

O TEMA 709 DO STF E O REGIME PRÓPRIO

Bruno Sá Freire Martins¹

Resumo

O presente artigo discute a aplicação, em sede de Regime Próprio de Previdência Social, da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no tema de repercussão geral n.º 709 no sentido de que é constitucional a vedação de que o aposentado de forma especial continue a exercer atividades onde haja exposição a agentes nocivos, considerando a aplicação subsidiária das normas do Regime Geral ante ao que estabelece a Súmula Vinculante n.º 33 ou mesmo regras estabelecidas por reforma previdenciária local, bem como o fato de que as regras de acúmulo de proventos e remuneração no serviço público estão expressamente previstas na Constituição Federal.

Palavras-chave: Aposentadoria Especial. Exercício. Atividade. Exposição.

THEME 709 OF THE SUPREME COURT AND PENSION FUND PUBLIC AGENT

Abstract

This article discusses the application of the thesis established by the Federal Supreme Court in the theme of general repercussion n.º 790 exposure to harmful agents, considering the subsidiary application of the rules of the General Regime in relation to what is established in Binding Precedent n.º 33 or even rules established by local social security reform, as well as the fact that the rules for accruing earnings and public service are expressly provided for in the Federal Constitution.

Keywords: Special Retirement. Exercise. Activity. Exhibition.

1 INTRODUÇÃO

A aposentadoria especial dos servidores públicos que atuam expostos a agentes nocivos sempre foi objeto de grande controvérsia, tanto que o Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante determinando a aplicação, no que couber, das regras do INSS em sede de Regime Próprio.

¹ servidor público efetivo do Instituto de Previdência do Estado de Mato Grosso - MTPREV; advogado; consultor jurídico da ANEPREM, da APEPREV e da APPEAL; pós-graduado em Direito Público e em Direito Previdenciário; professor de pós-graduação; membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Prática Previdenciária da Paixão Editores; escreve todas as terças-feiras para a Coluna Previdência do Servidor no Jornal Jurid Digital (ISSN 1980-4288 - www.jornaljurid.com.br/colunas/previdencia-do-servidor), para os sites fococidade.com.br e entrefala.com.br, autor dos livros DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO, A PENSÃO POR MORTE, REGIME PRÓPRIO – IMPACTOS DA MP n.º 664/14 ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS e MANUAL PRÁTICO DAS APOSENTADORIAS DO SERVIDOR PÚBLICO, todos da editora LTr, do livro A NOVA PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS (editora Alteridade) e de diversos artigos nas áreas de Direito Previdenciário e Direito Administrativo.

E, no Regime Geral, uma das regras estabelecidas para os seus segurados reside na impossibilidade de que o aposentado por exposição a agente nocivo continue a atuar em atividades em que haja exposição.

Norma essa que foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal por intermédio da tese fixada no Tema 709 de repercussão geral, fazendo com que surgisse a dúvida acerca de sua aplicação ou não em sede de Regime Próprio.

Indagação essa que persiste ante ao fato de que vários Entes Federados não promoveram reforma previdenciária e, conseqüentemente, não regulamentaram a concessão de aposentadoria especial a servidores que trabalham expostos a agentes nocivos.

Sem contar aqueles servidores que se aposentaram sob essa modalidade antes das ditas regulamentações.

Além disso, existem ainda aqueles Estados e Municípios que ao regular a aposentadoria especial de seus servidores trouxeram previsão expressa no sentido de vedar que o aposentado por exposição a agentes nocivos continue a atuar no exercício de atividades em que haja exposição.

Daí a necessidade de aprofundamento no debate.

2 A APOSENTADORIA ESPECIAL E O REGIME PRÓPRIO

Desde a sua redação original a Constituição Federal autoriza a edição de legislação regulando a concessão de aposentadoria para os servidores que exercem as atribuições de seu cargo com exposição a agentes nocivos.

Previsão essa que veio se mantendo no texto ao longo dos anos, mesmo após as inúmeras reformas promovidas, mas que nunca foi objeto de regulamentação pela legislação infraconstitucional na forma autorizada.

Nesse ponto, é importante ressaltar que a Carta Magna atribuiu competência concorrente entre a União e os Estados para legislar sobre previdência e os Municípios, por força do artigo 30 do Texto Maior, também possuem legitimidade para dispor sobre a matéria.

A competência concorrente impõe à União a edição de normas gerais e aos Estados as normas locais, autorizando estes a regular a matéria como um todo, sempre que houver omissão federal.

Acerca da omissão Moraes (2017, p. 240, grifo nosso) afirma que:

Note-se que, doutrinariamente, podemos dividir a competência suplementar dos Estados-membros e do Distrito Federal em duas espécies: competência complementar e competência supletiva. A primeira dependerá de prévia existência de lei federal a ser especificada pelos Estados-membros e Distrito Federal. **Por sua vez, a segunda aparecerá em virtude da inércia da União em editar a lei federal, quando então os Estados e o Distrito Federal, temporariamente, adquirirão competência plena tanto para edição das normas de caráter geral, quanto para normas específicas (CF, art. 24, §§ 3º e 4º).**

Entretanto, os Estados e Municípios nunca exerceram sua competência para legislar sobre o tema, ante ao que estabelecia o parágrafo único do artigo 5º da Lei n.º

9.717/98 cujo teor é o seguinte: Art. 5º [...] Parágrafo único. Fica vedada a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria.

Norma essa que, como se vê, apesar de vedar a concessão do benefício, em verdade, tinha o condão de impedir a edição de norma local sobre o tema à medida que somente seria possível a concessão de aposentadoria especial por exposição a agente nocivo se houvesse regramento acerca da mesma.

Além disso, em que pese a inconstitucionalidade do dito parágrafo, os Entes Federados jamais se opuseram a seu teor por se tratar de norma tida como geral cuja observância era obrigatória para fins de recebimento de recursos federais.

E, como a União também não regulamentou as aposentadorias especiais dos servidores públicos criou-se um vazio legislativo que fez com que o Supremo Tribunal Federal editasse a Súmula Vinculante n.º 33 com o seguinte teor: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica”.

Mais recentemente a Emenda Constitucional n.º 103/19 resolveu parcialmente a questão delegando efetivamente aos Entes Federados a competência para legislar sobre aposentadorias especiais.

Nesse aspecto Nóbrega e Benedito (2021, p. 87) afirmam que:

A EC 103/19, conforme veremos adiante, assim como fez com as aposentadorias normais previstas no § 1º do at. 40 da CR/88, concedeu autonomia para cada ente federativo regular os critérios diferenciados de idade e de tempo de contribuição das aposentadorias previstas nos §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º do citado artigo. Com isso, tais aposentadorias passam a depender não mais de uma lei complementar de âmbito nacional, mas, sim de lei complementar dos entes políticos: União, Estados, DF e Municípios.

Ao mesmo tempo a reforma promovida em 2019 regulou a concessão da aposentadoria para os servidores federais que ingressarem após a sua edição (artigo 10) e também para aqueles que já haviam ingressado antes de 13 de novembro de 2019, data de sua promulgação (artigo 21).

Assim, a omissão deixa de existir no Regime Próprio da União e naqueles onde houver edição de norma local tratando do tema, por outro lado, os Entes Federados que ainda não fizeram a sua reforma previdenciária devem aplicar as regras do INSS na apreciação de pedidos de aposentadorias especiais de seus servidores que atuam expostos a agentes nocivos.

Isso porque, nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal o teor das súmulas vinculantes também obriga os órgãos do Poder Executivo.

3 A EXPRESSÃO “NO QUE COUBER”

Entretanto, a Súmula Vinculante n.º 33 traz resguardo importante acerca de

sua aplicação à medida que faz uso da expressão “no que couber” que pode ser considerada como um verdadeiro limitador para aplicação das normas do Regime Geral em sede de previdência do servidor.

Pois como afirma Martinez (2016, p. 293) a expressão no que couber significa o emprego de institutos técnicos que, pela sua natureza mais íntima, aplicabilidade real e dicção redacional, são compatíveis e não conflitantes.

Expressão essa também contida no § 12 do artigo 40 do Texto Maior cuja redação atual é a seguinte: “§ 12. Além do disposto neste artigo, serão observados, em regime próprio de previdência social, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social”.

E que no dizer de Martins (2018, p. 59):

Com isso o princípio da subsidiariedade restou cristalizado no âmbito dos regimes próprios de previdência, onde em não havendo conflito entre as regras e persistindo a omissão da norma do regime previdenciário da união, estadual ou municipal serão aplicadas as normas do Regime Geral.

O que inclusive foi corroborado pela Corte Suprema à medida que esta já reconheceu que o dito dispositivo tem natureza de norma que objetiva a interpretação integrativa do regramento previdenciário do servidor público como se pode constatar na tese fixada para o Tema 160 de repercussão geral.

Assim sendo, a aplicação das regras do INSS em sede de Regime Próprio só encontra espaço ante a omissão normativa, não se admitindo que a mesma possa servir de fundamento para afastar regras atinentes ao direito administrativo.

4 O TEMA 709

Nesse aspecto, nunca é demais lembrar que o Supremo Tribunal Federal ao fixar a tese lançada no tema 709 de repercussão geral reconheceu a constitucionalidade da vedação contida no § 8º do artigo 57 combinado com o artigo 46 ambos da Lei n.º 8.213/91, cujas redações são as seguintes:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.
[...]

§ 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

Art. 46. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.

Nos seguintes termos:

I) É constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não.

II) Nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros. Efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial a implantação do benefício, uma vez verificado o retorno ao labor nocivo ou sua continuidade, cessará o pagamento do benefício previdenciário em questão.

Ou seja, entendeu que as vedações lançadas na lei ordinária que regula a concessão da aposentadoria especial dos segurados do Regime Geral são compatíveis com a Constituição Federal, análise essa feita sob o manto da hierarquia das normas.

Prevalecendo, nesse caso, a finalidade protetiva do benefício que segundo Leiria (2001, p. 164):

A finalidade do benefício de aposentadoria especial é de amparar o trabalhador que laborou em condições nocivas e perigosas à sua saúde, reduzindo o tempo de serviço/contribuição para fins de aposentadoria. Tem, pois, como fundamento o trabalho desenvolvido em atividades ditas insalubres. Pela legislação de regência, a condição, o pressuposto determinante do benefício está ligado à presença de agentes perigosos ou nocivos (químicos, físicos ou biológicos) à saúde ou à integridade física do trabalhador, e não apenas àquelas atividades ou funções catalogadas em regulamento.

Prova disso é que na ementa lançada no Acórdão do Recurso Extraordinário n.º 791.961, no qual se originou a tese fixada no tema 709, o Ministro Dias Toffoli afirmou-se que “a norma se presta, de forma razoável e proporcional, para homenagear o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos à saúde, à vida, ao ambiente de trabalho equilibrado e à redução dos riscos inerentes ao trabalho”.

Não havendo, como se vê da tese fixada qualquer alusão ao Regime Próprio, além de este se limitar a analisar aspectos relacionados à legislação infraconstitucional do Regime Geral frente ao Texto Magno.

5 PERÍODO POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 103/19

Com o advento da reforma da previdência em 2019, os Regimes Próprios passaram a ter autonomia para editar suas normas relacionadas a aposentadorias e pensões.

Autonomia essa que se sujeita aos aspectos gerais estabelecidos no próprio Texto Maior, mais especificamente em seu artigo 40, onde a aposentadoria especial por exposição a agentes nocivos é regulada da seguinte forma:

Art. 40 [...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios em regime próprio de previdência social, ressalvado o disposto nos §§ 4º-A, 4º-B, 4º-C e 5º.

[...]

§ 4º-C. Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

E como se vê não consta do mesmo qualquer regramento acerca da continuidade ou não do exercício de atividade em exposição para aqueles que se aposentaram de forma especial também nessa condição.

Razão pela qual a adoção ou não da vedação deverá constar da reforma a ser feita pelo respectivo Ente Federado, ao qual caberá fazer constar a mesma expressamente em sua legislação ou ainda aplicá-la em razão da adoção expressa das regras do Regime Geral.

Ocorre que independentemente da forma adotada para estabelecer a vedação, o fato é que, no período pós-reforma da previdência esta somente integrará o ordenamento jurídico local se houver modificação nas normas infraconstitucionais.

E, na condição de lei estará sujeita aos regramentos constitucionais reguladores tanto da aposentadoria especial em sede de Regime Próprio, quanto às regras atinentes ao acúmulo de proventos e remuneração.

6 A CUMULAÇÃO DE CARGOS

Ocorre que a Constituição Federal regulou o exercício cumulado de cargos públicos nos seguintes termos:

Art. 37 [...]

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

Ou seja, permitiu o exercício de dois cargos nas situações elencadas no inciso XVI do artigo 37, desde que haja compatibilidade de horário, portanto, em termos constitucionais as únicas limitações à cumulação de cargos residem nas hipóteses definidas no dito inciso e na compatibilidade de jornadas de trabalho.

Tanto que a Corte Suprema, em sede de repercussão geral fixou a seguinte tese:

Tema 1.081:

As hipóteses excepcionais autorizadoras de acumulação de cargos públicos previstas na Constituição Federal sujeitam-se, unicamente, a existência de compatibilidade de horários, verificada no caso concreto, ainda que haja norma infraconstitucional que limite a jornada semanal.

E como afirma Carvalho Filho (2019, p. 947, grifo nosso):

A Constituição admite a acumulação remunerada em algumas situações que expressamente menciona. Observe-se, porém, que, seja qual for a hipótese de permissividade, há de sempre estar presente o pressuposto da compatibilidade de horários. Sem esta, a acumulação é vedada, mesmo que os cargos e funções sejam em tese acumuláveis. **Entretanto, a exigência constitucional é somente a de compatibilidade de horários, de modo que será vedado criar exigência não prevista**, como é o caso do limite de horas semanais de trabalho.

O mesmo artigo 37, ainda previu que:

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

De forma que, ante a impossibilidade de aferição de jornada de trabalho dos aposentados, é possível afirmar que a Constituição Federal autorizou o recebimento conjunto de proventos e remuneração somente nas hipóteses de cumulação de cargos elencadas nas alíneas do inciso XVI de seu artigo 37, sem qualquer outra restrição para tanto.

Sendo esse inclusive o entendimento do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Servidor público. Acumulação de proventos com vencimentos. Cargos acumuláveis. Compatibilidade de horário. Comprovação. Desnecessidade. Precedentes. 1. Nos casos em que for admissível a acumulação, não há falar em comprovação da compatibilidade de horários quando o servidor público pretender acumular proventos de aposentadoria com remuneração. 2. Agravo regimental não provido. (ARE 802177 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014)

Permitindo-se, assim, a conclusão no sentido de que a matéria atinente à cumulação remunerada de cargos e o recebimento conjunto de proventos e remuneração foi inteiramente disciplinada pela Constituição Federal, não admitindo a edição de norma infraconstitucional que tenha por condão estabelecer impedimentos para sua ocorrência.

7 PREDOMÍNIO DA NORMA CONSTITUCIONAL

Assim, como resta demonstrado a questão atinente ao acúmulo de proventos decorrentes de aposentadoria especial com remuneração de cargo público decorrente do exercício de atribuições expostas a agentes nocivos, em sede de Administração Pública, não se constitui em matéria sem regulamentação.

Isso porque, a própria Carta Magna tratou da matéria em todos os seus detalhes não trazendo restrição quanto à possibilidade de ocorrência desse tipo de cumulação, não podendo, portanto, a regra infraconstitucional o fazê-lo.

Ainda mais, por se constituir a previsão contida no § 10 do artigo 37 da Constituição Federal em norma constitucional de eficácia plena que são aquelas de aplicação imediata não exigindo a edição de norma infraconstitucional que assegure a sua eficácia.

Segundo Mendes e Branco (2018) as normas de eficácia plena são as idôneas para produzir todos os efeitos previstos, isto é, podem disciplinar de pronto as relações jurídicas, uma vez que contêm todos os elementos necessários. Correspondem aos casos de norma autoexecutável. A essa categoria são muitas vezes assimilados os preceitos que contêm proibições, que conferem isenções e os que estipulam prerrogativas.

Além disso, não se pode perder de vista que se trata de matéria cujo constituinte optou por erigir à condição de norma constitucional, razão pela qual seu conteúdo predomina sobre os regramentos lançados na norma de natureza ordinária, como é o caso do regramento que veda o exercício de atividade em exposição a agente nocivo pelo aposentado de forma especial no Regime Geral ou mesmo na legislação específica do Regime Próprio.

Isso porque, tal matéria, em ambos os regimes previdenciários básicos, está disciplinada na legislação infraconstitucional e como tal sujeita-se aos ditames da Carta Magna que, no caso em questão, não admitem a imposição de limitações infraconstitucionais ao recebimento de proventos e remuneração.

Afastando, com isso, qualquer discussão acerca da existência de um conflito entre normas, já que não há que se falar em conflito de normas quando estas possuem hierarquia diferentes, devendo-se predominar, nesse caso, os ditames constitucionais.

8 CONCLUSÃO

Portanto, a condição de regramento constitucional de eficácia plena do § 10 do artigo 37 da Constituição Federal afasta a existência de omissão suprível pela aplicação das normas do Regime Geral, impedindo, por conseguinte, a aplicação da tese fixada pela Corte Suprema, em sede de repercussão geral, no Tema 709 do âmbito dos Regimes Próprios.

Ao mesmo tempo que torna inconstitucional a edição de legislação no respectivo Regime Próprio vedando o retorno ou continuidade do labor em atividade onde haja exposição a agente nocivo por servidor aposentado de forma especial também por exposição a tais agentes.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed., São Paulo: Atlas, 2019.

LEIRIA, Maria Lucia Luz. **Direito previdenciário e estado democrático de direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria especial do servidor**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2016.

MARTINS, Bruno Sá Freire. **Direito constitucional previdenciário do servidor público**. São Paulo: LTr, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NÓBREGA, Tatiana de Lima; BENEDITO, Maurício Roberto de Souza. **O regime previdenciário do servidor público**. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

Recebido em: 20 jun. 2022 Aceito em: 21 jul. 2022.