

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

ANDRESSA DE OLIVEIRA LANCHOTTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Andressa De Oliveira Lanchotti, Sebastião Sérgio Da Silveira – Florianópolis: CONPEDI,
2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-150-0

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

A presente coletânea é produto da reunião dos trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II, do XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e Direito - CONPEDI, realizado na cidade de Brasília, no período de 06 a 08 de julho de 2016.

O resultado que ora apresentamos é fruto do labor de mais de dezenas de pesquisadores, sendo que os trabalhos refletem um pouco da situação atual de nosso direito administrativo e da gestão pública que dele decorre.

Conforme é sabido, o Direito Administrativo brasileiro vem passando por um intenso processo de ressignificação, na busca de novos paradigmas e valores, principalmente como forma de atender aos princípios consagrados na Constituição de 1988.

A gestão pública, sempre muito influenciada por velhos métodos e práticas, também vem sendo colocada à prova, diante das necessidades de busca de eficiência, economicidade e transparência.

Sempre muito resignada, a sociedade brasileira parece não mais se conformar com a situação caótica vivida pelo Estado Brasileiro e vem clamando por reformas e mudanças.

Os trabalhos ora apresentados refletem as inquietações da doutrina e os desafios existentes, principalmente em razão das aspirações de nosso povo, que sedento por melhores serviços públicos, vem exigindo transformações na administração pública.

Considerando tais premissas, os pesquisadores foram divididos em grupos, buscando alguma pertinência temática, com vistas à orientação dos debates que seguiram a apresentação dos trabalhos.

Um dos eixos discutiu temas atuais de licitações e contratos, apontando dificuldades, propostas e as perspectivas do instituto.

Os servidores públicos, foram objeto de outro eixo de discussão, onde foram abordados interessantes temas relativos à greve, regime de previdência, processo disciplinar, nepotismo e responsabilidade.

Serviços públicos e parcerias público privadas foram agregados em outro subgrupo, onde foram apresentados interessantes trabalhos, com ênfase em arbitragem, capital privado, administração penitenciária e sustentabilidade.

Por fim, no último eixo, foram tratados palpitantes temas residuais, como corrupção, bens públicos, compromisso e ato administrativo e responsabilidade dos integrantes de conselhos administrativos de paraestatais.

Convictos da qualidade e atualidades dos trabalhos apresentados, fazemos um convite à leitura e reflexão, na expectativa de que cada um dos textos possa influir no aperfeiçoamento do direito administrativo e da gestão pública em nosso país.

Brasília, julho de 2016.

Profª Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti

Professora das Faculdades Milton Campos-FMC, Minas Gerais e Pesquisadora Associada à Faculdade de Direito da UFMG, Minas Gerais.

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira

Professor da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP e da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP.

**REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS OCUPANTES DE CARGOS ELETIVOS E
SERVIDORES NÃO EFETIVOS**
**PENSION SCHEME OF POSITIONS OF ELECTIVE OCCUPANTS AND SERVERS
NOT EFFECTIVE**

Sebastião Sérgio Da Silveira ¹
Ricardo Dos Reis Silveira ²

Resumo

Os agentes políticos e os servidores não ocupantes de cargos efetivos possuem vinculação obrigatória ao Regime Geral de Previdência – RGPS. Dessa forma, não se legitimam iniciativas de Estados e Municípios, que através de legislação local, vincularam tais categorias funcionais ao Regime Próprio de Previdência Social – RPPS; criaram regimes especiais para os mesmos ou instituíram benefícios não previstos no regime geral.

Palavras-chave: Regime geral de previdência, Não ocupantes de cargos efetivos, Vinculação compulsória

Abstract/Resumen/Résumé

The politicians and ineffective officeholders servers have required linking the Security General Regime - RGPS . Thus, no legitimate initiatives of states and municipalities , which through local legislation , such functional categories linked to Own System of Social Previa - RPPS ; They created special regimes for the same or established benefits not provided for in the general scheme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Security general regime, No occupants of permanent posts, Compulsory link

¹ Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Professor da UNAERP. Professor da FDRP/USP. Mestre e Doutor pela PUC-SP. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra- Portugal

² Advogado. Professor da UNIFEB. Professor da UNAERP. Mestre e Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de São Carlos. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra-Portugal

1. Introdução

O sistema constitucional brasileiro reservou o Regime Próprio de Previdência Social – RPPS aos servidores de carreira da União, Estados e Municípios (C.F., art. 40), relegando a todas as demais categorias funcionais ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS (CF, art. 40, § 13, da C.F.).

Mesmo diante da clareza do regramento constitucional, são conhecidos os exemplos de instituição de benefícios não contemplados no RGPS, incluindo aposentadorias especiais para pessoas detentoras do poder ou próximas do poder. Tal prática nefasta sempre foi difundida em todos os níveis de governo. Assim, não se desconhecem privilégios concedidos a Presidentes da República, Governadores, Prefeitos, Deputados, Vereadores, Juízes, dentre outros.

Todos os referidos privilégios sempre foram concedidos à margem do regime previdenciário oficial, onde não são incomuns os benefícios miseráveis, mesmo após dezenas de anos de contribuição.

Os regimes especiais, criados por regras que excepcionam as normas do regime geral, quase sempre dispensam os longos períodos de contribuição ou o equilíbrio atuarial.

Tem-se, portanto, que os benefícios de aposentadorias e benefícios especiais para agentes políticos e funcionários públicos, são concessões generosas, feitas pelo Estado Brasileiro, em detrimento de todos os demais cidadãos.

Atualmente, vivemos uma nova onda de escândalos relacionados com tais aposentadorias. Agora é a vez dos governadores. Vários Estados concederam, nos últimos meses, escandalosos benefícios aos seus ex-governantes, com base em legislação local de inconstitucionalidade manifesta.

Estatísticas não oficiais indicam que pelo menos 104 (cento e quatro) ex-governadores e 53 viúvas recebem aposentadorias, muitos com benefícios concedidos após a vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, gerando despesas aproximadas R\$ 46,8 milhões por ano¹, além de milhares de outros benefícios pagos a Prefeitos e Vereadores, Brasil afora.

¹ Levantamento realizado pelo Jornal O Globo e publicado em sua versão online de 28.12.14, disponível em <http://oglobo.globo.com/brasil/estados-pagam-pensao-104-ex-governadores-14922273>, consulta em 09.04.2016.

A existência de tais aposentadorias e outros benefícios especiais desafia a Constituição Federal e as normas legais de regência do sistema previdenciário brasileiro, conforme procuraremos demonstrar no presente trabalho.

2. Os novos limites impostos pela Emenda Constitucional nº 20/98

A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que alterou diversos dispositivos da Constituição da República Brasileira, determinando um novo modelo de previdência social para o país, acabou por proibir, de forma definitiva, os referidos privilégios de aposentadorias e outros benefícios previdenciários não contemplados no RGPS.

Por força de tal emenda, o Artigo 40 da Constituição Federal², somente passou a admitir regime especial de previdência para os servidores titulares de cargos efetivos, desde observado o caráter contributivo e o equilíbrio financeiro e atuarial. Mesmo após a nova redação do dispositivo, pela Emenda Constitucional nº 41/03, subsistem as mesmas regras.

Tem-se, nessa conformidade, que paralelamente ao regime geral de previdência, disciplinado no Capítulo II, Seção III, da Constituição Federal, somente existe a previsão do regime único, destinado aos servidores titulares de cargos efetivos.

Nesse sentido, merece ser observado que se o Legislador Constituinte teve o cuidado de estatuir os dois regimes constitucionais de previdência, não pode o legislador ordinário e, também os legisladores de outros entes federados, dispor sobre outros modelos inovadores.

Quanto aos agentes políticos (ocupantes de cargos eletivos) e servidores ocupantes de cargos não efetivos, que por vezes são contemplados por beneplácitos do Estado, com aposentadorias e outros benefícios previdenciários com prazo reduzido e sem qualquer exigência de equilíbrio atuarial, é forçoso reconhecer que após o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, eles passaram a ser contribuintes do Regime Geral, de forma que eles somente podem usufruir dos mesmos benefícios concedidos aos trabalhadores em geral.

Relativamente aos servidores públicos, eles estão sujeitos a tempo mínimo de contribuição (35 anos), além de idade também mínima (65 anos), para obtenção do benefício da aposentadoria, de forma que aqui também estão proibidas generosidades na previstas na Constituição.

² "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.

Quanto aos valores dos benefícios, ambos os regimes estão sujeitos a limites, ou aos tetos previstos na própria Constituição.

Assim, pela interpretação do texto constitucional, não existe mais espaço para a concessão de aposentadorias, sem a observância dos critérios gerais de tempo de contribuição, idade (para os servidores públicos efetivos) e o com valor ponderado pelo critério do equilíbrio atuarial ou outros benefícios previdenciários não esquadrihados na Constituição e no RGPS.

Sem embargo da clareza dos dispositivos constitucionais a matéria ainda continua suscitando acalorados debates. No Recurso Extraordinário nº 650.898-RS, no qual se discute benefícios previdenciários deferidos a ocupantes de cargos eletivos pelo Município de Alecrim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral e iniciou o julgamento da matéria no dia 04 de fevereiro de 2016. Em referida sessão, após três votos negando provimento ao recurso interposto pelo município e em defesa de sua autonomia legislativa, o julgamento foi interrompido com o pedido de vista do Ministro Teori Zavascki³.

Espera-se, portanto, que em breve, o Supremo Tribunal Federal possa decidir, de preferência com atribuição de efeito vinculante, que Estados e Municípios não podem criar regimes ou benefícios especiais para pessoas não ocupantes de cargos efetivos, encerrando-se assim esse nefasto capítulo da história de privilégios de nosso pobre país.

3. O novo marco legal estabelecido pela lei nº 10.887/04

Não se desconhecem as polêmicas que sempre permearam a discussão do tema.

Por certo, a primeira delas decorreu da declaração de inconstitucionalidade do art. 12, inc. I, alínea *h*, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 9.506/1997 (RE 351.717/PR) e teve seus efeitos suspensos pela Resolução n. 26/2005, do Senado Federal.

Análise apressada daquela decisão pretoriana poderia nos conduzir à equivocada conclusão de que os agentes políticos e demais servidores estranhos aos quadros efetivos. Todavia, o decisório se cingiu em apreciar a obrigatoriedade de contribuição de Estados e Município sobre a folha de salários de tais categorias funcionais, concluindo que o legislador ordinário, de forma indevida, “*instituiu fonte nova de custeio da seguridade social, instituindo contribuição social sobre o subsídio de agente político*”.

³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4115555>. Consulta em 09.04.2016.

De forma contemporânea ao debate travado no Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de tal contribuição, foi editada a Lei n. 10.887, de 16.6.2004, que inseriu a alínea *j* ao inciso I do art. 12 da Lei n. 8.212/1991, com redação semelhante à anterior que havia sido suspensa por resolução do Senado, após a pacificação da jurisprudência do Pretório Excelso.

Consolidando o entendimento sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ACO nº 1199/AL, asseverou:

“(..) não há como se concluir que, ao inserir a al. *j* no inciso I do art. 12 da Lei n. 8.212/1991, o art. 11 da Lei n. 10.887/2004 fundamentou-se nos arts. 40, § 13, e 195, inc. II, da Constituição da República – alterado pela Emenda Constitucional n. 20/1998. Essa circunstância não se confunde com o vício de inconstitucionalidade antes declarado por este Supremo Tribunal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 351.717/PR, que analisou a questão posta à luz das normas constitucionais vigentes à época da Lei n. 9.506/1997”.⁴

Diante desse novo entendimento pacificado pelo S.T.F., nos parece que não mais é possível discutir a obrigatoriedade de vinculação dos ocupantes de cargos eletivos e outros não servidores efetivos da União, Estado e Municípios.

Como consectário lógico desse novo entendimento jurisprudencial, nos parece razoável concluir que o legislador ordinário de quaisquer dos entes federados não pode criar qualquer benefício previdenciário não previsto no RGPS e muito menos criar ônus para pagamento pela Fazenda Pública.

4. Violação de princípios da Constituição Federal pela criação ou manutenção de benefícios não previstos no RGPS

Estabelecida, nessa conformidade, a inconstitucionalidade de leis locais que estabelecem regimes ou benefícios para agentes não ocupantes de cargos efetivos, é necessário observar que tais iniciativas também confrontam o plexo principiológico que rege a Administração Pública.

Muito mais que violar simples normas previdenciárias previstas na Constituição, tais iniciativa afrontam valores essenciais da Administração Pública. Senão vejamos:

4.1 Violação do princípio da isonomia

⁴ BRASIL. S.T.F., ACO nº 1199/AL, Rel. Min. Carmén Lúcia, j. 27.02.2015. Disponível em www.stf.jus.br. Pesquisa em 16.04.2016.

A concessão de privilégios especiais para agentes políticos viola frontalmente a cláusula da isonomia, consagrada como garantia fundamental, no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal.

Para concreção dos postulados do Estado Democrático de Direito impõe rigorosa observância ao princípio da isonomia. A sua violação importa sempre em grave desvio da função legislativa ou administrativa.

Neste passo, razoabilidade justificadora da edição do ato administrativo ou legislativo está sempre intimamente ligada ao princípio da isonomia. Desta forma, a ausência de razoabilidade ou de interesse público provoca a nulidade do ato, por afronta ao princípio invocado.

Discorrendo sobre o tema e lembrando precedente da Corte Constitucional Alemã (BverfGE 9, 20 (28); 12, 264 (273), Claus-Wilhelm Canaris assevera:

“(...) o princípio da igualdade é violado quando não se possa apontar um fundamento razoável, resultante da natureza das coisas ou materialmente informado para a diferenciação legal ou para o tratamento igualitário, ou, mais simplesmente, quando a disposição possa ser caracterizada como arbitrária. Deparam-se, de facto, contradições de valores e, em consequência, quebras no sistema em todas as regras que não permitam encontrar... um razoável ... fundamento para a diferenciação, pois elas, por definição, não se reportam aos afastamentos justificados dos valores da lei; no entanto, não resulta daí necessariamente sempre uma violação contra a proibição do arbítrio”.⁵

Dentro desta perspectiva, seria, então, o princípio da isonomia a principal vedação ao arbítrio administrativo ou legislativo.

Por certo, o administrador e o legislador possuem larga margem de discricionariedade administrativa, que está infensa ao controle jurisdicional. Não obstante, é preciso distinguir tal liberdade, dos desvios caracterizadores do arbítrio violador do princípio da isonomia. Nesse sentido, Guido Zanobini assevera:

“Enquanto esta última comporta verdadeiro arbítrio, segundo o qual o sujeito pode inspirar a sua decisão em qualquer motivo que considere oportuno, a discricionariedade é uma liberdade duplamente condicionada: de modo genérico, porquanto a Administração no seu exercício deve sempre agir da maneira que repute mais útil ao bem geral, isto é, aos interesses do Estado; e de modo específico porque ela, vez por outra, há de praticar ato de interpretação para indagar as razões pelas

⁵ CANARIS, Claus- Wilhem. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 226.

quais a lei lhe haja conferido o poder, o fim particular para cuja consecução o exercício dele deve ser dirigido, agindo do modo mais correspondente a tal fim.”⁶

Portanto, também não pode ser a liberdade administrativa - manifestada através do poder discricionário da Administração - que pode autorizar o arbítrio e, via de consequência, o princípio constitucional da isonomia.

Analisando os limites impostos ao exercício do poder discricionário, Afonso Rodrigues Queiró enfatiza:

*“O limite é a legalidade, e só a legalidade. Os limites do poder discricionário serão aqueles comandos legais que vedem certas interpretações das condições do agir e imponham certas outras – ‘was verboten ist, sagt das Gesetz allein’ (Scheuner). Não haverá mais que averiguar em toda a sua extensão e profundidade as limitações proibitivas e positivas contidas nas normas legais, limitações que só podem consistir em conceitos teóricos”.*⁷

O princípio da isonomia, consagrado no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal é, nesta conformidade o parâmetro que proíbe qualquer tipo de arbítrio e limita o poder discricionário da Administração Pública, isto no tocante à função administrativa e também legislativa.

Ao criar benefício exclusivo para alguns poucos agentes políticos privilegiados, sem nenhuma correspondência com o conjunto daqueles concedidos aos demais trabalhadores, a lei incorre grave ofensa ao princípio da isonomia constitucional.

4.2 Contrariedade ao princípio do *due process of law*

Após longa construção pretoriana, hoje é possível afirmar que toda atividade pública está balizada pelo princípio do devido processo legal.

Assim, a edição de qualquer ato administrativo ou legislativo não pode violar o interesse público que é o fundamento de sustentação de todo o sistema jurídico nacional.

Tem-se, nessa conformidade, que a cláusula do devido processo legal (formal e substancial) se constituiu em verdadeira limitação constitucional aos poderes do Estado. Em seu aspecto legal, exige-se que o ato obedeça ao procedimento e se revista dos requisitos constitucionais e legais. Muito mais que isso é a sua parte substancial, que veda o desvio de finalidade e impõe a prática de atos morais e justos.

⁶ ZANOBINI, Guido. *Corso de Diritto Amministrativo*, Pádova, 1939, vol I, pp. 95-96 – trad. Livre.

⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Coimbra: Editora Coimbra, 1940, p. 54.

Discorrendo sobre a limitação constitucional imposta ao Poder Legislativo, F.C. de San Tiago Dantas ensina que:

“nem todo ato legislativo, formalmente perfeito é due process of law. Para que o seja, é necessário que esse ato, no seu conteúdo normativo, se revista do caráter de generalidade próprio da norma jurídica, o que exclui a validade de uma lei ad personam, ao menos que seja conforme às normas jurídicas em vigor. Se a lei introduz direito novo, inconciliável com os princípios do common law, pode o tribunal, atentas as circunstâncias históricas e a própria evolução do direito costumeiro, considerá-la, ou não, due process o law. Se a lei cria normas aplicáveis a grupos de indivíduos, de coisas ou de fatos, diversas das que se aplicam à comunidade (class legislation), o tribunal pode censurá-la sempre que ela não preencher os requisitos da extensibilidade e casos iguais, e do fundamento natural e razoável da diferenciação feita.”⁸

Segundo a moderna teoria constitucional, que contempla o princípio do devido processo legal substancial, ele atua como anteparo limitar do arbítrio da atividade estatal, tornando inócuas as normas despojadas de razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido, Carlos Roberto de Siqueira Castro, ensina:

“(...) impede que as discriminações legislativas e os atos decisórios dos agentes estatais sejam fonte de injustiças e de perplexidades atentatórias ao paradigma de coerência exigido nas deliberações do Estado e de seus delegados, aprumando-se ao padrão aceitável de moralidade, de eficiência e racionalidade. O papel da cláusula do due process of law, considerada sob o prisma isonômico, é justamente o de impedir o abuso do poder normativo governamental, isto em todas as suas exteriorizações, de maneira a repelir os males da “irrazoabilidade” e da “irracionalidade”, ou seja, do destempero das instituições governativas, de que não está livre a atividade de criação ou de concreção da regras jurídicas.”⁹

Para o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, a cláusula do due process of law no processo legislativo atua como cláusula balizadora da função estatal. Nesse sentido:

“(...) a razoabilidade atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do substantive due process of law, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado.”¹⁰

O mesmo Supremo Tribunal Federal, em oportunidade diversa, reiterou o mesmo entendimento, agora com mais robustez, asseverando:

“SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW E FUNÇÃO LEGISLATIVA: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder

⁸ DANTAS, F.C. de San Tiago. *Igualdade perante a lei e ‘dues process o law’*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1048 (abril), p. 26.

⁹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das lei na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 159/160.

¹⁰ BRASIL. S.T.F., ADImc 1158-AM, Rel. Min. Celso Mello, j. 19.12.94 – Pleno, Ement. 1788-01, p. 51.

Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário.

A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. O magistério doutrinário de CAIO TÁCITO.

Observância, pelas normas legais impugnadas, da cláusula constitucional do substantive due process of law.”¹¹

Vejam, portanto, que a compreensão da extensão da cláusula do devido processo legal substancial está relacionada com a razoabilidade da iniciativa.

Sobre a razoabilidade, com fundamento de validade do ato administrativo ou legislativo, sustenta Agustín Gordillo preleciona:

“La decisión discrecional del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es irrazonable, lo cual puede ocurrir fundamentalmente de hecho o de derecho que la sustentan, o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funden en hechos o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr.”¹²

De maneira semelhante, Celso Antônio Bandeira de Mello arremata:

“Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.”¹³

O administrador e, principalmente não podem deixar de observar o princípio do devido processo legal substancial e a medida de razoabilidade que ele impõe, sob pena de incorrer em arbítrio, o que lhe é vedado porque, como proficientemente ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

¹¹ BRASIL. S.T.F., ADIMCQ 1063-DF, Rel. Min. Celso Melo, Tribunal Pleno, DJU 27.04.01, p. 57.

¹² GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Tomo I – Parte General, 1998, p. X-30.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p 66.

“(...) nenhum órgão, ou agente do Estado, por mais alta que seja a sua hierarquia, detém qualquer poder senão o que advém da Constituição, e o tem de exercer rigorosamente pelo modo nesta definido.”¹⁴

A hipótese aqui discutida caracteriza, com agudeza impar, clara violação da cláusula do *dues process of law*, de forma que a nulificação do ato pela via jurisdicional é medida que sempre se impõe.

Tal violação se dá porque legisladores e administradores, muitas vezes legislando em causa própria, criam odiosos privilégios, somente alcançável por poucos privilegiados, com vedação expressa à maioria das pessoas.

Obviamente que em um estado democrático de direito, a regalias instituídas em favor de pequena parcela da população desafiam a cláusula da equidade, da razoabilidade e do devido processo legal substancial, simplesmente porque traduz injustiça social sem precedentes.

Portanto, também sob esta ótica, todos os benefícios concedidos através de regimes especiais, criados por leis locais (municipais ou estaduais), estão fulminados pela pecha da inconstitucionalidade.

5. Desvio de finalidade

O interesse público é a finalidade a ser perseguida pela Administração. O arredamento da busca de tal finalidade caracteriza o desvio de finalidade, que também nulifica o ato e permite a sua desconstituição pela via jurisdicional.

Nas precisas palavras de Jean Rivero, o desvio de finalidade ocorre:

“Ao contrário do particular, que escolhe livremente o fim de seu actos, a Administração vê imposto o fim que a sua actividade deve prosseguir. De modo geral, só deve exercer suas competências com vista à satisfação do interesse público, em virtude de um princípio geral de direito. De modo mais particular, os textos assinalaram a certas competências um fim preciso: os poderes de política tem por finalidade assegurar a manutenção da ordem...”¹⁵

No mesmo diapasão, discorrendo sobre o mesmo tema, como sendo desvio de poder, Marcelo Caetano, assim se posiciona sobre o tema:

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 4.

¹⁵ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério E. Soares. Coimbra: Almedina, 1981, pp. 289/290.

“O desvio de poder é o vício que afecta o acto administrativo praticado no exercício de poderes discricionários quando estes hajam sido usados pelo órgão competente com fim diverso daquele para que a lei os conferiu ou por motivos determinantes que não condigam com o fim visado pela lei que conferiu tais poderes.”¹⁶

A consequência do reconhecimento do desvio de finalidade na prática do ato administrativo ou legislativo é sempre a sua invalidação, inclusive pelo Poder Judiciário, conforme advertência de Jean Rivero:

“O desvio de poder é o vicio de que enferma um acto pela qual a Administração, não observando essas regras, prosseguiu um fim diferente daquele que o direito lhe determinava, desviando assim do seu fim legal o poder que lhe estava confiado.”¹⁷

O desvio de finalidade, normalmente se caracteriza pela busca de fins privados, através do manejo de instrumentos administrativos. Todavia, não é esta a única hipótese de desvio. Consoante preciosa lição de Eduardo García de Enterría, a simples desconformidade com o fim público já é suficiente para se ter a situação nulificatória em estudo. Sobre a questão sentencia:

“Para que se produzca desviación de poder no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, un interés particular del agente o autoridad administrativa (así, por ejemplo, una finalidad persecutoria o de venganza), sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atributiva la potestad. Así, por ejemplo, existe desviación de poder cuando la Administración municipal utiliza lo llamados arbitrios con fines no fiscales por otras atenciones generales; o cuando modifica Planes de ordenación ahorrarse los gastos inherentes a la expropiación de los terrenos necesarios; o cuando se utiliza una potestad con objeto de devengar una tasa, con una finalidad simplemente fiscal...”¹⁸

Ora, se a finalidade Administração da Pública é a busca do bem comum, ocorre patente e manifesto desvio de finalidade no momento em que são aprovados ou instituídos benefícios, fugindo do modelo constitucional, com o exclusivo escopo de beneficiar pessoas próximas do poder.

O ato desviante, seja ele legislativo ou administrativo, sempre reclama pronta correção, inclusive pela via jurisdicional, aliás, como estamos testemunhando nos tempos atuais, principalmente pela firme atuação do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

4.3 Ofensa ao princípio da simetria constitucional

¹⁶ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, vo. I, p. 507.

¹⁷ Op. Cit., p. 290.

¹⁸ ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 8º ed., Madrid: Civitas, 1998, vol. I, p. 459.

Os privilégios tidos como indevidos, em sua grande maioria, são concedidos por Estados ou Municípios. Lamentavelmente, quase sempre os mais pobres.

Ocorre, que Estados e Municípios não podem instituir regimes previdenciários não cogitados no plano federal.

A Constituição Brasileira consagrou a forma federativa de Estado. Dentro da federação, os entes federados, inclusive o Município, possuem autonomia legislativa. Todavia, tal autonomia não pode fugir do modelo traçado pela União. Neste sentido é a lição de Uadi Lammêgo Bulos:

*“Autonomia cinge-se à capacidade das ordens jurídicas parciais gerirem negócios próprios dentro de uma esfera pré-traçada pela entidade soberana.”*¹⁹

A necessidade de observância da simetria com o modelo Federal é enfatizada por Alexandre de Moraes:

*"Conforme estudado em tópico anterior, o Supremo Tribunal Federal considera as regras básicas de processo legislativo previstas na Constituição Federal como modelos obrigatórios às Constituições Estaduais. Tal entendimento, que igualmente se aplica às Leis Orgânicas dos Municípios, acaba por permitir que no âmbito estadual e municipal haja previsão de medidas provisórias a serem editadas, respectivamente, pelo Governador do Estado ou Prefeito Municipal e analisadas pelo poder Legislativo local, desde que, no primeiro caso, exista previsão expressa na Constituição Estadual e no segundo, previsão nessa e na respectiva Lei Orgânica do Município. Além disso, será obrigatória a observância do modelo básico da Constituição Federal"*²⁰

O Supremo Tribunal Federal já contemplou a necessidade de observância do princípio da simetria quanto ao processo legislativo estadual e Municipal:

*“É tradição nesta Corte aplicar o princípio da simetria ao procedimento legislativo nos Estados-membros, que também enfrentam situações excepcionais a reclamar providências urgentes e relevantes capazes de saná-las, especialmente se considerarmos o fato de que vários deles possuem tamanho, população e economia equiparáveis a diversos países do mundo.”*²¹

Apreciando questão ligada à previdência social, portanto, em hipótese semelhante à versada nos autos, o mesmo Pretório Excelso asseverou:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Estadual n.º 2.120/99. Alegação de que a Lei Estadual violou os arts. 25, §§ 1º e 4º, 40 e 195, "caput", § 5º, da CF, ao indicar "os filhos solteiros, com idade até 24 anos e frequência a cursos superiores ou técnico de 2º

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 42.

²⁰ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 10ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2001, pp. 550/551.

²¹ BRASIL. S.T.F., ADI-425, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 11/09/2002.

grau como dependentes, para fins previdenciários, no Estado do Mato Grosso do Sul. 2. O art. 195, da CF, na redação da EC n.º 20/98, estipula que nenhum benefício ou serviço de seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. A Lei n.º 9.717/98 dispôs sobre regras gerais para a organização e 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, dando outras providências. 3. No art. 5º, da Lei n.º 9.717/98 dispõe que "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, não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei n.º 8.213/91. 4. Extensão do benefício impugnada se fez sem qualquer previsão de correspondente fonte de custeio. A competência concorrente dos Estados em matéria previdenciária, não autoriza se desatendam os fundamentos básicos do sistema previdenciário, de origem constitucional."²²

No âmbito da União, já existiu um sistema previdenciário, administrado pelo Instituto de Previdência dos Congressistas (ICP) que garantia generosas aposentadorias a Deputados e Senadores. Todavia, após o processo de estratificação constitucional sobre o tema, não tardou a iniciativa para cessar a concessão dos benefícios.

Desta forma, como inexistia no Modelo Federal benefícios idênticos aos concedidos a Deputados Federais e Senadores, não poderia jamais Estados e Municípios garantir tais privilégios aos seus agentes políticos.

4.4 Contrariedade à legislação federal de regência

Além de criar regramento constitucional para as aposentadorias e benefícios especiais, no âmbito de Estados e Municípios, a União regulamentou a matéria através da Lei Federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, que estatui as regras para a criação e funcionamento dos Fundos Estaduais e Municipais de Previdência.

O referido diploma legal somente permite a filiação e concessão de benefícios a funcionários efetivos, de forma que ficam excluídos os agentes ocupantes de cargos eletivos e servidores todos os outros servidores com outros tipos de vínculos com a Administração Pública²³.

²² BRASIL. STF, ADI nº 2311-MS, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJU de 07-06-02, p.0081.

²³ "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:

É certo que a criação de qualquer regalia previdenciária por Estados e Municípios somente pode ocorrer mediante lei. Nesse caso, além de atender aos requisitos da Constituição, os diplomas legais deverão observar os limites impostos pela lei federal de regência.

Nesse contexto, deve ser reconhecido que os ocupantes de cargos eletivos e os servidores públicos não ocupantes de cargos efetivos não podem ser filiados aos regimes jurídicos dos servidores estaduais ou municipais, razão pela qual é impossível que normas locais possam dispor sobre a concessão de privilégios diversos daqueles previstos na Lei nº 8213/91, que disciplina o plano de benefícios do Regime Geral de Previdência.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já teve a oportunidade de decidir, que a interpretação do artigo 40 da Constituição Federal e da Lei nº 9717/98 é restritiva, de forma que somente os funcionários públicos estatutários podem ser vinculados ao regime especial. Neste sentido asseverou:

"Ação ordinária - Aposentadoria por tempo de serviço - Reforma para acolhimento do pedido nos termos da inicial - O fato do recorrente ser estável com base no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (tido por estabilidade extraordinária) não é suficiente para gozar do regime estatutário, assim continua sendo do regime celetista, cuja aposentadoria e benefícios estão previstos nas Leis nºs. 8.212 e 8.213/91, que dispõem sobre planos de benefícios da previdência social através do INSS - O recorrente ao que dispõe a Lei Municipal nº 4.356/93, não se enquadra como funcionário público e não pode pleitear aposentadoria sob a égide do jurídico único estatutário - Recurso improvido".²⁴

Portanto, da conjugação dos dispositivos constitucionais com a citada lei federal, é forçoso concluir que os Estados e Municípios podem legislar em matéria previdenciária, exceto na disciplina do regime jurídico único, aplicável aos seus servidores públicos ocupantes de cargos efetivos.

5. Consequências da desobediência dos preceitos invocados

A insistência na afronta de dispositivos da Constituição produz leis inconstitucionais e atos administrativos írritos, passíveis de anulação pela via administrativa ou jurisdicional

Conforme é cediço, consequência mais latente em razão do pagamento de benefícios previdenciários irregulares, por falta de amparo constitucional é a reparação dos danos

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;" (grifo nosso)

²⁴ BRASIL. TJSP, Ap. 270.980-1, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Albano Nogueira, j. 24.03.97, unânime.

causados ao erário, que na hipótese são insuscetíveis de prescrição, na forma do disposto no artigo 37, § 5º da Constituição.

Ocorrendo pagamentos de benefícios indevidos, existe responsabilidade solidária de reparação pelo agente político ou servidor público, beneficiário e sucessores dos envolvidos, no limite das forças da herança, na forma do disposto no artigo 37, § 4º da Constituição da República e artigos 5º e 8º da Lei 8429/92.

Tal reparação pode se dar por iniciativa da própria Fazenda Pública ou órgão previdenciário; de qualquer cidadão, através da ação popular ou ainda do Ministério Público, pela via da ação civil pública.

Por fim, não se pode perder de vista que os responsáveis pela implementação de benefícios irregulares também podem responder por ato de improbidade administrativa previstos no artigo 10 e 11 da Lei nº 8429/92, ficando sujeitos à imposição das gravíssimas sanções previstas no artigo 12 do mesmo diploma legal.

6. Conclusão

A Constituição da República Brasileira, máxime após a Emenda Constitucional nº 20, somente cogitou da existência de dois regimes de previdência, um que é a regra – o Regime Geral de Previdência Social – RGPS e outro, exclusivo dos servidores efetivos, regulado pelo artigo 40 da mesma Carta, de forma que inexistia possibilidade de criação de privilégios especiais, nem mesmo para as mais altas autoridades.

Sobre o tema em comento, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro já teve a oportunidade de asseverar que:

*“As diretrizes constitucionais que regem a disciplina jurídica da aposentadoria compõem quadro normativo de observância compulsória pelos Estados-membros, cujas leis não podem contrariar, em tema de aposentação, as prescrições subordinantes inscritas no texto da própria Constituição da República”.*²⁵

Diante desse quadro, é forçoso reconhecer que todos os atos de aposentação de agentes políticos ou de servidores ocupantes de cargos em comissão, ainda que agasalhados por leis locais devem ser tidos como ilegais e inconstitucionais. Tal ocorre porque a “norma que institui exceções à regras de aposentadoria dos servidores públicos em geral, não previstas na Lei Fundamental (artigo 49, § 1º, I, II, II, a e b)”²⁶

²⁵ BRASIL. STF, ADI nº 856-MC/RS, Rel. Min. Celso Mello, j. 16.04.1993.

²⁶ BRASIL. STF, ADI 882-MT, Rel. Min. Maurício Correa, j. 19.02.2004.

Os agentes políticos e os ocupantes de cargos em comissão, em razão de todo o exposto, somente podem se vincular ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), sendo vendada a inclusão dos mesmos no Regime Único de Estados ou Municípios. Pelas mesmas razões, não é possível que sejam instituídos quaisquer benefícios não previstos na legislação federal aplicável.

Além de proibição de vinculação de tais categorias funcionais ao RPPS, também não é possível a criação de regimes diversos dos dois previstos categoricamente na Constituição Federal. Em outras palavras, não é possível a criação de qualquer benefício previdenciário que não esteja contemplado pelos dois regimes previstos na nossa Carta Republicana.

Assim, todas as aposentadorias e demais benefícios previdenciários concedidos ocupantes de cargos eletivos e servidores não estatutários, após o advento da Emenda Constitucional nº 20/98 são de manifesta inconstitucionalidade.

Sem embargo da firmeza da tese aqui advogada, o fato é que a matéria ainda depende de apreciação final pelo Supremo Tribunal Federal, que conforme já exposto acima, iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 650.898-RS, ao qual foi atribuído repercussão geral, com três votos favoráveis ao entendimento aqui esposado e teve o julgamento interrompido por pedido de vistas.

As eventuais transgressões ao modelo taxativo previsto na Constituição Federal poderão autorizar a tipificação de ato de improbidade administrativa, especialmente aqueles previstos no artigo 11 da Lei nº 8429/92, ante a crassa violação de princípios e valores da nossa Carta.

Impõe-se, portanto, ampla vigilância dos órgãos de controle externo, cidadãos de forma geral e Ministério Público para colocar cobro a tais odiosas práticas de concessão de benefícios especiais a ocupantes de cargos eletivos e outros servidores não efetivos e a sangria de recursos públicos que referidas práticas provocam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, vol. I.

CANARIS, Claus- Wilhem. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das lei na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DANTAS, F.C. de San Tiago. *Igualdade perante a lei e 'dues process o law'*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1048 (abril).

ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 8º ed., Madrid: Civitas, 1998, vol. I.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundação de Derecho Administrativo, Tomo I – Parte General, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 10ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2001.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo*. Coimbra: Editora Coimbra, 1940.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Rogério E. Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ZANOBINI, Guido. *Curso de Diritto Amministrativo*, Pádova, 1939, vol I.