e pensões estatutárias, porquanto não há óbice à aplicação daquele dispositivo impugnado na ADI 2968 (note-se que não foi suspensa a aplicação da norma, nem consta pedido de medida cautelar neste sentido<sup>33</sup>).

32. Em verdade, o estado de incerteza quanto à vinculação previdenciária de servidores que ingressaram nos quadros da Administração Pública federal, estadual e municipal, sem o devido concurso público, intensificou-se a partir da edição da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, porque essa Emenda restringiu a filiação a regime previdenciário próprio aos titulares de cargo efetivo.

33. No entanto, releva destacar que a condição de ser efetivado no cargo, via concurso público, não pareceu ao então Advogado-Geral da União, Gilmar Mendes, constituir pré-requisito indispensável para que o servidor pudesse estar coberto por regime próprio de previdência social, mesmo em face da nova redação dada ao art. 40 da Lei Maior pela EC nº 20/1998.

34. Assim é que a Advocacia-Geral da União pronunciou-se a favor da integração, no RPPS da União, dos servidores estáveis, na forma do art. 19 do ADCT, ainda que não efetivados pelo concurso previsto no § 1º deste artigo, bem como dos não estáveis, isto é, dos admitidos sem concurso público de provas ou de provas e títulos após o dia 5 de outubro de 1983, sendo eles mantidos sob o regime da Lei nº 8.112/1990. Confirma-se a síntese desse entendimento na ementa e respectiva conclusão do Parecer GM-30, de 2002<sup>34</sup>:

EMENTA: Direito Previdenciário. Regime próprio de previdência social. Servidores Públicos. Vinculação de servidores beneficiados pela estabilidade especial conferida pela Constituição de 1988 ao regime próprio de previdência social. Vinculação que independe da condição de efetividade. Conflito de competência e de interpretação entre o Ministério de Assistência e Previdência Social e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

#### IV – CONCLUSÃO

Do exposto, visto que a efetividade do servidor tem relação com a forma de admissão, não sendo, portanto, um pressuposto ou pré-requisito para considerar-se alguém servidor pleno ou não, conclui-se que os servidores titulares de cargos efetivos - ainda que não estáveis nem efetivados - possuem direito ao mesmo regime previdenciário dos demais servidores titulares de cargos efetivos, v.g., efetivos os cargos, não os servidores, efetivos ou efetivados por concurso público.

Com efeito, a nova redação do art. 40, § 13, da Constituição Federal, estabeleceu que, ao - servidor, ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação, bem como de outro cargo temporário ou emprego público aplica-se o regime geral de previdência social- (além de excepcionar os cargos em comissão e os empregos públicos, fez-se, para o regime que introduz, uma única distinção, apenas em relação a cargos e empregos temporários). Segue-se que aparentemente não há lugar para uma interpretação extensiva ser aplicada a uma tal restrição.

Brasília, 04 de abril de 2002.

GILMAR FERREIRA MENDES

Advogado-Geral da União

<sup>33</sup> Conforme o acompanhamento processual e a petição inicial digitalizada, disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 8 maio 2013.

<sup>34</sup> BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer GM nº 30, de 4 de abril de 2002. Diário Oficial da União - Eletrônico, Brasília, DF, 3 de abril de 2003, p. 15. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8426&ID\\_SITE=>](http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8426&ID_SITE=>)>. Acesso em: 10 maio 2013.

35. A sutileza da tese jurídica desse Parecer GM-30 está na dissociação entre titularidade de cargo efetivo e efetividade, sendo esse atributo do cargo somente alcançável mediante concurso, na forma do art. 37, II, da Carta Magna ou do § 1º do art. 19 de seu ADCT.

36. Com apoio nesse Parecer, sustentamos que as relações jurídicas previdenciárias constituídas, concernentes aos servidores que, por lei, foram feitos titulares de cargos sem concurso, e decorrentes de contingências verificadas até a eventual declaração de inconstitucionalidade das comentadas normas de efetivação, poderiam conservar-se validamente sob a regência do regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal, não se operando a solução de continuidade em relação aos benefícios concedidos, assim como àqueles cujos requisitos foram atendidos para a concessão.

37. Isso porque a situação a que aludimos não diz respeito ao risco social, mas à realização da própria contingência social (real ou presumida), cuja cobertura era assegurada pelo sistema previdenciário próprio a tais servidores, em contrapartida à sua contribuição. Também há de se considerar, em seu âmbito, a situação em que restaram satisfeitos os pressupostos legais exigidos pela norma de proteção social previdenciária, embora ainda não requerida pelo segurado a respectiva prestação.

38. Assim, na interpretação de normas do seguro social, como a de filiação a que se refere a redação atual do art. 40 da Lei Maior, que pressupõe a titularidade de cargo efetivo, é preciso sempre levar em conta os fins protecionistas do regime previdenciário, o direito fundamental à previdência social, o respeito à dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica.

39. É muito provável que tais princípios tenham inspirado a manifestação de mérito do ilustre Procurador-Geral da República, nos autos da ADI 2968/DF, pois, apesar de ter requerido a declaração de inconstitucionalidade do *caput* do art. 243 da Lei nº 8.112/1990, entendeu que deveria ser preservada a situação jurídica dos servidores não efetivos já aposentados sob a égide dessa norma impugnada, nestes termos (grifos no original)<sup>35</sup>:

32. É de se dizer, ainda, que não há como acolher o pedido de declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, sustentado pela Presidência da República e pela Advocacia-Geral da União. É que a norma do art. 243 da Lei nº 8.112/90 **se exauriu no momento da publicação daquela lei**, convertendo todos os servidores regidos pela Lei nº 1.711/52 e pela CLT ao regime jurídico que estabelecia.

33. Entretanto, **deve-se resguardar a situação jurídica daqueles servidores já aposentados** que, apesar de não terem se submetido a prévio concurso público, foram abrangidos pela alteração do regime jurídico do art. 243 da Lei nº 8.112/90, e em consequência da conversão foram qualificados como servidores públicos.

34. Na conformidade do disposto no enunciado da súmula nº 359 do STF, ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo que o militar ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

35. Como os requisitos necessários à concessão da aposentadoria foram reunidos sob a égide de norma que deve ser declarada inconstitucional na presente ação, a declaração de inconstitucionalidade do art. 243 da Lei nº 8.112/90 não deve surtir efeitos sobre as aposentadorias daqueles servidores qualificados como servidores públicos, mesmo sem a prévia aprovação em concurso público, pela tão só conversão do regime jurídico, pois os *“atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurarem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade”*.

---

<sup>35</sup> Conforme a manifestação do Procurador-Geral da República digitalizada, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 maio 2013.

40. Observemos ainda que a administração previdenciária federal já consentiu, em um importante precedente judicial, que servidores efetivados por lei permanecessem sob amparo de Regime Próprio de Previdência Social.

41. Trata-se do Acordo judicial entre o Estado de Minas Gerais, a União e o INSS, formalizado nos autos do Recurso Especial nº 1.135.162/MG<sup>36</sup>. Estão abrangidos nessa transação judicial, que foi homologada pelo egrégio STJ com resolução de mérito, por exemplo, os servidores efetivados pelos artigos 105 e 106 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais (acrescentados pelo art. 11 da Emenda à Constituição nº 49, de 2001)<sup>37</sup>, como se depreende do seguinte artigo da Resolução INSS nº 135, de 28.12.2010, que dispôs sobre critérios para a execução desse Acordo<sup>38</sup>:

**Art. 2º** Os servidores do Estado de Minas Gerais - incluindo suas Autarquias, Fundações, Ministério Público, Tribunal de Contas do Estado e todos os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário - efetivados nos termos da legislação mineira, especialmente aqueles enquadrados nas situações a seguir citadas, integram o Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais:

I - servidores a que se referem os arts. 105 e 106 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais;

[...].

42. Cumpre observar que, embora celebrado esse acordo, encontra-se pendente de julgamento a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3842 (cuja apreciação pelo STF dar-se-á conjuntamente com a ADI 2968/DF), que impugna, entre outros preceitos, o art. 11 da Emenda nº 49, de 2001, à Constituição do Estado de Minas Gerais, justamente na parte em que acrescenta ao ADCT da Carta Estadual os supracitados arts. 105 e 106<sup>39</sup>.

#### **IV - DA INSTITUIÇÃO DO REGIME PRÓPRIO EM MOMENTO ULTERIOR ÀS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS Nº 20, DE 1998, Nº 41, DE 2003, Nº 47, DE 2005 e Nº 70, DE 2012. LIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DAS RESPECTIVAS REGRAS CONSTITUCIONAIS**

43. A criação atual de regime previdenciário próprio, de par com a instituição do regime jurídico único, não proporcionará ao servidor ex-celetista que passar a titularizar

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Processual civil e tributário – petição que formaliza acordo entre o Estado de Minas Gerais, a União e o INSS – parecer positivo do Ministério Público – art. 269, inciso III, do Código de Processo Civil – transação homologada – prejudicado o agravo de fls. 513/518*. Resp 1135162/MG. Estado de Minas Gerais *versus* Fazenda Nacional. Relator: Min. Humberto Martins. DJ Eletrônico, 20 ago. 2010, p. 1806-1807. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com/diarios/14287621/pg-1806-superior-tribunal-de-justica-stj-de-20-08-2010>>. Acesso em: 13 maio 2013.

<sup>37</sup> Tais preceitos constitucionais alcançam os detentores de funções públicas da administração direta, autárquica e fundacional dos Poderes do Estado, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, admitidos por prazo indeterminado até 1º de agosto de 1990, data da instituição do regime jurídico único no Estado de Minas Gerais, os quais passaram a integrar o quadro efetivo de pessoal da administração pública estadual e a titularizar cargo público.

<sup>38</sup> Inclusive, podemos citar os processos nº 858456 (Rel. Cons. Adriene Andrade, Sessão de 20.11.2012) e nº 858077 (Rel. Auditor Licurgo Mourão, Sessão de 11.12.2012), em que se considerou válida a aplicação do referido Acordo, com a determinação de registro dos respectivos atos de aposentadoria pela Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, consoante as consultas processuais disponíveis em: <[http://www.tce.mg.gov.br/index.asp?cod\\_secao=5P&tipo=2&url=Pesquisa\\_Processo.asp&cod\\_secao\\_menu=5K](http://www.tce.mg.gov.br/index.asp?cod_secao=5P&tipo=2&url=Pesquisa_Processo.asp&cod_secao_menu=5K)> e <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota>>. Acesso em: 16 maio 2013.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3842/MG. *Por proposta do Relator, o Tribunal deliberou adiar o julgamento do feito para apreciação em conjunto com a ADI nº 2.968*. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 03.11.2010. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 maio 2013.

cargo público efetivo o direito à aplicação das regras constitucionais de transição das reformas previdenciárias das Emendas Constitucionais nºs 41, 47 e 70.

44. É uma restrição de direito que diz respeito basicamente ao sentido e alcance do requisito relacionado à **época de ingresso no serviço público**, que se encontra nas regras de transição dos arts. 2º, 6º e 6º-A da Emenda Constitucional nº 41 (este último artigo foi acrescentado pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 70), e, do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, conforme as respectivas redações transcritas abaixo:

**EC nº 41/2003**

Art. 2º Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher;

II - tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria;

III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e

b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea *a* deste inciso.

§ 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do *caput* terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, *a*, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção:

I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* até 31 de dezembro de 2005;

II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* a partir de 1º de janeiro de 2006.

§ 2º Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo.

§ 3º Na aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, contado com acréscimo de dezessete por cento, observado o disposto no § 1º deste artigo.

§ 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado o disposto no § 1º.

§ 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no *caput*, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal.

§ 6º Às aposentadorias concedidas de acordo com este artigo aplica-se o disposto no art. 40, § 8º, da Constituição Federal.

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei,



quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

- I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;
- II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
- III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e
- IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Parágrafo único. (Revogado pela Emenda Constitucional nº 47, de 05.07.2005, DOU 06.07.2005, com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003, DOU 31.12.2003 )

Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal .

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no caput o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores. (Artigo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 70, de 29.03.2012, DOU 30.03.2012 )

#### **EC nº 47/2005**

Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003 , o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

- I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
- II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;
- III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal , de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

45. No contexto das aludidas reformas previdenciárias, esta Secretaria considera correta a interpretação que limita o âmbito de aplicação do requisito relacionado à **época de ingresso no serviço público** tão somente aos servidores estatutários, titulares de cargo efetivo, porquanto os servidores celetistas, ocupantes de emprego público da Administração direta, autárquica ou fundacional do ente político foram excluídos, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, da proteção dos regimes próprios de previdência social, o que também importou a extinção do vínculo acaso existente com este regime previdenciário<sup>40 41</sup>.

---

<sup>40</sup> Pelo teor do dispositivo do § 13 do art. 40 da CF/1988, acrescido pela EC nº 20/1998, a exclusão do RPPS é consequência lógica da vinculação obrigatória ao RGPS, nestes termos:

*§ 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.*

<sup>41</sup> Assim, afigura-se válida a vinculação de servidor ocupante de emprego público a regime próprio até 15.12.1998. Neste sentido, confira-se o § 1º do art. 11 da Orientação Normativa SPS nº 2, de 2009:

46. Então, é certo que, a partir da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, os empregados públicos da Administração direta, autárquica ou fundacional não têm razão para nutrir qualquer expectativa de aposentação em regime previdenciário próprio, porque aquela reforma determinou a sua vinculação obrigatória ao Regime Geral. Ora, se nela foi decidida a sua exclusão do regime próprio de previdência do servidor, é equívoco sustentar que também lhes assegurou a aplicação de regras de transição pertinentes a este mesmo regime.

47. Portanto, as regras constitucionais de transição, transcritas acima, não se destinam aos servidores que, nos marcos temporais dos dias 16.12.1998 (que é o limite fixado pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 41 e art. 3º da Emenda Constitucional nº 47) e 31.12.2003 (termo final para os arts. 6º e 6º-A da Emenda Constitucional nº 41), estavam vinculados à Administração direta, autárquica ou fundacional do ente político por uma relação jurídica contratual (celetista), e não institucional.

48. Quando se trata, porém, do requisito de tempo cumprido no serviço público, não de ingresso, os preceitos dos artigos: 40, § 1º, III, da Constituição Federal; 6º, III, da Emenda Constitucional nº 41/2003; e 3º, II, da Emenda Constitucional nº 47/2005 estão todos eles se referindo tanto aos períodos prestados na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, quanto na Administração indireta, porque nestes casos o que é principal na matéria regulamentada é para quem foi prestada a atividade, de forma que possa restar caracterizado, ou não, **tempo de serviço público**, mas não importa qual a relação jurídica de trabalho que regeu essa mesma atividade: se celetista ou estatutária.

49. Em suma, as reformas previdenciárias das Emendas Constitucionais nºs 41, 47 e 70 se reportaram à época de ingresso no serviço público, mediante regras de transição, para salvaguardar expectativas de direito do servidor titular de cargo efetivo, esse que já era, ao tempo destas reformas, destinatário das regras constitucionais permanentes do sistema previdenciário próprio, e que permaneceria, neste regime, sujeito a novos requisitos (mais severos) para a aposentação. Ou seja, a noção de regra de transição não se coaduna com a de exclusão da filiação, *ab initio*, como ocorreu com o empregado público da Administração direta, autárquica e fundacional desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998. Mas, quando se fala em tempo de serviço público nestas Emendas, o seu alcance é maior, porque visa a proteger a atividade prestada sob esta especial qualificação, seja em regime contratual, de emprego público, ou estatutário, de cargo público.

50. Acerca desse tema, releva conhecer ainda o posicionamento do colendo Tribunal de Contas da União, que considera distintos os sentidos da expressão “serviço público” quando empregados, essencialmente, nas situações que identificamos como de ingresso no serviço público ou de cumprimento de tempo de serviço público, o que, a nosso ver, indica a correspondência entre o entendimento daquele Tribunal e o desta Secretaria de Políticas de Previdência Social, perfilhado na presente Nota Técnica. Vejam-se o excerto do voto e a íntegra do Acórdão do seguinte precedente<sup>42</sup>:

17. Diante do exposto, concluo que o tempo de serviço prestado por magistrados a empresas públicas e a sociedades de economia mista se amolda perfeitamente ao conceito de serviço público erigido como requisito para aposentadoria.

18. Tenho a convicção de que a Constituição Federal não pretendeu restringir o referido conceito, quando o elegeu como condição necessária à aposentação. No entanto, por outro

---

§ 1º Até 15 de dezembro de 1998, data anterior a da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, o servidor público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão, de cargo temporário, de emprego público ou mandato eletivo poderia estar vinculado a RPPS que assegurasse, no mínimo, aposentadoria e pensão por morte, nos termos definidos em lei do ente federativo.

<sup>42</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2636/2008. Plenário. Relator: Min. Subst. André Luís de Carvalho. Disponível em:

<<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?numeroAcordao=2636&anoAcordao=2008>>. Acesso em: 5 jul. 2013.

lado, vejo que, em duas ocasiões, a Carta Política, ao utilizar o termo "serviço público", quis se referir apenas à Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

19. Reporto-me, neste último ponto, às regras de transição contidas no art. 6º da EC nº 41, de 2003, e no art. 3º da EC nº 47, de 2005.

20. Na Emenda Constitucional nº 41, de 2003, fez-se registrar:

"Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições: (...)".

21. Por sua vez, na Emenda Constitucional nº 47, de 2005, restou estabelecido:

"Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições: (...)".

22. Nestes dois casos, entendo descabida uma interpretação extensiva para o conceito de serviço público, pois há que se ter em vista que tais disposições foram editadas no intuito de estabelecer regras de transição destinadas àqueles que se aposentariam pelo regime próprio de previdência social, ou seja, para aqueles que eram servidores ocupantes de cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

23. O sistema de aposentadoria e pensões implantado a partir da edição da EC nº 41, de 2003, foi bem mais gravoso, para os servidores, do que o precedente, pois, além de pretender acabar com a integralidade dos proventos, instituiu novas condições para a aposentadoria voluntária, não existentes até então.

22. Diante disso, ao criar o novo regramento, a referida emenda cuidou não só de tratar da situação daqueles que já tinham adquirido direito, até a data da publicação da nova regra, mas também de trazer um "alento" àqueles que tinham expectativa de direito de se aposentar pelas regras até ali vigentes.

23. E, por óbvio, tinham expectativa de direito os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, e não os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista.

24. Desse modo, tenho claro que as Emendas Constitucionais 41/2003 e 47/2005, ao utilizarem o termo "serviço público", no caput dos artigos 6º e 3º, respectivamente, pretenderam dar-lhe sentido mais restrito.

25. E isso não encerra nenhuma contradição com a conclusão anterior de que, no caso em que a CF/1988 exigiu determinado tempo de serviço público como requisito para a aposentadoria, ela o fez de forma a contemplar também aquele prestado às empresas públicas e sociedades de economia mista.

26. Penso que tal interpretação é a que confere maior efetividade ao dispositivo constitucional e melhor se amolda aos desígnios do Poder Constituinte Derivado, que, ao trazer critérios mais rigorosos para a concessão da aposentadoria voluntária com proventos integrais, tratou de estabelecer regras de transição para aqueles que já detinham a titularidade de cargo efetivo.

[...]

**Acórdão:**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos acerca de Consulta formulada pelo ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDFT, Desembargador José Jeronymo Bezerra de Souza, acerca da possibilidade de o tempo de serviço prestado por magistrados a empresas públicas, sociedades de economia mista e à Ordem dos Advogados do Brasil ser computado para fins de apuração do tempo de serviço público, erigido como requisito para a aposentadoria.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer, em caráter excepcional, da presente consulta para, no mérito, responder ao consulente que:

9.1.1. o conceito de "serviço público" trazido pelo art. 40, inciso III, da Constituição Federal de 1988 deve ser entendido de forma ampla, para abranger também as empresas públicas e sociedades de economia mista, diferentemente do conceito de "serviço público" contido no caput do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, e no caput do art. 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 2005, que deve ser tomado de forma restrita, para alcançar apenas a Administração Pública direta, autárquica e fundacional;

9.1.2. o tempo de serviço prestado por magistrado a empresas públicas federais e a sociedades de economia mista federais pode ser computado como tempo de serviço público federal, sendo utilizado para satisfazer a exigência temporal presente no art. 40, inciso III, da Constituição Federal de 1988, no que tange à aposentadoria voluntária, haja vista o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na ADI nº 1400-8-DF, de 18/4/1996, no RE nº 195.767-1-SP, de 25/11/1997; e na Rp nº 1490-8-DF, de 28/9/1988, bem como o entendimento desta Corte de Contas, firmado no Acórdão nº 1.871/2003-TCU-Plenário;

9.1.3. o tempo de servido prestado por magistrado à Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, como membro de diretoria de órgão da OAB ou como conselheiro, constitui tempo de serviço público, conforme a definição contida no art. 48 da Lei nº 8.906, de 1994, mas somente poderá ser computado como tempo de serviço público para fins de aposentadoria, se as respectivas contribuições previdenciárias forem efetuadas, haja vista os termos da Emenda Constitucional nº 20, de 16/12/1998, e da Decisão nº 504/2001-TCU-Plenário;

9.2. arquivar os presentes autos, após o envio de cópia do inteiro teor deste Acórdão, por intermédio da Presidência do TCU, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

51. Por sua vez, e na mesma linha de raciocínio adotada para a análise do requisito relacionado à época de ingresso no serviço público, quando a reforma previdenciária da Emenda Constitucional nº 20/1998 estabeleceu, para a aposentadoria voluntária no regime próprio, a exigência de um tempo mínimo de cinco anos de exercício no cargo efetivo em que ela ocorresse, trouxe um requisito que somente é possível adimplir sob o regime estatutário, porquanto se referiu diretamente a cargo e não a emprego público, conforme a redação que conferiu ao inciso III do § 1º do art. 40 da CF/1988:

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:

[...].

52. Destarte, para o Município que instituir regime próprio de previdência social, somente será iniciada essa contagem de cinco anos após a adoção do regime jurídico único estatutário, em relação aos servidores que venham a titularizar cargo efetivo.

## V - DO ESTABELECIMENTO DE UM REGIME DE TRANSIÇÃO NA MIGRAÇÃO DE REGIME PREVIDENCIÁRIO DO RGPS PARA O RPPS

53. Tomemos este outro ponto de interesse: a edição de normas jurídicas para o estabelecimento de um regime de transição previdenciário, na hipótese de migração do servidor público do Regime Geral para o Regime Próprio de Previdência Social.

54. A transição jurídica de que se trata é inter-regimes previdenciários, e não intrarregime. Desta última ocuparam-se as Reformas Previdenciárias das Emendas Constitucionais nº 20/1998, nº 41/2003, nº 47/2005 e nº 70/2012.

55. Já existe, é certo, norma geral federal que assegura o direito adquirido à prestação previdenciária, na hipótese de transição inversa: de extinção do Regime Próprio e passagem dos servidores à cobertura do Regime Geral, consoante o seguinte dispositivo da Lei nº 9.717, de 1998<sup>43</sup>:

**Art. 10.** No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.

56. O fundamento de validade da norma supracitada é o direito adquirido, reconhecido pelo inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, cujo preceito de sobredireito está inscrito no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942)<sup>44</sup>.

57. Como a regra do art. 10 da Lei nº 9.717, de 1998, é fundada no direito adquirido ao benefício, em caso de extinção de regime próprio de previdência social, deve-se observar, a nosso ver, por analogia, a mesma regulamentação na situação contrária, em que for instituído regime próprio, pois existe uma semelhança relevante e comum a ambos, isto é, a alteração impositiva de regime previdenciário de cobertura do servidor.

58. Mas, afora a posição jurídica de direito adquirido à prestação previdenciária, sem dúvida que se há de reconhecer a lacuna de norma geral sobre um direito de transição na migração de regime previdenciário do RGPS para o RPPS.

59. Talvez resida na pacífica jurisprudência do colendo STF, no sentido de que não há direito adquirido a **regime jurídico** (o que inclui o previdenciário), a razão para essa lacuna legislativa.

60. E isto porque o servidor que não implementa **integralmente** o suporte fático para a concessão de benefício possui somente a expectativa de direito e não direito adquirido. Então, para ele a incidência da norma do regime jurídico anterior restará frustrada com o advento da nova ordem jurídica. Ou seja, a expectativa é irrealizável por aquela razão de não haver direito adquirido a regime jurídico.

61. Além disso, a referida expectativa é inconfundível com o *direito expectativo*, segundo o sentido dado a esta expressão pelo ilustre jurista Pontes de Miranda, conforme os seguintes excertos de sua obra Tratado de Direito Privado (grifos do autor)<sup>45</sup>:

<sup>43</sup> Esta Lei 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.

<sup>44</sup> Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...] § 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. [...].

<sup>45</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* – Parte Geral. Tomo V. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 282-298.

“O TERMO ‘EXPECTATIVA’. – O termo expectativa é, conforme vimos, equívoco. Nem lhe tira a equivocidade o distinguirem-se *expectativa* e *mera expectativa*, como alguns juristas fazem. Nem toda expectativa significa que alguém, - que *expecta*, que *espera*, que tem por si algum fato que justifica aguardar-se a aquisição de certo direito, - *já* tem direito expectativo ou pretensão expectativa. Às vezes, *expecta-se*, e tem-se direito expectativo, ou pretensão expectativa; outras vezes, *expecta-se*, e não se tem esse direito, ou essa pretensão. [...]”

“GRAUS DE EXPECTAÇÃO. – Falamos de grau de intensidade da espera. A segurança, que advém da *probabilidade*, é menor do que a resultante de *posição jurídica* que constitui degrau para a aquisição. Os degraus podem não ser posições jurídicas. A diferença é evidente entre a expectativa que tem (ou, melhor, em que está) o que, se A morresse agora, seria herdeiro, e a expectativa de quem obteve promessa de venda de prédio (pré-contrato). O direito desse pré-contratante consiste em crédito de contrato, pois que se lhe prometeu contrato de compra e venda, e o direito expectado é a compra e venda. A expectativa enche-se com o fato de já estar no patrimônio do expectante o degrau para a aquisição do direito. Há direito a adquirir direito. [...]”

“[...] Não é direito expectativo a expectativa de direito, que não se contém em direito já existente. O titular do direito expectativo é pré-titular do direito expectado. A segurança em que o fato se dê apenas torna mais provável a aquisição do direito expectado, razão por que não há de servir a nomear o direito expectativo, que pode existir independentemente de toda segurança: se *a*, então *b*. [...]”

“DEVER DE SOFRER O NASCIMENTO DO CRÉDITO. – Do lado passivo da relação jurídica, que irradia o direito expectativo, está o que tem o dever de sofrer o nascimento do crédito: ainda não é devedor da prestação, mas essa dívida já não depende de sua vontade; pode nascer, contra ela. Quem está exposto a que nasça o direito real, ou pessoal, de outrem, está na totalidade dos sujeitos passivos, ou é o sujeito passivo do dever de expectativa. O vínculo já existe; se não existisse, a outra pessoa apenas teria expectativa, e não direito expectativo.

“EFICÁCIA DO DIREITO EXPECTATIVO. – A eficácia do direito expectativo é anterior e inconfundível com a do direito expectado. O direito expectado é futuro; ainda não tem efeitos: é efeito, ele mesmo, que ainda não se produziu. [...]”

“DISTINÇÃO PRECISA ENTRE EXPECTATIVA E DIREITO EXPECTATIVO. – Tem-se pretendido que a linha entre a expectativa e o direito expectativo é confusa, ou ondulante, ou cambiante, ou vaga, ou obscura. Tem-se de repelir tal atitude céptica. Seria de graves consequências tolerarem-se, na ciência do direito, tais indistinções, tais claros-escuros. Ou o que se observa, *in casu*, é expectativa, ou é direito expectativo. [...]. A demarcação é imprescindível; e de toda a relevância teórica, porque é demarcação entre mundo fático e mundo jurídico. Quando falo de expectativa (pura), estou necessariamente aludindo à posição de alguém *em que* se perfizeram elementos do suporte fático, de que sairá fato jurídico, produtor de direitos e outros efeitos, porém ainda não todos os elementos do suporte fático: a regra jurídica, a cuja incidência corresponderia o fato jurídico, ainda não incidiu, porque suporte fático ainda não há.”

62. Deste modo, ainda que o servidor público esteja muito próximo de completar os requisitos para a concessão de aposentadoria no RGPS, isto não lhe assegurará tutela jurídica em face da alteração desse regime para o RPPS, porque faltará requisito para a incidência da norma de aposentação no regime de origem, não havendo efeito jurídico para a hipótese de implementação parcial do respectivo suporte fático. Assim, esta situação é de expectativa de direito e não de direito expectativo, muito menos, direito adquirido.

63. Por outro lado, não nos parece inconcebível a opção política do legislador por juridicizar determinadas expectativas de direito.

64. Não é o caso de estabelecer regime previdenciário híbrido, em que se conjuguem regras do Regime Geral e do Regime Próprio recém-instituído. Esta opção

legislativa, se ocorresse, violaria diretamente a Carta Magna, porque as linhas mestras desses sistemas estão predefinidas na Constituição Federal de 1988, que não prescreveu um regime misto.

65. Nem mesmo intrarregime foi admitida a combinação de regras anteriores com novas regras advindas de uma reforma previdenciária, como atesta a ementa do seguinte julgado do colendo STF<sup>46</sup>:

EMENTA: INSS. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 3º DA EC 20/98. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR A 16.12.1998. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO CALCULADO EM CONFORMIDADE COM NORMAS VIGENTES ANTES DO ADVENTO DA REFERIDA EMENDA. INADMISSIBILIDADE. RE IMPROVIDO. I - Embora tenha o recorrente direito adquirido à aposentadoria, nos termos do art. 3º da EC 20/98, não pode computar tempo de serviço posterior a ela, valendo-se das regras vigentes antes de sua edição. II - Inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico, razão pela qual não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior. III - A superposição de vantagens caracteriza sistema híbrido, incompatível com a sistemática de cálculo dos benefícios previdenciários. IV - Recurso extraordinário improvido.

66. De fato, nosso direito positivo não dá margem a que o legislador infraconstitucional possa atuar livremente para juridicizar expectativas no âmbito do direito previdenciário.

67. Ainda que seja possível aos Estados, Distrito Federal e Municípios exercer a competência legislativa concorrente sobre previdência social, observando a legislação da União sobre normas gerais, com fundamento nos arts. 24, inciso XII, §§ 2º e 3º, e 30, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988, não lhes é dado modificar os modelos previdenciários adotados pela Lei Maior para os regimes próprios de que tratam os arts. 40, 42 e 142, nem afrontar as regras de transição das reformas previdenciárias advindas de emendas constitucionais promulgadas pelo poder constituinte derivado reformador<sup>47</sup>.

68. Parece-nos, contudo, que os direitos ainda não formados, isto é, as expectativas, dos que se encontram em situação de pré-aposentadoria no RGPS, por ocasião da instituição de regime jurídico único e de regime previdenciário próprio, podem ser salvaguardados pelo ente político caso seja mantida a relação jurídica de trabalho, do servidor ocupante de emprego público, sob regime contratual (celetista), cuja categoria funcional passaria a integrar quadro de empregos públicos em extinção na vacância, sob a proteção do Regime Geral.

69. Agora, esta última hipótese está relacionada à opção entre duas relações de trabalho: a celetista e a estatutária, mas não entre regimes previdenciários de proteção. Assim, a continuidade do vínculo celetista do servidor deve resultar do exercício de um direito de opção de permanecer regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Tal norma de transição aplicar-se-ia em casos excepcionais, segundo o juízo de valor do legislador, porque, de regra, a mudança de regime jurídico de celetista para estatutário não tem a proteção do direito adquirido.

70. Nesta situação, o **objeto específico** da disciplina legislativa estaria abrangido na esfera de autonomia político-administrativa dos entes da Federação, que é assegurada pelos arts. 18, 25 e 29 da CF/1988, tratando-se de matéria de auto-organização e autoadministração.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 575089/RS. Tribunal Pleno, 10.09.2008. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

<sup>47</sup> Além disso, a organização do Regime Geral de Previdência Social, dado o seu caráter nacional, compete exclusivamente à União.

71. A nosso ver, o exercício dessa autonomia política, no sentido acima exposto, não descumpra a exigência constitucional de instituição do regime jurídico único para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas<sup>48</sup>.

72. A razão é que a natureza da aludida regulamentação seria transitória, e estaria fundamentada no direito fundamental à segurança, como direito individual e social, consoante os arts. 5º, *caput*, e 6º, da Carta Magna; além disso, atenderia aos princípios administrativos da proporcionalidade e da proteção à confiança, que se acomodam tão bem com cláusulas de transição.

73. A respeito de uma disciplina jurídica de transição, cuja ausência poderia configurar até uma omissão inconstitucional, veja-se o posicionamento do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, no seguinte excerto de seu voto na ADI 3105<sup>49</sup>:

Embora de aplicação mais genérica, o princípio da segurança jurídica traduz a proteção da confiança que se deposita na subsistência de um dado modelo legal (*Schutz des Vertrauens*)<sup>48</sup>. A ideia de segurança jurídica tornaria imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico. Daí porque se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em casos de mudança de regime jurídico, a ausência de cláusulas de transição configura uma omissão inconstitucional.

[<sup>48</sup> Cf. Degenhart, Christoph, *Staatsrecht I*, Heidelberg, 14. ed., 1998, p. 128 s.]

74. No mesmo sentido, confira-se a abalizada doutrina de Canotilho (grifos no original)<sup>50</sup>:

“d) *Proteção da confiança e disposições transitórias*

A aplicação das leis não se reconduz, de forma radical, a esquemas dicotômicos de estabilidade/novidade. Por outras palavras: entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova norma, existem soluções de compromisso plasmadas em **normas ou disposições transitórias** (cfr., CRP, arts. 290.º e segs.; Código Civil, art. 12.º; Código Penal, art. 2.º). Os instrumentos do direito transitório são vários: confirmação do direito em vigor para os casos cujos pressupostos se gerarem e desenvolverem à sombra da lei antiga; entrada gradual em vigor da lei nova; dilatação da *vacatio legis*; disciplina específica para situações, posições ou relações jurídicas imbricadas com as ‘leis velhas’ e com as ‘lei novas’.

No plano do direito constitucional, o princípio da proteção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não *necessária e indispensável* uma disciplina transitória, ou se esta regulou de forma *justa, adequada e proporcionada*, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos – posições, relações, situações – anteriores e subsistentes no momento da sua entrada em vigor.”

75. Por fim, o juízo de valor do que seria uma razoável expectativa de pré-aposentadoria, para que seja conferida juridicidade a este fato, facultando-se ao servidor celetista manter este vínculo trabalhista com a Administração Pública, mesmo após a instituição do regime jurídico único, ao que nos parece, trata-se de função legislativa típica, para a qual os entes da Federação são dotados de autonomia política, de acordo com as respectivas competências atribuídas pela Constituição Federal.

<sup>48</sup> A exigência está fundamentada na redação originária do art. 39 da Carta Magna, cujo preceito voltou a ter plena eficácia a partir da decisão proferida pelo e. STF no julgamento da Medida Cautelar na ADI 2.135/DF, realizado em 02.08.2007.

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3105/DF. Tribunal Pleno, 18.08.2004. Relator: Min. Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 263.



76. Não obstante, parece razoável ponderar que, em função da instituição do regime jurídico único e do regime próprio, o servidor que estiver a menos de cinco anos de completar os requisitos para a aposentação no RGPS, acabará por cumprir um tempo maior do que esse, por força da mudança de regime previdenciário para o RPPS. E esse tempo adicional é o faltante para o servidor completar o mínimo de cinco anos de exercício no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, como exige o art.40, §1º, inciso III, da Lei Maior. Assim, o ente político poderia preservar, como exemplo, os direitos em formação cuja expectativa de realização não superasse cinco anos por ocasião da transição de regimes.

77. Releva destacar, contudo, que a determinação do campo de atuação legislativa do ente político, segundo o **critério da especificidade** da matéria, não é procedimento isento de dificuldades perante o colendo STF<sup>51</sup>. Ademais, a matéria administrativa e a matéria previdenciária estão imbricadas, na hipótese legal de transição que cogitamos *supra*, razão por que a decisão política do ente federativo será judiciosa se levar em consideração o risco de sua declaração de inconstitucionalidade.

## VI - DA SITUAÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS SERVIDORES AFASTADOS DA ATIVIDADE, EM RAZÃO DE FRUIÇÃO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE PELO RGPS, À ÉPOCA DA TRANSIÇÃO PARA O RPPS

78. Por ocasião da implantação do regime jurídico único estatutário e da migração para o regime próprio de previdência social, é possível que alguns servidores municipais encontrem-se afastados da atividade por motivo de incapacidade para o trabalho, estando em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, mantidos pelo Regime Geral.

79. A situação aventada leva-nos a analisar se o regime próprio recém-instituído deveria arcar com a manutenção dos referidos benefícios previdenciários por incapacidade, a partir de sua entrada em vigor.

80. A nosso ver, essa responsabilidade não pode ser simplesmente transferida ao regime próprio do Município, porque isso importaria a cessação do benefício em fruição e a extinção da relação jurídica previdenciária de proteção entre o servidor e o Regime Geral, em clara violação ao art. 15, inciso I, da Lei nº 8.213/1991, o qual, ao revés, visa a preservação da qualidade de segurado, sem limite de prazo e independentemente de contribuição, de quem esteja em gozo de benefício concedido pelo INSS, nestes termos:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

[...].

81. Ora, se o benefício mantido pelo Regime Geral fosse imediatamente cessado pela mudança do sistema previdenciário de cobertura do Município para o regime próprio, estar-se-ia, em verdade, transferindo uma contingência social de um regime a outro.

82. Mas, o que se afigura razoável, como objetivo fundamental de um sistema previdenciário, é a proteção previdenciária contra um risco social, e não a assunção como própria de uma contingência ocorrida em outro regime.

83. Em outras palavras, nas migrações inter-regimes previdenciários, a transferência do risco social protegido é *conditio sine qua non* de tornar o direito fundamental à previdência social efetivo, mas passar o risco social materializado, isto é, a

<sup>51</sup> Neste sentido, veja-se a lição de André Ramos Tavares, que, ao tratar do critério da especificidade ou especialidade, como elemento capaz de nortear a definição da competência privativa ou concorrente, assevera: “[...] a dificuldade de se aplicar o critério especificidade e, principalmente, a dificuldade de se encontrar, no STF, um critério minimamente homogêneo e linear, com clareza para uma ‘repetição em série’ sem maiores dificuldades” (Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1158).

própria contingência social ocorrida, atenta contra o modelo de organização da previdência social previsto na Constituição Federal, segundo o qual os diversos regimes devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, consoante o *caput* dos seus arts. 40 e 201.

84. Assim é que, na hipótese inversa à cogitada inicialmente, ou seja, se o servidor migrar do regime próprio para o Regime Geral, já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício por incapacidade, ele não fará jus à respectiva prestação se a contingência, isto é, a incapacidade laboral, preexistir à filiação previdenciária, conforme dispõe o parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.213/1991, assim redigido (grifamos):

Art. 59. (...).

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, **salvo quando a incapacidade sobrevier** por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

85. Atente-se ainda na regra geral do art. 10 da Lei nº 9.717/1998, para o caso de extinção de regime próprio de previdência social<sup>52</sup>. Essa norma prescreve a integral responsabilidade dos entes da Federação pelos benefícios já concedidos, bem como daqueles cujos requisitos já foram implementados, anteriormente à sua extinção.

86. Assim, se considerarmos a intenção constitucional manifesta de aproximar os requisitos e critérios de ambos os regimes previdenciários (geral e próprio), consoante o § 12 do art. 40 da Carta Magna<sup>53</sup>, não poderia ser diferente a norma de direito para o caso dos servidores que estejam em gozo de auxílio-doença concedido pelo Regime Geral, quando da instituição do regime próprio no Município. Portanto, nesta hipótese, a responsabilidade pelo pagamento continuará afeta ao Regime Geral.

87. E a responsabilidade do Regime Geral pela manutenção do benefício do auxílio-doença permanece enquanto não houver recuperação ou reabilitação do segurado, ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez, conforme os seguintes termos do art. 62 da Lei nº 8.213/91:

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não recuperável, for aposentado por invalidez.

88. Acresce que esse mesmo raciocínio também leva à manutenção da responsabilidade do Regime Geral pelo pagamento do benefício de aposentadoria por invalidez, cuja concessão esteja em situação ativa na mudança de regime previdenciário.

89. Mesmo na situação em que a aposentadoria por invalidez resulte da transformação de auxílio-doença, em momento posterior à alteração do regime previdenciário, a responsabilidade continuará com o Regime Geral. Isto porque a contingência da incapacidade temporária, coberta pelo RGPS com o benefício do auxílio-doença, apenas convolou para incapacidade permanente, à qual corresponde espécie distinta

---

<sup>52</sup> Art. 10. No caso de extinção de regime próprio de previdência social, a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios assumirão integralmente a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios concedidos durante a sua vigência, bem como daqueles benefícios cujos requisitos necessários a sua concessão foram implementados anteriormente à extinção do regime próprio de previdência social.

<sup>53</sup> Art. 40. [...] § 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/1998)

de benefício: aposentadoria por invalidez, sem que houvesse interrupção da necessidade social decorrente do evento incapacidade laboral, protegido pelo Regime Geral.

90. Por fim, os servidores celetistas, ocupantes de emprego público da Administração direta, autárquica ou fundacional do Município, pelo fato da fruição de benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez pelo RGPS, antes da alteração de regime jurídico de celetista para estatutário, encontram-se com os respectivos contratos de trabalho suspensos, conforme os arts. 475 e 476 da CLT e art. 63 da Lei nº 8.213/1991. Por essa razão, convém ao Município editar norma de direito intertemporal, disciplinando expressamente as regras de transição para fins de aquisição de direitos no regime jurídico estatutário e no regime previdenciário próprio, em decorrência da recuperação da capacidade de trabalho, na qual se estabeleça que a mudança de regime somente ocorrerá quando cessado o benefício por incapacidade concedido pelo RGPS.

## **VII- DO SERVIDOR PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL APOSENTADO PELO RGPS E DA SUA PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE**

91. A Administração Pública Municipal pode reconhecer a necessidade de desligar do seu quadro de pessoal o servidor que se aposentou pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS e, não obstante, permaneceu em atividade.

92. Mas não convém à municipalidade tomar essa decisão sem primeiro distinguir entre o servidor público municipal estatutário e o celetista; além disso, é preciso diferenciar a aposentadoria concedida pelo INSS em razão da mesma atividade no serviço público ou de outra atividade.

93. O primeiro servidor possui um vínculo de natureza institucional, cuja relação estatutária, de ordinário, extingue-se pela aposentadoria, que provoca a situação de vacância do cargo anteriormente titularizado.

94. E isso ocorre independentemente de o servidor estar amparado por regime previdenciário próprio ou pelo Regime Geral, porque não é consentâneo com os princípios jurídicos da Administração Pública brasileira permitir que o servidor estatutário adquira, com a aposentadoria, duplo *status* funcional: ativo e inativo em relação ao mesmo cargo público.

95. Trata-se de ponto assentado na Orientação Normativa nº 2, de 2009, desta Secretaria de Políticas de Previdência Social, conforme o teor de seu art. 79: “*A concessão de aposentadoria ao servidor titular de cargo efetivo, ainda que pelo RGPS, determinará a vacância do cargo*”.

96. Quanto ao segundo servidor, o seu vínculo é de natureza contratual e rege-se basicamente pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, ainda que essa relação jurídica trabalhista sofra a influência de algumas normas do direito público, porquanto o empregador é um ente estatal<sup>54</sup>. Para esse empregado público da administração direta, autárquica ou fundacional do município a aposentadoria espontânea pelo RGPS não implica ruptura do contrato de trabalho com a Administração Municipal, porque o seu regime é o da legislação trabalhista.

97. Com efeito, atualmente, no regime celetista, está fora de cogitação a extinção do contrato de trabalho por aposentadoria espontânea, eis que o colendo STF declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 453 da CLT, acrescidos pela Lei nº

---

<sup>54</sup> Como exemplos, citamos: a vedação de acumulação remunerada de outro emprego, função ou cargo (CF, art. 37, XVII); o limite da remuneração (CF, art. 37, XI); e a responsabilização por ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992, art. 1º).

9.528, de 1997, quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 1770 e nº 1721, conforme as seguintes ementas:

ADI 1770<sup>55</sup>

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃO-CONHECIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE.

Lei 9.528/1997, que dá nova redação ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT -, prevendo a possibilidade de readmissão de empregado de empresa pública e sociedade de economia mista aposentado espontaneamente. Art. 11 da mesma lei, que estabelece regra de transição.

Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade na parte que impugna dispositivos cujos efeitos já se exauriram no tempo, no caso, o art. 11 e parágrafos.

É inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos – vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal -, quer porque se funda na ideia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício.

Pedido não conhecido quanto ao art. 11, e parágrafos, da Lei nº 9.528/1997. Ação conhecida quanto ao § 1º do art.453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo art. 3º da mesma Lei 9.528/1997, para declarar sua inconstitucionalidade.

ADI 1721<sup>56</sup>

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

[...]

3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente).

4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmago de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador.

5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum.

6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.

7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Lei do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1770/DF. Tribunal Pleno, 11.10.2006. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 22 maio 2013.

<sup>56</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1721/DF. Tribunal Pleno, 11.10.2006. Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 22 maio 2013.

98. A propósito, o egrégio Tribunal Superior do Trabalho - TST passou a adotar essa interpretação mediante a edição da Orientação Jurisprudencial - OJ nº 361 da Seção de Dissídios Individuais I – SDI I<sup>57</sup>, assim redigida:

**APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. UNICIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS SOBRE TODO O PERÍODO (DJ 20, 21 e 23.05.2008)**

A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

99. Inclusive, há precedentes do TST quanto à aplicação desse novo entendimento aos empregados públicos da Administração Pública direta. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - MUNICÍPIO DE FRANCA - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA – EFEITOS – ESTABILIDADE – REINTEGRAÇÃO - ART. 41 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. O Tribunal Regional, ao concluir no sentido de que a aposentadoria espontânea não é causa da extinção do contrato de trabalho, e deferir a reintegração de empregado da Administração pública direta com base no art. 41 da Constituição da República, proferiu decisão em harmonia com a Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1 e com a Súmula nº 390, I, do TST, respectivamente. Inviável a admissibilidade do recurso de revista tendo em vista o disposto no art. 896, § 4º e § 5º, da CLT.

Agravo de instrumento desprovido.<sup>58</sup>

RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS DO FGTS. EMPREGADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA - Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 361 da SBDI-1 do TST, -a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação-. Esse entendimento tem aplicação ainda que se trate de vínculo empregatício com a Administração Pública direta, pois não existe no ordenamento jurídico pátrio óbice à continuidade da prestação de serviços pelo empregado público aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.

[...]

CONCLUSÃO: Recurso de Revista conhecido e provido.<sup>59</sup>

RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. AUSÊNCIA DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. ADIN Nº 1721-3. O excelso Supremo Tribunal Federal, julgando a Adin nº 1721-3 e a Adin nº 1770-4, firmou posicionamento no sentido de que o contrato de trabalho permanece íntegro mesmo com a aposentadoria espontânea do trabalhador, entendimento que também é aplicado aos empregados públicos da administração direta. Recurso de revista não conhecido.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Anteriormente, o e. TST já havia decidido cancelar a Orientação Jurisprudencial nº 177, em face das decisões proferidas nas referidas ADIs. Assim dispunha a OJ cancelada: APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS (cancelada) - DJ 30.10.2006 A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/ojs>>. Consulta em: 22 maio 2013.

<sup>58</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR-194-30.2011.5.15.0015. 4ª TURMA, 6.2.2013. Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 23 maio 2013.

<sup>59</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-29285-84.2008.5.12.0006. 3ª TURMA, 4.5.2011. Relator: Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 23 maio 2013.

<sup>60</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-127700-86.2006.5.15.0007. 6ª TURMA, 25.6.2008. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 23 maio 2013.

100. O argumento que se levanta contra essa continuidade do vínculo contratual do empregado público, aposentado pelo RGPS, com a Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, é a vedação de acumulação de proventos de aposentadoria e a remuneração de cargo, emprego ou função pública, como prescreve o § 10 do art. 37 da CF/1988:

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do artigo 40 ou dos artigos 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. (Parágrafo acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/1998 )

101. Ocorre que a aposentadoria do empregado público é regida pelo art. 201 da Constituição Federal, isto é, pelo Regime Geral de Previdência Social, e o § 10 do art. 37 da CF/1988, acima transcrito, proíbe a acumulação da remuneração de cargo, emprego ou função pública com proventos de aposentadoria decorrentes tão somente dos regimes próprios de previdência social de que tratam os arts. 40 (dos servidores públicos titulares de cargo efetivo), 42 (dos militares dos Estados e do Distrito Federal) ou 142 (dos militares das Forças Armadas).

102. O ilustre Consultor da União, Miguel Pro de Oliveira Furtado, nos idos de 1999, já adotava essa interpretação, e o fez ao apreciar as decisões liminares proferidas pelo STF nas referidas ADIs 1770 e 1721, de acordo com a seguinte passagem de seu Parecer AGU/PRO-5/99<sup>61</sup>, aprovado pelo Advogado-Geral da União (conforme Parecer GQ – 213), e pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República:

18. À vista do exposto, e não acarretando a aposentadoria (pelo menos durante a vigência da suspensão de eficácia dos parágrafos 1º e 2º do art. 453 da CLT, operada pela liminar concedida) a extinção do vínculo trabalhista, o art. 11 da Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, também perdeu sua eficácia. E é fácil compreender o porquê: o art. 11 exigia o cumprimento de uma formalidade (requerimento) para a manutenção do vínculo trabalhista dos empregados nele enquadrados; Ora, como a liminar reconheceu que independentemente de qualquer requisito o vínculo persiste, não há como tê-lo por eficaz.

De outro lado, à vista dos pronunciamentos citados, que traduzem o entendimento ora do Supremo Tribunal, ora de Ministros seus, integrantes de outras Cortes, como é o caso do último acórdão transcrito, parece evidente que a proibição de acumular prevista na Constituição não alcança esses empregados.

19. Além do mais é de ter-se em conta que, agora, o intento do Constituinte tornou-se manifesto. De acordo com o § 10 do art. 37,

"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."

Vedam-se, em outras palavras, as acumulações de remunerações de cargo, emprego ou função pública com proventos de aposentadoria dos servidores da Administração direta e de suas autarquias e fundações (art. 40), ou com proventos de aposentadoria de militares dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 42), ou ainda com proventos de aposentadoria de militares das Forças Armadas (art. 142).

Nenhuma palavra a obstar a acumulação de benefícios (não de proventos) da aposentadoria regulados no art. 201 da Constituição.

103. É certo que não se tratou estritamente a respeito da acumulação de proventos de aposentadoria do Regime Geral com a remuneração do emprego público nas ADIs 1770 e

---

<sup>61</sup> BRASIL. Consultoria-Geral da União. Parecer AGU/PRO-05/99 (anexo ao Parecer GQ - 213, de 31 de dezembro de 1999). *Exame da eficácia do art. 11 da Lei n. 9.528, de 10 de dezembro de 1997, após a suspensão dos parágrafos 1º e 2º do art. 453 da CLT, por liminar concedida pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade*. Consultor da União: Miguel Pro de Oliveira Furtado. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarTipoParecer.aspx>>. Acesso em: 23 maio 2013.

1721. É o que tem afirmado a própria Corte Suprema, ao negar seguimento a Reclamações ajuizadas em razão de suposto descumprimento do que decidido nas referidas Ações Diretas, nos casos em que a decisão reclamada fundamentou-se na aplicação do § 10 do art. 37 da Carta Magna segundo a interpretação que perfilhamos acima, a exemplo dos seguintes julgados: Rcl 15387/SC (Rel. Min. Dias Toffoli, DJe nº 58, de 1.4.2013); Rcl 9762/SC (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe nº 50, de 15.3.2013); e Rcl 7935/SP (Rel. Min. Ellen Gracie, DJe nº 84, de 8.5.2009). Registramos abaixo o excerto de um desses julgados que elucida o ponto:

A pretensão da reclamante é debater o acerto ou a erronia da decisão reclamada na parte em que afirma que “a vedação contida no parágrafo 10º do art. 37 da Constituição da República, conforme jurisprudência iterativa e atual do E. TST, somente se aplica aos servidores que recebem sua aposentadoria por regime próprio de Previdência Social”, uma vez que na ação paradigma – ADI nº 1.770/DF -, o STF teria afirmado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 453 da CLT também com fundamento na impossibilidade de acumulação de proventos e vencimentos.

Ocorre que ao afirmar que “[é] inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, (...) porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos - vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (ADI nº 1.770/DF), esta Suprema Corte não afastou toda e qualquer possibilidade de percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, sequer tendo sido provocada a se manifestar sobre o tema sob a perspectiva do benefício previdenciário pago pelo INSS.

A reclamante vale-se da presente reclamação para questionar originariamente esta Suprema Corte acerca do alcance do § 10 do art. 37 da CF/88 e a conformidade da interpretação da norma empreendida pelo JUIZ DO TRABALHO DA VARA DO TRABALHO DE XANXERÊ com o entendimento do STF acerca desse dispositivo, presente as circunstâncias fáticas do caso concreto, matéria que não apresenta relação de pertinência temática com a decisão vinculante apontada como paradigma de confronto na presente reclamação.

[...]

Ante o exposto, nego seguimento à reclamação, nos termos do artigo 21, § 1º, do RISTF, prejudicada a análise do pedido liminar.<sup>62</sup>

104. Mas o colendo TST julgou precisamente esse tema, conferindo-lhe a interpretação com a qual se conforma nosso parecer<sup>63</sup>. Vejamos algumas dessas decisões:

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS. EMPREGADO PÚBLICO. CONTINUIDADE DO VÍNCULO DE EMPREGO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM REMUNERAÇÃO. ARTIGO 37, § 10, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE

1. Presentemente, prevalece na SbdII do TST o entendimento de que a norma insculpida no § 10 do artigo 37 da Constituição Federal, ao vedar a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, não alcança as hipóteses de percepção cumulada de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social com salário decorrente do exercício de emprego público.

[...]

3. Embargos de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento.<sup>64</sup>

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 15387/SC. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24 maio 2013.

<sup>63</sup> Constata-se a manifestação do e. STF, também neste sentido, na Decisão monocrática no Recurso Extraordinário – RE 387269, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.12.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>>. Acesso em: 24 maio 2013.

<sup>64</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR 805-09.2011.5.12.0001. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, 25.4.2013. Relator: Min. João Oreste Dalazen. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 24 maio 2013.

RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS NO CONTRATO DE TRABALHO (OJ 361/SBDI-1/TST). RESPEITO À DECISÃO DO STF NA ADI 1770-4 E ADI 1721-3, INCLUSIVE QUANTO À MATÉRIA ACUMULATÓRIA. EMPREGADA PÚBLICA CELETISTA. AUTARQUIA. ESTABILIDADE. MOTIVAÇÃO. SÚMULA 390-I/TST.

[...]

Sob um primeiro enfoque, sendo o STF guardião da Constituição (art. 102, caput, CF), cabe ao Judiciário acolher suas interpretações constitucionais e respectivas repercussões. Desse modo, ao decretar, interpretativamente, que a aposentadoria não extingue o contrato de emprego, mesmo na área estatal, abriu flexibilização na regra constitucional vedatória de acumulações. A decisão do STF, ao manter o servidor no emprego, automaticamente permitiu esse tipo de acumulação - até que nova interpretação surja, se for o caso. Assim, na hipótese, não se há de admitir a aposentadoria espontânea da Reclamante como causa extintiva do contrato de trabalho, conforme sedimentado por esta Corte na OJ 361 da SDI-1.

[...]

Assim, tendo em vista a inexistência de impedimento para cumulação dos proventos pagos pelo Regime Geral da Previdência Social com a remuneração do cargo efetivo, bem como a estabilidade a que faz jus a Reclamante, nos termos do art. 41 da CF, não poderia a empregada ter sido dispensada pela Reclamada senão pelas razões expostas nos incisos I a III do § 1º do art. 41, da CF, o que não ocorreu. A Reclamante faz jus, portanto, à reintegração.<sup>65</sup>

RECURSO DE REVISTA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. EFEITOS. ACUMULAÇÃO. PROVENTOS. POSSIBILIDADE. Na linha dos precedentes desta Corte, sendo a aposentadoria do reclamante regida pelo art. 201 da Carta Política, não prospera a tese da impossibilidade de acumulação de proventos da aposentadoria com salários. Intacto § 10 e impertinentes os incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição da República. Arestos inespecíficos (Súmula 296, I/TST).

Recurso de revista não conhecido.<sup>66</sup>

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA - CUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E REMUNERAÇÃO - EMPREGADO PÚBLICO DE EMPRESA ESTATAL - POSSIBILIDADE

O § 10 do art. 37 da Carta Magna veda apenas a cumulação de remuneração de cargo, emprego ou função pública com proventos de aposentadoria decorrentes dos seus arts. 40, 42 ou 142, ou seja, de regimes previdenciários especiais (servidores estatutários, magistrados, membros das polícias militares e corpos de bombeiros militares e membros das Forças Armadas). A vedação não se aplica, portanto, aos empregados públicos, aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Precedentes.

Embargos conhecidos e desprovidos.<sup>67</sup>

105. Até agora temos falado na distinção entre o servidor público municipal estatutário e o celetista. Em suma, conforme toda a fundamentação *supra*, o servidor estatutário não deve, em regra, permanecer em atividade após a aposentadoria pelo RGPS; o que já não sucede no regime celetista, que possibilita ao servidor continuar em atividade.

106. Neste passo, damos atenção às ressalvas admissíveis no primeiro caso (do servidor estatutário), e isto tem a ver com a observação que fizemos a princípio: sobre a

<sup>65</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 2080700-09.2006.5.09.0012. 6ª Turma, 30.11.2011. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 24 maio 2013.

<sup>66</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 31285-88.2003.5.12.0020. 3ª TURMA, 29.9.2010. Relatora: Min. Rosa Maria Weber. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 24 maio 2013.

<sup>67</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR 438700-41.2008.5.12.0001. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, 19.8.2010. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 24 maio 2013.



aposentadoria no RGPS tomar em consideração a mesma atividade no serviço público ou outra atividade; além disso, examinamos por fim se a permanência em atividade no segundo caso (do servidor celetista) está sujeita a limite de idade.

107. Quando há transformação do regime jurídico do pessoal da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional do regime celetista para o estatutário, pela instituição do regime jurídico único, parece-nos válido admitir o aproveitamento daquela atividade, sob a égide da CLT, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, sem que desse fato decorra a vacância do cargo.

108. Ora, ainda que seja a mesma atividade no serviço público, a natureza do vínculo é diversa, não sendo razoável que o contrato de trabalho celetista esteja submetido a regras do regime estatutário do ente federativo. Acresce que a instituição de regime jurídico único extingue o contrato de trabalho<sup>68</sup>, cuja legislação de regência, por ser Direito do Trabalho, é da competência privativa da União (conforme art. 22, I, da CF/1988).

109. Em outras palavras, na hipótese de jubilação com o aproveitamento daquele tempo contratual, em emprego público na Administração, para fins de aposentadoria no RGPS, não se opera a vacância do cargo, se o beneficiário não se valeu de qualquer tempo sob regime estatutário no exercício deste cargo.

110. E não há óbice na Portaria MPS nº 154, de 2008, para o aproveitamento no Regime Geral do tempo de emprego público, porque este período não se refere a tempo de contribuição ao RPPS, sendo inexigível a emissão de Certidão de Tempo de Contribuição – CTC, muito menos a condição de ex-servidor (pela exoneração ou demissão), considerando que a regulação contida nos arts. 10 e 12 da referida Portaria implica a dedução de tais permissões.

111. Ademais, ainda que o tempo de emprego público do servidor tenha sido averbado perante o regime jurídico único, não é vedada a sua utilização no RGPS, desde que seja computado para efeito de aposentadoria uma única vez, como prescreve o inciso III do art. 96 da Lei nº 8.213/1991: “*não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro*”. Isso ocorrerá mediante a revisão da CTC emitida, para desaverbar o tempo certificado que comprovadamente não tenha sido utilizado no RPPS. Mas, no caso de averbação automática, em razão de mudança de regime previdenciário do ente político, a Administração Pública deverá possibilitar a referida desaverbação, e o respectivo controle do tempo efetivamente utilizado, mediante emissão de certidão específica, a pedido do servidor ou do INSS.

112. Assim, a primeira ressalva diz respeito ao exercício da mesma atividade no serviço público, mas em regimes jurídicos diversos: celetista e estatutário. Se não foi por força do vínculo estatutário que o interessado pôde se aposentar no RGPS, não nos parece que desta aposentadoria decorra a vacância do cargo.

113. Outra ressalva provém da mesma assertiva. Ora, se é válido separar o tempo de serviço público celetista do tempo sob regime estatutário, para aproveitamento do primeiro no Regime Geral, sem que por isso haja a vacância do cargo, com maior razão dever-se-á admitir que o direito adquirido à aposentadoria pelo RGPS, ainda que exercido após a transformação do regime celetista para o estatutário, mas sem agregação de qualquer

---

<sup>68</sup> Neste sentido, vejam-se os julgados do colendo STF: AI 609855 AgR-ED/RN (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe nº 92, de 31.8.2007) e MS 24381 ED/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 1.9.2006). Confira-se ainda a Súmula 382 do TST: MUDANÇA DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. EXTINÇÃO DO CONTRATO. PRESCRIÇÃO BIENAL. *A transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime* (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 128 da SBDI-1 - inserida em 20.04.1998) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

tempo sob este último regime funcional, não levará necessariamente à extinção do vínculo com a Administração Pública.

114. Também esta é a situação de quem ingressou regularmente no serviço público depois de haver adquirido o direito à jubilação pelo RGPS em outra atividade. Como é assegurada a concessão da aposentadoria, a qualquer tempo, na hipótese de direito adquirido no Regime Geral, mesmo que o servidor apresente o requerimento posteriormente, quando estiver no serviço público ativo, isso não deve implicar a vacância do cargo.

115. O que se disse sobre o direito adquirido à aposentadoria no RGPS, nos itens precedentes (n<sup>os</sup> 113 e 114), não é contraditado pelo dispositivo do art. 99 da Lei n<sup>o</sup> 8.213/1991:

Art. 99. O benefício resultante de contagem de tempo de serviço na forma desta Seção será concedido e pago pelo sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerê-lo, e calculado na forma da respectiva legislação.

116. E isto pela razão de que o referido preceito se aplica à situação de contagem recíproca de tempo de contribuição inter-regimes previdenciários, porque esta é a matéria de que trata a Seção VII (arts. 94 a 99). Então, se o direito adquirido à aposentadoria no RGPS não é **“resultante de contagem de tempo de serviço na forma desta Seção”**, mas tão somente se utiliza do tempo de vinculação do servidor público ao Regime Geral, a norma em questão não constitui óbice à concessão do benefício pelo INSS, a despeito de o beneficiário estar presentemente vinculado ao RPPS ao requerê-lo.

117. Não parece, muito menos, que tenhamos contraditado a pacífica jurisprudência do colendo STF, no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico (o que inclui o previdenciário). É que não se trata disto, mas de direito adquirido à própria prestação previdenciária, para cuja obtenção o servidor cumpriu os requisitos exigidos, com base nos critérios da legislação então vigente. O princípio de que estivemos nos ocupando é o da segurança jurídica, que abrange, em sentido amplo, a garantia do direito adquirido. Se assim não fosse, ficaria sem explicação a especial atenção dada a esse princípio em ambas as reformas previdenciárias das Emendas Constitucionais n<sup>o</sup> 20/1998 e n<sup>o</sup> 41/2003<sup>69</sup>, sem dizer que ele está ínsito à compreensão da Súmula n<sup>o</sup> 359 do STF<sup>70 71</sup>.

---

<sup>69</sup> **EC 20/1998**: Art. 3<sup>o</sup>. É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. [...]. **EC 41/2003**: Art. 3<sup>o</sup> É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta Emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente. [...].

<sup>70</sup> Súmula STF n<sup>o</sup> 359: *Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.*

<sup>71</sup> A conclusão a que se chegou sobre o tema abordado entre os parágrafos 106 e 117 desta Nota Técnica, quanto ao direito de o servidor obter uma aposentadoria no RGPS, considerando o tempo exercido na mesma atividade no serviço público, sob o regime da CLT, ou em outra atividade, anterior ao ingresso no serviço público, tomou por base o quadro normativo atualmente em vigor, no que disciplina a contagem de tempo e o acesso ao benefício de aposentadoria nos diferentes regimes previdenciários.

Esta situação, todavia, recomenda um novo exame da sustentabilidade dessa dupla proteção previdenciária do trabalhador, isto é, se é viável, atuarial e financeiramente, que a seguridade social, mormente em razão do piso constitucional das aposentadorias não inferior ao salário mínimo, arque com a concessão de benefício com tempo de contribuição exíguo; sem dizer do risco do cômputo indevido em ambos os regimes (RGPS e RPPS) do mesmo tempo de contribuição, haja vista a dificuldade de integração eficaz, entre os entes da Federação, no que concerne à informação da utilização de tempo contributivo nos diferentes sistemas previdenciários, a exemplo da hipótese de averbação automática.

Além disso, no âmbito de cada regime próprio, a desaverbação de tempo contributivo ao RGPS é matéria naturalmente dada a litígios entre o servidor e a Administração, caso a legislação do ente político prescreva alguma repercussão nos direitos remuneratórios, por conta das vantagens já auferidas em função da utilização do referido tempo no regime estatutário.

118. Vejamos agora o exercício concomitante de outra atividade. Essa situação não se assemelha às anteriores, merecendo um exame à parte.

119. Assim é que o servidor pode estar exercendo outra atividade concomitante, pública ou privada, nos casos expressamente excepcionados pela Constituição Federal, conforme os incisos XVI e XVII de seu art. 37, isto é, nas seguintes hipóteses: dois cargos de professor; um cargo de professor com outro, técnico ou científico; e dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, sendo que as referidas exceções são extensivas a empregos e funções, e abrangem autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

120. Note-se que as atividades excluídas da proibição de acumular dão ensejo à concessão de aposentadorias e pensões delas decorrentes cuja acumulação não será igualmente vedada, desde que relacionadas aos cargos, empregos e funções acumuláveis na forma da Constituição. A própria Carta Magna, no § 6º do art. 40<sup>72</sup>, excetua os cargos acumuláveis da vedação de percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime próprio<sup>73</sup>.

121. Então, não é possível admitir que a aposentadoria em um dos cargos, empregos ou funções acumuláveis, independentemente do regime previdenciário instituidor (seja RGPS ou RPPS), possa ocasionar a vacância do cargo acumulado licitamente, ou seja, uma restrição de ordem funcional em relação à outra atividade. Além do mais, a proibição de percepção simultânea de proventos (dos arts. 40, 42 e 142 da CF/1988) com a remuneração de cargo, emprego ou função pública não alcança as situações de acumulação permitidas pela Constituição, conforme o seu art. 37, § 10, aplicando-se-lhes, contudo, o limite de que trata o inciso XI deste mesmo artigo.

122. Pode-se cogitar ainda do exercício de atividade privada, fora do âmbito estatal, concomitante com o serviço público ativo, quando permitida pelo regime estatutário (ante a compatibilidade com o exercício do cargo e com o horário de trabalho). Neste caso, a dupla proteção previdenciária, nos sistemas geral e próprio, é perfeitamente válida, como prescreve o § 1º do art. 12 da Lei nº 8.213/1991, assim redigido (grifos nossos):

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. (NR)

§ 1º Caso o servidor ou o militar venham a exercer, **concomitantemente**, uma ou mais atividades abrangidas pelo Regime Geral de Previdência Social, **tornar-se-ão segurados obrigatórios em relação a essas atividades**. (NR)

[...].

123. Por conseguinte, na referida hipótese, há perfeita independência entre a proteção previdenciária do Regime Geral e a do Regime Próprio, daí a falta de razoabilidade em se ter a aposentadoria na atividade amparada pelo RGPS como causa de vacância do cargo ocupado na outra atividade, amparada pelo RPPS. Isto, a nosso parecer, não ocorre.

---

<sup>72</sup> Art. 40. § 6º. Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo. (Redação dada ao parágrafo pela Emenda Constitucional nº 20/1998)

<sup>73</sup> Observe-se, no entanto, que as atividades exercidas concomitantemente e vinculadas ao mesmo Regime Geral, a exemplo de dois empregos públicos acumuláveis, não proporcionam mais de uma aposentadoria, ante a expressa vedação do inciso II do art. 124 da Lei nº 8.213/1991. Neste caso, as contribuições em ambas as atividades serão consideradas para fins de cálculo do salário de benefício de uma única aposentadoria, segundo os critérios definidos no art. 32 desta Lei.

124. Essa situação de independência de vínculos não se confunde com outra, em que as atividades laborais são prestadas de forma concomitante, na administração pública e na atividade privada, porém, as contribuições previdenciárias são vertidas para o mesmo Regime Geral, sendo consideradas, por essa razão, como um único tempo de contribuição. Deste modo, esse tempo somente poderá ser computado para a concessão de uma única aposentadoria, sob pena de afronta ao inciso III do art. 96 da Lei nº 8.213/1991, e poderá implicar a vacância do cargo ocupado pelo servidor, se for utilizado o período de vínculo estatutário não amparado por regime próprio. Este é o posicionamento consolidado no Parecer da Consultoria Jurídica do MPS nº 224, de 2007, consoante estas conclusões<sup>74</sup>:

55. Ante o exposto, esta Consultoria Jurídica, no exercício das atribuições que lhe conferem os incisos I e III do art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993, fixa a seguinte orientação sobre a questão objeto do presente estudo:

(a) o tempo de atividade autônoma com filiação à antiga Previdência Social Urbana, do atual Regime Geral de Previdência Social - RGPS, exercido de forma concomitante ao período de emprego público celetista, com filiação à mesma Previdência Social Urbana, objeto de averbação perante o Regime Jurídico Único - RJU conforme determinação do art. 247 da Lei nº 8.112/1990, somente poderá ser computado para efeito de aposentadoria uma única vez, independentemente do regime instituidor do benefício;

(b) excepcionalmente em relação às hipóteses constitucionais e legais de acumulação de atividades no serviço público e na iniciativa privada, quando uma das ocupações estiver enquadrada nos termos do art. 247 da Lei nº 8.112/1990, todavia, for verificada a subsistência dos diversos vínculos previdenciários até a época do requerimento do benefício, admite-se em tese a possibilidade do trabalhador exercer a opção pelo regime previdenciário em que esse tempo será, uma única vez, utilizado para fins de aposentadoria, desde que estejam preenchidos todos os requisitos para a concessão do benefício de acordo com as regras do regime instituidor;

(c) admite-se a utilização, no âmbito de um sistema de previdência social, do tempo de contribuição que ainda não tenha sido efetivamente aproveitado para obtenção de aposentadoria em outro, na conformidade do art. 96, inciso III, da Lei nº 8.213/1991.

125. Em resumo, havemos de interpretar o alcance do art. 79 da Orientação Normativa nº 2, de 2009, desta Secretaria de Políticas de Previdência Social, cujo teor é: “A concessão de aposentadoria ao servidor titular de cargo efetivo, ainda que pelo RGPS, determinará a vacância do cargo”. De acordo com as razões expostas nesta Nota, esse dispositivo rege apenas a relação da Administração Pública com o servidor estatutário, e relativamente ao tempo de atividade exercido sob a égide dessa ordem estatutária, ainda que sob o amparo do Regime Geral de Previdência Social.

126. Finalmente, examinamos a situação de a Administração Pública municipal estabelecer um limite de idade para a permanência em atividade do servidor público submetido a regime jurídico de trabalho celetista.

127. É de notar que a hipótese está relacionada ao empregado público da Administração direta, autárquica ou fundacional vinculado ao RGPS.

128. Nesse sistema previdenciário, é facultado ao empregador requerer a aposentadoria por idade do empregado quando este contar 70 anos de idade, se homem, ou 65 anos de idade, se mulher, desde que o empregado tenha cumprido a carência exigida, sendo garantida a indenização prevista na legislação trabalhista, a teor do art. 51 da Lei nº 8.213/1991.

---

<sup>74</sup> BRASIL. Consultoria Jurídica do MPS. Parecer Conjur/MPS nº 224, de 27 de agosto de 2007. *Tempo de atividade com filiação à Previdência Social e período objeto de averbação automática perante o Regime Jurídico Único - RJU da Lei nº 8.112/1990*. Consultoria Jurídica: Maria Abadia Alves. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/>>. Acesso em: 27 maio 2013.

129. De fato, o efeito desse requerimento para o empregado será a aposentadoria forçada, mas não é vedado ao ente público manter o vínculo de trabalho com o servidor após o implemento da idade, simplesmente abstendo-se de requerer a inativação.

130. Mas a continuidade no serviço público do servidor celetista que contar 70 anos de idade não parece proporcional em relação ao servidor titular de cargo efetivo, amparado por regime próprio, cuja permanência após essa idade é considerada ilegal.

131. Ambos são servidores públicos em sentido estrito, sendo difícil conceber que o Poder Constituinte pretendia conferir uma situação menos vantajosa sob o vínculo institucional em comparação com o contratual. Seria essa razão suficiente para que fossem equiparados na presunção de incapacidade decorrente do inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, porquanto, segundo a abalizada doutrina de José dos Santos Carvalho Filho<sup>75</sup>:

(...) ao fixar aquela idade, o mandamento constitucional instituiu, como suporte fático do benefício, uma presunção absoluta (**juris et de iure**) de incapacidade do servidor, presunção essa que não cede à prova em contrário. Significa que, mesmo atingindo os 70 anos de idade em plenas condições de exercer sua função, o servidor não tem escolha: deverá ser aposentado compulsoriamente e, em consequência, afastado do serviço público.

132. Contudo, à falta de uma jurisdição constitucional que estenda o alcance do inciso II do § 1º do art. 40 da Carta Magna, entendemos que a Administração Pública está vinculada à imposição constitucional do limite etário de 70 anos tão somente em relação aos servidores amparados por Regime Próprio de Previdência Social. Nesse sentido, colacionamos o seguinte precedente da Segunda Câmara do egrégio Tribunal de Contas da União - TCU<sup>76</sup>:

SUMÁRIO: PESSOAL. APOSENTADORIA. LEGALIDADE E REGISTRO DE ALGUNS ATOS. PERDA DE OBJETO DE OUTRO. SERVIDOR EX-CELETISTA CUJO EMPREGO PÚBLICO FOI TRANSFORMADO EM CARGO EM RAZÃO DA LEI N.º 8.112/1990 QUANDO O INTERESSADO POSSUÍA MAIS DE 70 ANOS. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. LEGALIDADE DA APOSENTADORIA. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA QUE SOMENTE ALCANÇA O SERVIDOR VINCULADO AO RPPS. APENAS NO MOMENTO DA TRANSFORMAÇÃO DO CARGO, A QUAL BENEFICIOU O INTERESSADO, TORNOU-SE IRREGULAR SUA PERMANÊNCIA NA ATIVIDADE, RAZÃO PELA QUAL FOI-LHE CONCEDIDA A APOSENTADORIA COMPULSÓRIA POR IDADE.

133. Isso não quer dizer que seja ilegítimo fixar, como prática administrativa proporcional e isonômica, em face da presunção de incapacidade fixada pela Constituição, o requerimento compulsório de aposentadoria do servidor celetista que contar 70 anos, desde que de forma impessoal e sem distinção de gênero (masculino/feminino); ou seja, seria o caso de ato vinculado para a Administração Pública que ela mesma se impôs em condição menos favorável do que a prevista no art. 51 da Lei nº 8.213/1991 para o empregador.

## **VIII - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DOS ENTES PÚBLICOS E DE SEUS SERVIDORES PARA O RPPS: DA VACATIO LEGIS**

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

<sup>75</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 621.

<sup>76</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 7550/2010. Segunda Câmara. Relator: Min. Benjamin Zymler. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 29 maio 2013.

40 da Constituição Federal, na redação determinada pela Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o art. 69 da Lei Complementar nº 101, de 2000, e o art. 1º da Lei nº 9.717, de 1998.

135. O financiamento dos regimes próprios de previdência social dos Municípios apoia-se nos recursos provenientes dos orçamentos desses entes políticos, bem como das contribuições sociais dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas<sup>77 78</sup>.

136. A contribuição a cargo dos entes públicos para os respectivos regimes próprios tem natureza eminentemente financeira, e não tributária, independentemente de a gestão previdenciária estar sob a responsabilidade de fundo ou autarquia, de acordo com a conformação constitucional atual da matéria, que prevê o aporte de contribuição por esses entes no art. 40 da Carta Magna, portanto, fora de seu Capítulo I do Título VI (arts. 145 a 162), reservado ao Sistema Tributário Nacional<sup>79</sup>.

137. Além disso, a competência tributária para instituir contribuições sociais foi atribuída pelo art. 149 da Constituição exclusivamente à União, tendo sido excepcionadas, unicamente, as contribuições referidas no § 1º do art. 149 e no art. 149-A, que dizem respeito, respectivamente, à competência dos demais entes políticos da Federação para instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, além da contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, cuja competência está afeta aos Municípios e ao Distrito Federal.

138. Ainda que haja uma distinção entre a natureza jurídica da contribuição do ente público e a dos seus servidores para o regime previdenciário próprio, consideramos de boa técnica definir o legislador uma *vacatio legis* **comum**, isto é, um mesmo intervalo entre a data de publicação da lei que instituir o RPPS e a de sua entrada em vigor, para ambas estas obrigações<sup>80 81</sup>.

139. Isso porque a Constituição exige a correspondente fonte de custeio total, para a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da Seguridade Social, conforme o art. 195, § 5º, e também a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, de acordo com o art. 40, *caput*. Deste modo, a entrada em vigor do regime próprio de previdência social sob fonte parcial de financiamento, ou seja, apenas sustentado pela contribuição do ente público, ainda que por um curto período de noventa dias (eis que a

---

<sup>77</sup> A contribuição de inativos e pensionistas está fundamentada no art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41/2003, e no § 18 do art. 40 da Constituição, aplicados segundo a decisão proferida pelo STF nas ADIs 3.105-8 e 3.128-7 (Tribunal Pleno em 18.08.2004, Relator p/ Acórdão Min. Cezar Peluso), que declarou inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003, mas determinou o caráter geral da regra do § 18 do art. 40 da Constituição, com a redação dada por essa mesma Emenda.

<sup>78</sup> Além disso, os entes da federação poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos, com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, consoante o art. 249 da CF de 1988.

<sup>79</sup> A simples denominação de "contribuição" não é suficiente para conferir natureza específica de tributo a esta obrigação financeira, a teor do art. 4º do Código Tributário Nacional. Veja-se a manifestação desta Secretaria a propósito deste tema na Nota Técnica CGNAL/DRPSP/SPS Nº 01/2010 (Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=439>>).

<sup>80</sup> Pensamos que, neste sentido, deva ser compreendido o disposto no § 2º do art. 3º da Orientação Normativa SPS nº 2, de 2009, assim redigido: § 2º *A lei instituidora do RPPS poderá prever que a sua entrada em vigor dar-se-á depois de decorridos noventa dias da data da sua publicação, intervalo de tempo necessário para a cobrança das contribuições dos segurados, mantendo-se, nesse período, a filiação dos servidores e o recolhimento das contribuições ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS.*

<sup>81</sup> Observadas as peculiaridades locais, sugere-se a seguinte redação para esse dispositivo de *vacatio legis*: "Art. Esta lei entrará em vigor a partir do 1º (primeiro) dia útil do mês subsequente aos 90 (noventa) dias de sua publicação, mantendo-se nesse período o recolhimento das contribuições devidas e a vinculação dos servidores ao RGPS."

contribuição dos servidores, dada a sua natureza tributária, está sujeita ao princípio da anterioridade nonagesimal previsto no § 6º do art. 195 da CF), não parece cumprir estritamente a determinação constitucional.

140. Igualmente, não conviria ao ente público que a sua contribuição fosse exigida desde a edição da lei instituidora do RPPS, porém, antes da entrada em vigor deste regime previdenciário, porquanto, nesta última hipótese, não estaria excluída a vinculação do servidor ao Regime Geral, nos termos do art. 13 da Lei nº 8.212, de 1991, havendo, por conseguinte, aumento de despesa pública com pessoal pelas contribuições a cargo do ente para ambos os regimes de previdência.

141. Ademais, este acréscimo de despesa poderia ser capaz de afetar o equilíbrio das contas públicas e metas fiscais do Município, sem dizer do risco de vir a ser considerada uma geração de despesa inadequada em face das normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, previstas na Lei Complementar nº 101, de 2000.

## **CONCLUSÕES**

142. De acordo com a Constituição Federal de 1988, os Municípios têm competência para criar regime próprio de previdência social (art. 24, XII; art. 30, I e II; art. 40; e art. 149, § 1º), destinado a amparar o servidor civil titular de cargo efetivo, mediante lei municipal em sentido estrito, que observará as disposições da Constituição Federal de 1988 para esse regime, sejam elas permanentes ou transitórias, bem como as regras gerais editadas pela União (art. 24, § 1º).

143. Como o âmbito subjetivo de proteção do regime próprio é o servidor titular de cargo efetivo, importa que o Município deverá adotar o regime jurídico estatutário, como único regime funcional, de acordo com a redação originária do art. 39 da Carta Magna, cuja eficácia foi restabelecida, com efeito *ex nunc*, a partir da decisão proferida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal - STF no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2.135/DF, realizado em 02.08.2007.

144. Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, a cobertura previdenciária dos regimes próprios de previdência social já instituídos, ou a serem criados, teve o seu alcance restrito aos servidores titulares de cargos efetivos, consoante o novo modelo de previdência no serviço público estabelecido por essa reforma previdenciária.

145. Ressalte-se que o critério de cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos está previsto no art. 1º, inciso V, da Lei nº 9.717, de 1998, lei nacional sobre regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social.

146. Excepcionalmente, desde que expressamente regidos pelo estatuto dos servidores do ente federativo, são considerados validamente filiados ao RPPS: o servidor estável, abrangido pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT; e o servidor admitido até 5.10.1988, que não tenha cumprido, nesta data, o tempo previsto para aquisição de estabilidade no serviço público, em consonância com o Parecer da Advocacia-Geral da União, GM nº 30, de 2002, inclusive, com o art. 12 da Orientação Normativa nº 2/2009 desta Secretaria de Políticas de Previdência Social.

147. Afora tais casos, aos quais se reporta o Parecer AGU/GM nº 30, acrescentamos o do servidor que titulariza cargo público, não provido na forma regulada no art. 37 da Constituição (pela via do concurso público), mas em razão de “lei de efetivação”, cuja vinculação ao RPPS dar-se-á também em conformidade com a tese jurídica exposta naquele Parecer, e, a nosso ver, até que a jurisdição constitucional se manifeste sobre a validade dessa espécie de vínculo.

148. Ainda, nesta última hipótese, acerca de lei de efetivação, se a investidura de servidor ex-celetista em cargo efetivo alcançar aquele cujo ingresso no serviço público ocorreu mediante concurso público, na forma do art.37 da CF/1988, há o singular precedente da ADI 1.150/RS, em que o col. STF deu interpretação conforme à Constituição para admitir essa transposição decorrente da implantação do regime jurídico único, o que implica a validade dessa filiação, em caráter definitivo, ao regime previdenciário próprio.

149. A condição de ser efetivado no cargo, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, não constitui pré-requisito indispensável para que o servidor possa estar coberto por regime próprio de previdência social, em consonância com a tese jurídica adotada pela Advocacia-Geral da União no Parecer GM-30, de 2002, que dissociou a titularidade de cargo efetivo da efetividade, em face da nova redação dada ao art. 40 da CF/1988 pela EC nº 20/1998.

150. Deste modo, e considerando os fins protecionistas do sistema previdenciário, o direito fundamental à previdência social, o respeito à dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, entendemos que a norma de filiação a que se refere o art. 40 da Lei Maior, que pressupõe a titularidade de cargo efetivo, abarca, no regime próprio de previdência social, os servidores que passaram a ocupar esses cargos em razão de “leis de efetivação”.

151. A norma de efetivação permite que tais servidores sejam integrados a regime próprio de previdência social, como titulares de cargos efetivos, enquanto a sua aplicação não for afastada pela jurisdição constitucional estadual ou federal.

152. A nosso ver, após a decisão definitiva em controle de constitucionalidade da referida norma, retirando-lhe a validade, somente as relações jurídicas previdenciárias que decorram de contingências sociais (de fato, ou presumidas), realizadas até essa declaração, poderão conservar-se validamente sob a regência do regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal, não se operando a solução de continuidade em relação aos benefícios concedidos, assim como àqueles cujos requisitos foram atendidos para a sua concessão.

153. A criação atual de regime previdenciário próprio, de par com a instituição do regime jurídico único, não proporcionará ao servidor ex-celetista que passar a titularizar cargo público efetivo o direito à aplicação das regras constitucionais de transição das reformas previdenciárias das Emendas Constitucionais nºs 41, 47 e 70.

154. Isso porque, no contexto das aludidas reformas previdenciárias, o requisito relacionado à **época de ingresso no serviço público** aplica-se tão somente ao servidor estatutário, para salvaguardar expectativas de direito do servidor titular de cargo efetivo, esse que já era, ao tempo destas reformas, destinatário das regras constitucionais permanentes do sistema previdenciário próprio, e que permaneceria, neste regime, sujeito a novos requisitos (mais severos) para a aposentação. Ademais, o fato da exclusão da filiação ao regime próprio, como ocorreu com o empregado público da Administração direta, autárquica e fundacional, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998, não é condizente com o direito a regras de transição neste mesmo regime previdenciário.

155. Quando se trata, porém, do requisito de **tempo de serviço público**, não de ingresso, os preceitos dos artigos: 40, § 1º, III, da Constituição Federal; 6º, III, da Emenda Constitucional nº 41/2003; e 3º, II, da Emenda Constitucional nº 47/2005 têm alcance maior, porque visam a proteger a atividade prestada sob aquela especial qualificação, seja em regime contratual, de emprego público, ou estatutário, de cargo público, o que abarca o tempo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, quanto na Administração indireta.



156. Por sua vez, quando a reforma previdenciária da Emenda Constitucional nº 20/1998 estabeleceu, para a aposentadoria voluntária no regime próprio, a exigência de um tempo mínimo de cinco anos de exercício no **cargo efetivo** em que ela ocorresse, trouxe um requisito que somente é possível adimplir sob o regime estatutário, porquanto se referiu diretamente a cargo e não a emprego público, conforme a redação que conferiu ao inciso III do § 1º do art. 40 da CF/1988. Assim, a contagem somente pode ser iniciada após a adoção desse regime jurídico, para os servidores que venham a titularizar cargo efetivo.

157. Na transição jurídica previdenciária do RGPS para o RPPS, afora a posição jurídica de direito adquirido à prestação previdenciária, há de se reconhecer a lacuna existente em relação a normas gerais da União.

158. Talvez resida na pacífica jurisprudência do col. STF, quanto a não haver direito adquirido a regime jurídico, a razão para a referida lacuna acerca de um direito de transição; eis que o servidor possui somente expectativa de direito, não direito expectativo, muito menos direito adquirido, quando não implementa integralmente o suporte fático para a concessão de benefício.

159. Contudo, não nos parece inconcebível a opção política do legislador por juridicizar determinadas expectativas de direito.

160. Ocorre que, em matéria de direito previdenciário, ainda que seja possível a legislação concorrente de Estados, Distrito Federal e Municípios, com base no art. 24, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, as opções são limitadas em razão da obrigatória observância dos modelos previdenciários inscritos na Carta Magna de 1988, nas regras de seu corpo permanente, bem como nas regras transitórias das reformas previdenciárias constitucionais.

161. Mas, o ente da Federação poderia, por exemplo, legislar em sua esfera de autonomia político-administrativa sobre o direito de opção, quando da instituição do regime jurídico único, para o servidor permanecer vinculado ao regime celetista, até que os empregos públicos assim ocupados fossem extintos na vacância, o que teria em vista assegurar a realização de razoável expectativa de direito no âmbito do RGPS, em determinadas situações excepcionais, valoradas pelo legislador infraconstitucional.

162. A hipótese anterior não representa violação à exigência constitucional de instituição de regime jurídico único, se considerarmos o seu caráter transitório, o amparo no direito fundamental à segurança, além de tratar-se de medida proporcional e que visa proteger a confiança depositada nos sistemas previdenciários pelos beneficiários.

163. Esta legislação a respeito de um direito de transição, na migração do RGPS para o RPPS, depende de um juízo de valor, próprio da função legislativa típica, do que seria uma expectativa de direito pré-aposentadoria razoável.

164. Como a opção legislativa, neste caso de situações excepcionais de proximidade do cumprimento dos requisitos para a aposentação no RGPS, imbrica o direito administrativo com o previdenciário, não pode ser afastada a hipótese de declaração de sua inconstitucionalidade, segundo a interpretação que a jurisdição constitucional venha a conferir à especificidade da matéria prevalecente em cada situação transitória objeto de legislação.

165. Por ocasião da implantação do regime jurídico único estatutário e da migração para o regime próprio de previdência social, os servidores municipais que estejam afastados da atividade por motivo de incapacidade para o trabalho, em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, mantidos pelo INSS, devem permanecer vinculados ao Regime Geral, com os respectivos contratos de trabalho suspensos, conforme os arts. 475 e 476 da CLT e art. 63 da Lei nº 8.213/1991.

166. Essa responsabilidade não pode ser simplesmente transferida ao regime próprio do Município, porque isso importaria a cessação do benefício em fruição e a extinção da relação jurídica previdenciária de proteção entre o servidor e o Regime Geral, em clara violação ao art. 15, inciso I, da Lei nº 8.213/1991.

167. Note-se que a regra geral do art. 10 da Lei nº 9.717/1998, para o caso de extinção de regime próprio de previdência social, prescreve a integral responsabilidade dos entes da Federação pelos benefícios já concedidos, bem como daqueles cujos requisitos já foram implementados, anteriormente à sua extinção.

168. Assim, se considerarmos a intenção constitucional manifesta de aproximar os requisitos e critérios de ambos os regimes previdenciários (geral e próprio), consoante o § 12 do art. 40 da Carta Magna, não poderia ser diferente a norma de direito para o caso dos servidores que estejam em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez concedidos pelo Regime Geral, quando da instituição do regime próprio no Município. Portanto, nestas hipóteses, a responsabilidade pelo pagamento continuará afeta ao Regime Geral.

169. A transferência do risco social protegido é *conditio sine qua non* de tornar o direito fundamental à previdência social efetivo, mas a transferência inter-regimes previdenciários da contingência social ocorrida não é válida, porque atenta contra o modelo constitucional de organização da previdência social, segundo o qual os diversos regimes devem observar critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, consoante o *caput* do arts. 40 e 201 da Carta Magna.

170. Convém ao Município editar norma de direito intertemporal, disciplinando expressamente as regras de transição para fins de aquisição de direitos no regime jurídico estatutário e no regime previdenciário próprio, para a situação de o servidor afastado da atividade, sob a proteção previdenciária do RGPS, recuperar a sua capacidade de trabalho.

171. A aposentadoria voluntária do servidor público, vinculado à Administração Pública Municipal direta, autárquica e fundacional por uma relação jurídica de trabalho estatutária, é capaz de gerar, de ordinário, a situação de vacância do cargo público por ele ocupado, independentemente de estar amparado por RPPS ou RGPS.

172. Mas, se o referido vínculo for celetista (portanto, contratual e não institucional), não se poderá atribuir à aposentadoria espontânea do empregado público, sob a proteção previdenciária do RGPS, o efeito de extinguir o contrato de trabalho, consoante a iterativa jurisprudência do STF e do TST.

173. Nesta última hipótese, a acumulação de proventos e remuneração do emprego público não é vedada pelo preceito do § 10 do art. 37 da CF/1988, porque a aposentadoria é paga pelo RGPS, isto é, os proventos não decorrem dos regimes previdenciários dos arts. 40 (dos servidores públicos titulares de cargo efetivo), 42 (dos militares dos Estados e do Distrito Federal) ou 142 (dos militares das Forças Armadas).

174. O art. 79 da Orientação Normativa nº 2, de 2009, desta Secretaria de Políticas de Previdência Social, cujo teor é: “*A concessão de aposentadoria ao servidor titular de cargo efetivo, ainda que pelo RGPS, determinará a vacância do cargo*”, rege apenas a relação da Administração Pública com o servidor estatutário, e relativamente ao tempo de atividade exercido sob a égide dessa ordem estatutária, ainda que sob o amparo do Regime Geral de Previdência Social.

175. Por conseguinte, se não for utilizado qualquer tempo de vinculação ao regime estatutário, para fins de aposentadoria no RGPS, a concessão desse benefício não determinará a vacância do cargo.

176. Essa assertiva é válida ainda que se trate da mesma atividade no serviço público, quando há transformação do regime jurídico de trabalho de celetista para estatutário. Ademais, o aproveitamento do período de atividade sob a égide da CLT, no âmbito do RGPS, não viola a Portaria MPS nº 154, de 2008, sendo inexigível a emissão de Certidão de Tempo de Contribuição – CTC, muito menos a condição de ex-servidor (pela exoneração ou demissão).

177. Se o beneficiário não se valeu de qualquer tempo sob o regime estatutário em cargo público, é assegurado o direito adquirido à prestação previdenciária pelo RGPS, não obstante os seus requisitos tenham sido cumpridos na mesma atividade, sem que do aproveitamento daquele tempo sob o regime celetista decorra a vacância do cargo.

178. Esse entendimento não se opõe à pacífica jurisprudência do colendo STF, no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico (o que inclui o previdenciário), nem ao art. 99 da Lei nº 8.213/1991. No primeiro caso, porque não aduzimos que a situação fora de direito adquirido a regime jurídico, e sim prestação previdenciária, o que é distinto; estando tal garantia abarcada pela segurança jurídica. Quanto ao dispositivo legal citado, a sua incidência está restrita à contagem recíproca inter-regimes previdenciários, eis que o benefício resultante dessa contagem “será concedido e pago pelo sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerê-lo”. Por conseguinte, essa regra não obsta a utilização exclusiva do tempo em que o servidor esteve vinculado ao RGPS, sob regime celetista, para fins de concessão de benefício neste regime previdenciário, mesmo que esteja vinculado ao RPPS ao exercer o seu direito adquirido.

179. A aposentadoria em um dos cargos, empregos ou funções constitucionalmente acumuláveis (nos termos dos incisos XVI e XVII do art. 37 da CF/1988), independentemente do regime previdenciário instituidor (seja RGPS ou RPPS), não ocasiona a vacância do cargo acumulado licitamente.

180. A dupla proteção previdenciária, nos sistemas geral e próprio, em razão do exercício de atividade privada, fora do âmbito estatal, concomitante com o serviço público ativo, quando permitida pelo regime estatutário (ante a compatibilidade com o exercício do cargo e com o horário de trabalho), é válida, como prescreve o § 1º do art. 12 da Lei nº 8.213/1991. Assim, não se pode ter a aposentadoria na atividade amparada pelo RGPS como causa de vacância na outra atividade, amparada pelo RPPS.

181. Para as atividades laborais prestadas de forma concomitante, na administração pública e na atividade privada, com contribuições previdenciárias vertidas para o mesmo Regime Geral, corresponde um único tempo de contribuição, de acordo com o Parecer da Consultoria Jurídica do MPS nº 224, de 2007. Deste modo, esse tempo somente poderá ser computado uma única vez, sob pena de afronta ao inciso III do art. 96 da Lei nº 8.213/1991, e poderá implicar a vacância do cargo ocupado pelo servidor, se for utilizado o período de vínculo estatutário não amparado por regime próprio.

182. A Administração Pública está vinculada à imposição constitucional do limite etário de 70 anos para o serviço ativo tão somente em relação aos servidores amparados por Regime Próprio de Previdência Social.

183. Afigura-se-nos legítima a fixação, como prática administrativa proporcional e isonômica, em face da presunção de incapacidade estabelecida no inciso II do § 1º do art. 40 da Carta Magna, o requerimento compulsório de aposentadoria do servidor celetista que contar 70 anos, desde que de forma impessoal e sem distinção de gênero (masculino/feminino); ou seja, em condição menos favorável do que a prevista no art. 51 da Lei nº 8.213/1991 para o empregador.

184. O financiamento dos regimes próprios de previdência social dos Municípios apoia-se nos recursos provenientes dos orçamentos desses entes políticos, bem como das contribuições sociais dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas.

185. A contribuição a cargo dos entes públicos para os respectivos regimes próprios tem natureza eminentemente financeira, e a de seus servidores, natureza tributária, de acordo com a conformação constitucional atual da matéria.

186. Ainda que haja uma distinção entre a natureza jurídica da contribuição do ente público e a dos seus servidores para o regime previdenciário próprio, consideramos de boa técnica definir o legislador uma *vacatio legis* **comum**, isto é, um mesmo intervalo entre a data de publicação da lei que instituir o RPPS e a de sua entrada em vigor, para ambas estas obrigações.

187. Isso porque a Constituição exige a correspondente fonte de custeio total, para a criação, majoração ou extensão de benefício ou serviço da Seguridade Social, conforme o art. 195, § 5º, e também a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, de acordo com o art. 40, *caput*.

188. Ademais, a definição da *vacatio legis* deve considerar o equilíbrio das contas públicas e metas fiscais do Município.

À consideração da Senhora Coordenadora de Normatização.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

**MÁRIO CABUS MOREIRA**

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Em exercício na SPPS/MPS

---

Ciente e de Acordo.

À consideração do Senhor Coordenador-Geral.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

**MARINA ANDRADE PIRES SOUSA**

Coordenadora de Normatização

---

**COORDENAÇÃO-GERAL DE NORMATIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO  
LEGAL, em 28/08/2013.**

Ciente e de Acordo.

Ao Senhor Diretor do Departamento.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

**NARLON GUTIERRE NOGUEIRA**

Coordenador-Geral de Normatização  
e Acompanhamento Legal

**DEPARTAMENTO DOS REGIMES DE PREVIDÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO,**  
**em 28/08/2013.**

Ciente e de Acordo.

Ao Senhor Secretário de Políticas de Previdência Social.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

**OTONI GONÇALVES GUIMARÃES**

Diretor do Departamento dos Regimes  
de Previdência no Serviço Público

---

**SECRETARIA DE POLÍTICAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, em /08/2013.**

Aprovo a NOTA TÉCNICA CGNAL/DRPSP/SPPS N° 03/2013, por seus próprios fundamentos.

Providencie-se a divulgação.

(ORIGINAL ASSINADO E ARQUIVADO NA ORIGEM)

**LEONARDO JOSÉ ROLIM GUIMARÃES**

Secretário de Políticas de Previdência Social