

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO

Matheus Bredt de Menezes

**A DISCUSSÃO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENA
DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA**

Brasília
2015

Matheus Bredt de Menezes

**A DISCUSSÃO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENA
DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA**

Monografia do aluno Matheus Bredt de Menezes, matrícula n. 10/0115799, elaborada como requisito para a conclusão do curso de graduação em Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Professor Dr. Mamede Said Maia Filho.

BRASÍLIA
2015

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO

Matheus Bredt de Menezes

**A DISCUSSÃO DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE
DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA**

Monografia aprovada em ____/____/____ como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Mamede Said Maia Filho

Professora Doutora Ana Cláudia Farranha Santana

Professor Mestre Bruno Rangel Avelino da Silva

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a discussão que envolve a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria dos servidores públicos, em especial aqueles vinculados à União. A controvérsia surgiu, fundamentalmente, em função da previsão do caráter contributivo ao benefício de aposentadoria, inserido na Constituição Federal de 1988 a partir da Emenda Constitucional nº 20 de 1998. Encontra-se no Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4882 que discute sobre o cabimento dessa pena.

Nesse sentido, apresentamos em síntese a evolução do sistema previdenciário pertinente aos servidores, demonstrando que a aposentadoria deixou de ser um prêmio, conferido pelo Estado, e passou a ser um benefício previdenciário, sustentado por contribuições, inclusive dos servidores, de forma a garantir o custeio e o equilíbrio atuarial.

Nesse cenário, cresce o discurso sobre a impossibilidade de aplicação da pena em virtude de ferir, por exemplo, o ato jurídico perfeito e a dignidade humana, além de permitir o enriquecimento ilícito do Estado, com a retenção das contribuições do ex-servidor que teve sua aposentadoria cassada.

Em análise à opinião doutrinária e à jurisprudência pertinente ao tema identificamos que existem elementos para fundamentar a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, considerando-se o interesse público em posição superior ao privado, o que cria situação especial de responsabilização do servidor. No entanto, defendemos que, para se garantir essa constitucionalidade, é necessário que os recursos recolhidos pelos servidores apenados sejam restituídos, sob pena do enriquecimento sem causa estatal.

Palavras-chave: Cassação de aposentadoria, ADI 4882, servidor público, Lei nº 8.112/90, Emenda Constitucional nº 20/98.

Sumário

INTRODUÇÃO	1
1. SERVIDORES PÚBLICOS	3
1.1 Agentes públicos	3
1.2 Provimento e as formas de ingresso no serviço público	4
1.3 A vacância do servidor público	6
1.3.1 Demissão e demais penas expulsivas	7
1.3.2 Aposentadoria	7
1.4 A evolução do direito previdenciário do servidor público quanto à apostentadoria	8
1.5 O direito previdenciário do servidor público	14
2. PENALIDADE DISCIPLINAR APLICADA AO SERVIDOR PÚBLICO	18
2.1 Responsabilidade do servidor público	18
2.1.1 Responsabilidade Civil	19
2.1.2 Responsabilidade Penal	20
2.1.3 Responsabilidade Administrativa	20
2.2 Procedimento Administrativo Disciplinar	21
2.3 A pena administrativa de cassação de aposentadoria	23
2.4 A pena de cassação de aposentadoria e o direito previdenciário	26
3. CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA	29
3.1 O entendimento dos Tribunais	29
3.1.1 Tribunais de Justiça	29
3.1.2 Tribunais Regionais Federais	38
3.1.3 Superior Tribunal de Justiça – STJ	40
3.1.4 Supremo Tribunal Federal-STF	44
3.2 A posição doutrinária e de órgãos estatais	46

3.2.1	Sobre a inconstitucionalidade	46
3.2.2	Sobre a constitucionalidade	50
3.3	ADI nº 4882	52
3.3.1	As alegações da Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil - ANFIP em seu pedido de inconstitucionalidade.....	53
3.3.2	Os pareceres da Advocacia do Senado Federal e da Presidência da República	54
3.3.3	O parecer da Advocacia-Geral da União – AGU.....	55
3.3.4	O parecer do Ministério Público Federal – MPF	56
3.3.5	Da participação de entidade na qualidade de <i>amicus curiae</i>	58
3.3.6	Eventuais efeitos da decisão do STF.....	58
3.4	Considerações sobre a constitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria	60
	CONCLUSÃO	69
	REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

O instituto da cassação de aposentadoria já estava previsto no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União de 1952, como penalidade a ser aplicada pelo Presidente da República. A referida pena se mantém vigente na Lei nº 8.112, de 11/12/1990, que trata sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União.

Até a promulgação da Constituição de 1988 e suas emendas constitucionais que provocaram mudanças nos sistema previdenciário, o benefício da aposentadoria possuía característica de prêmio, que era concedido pelo Estado em retribuição ao servidor que havia laborado na Administração Pública. Não se exigia desse trabalhador contrapartida em relação ao benefício futuro. A partir da década de 90 do século passado, o sistema previdenciário do servidor público evoluiu e passou a ter caráter contributivo, devendo-se garantir o custeio e o equilíbrio atuarial. Essas reformas permitiram a aproximação entre o Regime Geral de Previdência Social e o Regime Próprio de Previdência Social¹ (DI PIETRO, 2011, p. 571). Essa convergência entre os regimes culminou na regulamentação da previdência complementar para os servidores públicos da União, em 2013, tornando-os ainda mais próximos.

É neste cenário atual que se busca analisar a constitucionalidade da aplicação de pena de cassação de aposentadoria, avaliando os eventuais impactos das alterações da legislação previdenciária no direito administrativo disciplinar aplicável ao servidor público.

A estrutura da pesquisa apresenta em seu capítulo 1 o sujeito dessa pena administrativa, o servidor público, e o cenário de regime previdenciário em que este se encontra inserido, demonstrando a evolução do benefício da aposentadoria. No capítulo seguinte são detalhadas as responsabilidades pertinentes ao servidor público, em especial a administrativa, abordando ainda o processo administrativo disciplinar que, decorrente dessa responsabilidade administrativa, é pré-requisito para aplicação da pena de cassação de aposentadoria. No último capítulo são trazidas as posições da doutrina sobre o assunto. Além disso, são apresentadas as jurisprudências de tribunais de justiça, tribunais federais e de tribunais superiores. Dentre estes, destacamos o Supremo Tribunal Federal, que tem em sua

¹ O Regime Próprio de Previdência Social é concedido aos servidores públicos que ocupam cargo efetivo, podendo ser instituído pelos entes federativos; o Regime Geral de Previdência Social é conferido aos demais trabalhadores que possuem suas relações de trabalho regidas, por exemplo, pela Consolidação das Leis do Trabalho.

pauta para apreciação a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade - ADI 4882², que trata exatamente sobre a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. Nesse sentido, são apresentadas ainda as posições institucionais dos órgãos que se manifestaram até o momento na referida ação. Neste capítulo derradeiro são trazidas, ainda, considerações que oportunamente consolidam e complementam as conclusões apresentadas no decorrer do trabalho sobre a constitucionalidade da pena.

Assim, a pesquisa analisa a doutrina, tanto aquela que possui posição favorável à constitucionalidade da pena como a de posição contrária; a jurisprudência, considerando inclusive os votos de magistrados que ao divergirem da maioria trazem elementos para reflexão; e os argumentos apresentados pelas partes no âmbito da ADI 4882, que, em síntese, se referem à peça exordial, às informações prestadas pela Advocacia do Senado Federal e pela Presidência da República, bem como às manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República.

O conteúdo da pesquisa se encerra com a conclusão sobre os trabalhos, oportunidade em que se reafirma sobre a hipótese pesquisada, que trata sobre a (in)constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria e apresenta delineamento de possíveis soluções frente à questão que se encontra em apreciação no Supremo Tribunal Federal.

² A ação foi ajuizada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil em 20/11/2012.

1. SERVIDORES PÚBLICOS

1.1 Agentes públicos

A Administração Pública possui, em sua estrutura, funções e atribuições que devem ser realizadas por pessoas investidas em cargos às quais são conferidas competências para o exercício da atividade pública. O agente público é essa pessoa natural que disponibiliza sua força de trabalho para servir ao Estado. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 245), “dois são os requisitos para a caracterização do agente público: um, de ordem objetiva, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; outro, de ordem subjetiva: a investidura nela”. A prestação do serviço público deve ser interpretada de forma ampla, incluindo não só os servidores públicos da Administração Pública Direta e os empregados da Indireta, mas também aqueles que exercem funções políticas.

O servidor público é espécie do gênero agente público. A doutrina especializada classifica, em síntese, os agentes públicos em três categorias: agentes políticos, particulares que em alguma medida cooperam com o poder público e servidores públicos (CARVALHO FILHO, 2012).

Os agentes políticos são aqueles que exercem atividade de governo, os quais, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 247), atuam em cargos estruturais à organização política do país. Seriam os casos de chefes dos poderes Executivos em todas as instâncias e, eventualmente, seus auxiliares diretos, como ministros e secretários, e, ainda, os membros do Poder Legislativo.

Outra espécie de agente público é o particular que presta serviço ao poder público, mesmo sem vínculo com a Administração Pública, com ou sem remuneração. Para Di Pietro (2011, p. 533) essa categoria se subdivide em três classes: aqueles que recebem a incumbência por delegação, como é o exemplo dos leiloeiros, tradutores, os que exercem os serviços notariais e de registro; os que a adquirem por requisição, nomeação ou designação, sendo aqueles que desempenham funções públicas relevantes ou honoríficas, como mesários, jurados e convocados para serviço militar; e os gestores de negócios, caracterizados como as pessoas físicas que recebem a incumbência da função pública em situações emergenciais, como calamidades e epidemias.

Dentre as espécies de agente público, há, ainda, a de servidores públicos. A classificação de servidores públicos engloba aqueles que possuem vínculo profissional com a

Administração Pública, de forma permanente³, seja essa relação de trabalho regulada por estatuto ou pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Nessa questão que trata sobre a relação trabalhista entre o servidor público e o Estado, existe divergência doutrinária. Há quem entenda que se trata de servidor aquele que possui emprego celetista junto às entidades privadas da administração indireta, como fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista⁴. Por outro lado, existem doutrinadores que defendem que essa categoria, que atua no direito privado, se refere a empregado público e não a servidor público *stricto sensu*. Esse seria aquele que possui vínculo com entidades de direito público. Para Carvalho Filho (2012, p. 588) não se considera servidor público os empregados de entidades privadas da Administração Indireta.

Para a análise em questão, que trata sobre a apreciação da constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, a segunda tese se mostra mais apropriada por serem esses os servidores puníveis com a pena de cassação de aposentadoria, a qual não é aplicada ao empregado celetista, ainda que tenha vínculo com a Administração Pública⁵.

1.2 Provimento e as formas de ingresso no serviço público

O servidor público ingressa na Administração Pública por meio do provimento em cargo público. Essa investidura pode ocorrer de forma originária ou derivada, como explica Hely Lopes Meirelles:

Provimento inicial é o que se faz através de nomeação, que pressupõe a inexistência de vinculação entre a situação de serviço anterior do nomeado e o preenchimento do cargo. [...] o provimento derivado, que se faz por transferência, promoção, remoção, acesso, reintegração, readmissão, enquadramento, aproveitamento ou reversão, é sempre uma alteração na situação de serviço do provido. (MEIRELLES, 2006, p. 422-423)

Assim, a investidura inicial é aquela em que não havia vínculo anterior do nomeado com a Administração Pública ou aquela em que o servidor, apesar de já pertencer aos quadros públicos, não tinha relação com o cargo para o qual está sendo nomeado. A nomeação derivada está relacionada a mudanças no cargo já ocupado.

³ Ainda que haja os servidores temporários, previstos no art. 37, IX, da Constituição, a regra é o servidor público exercer suas funções em caráter permanente, tendo como característica a ‘definitividade’ (CARVALHO FILHO, 2012, p. 589).

⁴ Defende essa tese, por exemplo, Maria Sylvia Di Pietro (2011, p. 528).

⁵ Podem existir servidores públicos celetistas regidos pela Lei n° 9.962, de 22/02/2000 (que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional), os quais, por se submeterem à CLT, não estão sujeitos à pena de cassação de aposentadoria.

O tema servidor público tem previsão constitucional, tendo sido reservado na Carta Magna seção específica denominada “dos servidores públicos”⁶. Não obstante o assunto seja abordado em outras partes do texto da Constituição, é nessa seção que se dispõe sobre o acesso ao serviço público.

No art. 37, II, encontra-se disposto que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Observamos que a Constituição já expõe, em seu texto, duas formas de ingresso na Administração: aquela por meio de aprovação em concurso público, observando a complexidade do cargo ou emprego; e outra que dispensa o certame por se tratar de cargo em comissão, em que a autoridade pode, livremente, nomear ou exonerar o servidor, ou seja, de forma *ad nutum*.

O ingresso na Administração Pública, em regra, se dá por meio do concurso público, que “é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 622). No entanto, existem exceções como os cargos em comissão e similares, que são de livre indicação e exoneração, e ainda aqueles de cunho vitalício, como o caso da investidura de advogados nos tribunais e de ministros dos tribunais superiores (CARVALHO FILHO, 2012, p. 627).

O servidor público que ingressa nos quadros da Administração Pública federal com a realização de concurso é o profissional ocupante de cargo efetivo que se aposentará sob o regime do estatuto regido pela Lei nº 8.112/90, estando, portanto, sujeito à pena de cassação de aposentadoria.

Assim, os servidores que ingressam nas demais formas, dentre elas a de servidor temporário e a de cargo em comissão, a despeito de se submeterem às devidas responsabilizações, não se sujeitam à referida penalização administrativa pelo fato de não terem o direito à aposentação nos termos da Lei nº 8.112/90. Outros cargos, como os de membros de Ministério Público e da Magistratura, possuem legislação própria e não são tratados no âmbito do referido Estatuto.

⁶ Constituição Federal, título III, capítulo VII, seções I e II - "Dos servidores públicos".

1.3 A vacância do servidor público

A vacância é o momento em que se encerra ou há modificação da vinculação estatutária do servidor público com a Administração Pública. Nas palavras de Marçal Justen Filho (2012, p. 940), “a vacância do cargo consiste na desvinculação do servidor que até então nele se encontrava investido, em virtude de atos voluntários ou não”.

O doutrinador destaca as hipóteses de vacância em que há extinção do vínculo entre o Estado e o indivíduo e aquelas em que ocorre a “vacância do cargo, mas se mantém o vínculo com o sujeito, ainda que sob o regime jurídico distinto” (JUSTEN FILHO, p. 940). Na primeira situação encontramos os casos da exoneração, seja a pedido ou de ofício; a perda de cargo estável, com fins de redução de gastos com pessoal⁷; a demissão, que é sanção prevista no art. 33 da Lei nº 8.112/90; a anulação de ato de investidura, o qual ocorre por vício no referido ato administrativo; e o falecimento, que por óbvio, encerra o vínculo do servidor com a Administração Pública (JUSTEN FILHO, p. 940).

As demais hipóteses de vacância são aquelas em que não há extinção do vínculo estatutário, mas ocorre alteração da relação jurídica entre as partes, como no caso da promoção e da readaptação, institutos previstos na Lei nº 8.112/90, em que ocorre a vacância em um cargo e o provimento em outro distinto; e, ainda, a da aposentadoria, que nas palavras de Justen Filho (2012, p.944) “é o ato administrativo unilateral que constitui a relação jurídica de inatividade, assegurando a percepção vitalícia de proventos em valor determinado, com cunho declaratório ou constitutivo da extinção do vínculo jurídico entre o Estado e o servidor”.

As modalidades de vacância provenientes de demissão e de aposentadoria estão relacionadas à pena de cassação de aposentadoria, a qual é aplicada ao servidor já aposentado que cometeu atos que ensejariam demissão caso ainda estivesse em atividade.

⁷ A hipótese de vacância por perda de cargo estável tem previsão constitucional no art. 169, §4º, em que dispõe:

“Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

[...]

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal”.

1.3.1 Demissão e demais penas expulsivas

A demissão é pena expulsiva da Administração Pública que acarreta na vacância do cargo até então ocupado pelo servidor. Está prevista no art. 127 da Lei nº 8.112/90, como uma das penalidades disciplinares. Esse normativo também delimita as hipóteses em que deve ser aplicada a penalidade, as quais se relacionam a ilícitos disciplinares⁸. As demais penas capitais são cassação de aposentadoria ou de disponibilidade e destituição de cargo em comissão. A demissão é aplicável ao servidor ocupante de cargo de provimento em caráter efetivo; a cassação de aposentadoria ao inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão; e a destituição de cargo em comissão aos não ocupantes de cargo efetivo que praticarem irregularidades passíveis de suspensão e de demissão⁹.

1.3.2 Aposentadoria

A aposentadoria para o servidor público estatutário tem previsão constitucional, devendo ser garantida remuneração àqueles que deixam de exercer seu labor junto aos órgãos e entidades da Administração Pública. Cabe ressaltar que a aposentadoria é concedida por ato de autoridade administrativa competente, sendo posteriormente apreciado pelo respectivo Tribunal de Contas, que deve conceder ou negar o registro dessa aposentação (OLIVEIRA, 2014, p. 676).

Questão importante se refere à relação jurídica que se estabelece entre o servidor que ingressa para a inatividade e o Estado pagador. Como visto nas palavras de Justen Filho (p. 945), o indivíduo passa a ser subordinado ao regime jurídico da inatividade, o que significa a titularidade de outros direitos e obrigações de conteúdo diversos daqueles inerentes ao cargo até então ocupado. Diógenes Gasparini (2011, p. 301) inclui a aposentadoria como causa de extinção do vínculo entre a Administração Pública e o servidor, considerando que “a extinção do vínculo é o desaparecimento da relação jurídica institucional e o retorno das partes à situação de alheamento que antes existia entre elas”. Mesmo quando o ato administrativo é iniciado por provocação do servidor, como no caso da aposentadoria voluntária, que terá manifestação da entidade, essa relação também se extingue (GASPARINI, 2011, p.305). Na opinião de Carvalho Filho (2012, p.617), ao analisar a reversão de aposentadoria, o benefício da aposentadoria “extingue a relação estatutária e acarreta a vacância do respectivo cargo, não se podendo admitir a ressurreição da relação jurídica definitivamente sepultada”. Ao tratar,

⁸ Lei nº 8.112/90, art. 132.

⁹ Manual de Processo Administrativo Disciplinar – Controladoria-Geral da União (2015, p. 282-283).

ainda, sobre o instituto da vacância, defende que a aposentadoria e o falecimento extinguem a relação estatutária (CARVALHO FILHO, 2012, P. 618).

A jubilação do servidor público está prevista na Constituição Federal em seu art. 40, *caput*,¹⁰. Cabe destacar que essa previsão é somente para os servidores ocupantes de cargos efetivos, não abrangendo, no caso de aposentadoria, como já mencionado, aqueles servidores investidos em cargos comissionados de livre nomeação e exoneração. A esses, bem como àqueles ocupantes de cargo temporário ou de emprego público, a Constituição reserva o regime geral de previdência social, conforme disposto em seu art. 40, § 13.

No que tange à aposentadoria aplicada ao servidor público ocupante de cargo efetivo, no referido art. 40 define-se as espécies de aposentadoria, a saber: por invalidez permanente, compulsória e voluntária. A primeira modalidade decorre de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável; cenário que implica na concessão de proventos integrais ao aposentado. A segunda espécie de aposentadoria ocorre aos 70 anos de idade do servidor, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. A última, por sua vez, depende de manifestação de vontade do servidor demonstrando seu interesse em aposentar, o que pode ocorrer por tempo de contribuição ou por idade (MADEIRA, 2007, p. 392).

1.4 A evolução do direito previdenciário do servidor público quanto à aposentadoria

O sistema previdenciário no Brasil é composto, basicamente, por dois regimes: o Regime Geral de Previdência Social - RGPS e o Regime Próprio de Previdência Social - RPPS. O primeiro é aquele que abarca a grande massa de trabalhadores, sendo gerido pela autarquia Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. O outro é formado pelos Regimes Próprios de Previdência, os quais são destinados aos servidores públicos ocupantes de cargos públicos efetivos, regidos pelos estatutos dos servidores, que no caso federal se dá por meio da Lei nº 8.112/90. Esses podem ser instituídos pela União, pelos estados e municípios.

A evolução do Regime Próprio de Previdência para os servidores públicos demonstra o aprimoramento desse sistema previdenciário que sofreu diversas reformas, as quais impactaram a forma de concessão de benefícios, em especial o da aposentadoria. As

¹⁰ “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”.

características inseridas para o serviço público federal, em sua grande maioria, foram replicadas para as esferas estaduais e municipais.

O RPPS sofreu, nas últimas décadas, reformas de modo a aproximá-lo do Regime Geral de Previdência Social. As principais foram aquelas procedidas pelas Emendas Constitucionais nº 03/93, nº 20/98 e nº 41/2003, em virtude da Constituição de 1988, no âmbito do sistema previdenciário, não ter trazido atualizações, em especial no que se refere ao custeio dos regimes próprios de previdência.

Quanto ao período anterior à Constituição de 1988, o pagamento de aposentadorias era realizado pelos cofres públicos como pagamentos de despesas administrativas de pessoal, sem prévia contribuição dos servidores para o recebimento desse benefício. Cabe destacar texto de Vinicius Carvalho Pinheiro que afirma o seguinte:

O modelo de previdência do setor público foi organizado segundo a relação de trabalho pró-labore facto, em que o direito à aposentadoria não está condicionado à contribuição, mas à vinculação do funcionário ao Estado [...] os proventos de aposentadoria, em geral, são obrigações do Tesouro, da mesma forma que a remuneração dos servidores ativos. (PINHEIRO, 1999, p. 10)

Esse fato tem origem econômica, por resguardar direitos às categorias de relevante atuação para um Estado que tem sua base econômica fundada na exportação, que seriam:

[...] (i) justiça e policiamento interno, visando à manutenção da legalidade e do status quo; (ii) defesa contra agressões externas, com a constituição de um exército para garantir a soberania do País; (iii) relações diplomáticas, objetivando a administração da inserção do País no cenário político internacional; e (iv) fazenda, que tinha como objetivo a cunhagem da moeda, o controle das reservas para adequação ao padrão ouro, a arrecadação de impostos e o controle dos gastos. (PINHEIRO, 1999, p. 10)

Dessa forma, as categorias vinculadas a essas atividades foram aquelas que tiveram seu sistema previdenciário primeiramente garantido pelo Estado.

A explicação não é só econômica, mas também política, como assinala Vinicius Carvalho Pinheiro:

Do lado político, a concepção do sistema de seguridade social para as categorias ligadas mais diretamente ao Estado foi feita de acordo com o escopo do modelo de administração pública vigente que, durante os séculos XVIII e XIX, mostrava-se permeada pelo patrimonialismo.

No Estado patrimonialista, o aparelho administrativo opera como um apêndice do poder do monarca que, respaldado pela tradição, exerce a plenitude de suas vontades pessoais. Neste sentido, não há dissociação entre o patrimônio público e o privado. A administração do Estado e toda a riqueza do País é uma extensão da propriedade do soberano.

Os cargos são considerados doações e, em geral, são vitalícios, sendo a remuneração da atividade automaticamente convertida em proventos da inatividade. O termo "servidor" decorre justamente da relação que os funcionários tinham com o soberano. O servidor é muito mais do que um trabalhador, porque ele dedica a sua vida ao Estado e, portanto, ao soberano. Em contrapartida, ele recebe a proteção do Estado quando chega à inatividade.

Como esta proteção restringe-se ao ocupante do cargo, foram gradualmente sendo criados os Montepios e, posteriormente, os Institutos de Pensão, que garantiam benefícios para os dependentes. Este foi, justamente, o embrião do atual sistema, em que as aposentadorias são custeadas pelos tesouros e os institutos financiam pensões e outros benefícios. (PINHEIRO, 1999, p. 11)

Essas questões político-econômicas justificam, em certa medida, o motivo de os primeiros normativos referentes ao sistema previdenciário se referirem a categorias do serviço público¹¹. Além de o funcionalismo público ter sido a categoria que inicialmente foi contemplada com direitos previdenciários, foi ela a que, de forma histórica, também se privilegiou com medidas que criaram distorções que se refletem até a atualidade, quando se compara com o Regime Geral de Previdência Social. Nesse sentido, segundo Vinícius Pinheiro (1999, p. 10) o modelo previdenciário para o servidor público “se configura como um mero apêndice da política de pessoal”. Esse também é o entendimento de Marcelo Barroso Lima Brito de Campos (2012, p. 41) ao definir como “característica marcante dos regimes de previdência dos servidores públicos [...] [o] fato de que a proteção social, desde o início, sempre foi tratada como extensão da política de pessoal”. O referido autor também relembra que a aposentadoria foi o primeiro benefício de seguridade implementado, sempre arcado com recursos do Tesouro, enquanto outros benefícios da seguridade eram arcados por institutos de aposentadorias e pensões (CAMPOS, 2012, p. 41).

Com relação à previsão constitucional do direito previdenciário dos servidores públicos, tem-se que a referência inaugural ocorreu na Constituição de 1891, que trouxe a previsão, em seu art. 75, de aposentadoria aos funcionários públicos “em caso de invalidez no serviço da Nação”. A partir da Constituição de 1934, além da aposentadoria por invalidez, passou-se a prever aposentadoria compulsória por idade, aos 68 anos. As Constituições seguintes mantiveram a previdência social dos servidores públicos, procurando esclarecer sempre sobre os critérios para concessão do benefício, mas nunca fazendo referência ao custeio (Narlon Nogueira, 2012, p. 111-116).

No que tange ao ordenamento jurídico infraconstitucional, destacamos o Decreto-Lei nº 1.713, de 28/10/1939, que instituiu o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

¹¹ OLIVEIRA, Jaime Antonio de Araújo e TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury e COELHO, Daniela Mello (apud Narlon Nogueira, 2012, p. 108) : [...] o Plano de Benefícios dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha (1795), o Montepio do Exército (1827), o Montepio Geral da Economia (1835), os planos ligados aos funcionários dos Correios (Decreto nº 9.912-A, de 1888), das Estradas de Ferro (Lei nº 3.397, de 1888), das Oficinas de Imprensa Nacional (Decreto nº 10.269, de 1889), da Estrada de Ferro Central do Brasil (Decreto nº 406, de 1890), das demais estradas de ferro gerais da República (Decreto nº 565, de 1890), do Ministério da Fazenda (Decreto nº 942-A, de 1890), do Ministério da Guerra (Decreto nº 1.318-E, de 1891), do Arsenal da Marinha (Decreto nº 127, de 1892), do Exército Nacional (Lei nº 1.860, de 1908), da Casa da Moeda (Decreto nº 9.284, de 1911) e Capatazias da Alfândega (Decreto nº 9.517, de 1912).

Nesse decreto estava prevista, como prêmio, aposentadoria por tempo de serviço, sendo essa assim disposta:

Art. 197. Fora dos casos previstos no artigo anterior, poderão ser aposentados, independentemente de inspeção de saúde, os funcionários que contarem mais de trinta e cinco anos de efetivo exercício e **forem julgados merecedores dêsse prêmio pelos bons e leais serviços prestados à administração pública.**(grifos acrescidos).

Tal regramento ilustra claramente a qualidade de benesse que é dada à aposentadoria do servidor público. Nas palavras de Nogueira (2012, p.117) “a aposentadoria era um ‘prêmio’ concedido ao servidor que durante um determinado tempo tivesse prestado os seus serviços ao Estado, de forma adequada”. Este também é o entendimento de Fábio Zambitte Ibrahim (2009, p. 756) o qual tem a opinião de que os “servidores possuíam regime previdenciário não-contributivo, sendo o benefício um prêmio após tempo de labor”. Em outra parte de sua obra, Fábio Ibrahim (2009, p.32) aponta que:

[...] a aposentadoria do servidor público, desde suas origens, era concedida a título de prêmio, para aqueles funcionários que cumprissem diligentemente suas tarefas durante determinado período. Tal concepção é mundialmente adotada, havendo desde as Ordenações Afonsinas a figura do Aposentador-Mor, que concedia tal benefício a funcionários públicos.

As categorias funcionais que possuíam organização suficiente conseguiam pressionar o Estado para que fossem concedidos mais benefícios. A concessão de benesses, dentre elas a aposentadoria, era forma de o Estado compensar a ausência de políticas salariais ou de pessoal (CAMPOS, 2012, p. 42), sendo inclusive estratégia utilizada na Constituição de 1988 ao inserir diversas carreiras no regime estatutário¹².

A Constituição de 1988 tratou do assunto em seu art. 40, mantendo o papel constitucional em definir a forma de concessão de aposentadoria, sem, contudo, inovar em relação às Cartas anteriores quanto ao custeio. Assim dispunha o texto promulgado em 05/10/1988:

Art. 40. O servidor será aposentado
 I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;
 II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;
 III - voluntariamente:

¹² Em seu artigo 243 a Lei nº 8.112/1990 estabeleceu que ficariam submetidos ao regime jurídico nela estabelecido todos os servidores da União até então regidos pela Lei nº 1.711/1952 e pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, excetuados apenas os contratados por prazo determinado. Assim realizou-se a efetivação de centenas de milhares de servidores, cujos empregos automaticamente foram transformados em cargos públicos, conforme referido na seção anterior (Narlon Nogueira, 2012, p. 128).

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º - Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, “a” e “c”, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2º - A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º - O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

A ausência de preocupação do legislador constituinte com relação ao custeio do sistema previdenciário público refletiu também ao tratar sobre a definição dos regimes para estados e municípios, não estabelecendo obrigatoriedade de recolhimento contributivo, como se vê disposto no parágrafo único do art. 149:

[...]

Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.

O art. 40 da Constituição só veio ser alterado com a Emenda Constitucional nº 03/1993, e o art. 149 com a Emenda Constitucional nº 41/2003. No primeiro caso houve a alteração do *caput*, que passou a ser registrado com a previsão de contribuição pelos servidores, inativos e ente público: “§ 6.º As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”.

O art. 149 foi alterado a partir da EC nº 41/2003, passando a ser compulsória a cobrança de contribuição de servidores vinculados a regimes próprios estaduais e municipais, não podendo ser em alíquota inferior àquela exigida no âmbito da União:

Art. 149 Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio**, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (grifos acrescidos)

No âmbito legal, o estatuto do servidor público federal (Lei nº 8.112/90) tinha inicialmente previsto em seu art. 231, § 2º (revogado posteriormente pela Lei nº 8.688/93) que “o custeio da aposentadoria é de responsabilidade integral do Tesouro Nacional”, demonstrando que, ainda sob a égide da Carta Magna democrática, havia previsão de prêmio de aposentadoria aos servidores públicos.

É importante destacar que, apesar desse título de prêmio conferido ao benefício da aposentadoria dos servidores públicos, existia, antes mesmo da Constituição de 1988, contribuição por parte dos servidores, com alíquotas que variavam em torno de 6%. No entanto, os benefícios concedidos ao servidor e a seus familiares, como assistência médica e habitacional, tornavam essas parcelas contributivas “insuficientes para permitir a constituição de reservas destinadas ao pagamento do benefício previdenciário mais importante e oneroso: a aposentadoria” (Narlon Nogueira 2012, p. 126).

O RPPS incorporou as alterações trazidas pelas Emendas nº 20/1998 e 41/2003, as quais tinham por finalidade, dentre outras, corrigir a forma de custeio dos benefícios, principalmente no que se refere à aposentadoria. As reformas se deram sob o argumento da necessidade de se garantir o equilíbrio-financeiro, aprofundando a mudança iniciada pela EC nº 03/93, de forma a deixar clara a natureza contributiva do regime previdenciário (IBRAHIM, 2009, p. 756).

A EC nº 20/98 definiu no *caput* do art. 40 que os servidores titulares de cargos efetivos são aqueles inseridos no RPPS, ressaltando, no § 13 de mesmo artigo, que aqueles que possuem, exclusivamente, vínculo em função ou cargo de livre nomeação ou exoneração, em cargo temporário ou em emprego público, estão regidos pelo RGPS.

A referida Emenda trouxe ainda o caráter contributivo ao RPPS, ressaltando a necessidade de se observar o equilíbrio financeiro e atuarial. A Emenda posterior, nº 41 de 2003, acrescentou a característica de solidariedade, estendendo a contribuição ao ente público, aos servidores ativos, aos inativos e aos pensionistas, de forma a se construir um sistema previdenciário sustentável. Nesse sentido, conclui Nogueira (2012, p.145):

[...] as reformas de 1998 e 2003 possibilitaram superar em definitivo a concepção de que a aposentadoria do servidor era uma mera extensão de sua relação de trabalho, estabelecendo o vínculo contributivo, mediante participação conjunta e solidária dos servidores e dos entes federativos, como requisito indispensável para a sua concessão. Os regimes de previdência dos servidores públicos passaram a estar sujeitos a princípios que a Constituição de 1988 desde o seu texto original estabeleceu para o sistema de Seguridade Social, tais como a solidariedade e a equidade no seu custeio, com a distribuição dos encargos (contribuições) entre o trabalhador (servidor) e seu empregador (o Poder Público, de forma direta, e a sociedade, de forma indireta, por meio da arrecadação dos tributos em geral).

Em vertente mais atual da previdência do servidor público, cabe destacar a evolução para o sistema de previdência complementar. Essa previsão foi apresentada pela EC nº 20/98, a qual estabeleceu no art. 40, § 14, da Constituição Federal, que os entes federativos poderiam instituir regime de previdência complementar, definindo como valor máximo para aposentadorias e pensões aquele previsto para o Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Esse regime de previdência complementar é facultativo e deve ser instituído por iniciativa do chefe do Poder Executivo. No âmbito federal, a previdência complementar para os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos foi estabelecida por meio da Lei nº 12.618, de 30/04/2012. A criação da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo - Funpresp-Exe ocorreu em 20/09/2012, por meio do Decreto nº 7.808, e a aprovação do Regulamento do Plano no âmbito do Poder Executivo Federal, em 04/02/2013. Dessa forma, a partir dessa data, todos os servidores públicos federais do Poder Executivo que ingressarem sob o regime complementar estão sujeitos a esse sistema previdenciário, tendo como valor limite de suas aposentadorias, pelo RPPS, o valor pago pelo RGPS. De forma complementar e facultativa podem contribuir para um fundo previdenciário até o limite de 8,5 % de seu salário.

Diante de todo o exposto, observamos a evolução do sistema previdenciário para o servidor público, principalmente no que se refere ao custeio e ao equilíbrio atuarial, de forma a aproximar o RPPS ao sistema disponibilizado à grande massa de trabalhadores na figura do RGPS. Observamos que o benefício de aposentadoria surge como uma benesse ou prêmio conferido pelo Estado em função dos anos de serviços prestados, sem a necessidade de prévia contribuição por parte do servidor; no entanto, no final do século passado, o ordenamento jurídico passa a prever a contribuição previdenciária como contrapartida pelo futuro jubilado. Essa evolução resulta em um sistema de previdência complementar que se coloca próximo ao RGPS, em especial no que concerne à concessão do benefício de aposentadoria. Esse caminho parece corrigir desigualdade abismal entre os regimes, primando pelo princípio da isonomia, da eficiência e até mesmo da moralidade.

1.5 O direito previdenciário do servidor público

O Regime Próprio de Previdência do servidor público está previsto no art. 40 da Constituição Federal, o qual prevê para os servidores efetivos da União, dos estados, do Distrito Federal e de municípios o direito ao regime de previdência de caráter contributivo e solidário. Cabe ressaltar que servidores ocupantes unicamente de cargos em comissão,

empregados públicos e trabalhadores privados são regidos pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Ambos os regimes preveem o princípio da contributividade, em que o segurado paga contribuições frente a eventuais riscos, e o da solidariedade, que garante a contribuição de todos, mas não o usufruto dos benefícios (DI PIETRO, 2011, p. 574).

O sistema previdenciário nacional passou por reformas, dentre as quais se destacam as estabelecidas pelas Emendas Constitucionais nº 03/1993, 20/1998 e 41/2003. No entendimento de Maria Sylvia Di Pietro (2011, p. 571) com as reformas houve aproximação dos regimes previdenciários, objetivando-se a unificação da previdência social.

A Emenda Constitucional nº 20/98 estabelece a adoção do tempo de contribuição ao invés de tempo de serviço para a concessão do benefício de aposentadoria. Além disso, vedou-se a possibilidade de se aceitar a contagem de tempo de contribuição fictício, previsto no art. 40, § 10, da Constituição Federal. No Regime Próprio também foi estabelecido teto para a percepção de proventos ou pensão, previsto no art. 37, XI, da CF/88, que, em regra geral, veda percepção de remuneração acima do subsídio mensal dos ministros do Supremo Tribunal Federal - STF. Além disso, há limite individual imposto pelo art. 40, § 2º, que estabelece que “percepção de proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão”. Cabe destacar que cada ente pode instituir seu Regime Próprio de Previdência; no entanto, só é permitida a existência de um único regime e de uma única unidade gestora desse regime por ente federativo.

Quanto aos benefícios concedidos ao servidor público na tentativa de equalizar aqueles providos por meio do regime geral, a Lei nº 9.717¹³, de 27/11/1998, estabeleceu, em seu art. 5º, 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 nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

Nesse sentido, os benefícios oferecidos aos ocupantes de cargo efetivo na Administração Pública federal estão previstos no art. 185 da Lei nº 8.112/90:

Art. 185. Os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor compreendem:

I - quanto ao servidor:

¹³ A referida 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.

- a) aposentadoria;
 - b) auxílio-natalidade;
 - c) salário-família;
 - d) licença para tratamento de saúde;
 - e) licença à gestante, à adotante e licença-paternidade;
 - f) licença por acidente em serviço;
 - g) assistência à saúde;
 - h) garantia de condições individuais e ambientais de trabalho satisfatórias;
- II - quanto ao dependente:
- a) pensão vitalícia e temporária;
 - b) auxílio-funeral;
 - c) auxílio-reclusão;
 - d) assistência à saúde.

É pertinente destacar, para efeitos de comparabilidade, os benefícios previstos aos empregados vinculados ao RGPS, que se encontram previstos no art. 18 da Lei nº 8.213/91:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

- I - quanto ao segurado:
- a) aposentadoria por invalidez;
 - b) aposentadoria por idade;
 - c) aposentadoria por tempo de contribuição;
 - d) aposentadoria especial;
 - e) auxílio-doença;
 - f) salário-família;
 - g) salário-maternidade;
 - h) auxílio-acidente;
 - i) (Revogada pela Lei nº 8.870, de 1994)
- II - quanto ao dependente:
- a) pensão por morte;
 - b) auxílio-reclusão;

A Portaria MPS nº 402, de 10/12/2008, do Ministério da Previdência Social¹⁴, estabelece, em seu art. 2º, que o Regime Próprio deve assegurar pelo menos, aos seus segurados, os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal. Esse dispositivo, no entendimento de Marcelo Brito de Campos (2012, p. 222-224) fere o princípio da universalidade e o princípio da igualdade. Todavia, como também apontado pelo autor, o próprio normativo já reconhece, em seu art. 23, que o RPPS não poderá conceder benefícios distintos do RGPS, salvo previsão constitucional. Dessa forma, entende o doutrinador que o RPPS deve conceder no mínimo o que é conferido pelo RGPS.

¹⁴ A referida Portaria disciplina os parâmetros e as diretrizes gerais para organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Da concatenação entre os benefícios listados acima, para os distintos regimes, verificamos que são disponibilizados aos servidores além dos benefícios da aposentadoria e pensão por morte, garantindo-se pelo menos aqueles concedidos pelo RGPS.

Fato relevante, ao se considerar a existência de diversos regimes previdenciários, é a possibilidade de contagem recíproca do tempo de contribuição e a compensação financeira entre os regimes previdenciários. Essa situação é prevista na Constituição no art. 4º, § 9º, e no art. 201, § 9º¹⁵. Nas palavras de Justen Filho (2012, p. 947), a contagem recíproca “significa [...] a possibilidade de a contagem de tempo de contribuição perante um ente federativo ser computada para fins de aposentadoria em outro”. A contagem vai além da seara dos regimes próprios, pois pode ocorrer entre esses e o regime geral, como coloca Fábio Zambitte (2009, p.128):

A Constituição [...] permite a contagem recíproca de tempo de serviço entre os diversos regimes próprios de previdência [...] e, entre estes, o Regime Geral de Previdência Social. Havendo mudança de regime, os diversos regimes se compensarão financeiramente nos termos da Lei nº 9.796/99.

Por outro lado, a legislação veda que a contagem do tempo de contribuição utilizada em um regime para a concessão de aposentadoria seja utilizada em outro regime. É o que preconiza a Lei nº 8.213/91:

Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:
[...]
III - não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro;

Sobre essa vedação, destaca Zambitte (2009, p.129):

É igualmente vedada a contagem, por um sistema, do tempo de contribuição utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro, por motivos óbvios – não poderá o segurado computar em novo regime o tempo já utilizado para a jubilação em outro, salvo se obter judicialmente sua desaposentação.

Esse tema se torna relevante para a discussão da constitucionalidade da sanção de cassação de aposentadoria, ao evidenciar a seguinte questão: o servidor público aposentado que, portanto, utilizou seu tempo de contribuição para o RPPS, caso venha a ter sua

¹⁵ Constituição Federal:

“Art. 40

§ 9º - O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

[...]

Art. 201

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei”.

aposentadoria cassada, poderá solicitar certidão de tempo de contribuição ao seu órgão e se jubilar pelo RGPS? Em matéria análoga, é reconhecido pela jurisprudência e doutrina o direito à renúncia de aposentadoria no RGPS para nova aposentação no RPPS. Assim registram José Maria Pinheiro Madeira (2007, p. 403) e Paulo de Matos Ferreira Dinis (2008, p. 42). É recorrente a decisão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Repetitivo: Tema 563) quanto à possibilidade de renúncia à aposentadoria, sendo cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para obtenção de nova aposentadoria, o que, se não fosse possível, constituiria flagrante injustiça ao direito do trabalhador¹⁶.

Embora sejam distintos, demonstramos que, ainda que haja o rompimento do vínculo com a instituição, há concessão de certidão de tempo de contribuição que pode ser aproveitada em outro regime previdenciário, respeitando a vedação de contagem ficta de tempo e a compensação financeira entre regimes. Nas palavras da Ministra Maria Thereza (STJ - Recurso Especial Nº 328.101 – SC), em sua decisão sobre a renúncia de aposentadoria, o “benefício renunciado deixará de existir no mundo jurídico, liberando o tempo de serviço ou de contribuição para ser contado em novo benefício”.

Nesta senda e considerando manifestações de magistrados sobre o tema descritas a seguir, identificamos a possibilidade de aproveitamento do tempo de contribuição do RPPS no RGPS em caso de cassação de aposentadoria, fator que deve ser considerado na avaliação da constitucionalidade sobre a referida pena administrativa.

2. PENALIDADE DISCIPLINAR APLICADA AO SERVIDOR PÚBLICO

2.1 Responsabilidade do servidor público

A responsabilidade, nas palavras de Carvalho Filho (2012, p.756), “se origina de uma conduta ilícita ou da ocorrência de determinada situação fática prevista em lei e se caracteriza

¹⁶ STJ – Agravo Regimental no Recurso Especial nº 328.101 SC, Relatoria Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO-OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. EFEITOS EX TUNC DA RENÚNCIA À APOSENTADORIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, por ser ela um direito patrimonial disponível. Sendo assim, se o segurado pode renunciar à aposentadoria, no caso de ser indevida a acumulação, inexistente fundamento jurídico para o indeferimento da renúncia quando ela constituir uma própria liberalidade do aposentado. Nesta hipótese, **revela-se cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência. Caso contrário, o tempo trabalhado não seria computado em nenhum dos regimes, o que constituiria uma flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.**

[...] (grifos acrescidos).

pela natureza do campo jurídico em que se consuma”. A responsabilidade do servidor público federal tem previsão em seu Estatuto (Lei nº 8.112/90), o qual dispõe, em seu art. 121, que o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. No que se refere à responsabilidade civil, o normativo define como aquela decorrente de atos que tragam prejuízo ao erário ou a terceiros, de característica omissiva ou comissiva, não importando se dolosos ou culposos. A responsabilidade penal é a resultante de crimes ou contravenções praticados na qualidade de servidor público. Já a responsabilidade administrativa é quando o servidor, também de modo comissivo ou omissivo, com culpa ou dolo, viola normativos ou estatutos que regem o desempenho do cargo de servidor público.

Impende destacar que a responsabilização do servidor público possui previsão constitucional, uma vez que se encontra no texto da Constituição, em seu § 4º, art. 37, que atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. A lei que regulamentou o assunto foi a de nº 8.429/92 que dispõe sobre a aplicação de sanção aos agentes públicos que praticam atos de improbidade.

Cabe à Administração Pública, na pessoa do superior hierárquico daquele que comete a falta sujeita à responsabilização, a apuração dos fatos, sob pena de incorrer no crime de condescendência criminosa¹⁷ (Manual de Processo Administrativo Disciplinar – CGU, 2015, p. 45).

Quanto à comunicabilidade entre as instâncias civil, penal e administrativa, a previsão já se encontra no art. 125 do Estatuto do Servidor Público Federal, que noticia a possibilidade de “cumular-se, sendo independentes entre si”. Nas palavras de Mauro Roberto Gomes de Mattos (2008, p. 343), “o servidor público é objeto de uma tríplice fiscalização por parte do Poder Público se infringir normas legais previamente estabelecidas”.

2.1.1 Responsabilidade Civil

O Estatuto do Servidor Público Federal dispõe sobre a necessidade de ter havido conduta dolosa ou culposa da qual resultou em dano à Administração Pública ou a outrem, surgindo, portanto, o dever de reparação. Na primeira situação o servidor responde diretamente ao Estado, em geral por meio de processo administrativo que garanta os institutos da ampla

¹⁷ Código Penal: Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente.

defesa e do contraditório. Em decorrência da necessidade de indenização o servidor pode ter descontado de sua remuneração o valor reparatório, que pode ser parcelado ou pago em uma única vez, a depender de limites impostos legalmente (CARVALHO FILHO, 2012, p. 757). No segundo caso, em que o dano ocorreu frente a terceiros, apesar de parte da doutrina especializada entender ser possível o servidor ser acionado por aquele que foi prejudicado (CARVALHO FILHO, 2008, p.757)¹⁸, coadunamos com o entendimento de parte da doutrina que entende responder o Estado objetivamente, sendo-lhe resguardado o direito de ação regressiva contra o servidor faltoso, caso tenha agido com culpa ou dolo¹⁹. Nesse sentido, o texto constitucional apresenta dispositivo que demonstra a disponibilidade de ação regressiva da Administração frente a seus servidores que, com dolo ou culpa, lhe tenham causado prejuízo em virtude de dano causado a terceiros (art. 37, § 6º).

2.1.2 Responsabilidade Penal

A responsabilização penal decorre da prática, pelo servidor público, de crime ou contravenção. Nas palavras de Diógenes Gasparini (2011, p. 295), “é a que decorre, notadamente, da prática de crimes funcionais, previstos no art. 312 *usque* 327 do Código Penal”.

No âmbito da responsabilidade penal, o servidor se submete a responder a processo criminal e às consequências oriundas da condenação. O conceito de servidor público toma sentido mais amplo, conforme se observa da leitura do art. 327 do Código Penal:

Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (Manual de Processo Administrativo Disciplinar – CGU, 2015, p. 22)

2.1.3 Responsabilidade Administrativa

O servidor público, ao se investir em cargo estatal, passa a dispor de uma série de atribuições e deveres que são cobrados no exercício de suas atividades. O desvio dessa conduta, seja por ação ou omissão, com dolo ou culpa, enseja na responsabilização

¹⁸ [...] se causa danos a terceiros, **pode o servidor responder diretamente**, sendo acionado pelo lesado, ou indiretamente, por meio do direito de regresso assegurado à Administração, caso em que esta já terá sido acionada diretamente pela vítima. (grifo acrescido).

¹⁹ Esse é o entendimento de Maria Sylvania Di Pietro (2011, p.612); Hely Lopes Meirelles (2006, p.501) e Lucas Rocha Furtado (2013, p.800).

administrativa em função de descumprimento da legislação estatutária. Segundo Justen Filho (2012, p. 981), responsabilidade administrativa “consiste no dever de o agente estatal responder pelos efeitos jurídico-administrativos dos atos praticados no desempenho de atividade administrativa estatal, inclusive suportando a sanção administrativa cominada em lei pela prática de ato ilícito”.

Em caso de cometimento de ilícito, a Administração Pública tem o dever de apurar, o que ocorre por meio da instauração de sindicância contraditória ou de processo administrativo disciplinar (Manual de Processo Administrativo Disciplinar – Controladoria-Geral da União, 2015, p. 20). Nesse processo apuratório, é conferido ao servidor investigado os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, previstos constitucionalmente no art. 5º, inciso LV.

Transcorrido o devido processo legal e sendo confirmada a infração disciplinar cometida por servidor público, tornam-se aplicáveis as sanções previstas no art. 127 da Lei nº 8.112/90 que são, exhaustivamente: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; ou VI - destituição de função comissionada.

O Estatuto Funcional dos Servidores Públicos Federais traz as hipóteses de aplicação de cada uma das sanções citadas. Cabe destacar que as infrações descritas não possuem precisão que permita o amoldamento do fato à tipicidade do ilícito, como ocorre no caso do direito penal. Nesse sentido, cabe à Administração enquadrar a irregularidade cometida dentre aqueles ilícitos previstos em lei, o que não enseje arbitrariedade (DI PIETRO, 2011, p. 613), uma vez que a autoridade deve considerar “a natureza e a gravidade da infração e os danos que possa ter causado ao serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais” (GASPARINI, 2011, p. 300), conforme disposto no próprio art. 128 da Lei nº 8.112/90. Além disso, a discricionariedade imposta à Administração no processo de apuração disciplinar exige “precisa motivação da penalidade imposta, para demonstrar a adequação entre a infração e a pena escolhida e impedir o arbítrio da Administração” (DI PIETRO, 2011, p. 613).

2.2 Procedimento Administrativo Disciplinar

Com a previsão da responsabilização administrativa surge a necessidade de se apurar os fatos ilícitos, resultando no poder disciplinar conferido à Administração Pública para

sancionar aqueles servidores que cometem infrações funcionais. De acordo com o Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União (2015, p. 13):

O Direito Administrativo Disciplinar é um ramo do Direito Administrativo, que tem por objetivo regular a relação da Administração Pública com seu corpo funcional, estabelecendo regras de comportamento a título de deveres e proibições, bem como a previsão da pena a ser aplicada.

A Administração, diante do conhecimento de ilícito, tem o dever-poder de apurar devidamente o desvio administrativo e, em identificando os autores, de puni-los. Segundo o referido Manual da CGU (2015, p. 45) :

[...]diante de uma situação irregular, a envolver servidores públicos no exercício de suas atribuições legais, caberá à Administração, por intermédio das autoridades que a representam, promover, de pronto, a adequada e suficiente apuração, com a finalidade de restaurar a ordem pública, ora turbada com a prática de determinada conduta infracional²⁰.

Essa apuração, além das hipóteses de infrações e penas, é definida na legislação. Assim, a Lei nº 8.112/90, ao regular o processo administrativo disciplinar, aponta os mecanismos por meio dos quais as autoridades administrativas apuram (inquérito) o cometimento das infrações e aplicam (julgamento) as respectivas sanções (FURTADO, 2013, p. 805). No entanto, essa previsão legal ocorre de forma mais aberta, não tendo o legislador definido, em grande parte dos casos, os detalhes de deveres, infrações e punições. Nesse sentido, como assevera Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2014, p. 260), “não há, necessariamente, a definição de infração administrativa e a respectiva sanção disciplinar que deve ser aplicada. As sanções devem ser sopesadas pelo administrador para que seja acolhida aquela que melhor se encaixa na gravidade da infração apurada em determinado caso concreto”.

A Lei nº 8.112/90 estabeleceu como penas aplicáveis em função de procedimento disciplinar:

Art. 127. São penalidades disciplinares:

- I - advertência;
- II - suspensão;
- III - demissão;
- IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- V - destituição de cargo em comissão;
- VI - destituição de função comissionada.

²⁰ Cabe destacar que o referido Manual (p. 46) também esclarece não se trata de qualquer situação, mas que a notícia de irregularidade deverá estar revestida de plausibilidade, ou seja, conter o mínimo de elementos indicadores da ocorrência concreta de um ilícito (materialidade) e se possível os indícios de autoria.

O processo administrativo disciplinar é composto por três espécies previstas na Lei nº 8.112/90: sindicância acusatória (art. 145, II), processo disciplinar ordinário (art. 146) e processo disciplinar sumário (arts. 133 e 140). A cassação de aposentadoria é pena expulsiva, devendo o ilícito que a resultou ser apurado por meio de processo administrativo disciplinar no rito ordinário – PAD.

A Lei nº 8.112/90, em seu art. 151, estabelece como fases para o rito ordinário: instauração, inquérito administrativo e julgamento. A primeira fase é o momento em que, por meio de publicação de portaria, a autoridade instauradora do PAD designa os membros que comporão a comissão, devendo dispor, por exemplo, sobre o prazo para conclusão dos trabalhos e o objeto de apuração. No entanto, conforme preceitua o Manual de PAD da CGU (2015, p. 61), “deve-se abster de indicar expressamente quais são os fatos sob apuração, bem como o nome dos investigados, a fim de se evitar limitação inadequada ao escopo apuratório e garantir o respeito à imagem dos acusados”.

No que se refere à fase do inquérito administrativo, essa se subdivide em instrução, defesa e relatório. Na primeira subdivisão é quando a comissão apura a verdade real dos fatos, que resulta na indicição ou na absolvição do acusado. Resultando na indicição, abre-se o prazo, com a citação do acusado, para que este apresente sua defesa escrita, materializando a segunda subdivisão da fase de inquérito administrativo. Por fim, segue-se para a produção do relatório final a ser produzido pela comissão de PAD, o qual deve ser conclusivo quanto à inocência ou não do indiciado, devendo fundamentar a decisão proferida (Manual de PAD da CGU, 2015, p. 78).

A derradeira fase do processo administrativo disciplinar culmina com o julgamento da autoridade julgadora, que a princípio deve ser realizado pela autoridade instauradora do PAD, salvo se não tiver competência em função da proposta de julgamento recomendada pelo colegiado. Cabe à autoridade competente julgar, no prazo de 20 dias a partir do recebimento do relatório conclusivo da comissão, momento em que pode divergir, caso o entendimento da comissão seja contrário às provas dos autos, situação que possibilita o agravamento, o abrandamento e até mesmo a isenção da penalidade proposta (Manual de PAD, da CGU, 2015, p. 79).

2.3 A pena administrativa de cassação de aposentadoria

A cassação de aposentadoria está prevista no art. 134 da Lei nº 8.112/90, sendo a pena aplicável ao servidor inativo que tenha praticado, enquanto em atividade, falta punível com a

pena de demissão. Dessa forma, é importante destacar os ilícitos, previstos no estatuto funcional, que, quando praticados pelo servidor, podem ensejar na pena capital de expulsão.

São eles:

- Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:
- I - crime contra a administração pública;
 - II - abandono de cargo;
 - III - inassiduidade habitual;
 - IV - improbidade administrativa;
 - V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
 - VI - insubordinação grave em serviço;
 - VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
 - VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;
 - IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
 - X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
 - XI - corrupção;
 - XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
 - XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117

Art. 117 [...]

- IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
 - X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comandatário
 - XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;
 - XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
 - XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;
 - XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;
 - XV - proceder de forma desidiosa;
 - XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;
- [...]

A aplicação da pena de cassação de aposentadoria independe do tipo de aposentadoria conferida ao jubilado, que pode ser por idade, tempo de contribuição, tempo de serviço ou, ainda, por invalidez. A referida pena já tinha previsão no art. 201 da Lei nº 1.711, de 28/10/1952, que constituía o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

A referida sanção em debate tem sua previsão replicada em normativos estaduais que tratam sobre o servidor público. É o caso, por exemplo, dos estados do Paraná, de Santa Catarina e de São Paulo²¹, que em suas legislações também preveem a pena expulsiva para o servidor inativo em caso de falta grave apurada durante o período de sua atividade.

21 Lei Estadual nº 6.174/1970, que estabelece o regime jurídico dos funcionários civís do Poder Executivo do Estado do Paraná; Lei estadual nº 6.843/1986, que dispõe sobre o Estatuto da Polícia Civil do Estado de Santa

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 458), a pena de cassação da aposentadoria “é penalidade assemelhada à demissão, por acarretar a exclusão do infrator do quadro dos inativos e, conseqüentemente, a cessação do pagamento de seus proventos. Por ser penalidade, deve observar a garantia da ampla defesa e do contraditório”. Observamos que a Administração, em atenção à Constituição, deve garantir os institutos do contraditório e da ampla defesa ao aposentado que responde em processo administrativo por ilícitos que podem levar à referida sanção. Meirelles destaca, também, que no caso de penalidade administrativa que casse o benefício não há necessidade de manifestação do Tribunal de Contas, diferentemente de anulação de aposentadoria quando ilegal, oportunidade em que as Cortes de Contas devem se pronunciar (MEIRELLES, 2006, p. 458).

José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 718) define a analisada pena como “penalidade por falta gravíssima praticada pelo servidor quando ainda em atividade”, esclarecendo que se a falta cometida pelo servidor é apurada ainda durante a ativa, enseja em demissão, não permitindo sua aposentadoria; da mesma forma, esse benefício deve ser cassado se o servidor se encontra na inatividade. Nas palavras de Carvalho Filho, trata-se de penalidade funcional, ainda que aplicada a servidor inativo.

Diante do apresentado, observamos que a pena de cassação de aposentadoria é vinculada às faltas graves que ensejariam demissão, caso o servidor estivesse na ativa. A referida sanção tem previsão legal, tanto para servidores públicos federais quanto para aqueles vinculados às administrações estaduais, sendo que para sua aplicação só é necessária a decisão do próprio órgão de origem do servidor, desde que garantidos, dentre outros princípios, os do contraditório e da ampla defesa.

Observamos, ainda, que a pena de cassação de aposentadoria foi instituída por normativos, nos âmbitos federal e estaduais, a exemplo dos supracitados, que são anteriores às emendas constitucionais nº 03/93 e nº 20/98, que inseriram o sistema contributivo para o RPPS, aniquilando a característica de prêmio ou benesse dada à aposentadoria. Essa temporalidade tem efeito na avaliação da constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, como se analisará a seguir, pois “somente atos editados depois da Constituição é que poderão ser questionados perante o STF” (LENZA, 2010, p. 247).

2.4 A pena de cassação de aposentadoria e o direito previdenciário

A partir da análise da evolução histórica foi possível evidenciar o caminho percorrido por esse direito social, o qual deixou de ser um “prêmio” oferecido pelo Estado, passando a configurar-se dentro de um cenário de equilíbrio atuarial, no qual se exige a contribuição de todas as partes com fins de garantir o custeio, no caso, da aposentadoria.

Como visto, os benefícios previdenciários concedidos aos servidores até um passado recente, que não somam duas décadas, encontravam-se como compensação pela ausência de políticas remuneratórias. A aposentadoria era concedida sem fonte de custeio por parte do servidor ou era fixada alíquota para pagamento de benefícios sem maiores estudos com relação ao equilíbrio atuarial. A situação evoluiu a partir das emendas constitucionais de 1993, 1998 e 2003, quando foram introduzidos conceitos de custeio, equilíbrio financeiro e atuarial e caráter contributivo do benefício previdenciário do servidor público.

A partir desse novo cenário do sistema previdenciário do servidor público e confrontando-o com a pena administrativa de cassação de aposentadoria, surge o questionamento sobre a validade dessa medida sancionadora. Nesse sentido, cabe destacar as palavras da Procuradora da República Zélia Luiza Pierdoná (2005), ao avaliar a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria e o instituto da contribuição para adquirir esse benefício:

Se a contribuição do servidor é requisito para a concessão da aposentadoria, há uma contrapartida por parte do servidor que deve ser considerada na fixação, pelo legislador, de qualquer penalidade que envolva o referido benefício.

A cassação da aposentadoria pressupõe que o servidor tenha adquirido o direito à aposentadoria e esteja usufruindo mencionado direito. Ora, se está aposentado, contribuiu para ter direito ao benefício, não podendo esta contrapartida ser ignorada na fixação, pelo legislador, das sanções disciplinares.

A questão que se suscita de plano é como considerar os valores pagos a título de contribuição previdenciária pelo servidor em uma eventual desvinculação compulsória do jubilado com a Administração Pública. Há quem já defendeu a tese, por exemplo, que ao servidor demitido não é assegurado sequer o vínculo com o Regime Geral da Previdência Social, como argumentado em voto vencido do relator da Justiça Federal de Sergipe²² ao apreciar recurso interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra sentença que acolheu o pedido de concessão de aposentadoria, por tempo de contribuição, de servidora demitida do serviço público por ter cometido falta grave. Nesse caso, a autarquia federal alegou que o tempo laborado para o serviço público federal deveria ser desconsiderado tendo

²² Processo JFSE 050222312.2011.4.05.8501T, Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Sergipe, Juiz Federal Relator, Edmilson da Silva Pimenta, de 18/11/2011.

em vista que a autora foi demitida por ato de improbidade administrativa. Nas palavras do magistrado relator:

Embora o regime próprio do servidor público também seja contributivo existe apenas a expectativa de direito em receber o futuro benefício, desde que implemente as condições previstas em lei, dentre elas, a de manter a qualidade de servidor público

[...]

Permitir a aposentadoria pelo RGPS nesta situação constitui fraude à lei imperativa, pois obterá um benefício no RGPS com base no tempo que não seria no regime próprio do servidor público.

Com opinião distinta daquela apresentada anteriormente pela Procuradora da República, o voto do relator, que não obteve êxito, propõe ser desconsiderado o montante pago pelo servidor caso venha a ser demitido ou tenha sua aposentadoria cassada. Tal situação colocaria o ex-aposentado em situação de risco, ao deixá-lo sem cobertura da seguridade social, em momento de difícil recolocação no mercado de trabalho. Entendimento, nesse sentido desconsidera por completo a participação do servidor no custeio do benefício, o que não parece ser razoável.

Colocar um ser humano em idade avançada sem a possibilidade de auferir renda mínima para sua subsistência é uma afronta aos direitos sociais, nos quais está inserido o direito previdenciário. Segundo Fábio Zambitte Ibrahim (2009, p. 79), “a previdência social é usualmente fixada como um direito humano de 2ª geração²³, devido à proteção individual que proporciona aos beneficiários, atendendo a condições mínimas de igualdade [...]”.

No que tange a essa questão, é relevante destacar a posição de Zélia Luiza Pierdoná (2005), em seu trabalho “A inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria”, quando defende a posição da previdência como direito fundamental, tendo previsão constitucional seu caráter contributivo, o que colocaria a pena da cassação de aposentadoria, considerando o princípio da proporcionalidade, em afronta aos princípios constitucionais.

Os direitos sociais estão elencados no Capítulo II do Título II da Constituição Federal, o qual versa sobre os direitos e garantias fundamentais. Assim, o nosso ordenamento constitucional considera direitos fundamentais os direitos sociais

[...]

Assim, considerando que os direitos fundamentais são aqueles direitos qualificados como tais pelo direito vigente, e considerando, também, que o nosso direito qualifica os direitos sociais como fundamentais, a previdência social, por ser um direito social, é um direito fundamental.

[...]

²³ Para a definição de direitos fundamentais de 2ª geração apresenta-se entendimento constante da obra de Gilmar Mendes e Paulo Branco (2015, p. 137): “São os direitos [...], por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.”.

Assim, verificamos que o direito à previdência é um direito fundamental, o qual exige a contribuição dos segurados como requisito para a obtenção dos benefícios, tanto do regime geral, como dos regimes próprios.

A necessidade de contribuição por parte do segurado demonstra que a previdência social é um direito de seguridade social com características de seguro social.

E, por estarmos diante de seguro social, não pode o segurado contribuir para obter determinados benefícios e, quando está diante do risco, não poder usufruir o benefício, pois o ordenamento prevê sua cassação como sanção disciplinar.

As normas relacionadas aos benefícios previdenciários devem encontrar fundamento de validade no texto constitucional, sob pena de serem afastadas do ordenamento jurídico.

[...] a aposentadoria é um benefício previdenciário, e, portanto, somente faz jus a ele quem contribuiu para o sistema.

Com a aposentadoria, o trabalhador se retira do mercado de trabalho, sendo a aposentadoria a fonte de receita que garante sua subsistência e de seus dependentes.

[...]

Assim, se o princípio da proporcionalidade impede o aniquilamento de um direito, tendo como limite a proteção de seu núcleo essencial, a cassação de aposentadoria não está conforme as diretrizes constitucionais previdenciárias. A velhice foi selecionada pelo constituinte para ser protegida, não podendo o legislador infraconstitucional retirar, como forma de sanção disciplinar, a proteção ao mencionado risco.

Diante dessas exposições, surgem questionamentos sobre a validade da pena de cassação de aposentadoria frente à Constituição. A questão é polêmica e controversa, tanto que culminou na demanda de Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal – STF, ADI nº 4882. Por um lado há a necessidade de se penalizar o servidor inativo que cometeu falta grave durante seu período laboral, muitas vezes envolvendo prejuízos ao Estado e à sociedade, como aplicação irregular de recursos públicos e corrupção. No entanto, a questão vai além, pois cabe àquele demitido, ainda que a bem do serviço público, por falta grave, como crime contra a Administração Pública, ser excluído da proteção do benefício previdenciário para o qual contribuiu? E quando se tratar de faltas relacionadas à insubordinação grave ou incontinência pública e conduta escandalosa na repartição, esses servidores perderiam o direito de aposentação?

Como já mencionado, a questão é controversa, já tendo sido abordada em diversas instâncias do Poder Judiciário, tendo alcançado a Corte Constitucional para que se manifeste sobre a constitucionalidade dessa pena administrativa capital. No entanto, não parece razoável que, ao servidor penalizado, seja vetado qualquer direito previdenciário, pois é isso que ocorreria se não estivesse inscrito em regime algum.

O que se depreende da supracitada decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Sergipe, de manifestações de magistrados que veremos a seguir, da própria jurisprudência analisada sobre a renúncia de aposentadoria e da legislação

que trata sobre a compensação entre regimes previdenciários²⁴, é a possibilidade da inscrição no RGPS daquele que perdeu o vínculo com o RPPS, ainda que compulsoriamente, com a respectiva compensação financeira entre os regimes.

A Lei nº 8.213, de 24/07/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, prevê, em seu art. 94, a possibilidade de compensação financeira entre os regimes, destacando-se que o art. 95, que previa carência mínima de 36 contribuições para obtenção dos benefícios do RGPS, foi revogado. Ou seja, podemos concluir que o servidor que teve sua aposentadoria cassada, tornando nulo esse ato administrativo, tem condições de requerer certidão de tempo de contribuição de seu órgão e aproveitá-la no INSS, sem carência mínima, sujeitando-se aos limites desse regime, mas mitigando riscos à sua sobrevivência e garantindo minimamente seus direitos sociais.

3. CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA

3.1 O entendimento dos Tribunais

3.1.1 Tribunais de Justiça

Em pesquisa realizada envolvendo decisões dos tribunais de justiça, nos estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo, identificamos entendimento atual no sentido da constitucionalidade do ato de cassação de aposentadoria, seguindo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ e do Supremo Tribunal Federal - STF. Todavia, na busca de posição contrária àquela atualmente vigente, destacaram-se tribunais de justiça que passaram a antagonizar com a situação até o momento pacificada pelos tribunais superiores, como foi o caso dos tribunais de justiça de Santa Catarina e de São Paulo.

No caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG verificamos o entendimento pela validade da pena de cassação de aposentadoria²⁵. O assunto foi tratado em mandado de segurança ajuizado por policial civil que se encontrava aposentado por invalidez, mas foi condenado à expulsão dos quadros administrativos por ter praticado atos descritos na Lei Orgânica da Polícia Civil de Minas Gerais (Lei nº 5.406/69):

²⁴ Lei nº 9.796, 05/05/99, dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências.

²⁵ TJMG – Mandado de Segurança Nº 1.0000.13.071120-3/000, Desembargador Relator Bitencourt Marcondes, de 16/06/2014..

Art. 150 – São transgressões disciplinares, além de outras enumeradas nos regulamentos dos órgãos policiais e das aplicáveis aos servidores públicos em geral:

[...]

X - dificultar, retardar ou, de qualquer forma, frustrar o cumprimento de ordens legais da autoridade competente;

[...]

XXIII - prevalecer-se, abusivamente, da condição de policial;

[...]XXX – não desempenhar a contento, intencionalmente, ou por negligência, as missões de que for incumbido;

[...].

O TJMG assim registrou sua decisão, que se embasou em precedentes do STF:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. GOVERNADOR DO ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INADEQUAÇÃO TÍPICA. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. POLICIAL CIVIL. SANÇÃO PREVISTA EM LEI. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. APLICAÇÃO DA PENALIDADE. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. SEGURANÇA DENEGADA.

[...]

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da possibilidade de aplicação da sanção de cassação da aposentadoria, mesmo nas hipóteses em que a falta é cometida pelo servidor em momento posterior à implementação dos requisitos necessários à aquisição do direito à aposentadoria.

[...]

6. Não há falar-se em ofensa a direito adquirido à aposentadoria, quando a falta tenha sido cometida pelo servidor ainda na atividade, notadamente no presente caso, em que as infrações disciplinares foram praticadas e o processo administrativo disciplinar instaurado antes do afastamento do servidor em razão da constatação de sua incapacidade laborativa.

No mesmo sentido que o Poder Judiciário mineiro, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS²⁶, por unanimidade, denegou agravo de instrumento interposto por servidor municipal de Porto Alegre contra a decisão proferida Juízo de 1º grau que, nos autos da ação ajuizada em face do município de Porto Alegre, indeferiu a antecipação de tutela objetivando a suspensão dos efeitos decorrentes do ato punitivo hostilizado (cassação de aposentadoria). O referido Tribunal decidiu o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR MUNICIPAL. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA SUSPENSÃO DOS EFEITOS DA PENALIDADE ADMINISTRATIVA.

1. Processo administrativo-disciplinar que observou a ampla defesa e as demais formalidades legais, culminando com a pena de demissão, convertida em cassação de aposentadoria, que foi concedida em meio à apuração das faltas.

2. O fato do servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão voluntária de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo e a cassação da inativação, conforme tem reconhecido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

3. Hipótese em que os elementos probatórios colhidos no processo administrativo-disciplinar atestam a legitimidade da pena imposta, em juízo

²⁶ TJRS – 4 Câmara Cível – Agravo de Instrumento nº 70059601971 (nº CNJ: 0152760-36.2014.8.21.7000), Desembargador Relator Eduardo Uhlein, em 29/10/2014.

perfunctório, o que determina a ausência dos pressupostos do art. 273 do CPC para sua suspensão liminar em tutela antecipada.

Observamos, nos casos trazidos como exemplos, que os tribunais de justiça seguem acompanhando as decisões proferidas pelos tribunais superiores, em especial o STF, no que tange à matéria de cassação de aposentadoria.

No entanto, existem tribunais que são dissonantes em relação à matéria e se posicionam de forma contrária inclusive daquela que vem sendo defendida pelo Superior Tribunal de Justiça e pela Corte Constitucional. Esses tribunais defendem a impossibilidade da pena de cassação de aposentadoria, como é o caso dos já citados tribunais de justiça de Santa Catarina e de São Paulo.

No caso da justiça catarinense²⁷, há decisão do Tribunal no sentido de declarar incidentalmente a inconstitucionalidade ou não recepção de artigos da Lei Estadual nº 6.843/1986²⁸, que trata sobre o Estatuto da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, dando provimento a agravo de instrumento para suspender os efeitos de decisão que aplicou a pena de cassação de aposentadoria a policial civil.

A decisão, por maioria do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, se baseou no voto do relator que se ateve a analisar o argumento apresentado pelo agravado, quais sejam: que o ato de aposentadoria foi concedido em razão do cumprimento dos requisitos legais para a aposentação, principalmente o necessário tempo de contribuição, de modo que se caracterizou como ato jurídico perfeito e direito adquirido; e que a aplicação da pena de cassação de aposentadoria implicaria em ofensa aos princípios constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e da proibição de imposição de penas com caráter perpétuo e além da pessoa do condenado, nos termos dos arts. 1º, inc. III, 5º, incs. XXXVI, XLV e XLVII, da Constituição Federal.

²⁷ TJSC - Acórdão nº 2012.073279-5, Desembargador Relator Nelson Schaefer Martins, em 06/08/2013.

²⁸ Lei Estadual nº 6.843/1986:

[...]

Art. 206. São penas disciplinares:

I - repreensão;

II - suspensão;

III - destituição dos cargos e encargos de confiança;

IV - demissão simples;

V - demissão qualificada;

VI - cassação do aposentadoria;

VII - cassação de disponibilidade.

[...]

Art. 212. As cassações de aposentadoria ou disponibilidade aplicam-se:

I - ao que praticou, no exercício do cargo falta punível com demissão;

[...]

Da análise quanto ao cabimento do incidente de arguição de inconstitucionalidade, avaliando inclusive sua competência, considerando o disposto nos arts. 480 e 481 do Código de Processo Civil²⁹, o referido Órgão entendeu que o Plenário da Suprema Corte, ao analisar o tema, “restringiu-se ao reconhecimento de que a pena de cassação de aposentadoria não implica em ofensa ao princípio do ato jurídico perfeito”. Por outro lado, a Suprema Corte, no entendimento deste Órgão Especial, não avaliou “as teses suscitadas no presente caso de que a pena de cassação de aposentadoria implicaria em ofensa aos princípios fundamentais da dignidade humana, do direito adquirido, da segurança jurídica e da proibição de imposição de penas com caráter perpétuo e além da pessoa do condenado”. Dessa forma, sem manifestação expressa do STF, restaria afastada a incidência do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil.

Sobre os demais aspectos, o voto do relator foi no sentido de que até a Emenda Constitucional nº 03/1993 não havia previsão de regime previdenciário contributivo no âmbito da Administração Pública, sendo os benefícios custeados por recursos públicos. O cenário de contribuição por parte dos servidores com finalidade de custear futuras aposentadorias se consolida com as Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003. Nesse sentido, é esclarecedora a conclusão apresentada pelo relator sobre esse ponto:

Da análise da legislação estadual impugnada sob a ótica do sistema previdenciário contributivo, vislumbra-se que a previsão da **pena de cassação** de aposentadoria para policial civil que teve seu benefício deferido, mas antes de passar para a inatividade praticou infração administrativa punível com pena de demissão, **implica em violação aos princípios e garantias fundamentais** apontados pelo argüinte.

A prevalência de normas infraconstitucionais ultrapassadas sobre os princípios e garantias constitucionais que asseguram ao servidor público o benefício previdenciário em razão de seu caráter contributivo implica em ofensa ao princípio da segurança jurídica, inerente e essencial ao Estado de Direito. (grifos acrescidos)

Para o desembargador, o ato de aposentadoria fundamentado em regime contributivo não poderia ser invalidado, sob pena de deixar o segurado sem a devida contraprestação de seu benefício oriundo de valores que constituíram a fonte de custeio, ainda que tenha cometido falta funcional sujeita à pena de demissão caso estivesse em atividade.

²⁹ Código de Processo Civil:

“Art. 480. Argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”

Em seu voto, o relator argumentou que os direitos previdenciários, dentre eles a aposentadoria, são direitos sociais inseridos como direitos fundamentais de 2ª geração, o que resulta em uma divergência da pena de cassação de aposentadoria com o texto constitucional. Defendeu, ainda, que o servidor autor de ato ilícito não fique impune frente à irregularidade cometida, mas que a punição não seja mais severa que o necessário, entendendo que a cassação de aposentadoria é pena mais gravosa que a própria demissão, caracterizando-se como pena perpétua.

Nessa análise da gravidade da pena, comparou o servidor que sofre pena de demissão com aquele que tem sua aposentadoria cassada. O que se encontra na primeira situação, nas palavras do relator, “[...] tem direito de retomar suas atividades na iniciativa privada ou prestar novo concurso público e de contabilizar suas contribuições para futura obtenção de aposentadoria[...]”. No entanto, o servidor inativo que tem sua aposentadoria cassada não teria tempo para se aposentar no Regime Geral de Previdência Social, o que caracterizaria, segundo o voto do acórdão, pena de caráter perpétuo, violando a própria garantia constitucional contra penas desta natureza. Essa situação, na voz dos desembargadores, importaria “em grave violação ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana”.

No voto direcionador do referido acórdão, são apresentadas a defesa de que a contribuição previdenciária retida dos vencimentos do servidor público é espécie de tributo, tendo natureza compulsória e distinguindo de impostos uma vez que se exige do Estado contraprestação futura, qual seja, o pagamento de proventos de aposentadoria. Nesse sentido, conclui o relator que a pena “[...] sem a restituição das contribuições recolhidas pelo servidor [...] implica em enriquecimento sem causa do Estado e em afronta ao direito adquirido [...]”. Em última análise, o desembargador apresentou a tese de que a pena de cassação de aposentadoria resulta em pena que extrapola a pessoa que foi condenada, fato que é vedado pela Constituição. Seria o caso de pensão por morte que deixa de ser concedida em função da penalidade deferida a aposentado falecido, considerando ilícito cometido à época de atividade. Nesse caso, o próprio condenado nada sofreria com a pena, mas sim seus dependentes.

O entendimento construído a partir desse acórdão é repisado em outra decisão, mais recente, do referido tribunal catarinense ao julgar caso semelhante em que se negou o recurso de agravo de instrumento do estado de Santa Catarina ajuizado em função de ação ordinária que deferiu antecipação dos efeitos de tutela suspendendo a pena de cassação de

aposentadoria³⁰. O relator do acórdão, em síntese, retomou os fundamentos apresentados anteriormente.

Impende destacar na análise desse último acórdão o voto, dissonante da maioria, do desembargador substituto Francisco Oliveira Neto. O magistrado, valendo-se de jurisprudência da Corte Constitucional, defendeu que a pena de cassação de aposentadoria não fere o direito adquirido e alega, ainda, que a pena a proibição de pena de caráter perpétuo ou que ultrapasse a pessoa do condenado só tem validade na esfera penal, não se aplicando na seara administrativo ou civil. Quanto à afronta do princípio da dignidade da pessoa humana, entende o desembargador que as contribuições recolhidas pelo servidor ao longo de sua vida laboral serão a ele restituídas.

As decisões do TJSC trouxeram alguns aspectos que merecem ser comentados. Um deles é o entendimento de que não seria possível o ingresso no RGPS do servidor que teve a aposentadoria cassada, o que, conforme analisado anteriormente, não faz sentido, tendo em vista a possibilidade de aproveitamento das contribuições para aposentação no Regime Geral. Outro ponto argumentado pelo relator do primeiro acórdão é de que a pena extrapolaria a pessoa do condenado, no caso de aposentado falecido, pois esse nada sofreria, mas sim seus dependentes no recebimento de eventual pensão. Sobre esse fato é pacífico o entendimento de que a morte do acusado em processo administrativo disciplinar é causa de extinção da punibilidade, não cabendo responsabilização e aplicação de pena, o que resulta em não atingimento do direito de pensão. Essa previsão, além de constitucional, foi consolidada pela Advocacia-Geral da União, que reconheceu a extinção da punibilidade com a morte do servidor³¹. Em seu voto, o relator traz, ainda, o caráter de tributo para a contribuição previdenciária, distinguindo de impostos uma vez que se exige do Estado contraprestação futura. Assim a não restituição dos valores recolhidos representaria enriquecimento ilícito pelo Estado. A questão sobre a devolução dos valores pagos a título de contribuições por

³⁰ TJSC- Acórdão Agravo de Instrumento n. 2014.029541-3, Desembargador Relator Cid Goulart, 30/05/2015.

³¹ O assunto em questão e o Parecer ASJUR/CGU-PR n° 290 foram comentados e citados na obra de Marcos Salles Teixeira, “Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar”, de 29/08/2014 (p. 1201). Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/rfb-annotacoessobrepad.pdf>, acesso em 04/11/2015.

Parecer ASJUR/CGU-PR n. 290, de 28/09/2007 (...) à luz dos §§ 1º e 2º, artigo 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o direito à pensão por morte dos dependentes configurou situação jurídica consolidada antes do término do PAD, a qual foi incorporada definitivamente aos respectivos patrimônios jurídicos consubstanciando, na verdade, hipótese de direito adquirido dos dependentes, uma vez que exercitável desde a data do óbito (...). Ademais, diversa qualificação jurídica para os fatos, na ordem cronológica em que ocorreram, configuraria permissão para que a pena administrativa pudesse exceder da pessoa do agente alcançando os seus dependentes, o que é obstado pelo artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, (...) Com efeito, não podendo a pena ultrapassar a pessoa do servidor infrator, a aplicação subsidiária dos artigos 107, do Código Penal, c/c 61 e 62, ambos do Código de Processo Penal, possibilita o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente público em virtude de sua morte.

servidor que teve aposentadoria cassada é mais ampla, envolvendo entendimentos sobre os princípios da solidariedade e da retributividade, como veremos adiante. Quanto aos recursos recolhidos pelo servidor, destacamos o voto do desembargador dissidente, que defendeu a devolução do valor das contribuições recolhidas ao servidor para se evitar esse enriquecimento sem causa da Administração.

Diante do exposto, notamos que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina possui posição, por meio de seu Órgão Especial, no sentido de reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade de Lei Estadual que previa a pena de cassação de aposentadoria para servidor público. Esse posicionamento, que já ocorreu em mais de um momento, pode ter o condão de fomentar o debate a ser dirimido no STF.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo TJSP³² também possui decisão pela impossibilidade de aplicação de lei que prevê a pena capital, ora analisada. O assunto foi apreciado por Órgão Especial do TJSP que, por maioria dos votos, concedeu segurança ao impetrante que requeria o reconhecimento de ato abusivo e ilegal por parte do chefe do Poder Executivo do Estado de São Paulo, em função de ato que lhe aplicou pena de cassação de aposentadoria.

O colegiado do TJSP entendeu ter sido regular o processo administrativo disciplinar que culminou na pena expulsiva, estando caracterizada a falha de natureza grave praticada pelo ex-servidor pela falta de zelo e negligência do agente público no exercício de suas atribuições funcionais, o que resultou no indeferimento da segurança sob esse aspecto.

Todavia, o relator analisou o pedido sob outra perspectiva, que, em suas palavras “diz respeito à incompatibilidade das leis que preconizam a cassação de aposentadoria como sanção disciplinar com a nova ordem constitucional, estabelecida a partir da promulgação das [EC nº 03/1993 e EC nº 20/1998]”.

Em sua tese, o desembargador defendeu que não perdura mais o instituto da aposentadoria como benesse ao servidor público que prestou seu serviço por longos anos ou que tenha se tornado incapaz. Ao contrário, argumentou que a partir das reformas previdenciárias há uma relação direta entre custeio e benefício. Entendeu o magistrado que aquilo ocorrido na seara das relações de trabalho não tem efeito no sistema previdenciário, “pois a retribuição (implemento do benefício) [...] não depende mais da simples condição de servidor público, mas da relação direta com o seu custeio na forma prevista nas normas pertinentes”. Destacou, ainda, que a aposentadoria possui caráter alimentar e sua cassação

³²TJSP - Mandado de Segurança 0237774-66.2012.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Relator Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, em 18/09/2013.

importaria ao ex-servidor a situação de indigência, privando-o de recursos necessários para sua própria sobrevivência. Nesse sentido, apontou em seu voto, citando Lauro Cezar Mazetto Ferreira:

[...] o servidor aposentado já conta com idade que o impede, em tese, de entrar novamente no mercado de trabalho; ademais, não é segurado obrigatório ou facultativo do Regime Geral (INSS). Por lei, nem poderia, visto que a legislação assegura apenas a vinculação a um Regime Previdenciário. Não há dúvida que a **decisão administrativa de cassar a aposentadoria poderá acarretar miséria e pobreza extrema do ex-servidor, e ainda de seus dependentes, pois lhe faltarão os proventos para a sua manutenção com dignidade.** (grifos acrescidos).

Argumentou, ainda, sobre a perpetuidade da pena e sua transcendência à pessoa que não praticou o delito, uma vez que perduraria por toda a vida do servidor e implicaria em reflexos na vida de seus dependentes. Considerando esses argumentos, o desembargador relator os sintetizou, ao final de seu voto, que a punição não pode interferir no Regime Próprio da Previdência Social, que possui vínculo autônomo com o servidor, em função das contribuições aportadas; cabendo, no entanto, “o sancionamento pela aplicação da lei penal e/ou da lei de improbidade administrativa, como ocorre em relação a qualquer outro segurado”.

A decisão não foi unânime; dessa forma, o desembargador Cauduro Padin apresentou seu voto, por meio do qual declara que denegaria a segurança demandada pelo servidor. Um dos pontos apresentados no voto trata da quebra de isonomia ao se isentar o servidor faltoso da pena de cassação de aposentadoria. No ensinamento do desembargador, criar-se-ia a situação em que o servidor da ativa seria punido com demissão e aquele que acabou de se aposentar, que tivesse praticado fato idêntico, ainda que na situação de co-autor, não seria alcançado pela pena de expulsão. Entendeu, também, que o caráter retributivo não impede a citada sanção, “pois o tempo de contribuição poderia, em tese, ser utilizado em outra atividade junto a nova fonte pagadora, por exemplo, uma atividade privada junto ao INSS”. Concluiu que eventuais contribuições podem ser demandadas judicialmente visando à restituição dos valores pagos de forma a não ensejar o enriquecimento ilícito do Estado, o que o leva a decisão de rejeitar o pedido por não vislumbrar “ofensa aos institutos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, tampouco transmissão da pena aos familiares e herdeiros”.

Sobre a decisão do TJSP, cabe acrescentar, além daquilo já analisado diante da posição do TJSC, comentário sobre o princípio da isonomia. Ele é abordado no voto dissidente do desembargador Cauduro Padin ao demonstrar desigualdade em se admitir possível a pena de demissão e refutar a de cassação de aposentadoria. O referido princípio não é suficiente *per si* para decidir sobre a possibilidade da cassação, mas é inegável sua

relevância para solução da questão. Nesse sentido, devemos considerá-lo na alegação trazida no voto condutor sobre a perpetuidade da pena. Ora, se o ordenamento jurídico entende possível a demissão do servidor de forma perene³³ dos quadros da Administração Pública, não deveria também fazê-lo no caso da pena de cassação? Caso contrário, estaríamos diante de outra desigualdade: ou cabe aos dois casos ou a nenhum. Indo além, com a implementação da Previdência Complementar, no caso dos servidores públicos federais, o regulamento do plano de benefícios prevê, para aqueles que perderem o vínculo funcional, o resgate do valor dos recursos alocados pelo servidor e de parte daqueles depositados pelo patrocinador, a depender do tempo de serviço. O regulamento estabelece, também, o benefício proporcional diferido, que confere ao servidor que perdeu o vínculo o direito à aposentadoria normal e, conforme o caso, ao benefício suplementar, quando cumpridos os requisitos de elegibilidade para a aposentadoria. Prevê, ainda, a própria portabilidade de valores que envolvem contribuições realizadas pelo patrocinador, ou seja, a Administração Pública³⁴. Cabe ressaltar que o regulamento não difere sobre a modalidade de extinção do vínculo funcional, seja a pedido ou por demissão.

Considerando que sob a égide da previdência complementar está assegurado ao servidor demitido o recebimento dos valores contribuídos por ele e pela Administração, ainda que em parte, e que não há previsão no regulamento de redução de benefício em função de pena administrativa quando já jubilado, os efeitos pecuniários da cassação de aposentadoria parecem ser mitigados frente aos novos servidores públicos. Assim, a questão da isonomia parece se estender além da situação discutida atualmente na jurisprudência, podendo ter reflexos no sistema previdenciário complementar.

Das análises procedidas em decisões dos tribunais de justiça, denotamos que a regra é pelo entendimento da constitucionalidade, até mesmo pela jurisprudência criada no âmbito dos seus próprios órgãos e dos tribunais superiores. No entanto, identificamos, ainda que em minoria, decisões de tribunais pela inaplicabilidade de leis estaduais que preveem a pena de cassação de aposentadoria. As decisões colegiadas identificadas são recentes, não unânimes e

³³ Lei nº 8.112/90 – Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. **Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.** (grifos acrescidos).

³⁴ Arts. 30, 31 e 33 do Regulamento de Planos de Benefícios da Previdência Complementar do Poder Executivo Federal. CNPB Nº 2013.0003-83. Aprovado pela Portaria DITEC/PREVIC/MPS nº 44, de 31 de janeiro de 2013. Alterado pela Portaria DITEC/PREVIC/MPS nº 317, de 25 de junho de 2014.

se fundamentam no caráter contributivo que apresenta o benefício da aposentadoria após as reformas previdenciárias empreendidas pelas EC nº 3/93, 20/98 e 41/2003. Em função disso, entendem os magistrados defensores da inconstitucionalidade, em síntese, que haveria, por exemplo, prejuízo ao princípio da dignidade humana; transcendência da sanção a terceiros; perpetuidade de pena e enriquecimento ilícito do Estado.

3.1.2 Tribunais Regionais Federais

A pesquisa realizada em decisões atuais dos tribunais regionais federais de quatro regiões identificou convergência no sentido de não se questionar a constitucionalidade da lei que prevê a pena de cassação de aposentadoria. Nesse sentido podemos citar a decisão proferida no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento 2013.02.01.016647-8, que teve como relator o desembargador José Antônio Neiva. Em seu voto, o magistrado destacou a jurisprudência do STF, a qual prevê possibilidade de rompimento do vínculo administrativo por meio de processo administrativo específico, ainda que o servidor já não esteja em atividade. Destacou, ainda, que, se é possível demitir servidor na ativa, não é o fato de esse já possuir tempo de serviço para se aposentar que justifica que se acoberte fato ilícito praticado.

A tese defendida pelo relator apresentou ainda confronto entre os princípios previdenciários da contributividade e da solidariedade, cabendo a este último justificar a constitucionalidade da sanção, uma vez que só há uma expectativa do benefício previdenciário, vejamos:

[...] a alegação de suposta “injustiça” pelo fato do autor ter contribuído por anos não encontra amparo no texto constitucional. Especialmente após a EC nº 41/2003¹, o princípio da solidariedade é que deve guiar as questões previdenciárias, sem que, necessariamente, haja contraprestação do Estado. Cite-se como exemplo o indivíduo que contribui durante toda a vida laborativa e falece no momento da aposentadoria. Nesse caso, é certo que não fará jus à devolução dos valores pagos a título de contribuição previdenciária. Isso porque o custeio para a Seguridade não tem cunho individualista, mas sim atento à universalidade e à solidariedade.

Interessante ainda o argumento proposto no voto condutor, convergente com análise realizada nesse trabalho, de que é preciso se considerar a possibilidade de que aquele que teve sua aposentadoria cassada possa ao menos garantir seu direito previdenciário junto ao RGPS, registrando as contribuições já realizadas:

[...] o aproveitamento dos recolhimentos efetuados, na hipótese de eventual concessão futura de aposentadoria pelo RGPS, à luz da legislação previdenciária pertinente, é situação que deve ser cogitada no âmbito do direito previdenciário, sem qualquer prejuízo para a sanção disciplinar aplicada.

No âmbito do TRF da 3ª Região identificamos acórdão³⁵ em que a Turma “A” do Tribunal decidiu por unanimidade negar provimento a recurso interposto por ex-servidora que teve sua aposentadoria cassada em função do cometimento de falhas graves previstas na Lei nº 8.112/90 (artigo 117, inciso XI, e artigo 132, incisos IV e X). A defesa daquela que teve sua aposentadoria extinta argumentou que tal pena não caberia em virtude do princípio do direito adquirido. Todavia, o ministro relator defendeu, sendo acompanhado pelos demais da Turma, que “é de se ressaltar que a cassação de aposentadoria está prevista no artigo 127, inciso IV, da Lei nº 8.112/90, estando seu cabimento preconizado no artigo 134 do mesmo estatuto”.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, em decisão monocrática do juiz federal Francisco Donizete Gomes³⁶, negou antecipação de tutela frente à demanda que solicitava o restabelecimento dos pagamentos dos proventos por entender que a penalidade administrativa de cassação de aposentadoria configurava sanção de caráter perpétuo, não sendo razoável e nem proporcional. Em sua decisão, o magistrado remeteu ao precedente da Corte Constitucional que declarou a constitucionalidade da pena administrativa (STA 729 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski - Presidente, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015), ressaltando que a existência desse acórdão é suficiente para afastar o pleito em análise sumária, até que seja julgado o mérito.

O TRF da 5ª Região, em sede de análise de agravo de instrumento³⁷, acionado contra decisão que analisou pedido de anulação de pena administrativa de cassação de aposentadoria, por maioria, negou o provimento à ex-servidora. O voto-condutor do desembargador federal Fernando Braga concluiu que não há prejuízo ao direito adquirido decorrente das contribuições mensais da agravante, uma vez que, no entendimento do relator, esse direito pode ser aproveitado em outro regime previdenciário, perdendo o servidor o direito de se aposentar, mas não aquele decorrente das contribuições mensais que realizou. Para o desembargador, o direito à aposentadoria do regime próprio pressupõe, ainda, “a inexistência de prática de qualquer ato capaz de levar à demissão, capaz de levar à cassação de aposentadoria”.

³⁵ TRF 3ª Região - APELAÇÃO CÍVEL Nº 000390902.2003.4.03.9999/SP, Relator Juiz Federal Convocado Paulo Conrado, 16/09/2011.

³⁶ TRF 4ª Região - Ação Ordinária nº 505201961.2015.4.04.7100/RS, Juiz Federal Francisco Donizete Gomes, em 28/08/2015.

³⁷ TRF 5ª Região, 2ª Turma – Agravo de Instrumento 080267215.2013.4.05.0000-PE, Desembargador Relator Vladimir Souza Carvalho, em 25/02/2014.

Cabe destacar nesse acórdão o voto vencido do relator Vladimir Souza Carvalho. O argumento defendido tinha como fundamento que as contribuições foram recolhidas e não há nos autos, seja na manifestação da União ou na decisão administrativa que analisou o ato de aposentadoria, menção à eventual “perda do direito de as contribuições gerarem o benefício de aposentadoria”, não restando justificativa para se cassar a aposentadoria, ainda mais por se tratar de verba alimentícia.

A partir da análise da jurisprudência da Justiça Federal, no que toca à pena de cassação de aposentadoria, identificamos entendimento consolidado sobre a possibilidade e legalidade de aplicação dessa sanção, não se vislumbrando eventual prejuízo ao direito adquirido, ainda que se considere o caráter contributivo do sistema previdenciário vigente. Todavia, cabe ressaltar que essa voz não é uníssona dentre os magistrados federais. Como se observou em voto-vencido do desembargador Fernando Braga, este defendeu tese contrária à possibilidade de extinção do jubramento. Ao mesmo tempo em que se entendeu possível cassar a aposentadoria do RPPS, há o reconhecimento da possibilidade de ingresso desse apenas no RGPS, não o deixando descoberto de algum benefício previdenciário.

3.1.3 Superior Tribunal de Justiça – STJ

O Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente³⁸ (MS 20.936 - DF) pela constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. O caso foi analisado em mandado de segurança ajuizado por ex-servidor que alegou a inconstitucionalidade em função do caráter contributivo da aposentadoria, do direito adquirido, por se tratar de pena perpétua e por ferir o princípio da pessoalidade da pena. O acórdão proferido pela Turma entendeu não haver inconstitucionalidade, respaldando essa decisão em jurisprudência do STF e do STJ.

O mesmo entendimento de constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria é firmado no Mandado de Segurança nº 13.074-DF, de 27/05/2015, que teve como relator o ministro Rogerio Schietti Cruz. Em seu voto analisou, apesar de não suscitada na inicial, a inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, concluindo que:

A despeito das teses que se tem levantado sobre a inconstitucionalidade da aplicação da pena de cassação de aposentadoria de servidor público em processo administrativo disciplinar, seja em razão do caráter contributivo dos benefícios previdenciários, seja à luz dos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que é possível a aplicação da referida pena, desde que haja expressa previsão legal e que o ilícito administrativo tenha sido cometido pelo servidor ainda na atividade.

³⁸ Mandado de Segurança n. 20.936 – DF (2014/0083064-5), Ministro Relator Mauro Campbell Marques, 12/08/2015.

O entendimento jurisprudencial no âmbito do STJ é consolidado pela constitucionalidade da aplicação da pena de aposentadoria. Contudo, identificamos pensamento, no âmbito dessa Corte, que caminha em sentido oposto, ou ao menos suscita questionamentos sobre a atual posição do Tribunal, representado no voto do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que divergiu da maioria no julgamento do MS 20.936 – DF supracitado.

O ministro colocou que a pena de cassação de aposentadoria era um paradigma no passado, mas que hoje há a possibilidade de se questioná-la, em virtude da previsão constitucional da contributividade pelo servidor público. Em sua análise o jurista levantou questionamentos, como:

[...] agora, que o sistema é contributivo, essa sanção continua do jeito que era, como se não tivesse havido mudança constitucional? Essa é a questão do paradigma. Ou será que a mudança constitucional é completamente irrelevante para o efeito de manutenção da cassação de aposentadoria? Essa é a questão, Senhor Presidente, penso eu, que se deve resolver.

[...]

E as contribuições que ele fez durante o tempo de atividade ficam para quem? Para o Estado, sem nenhuma contrapartida? É assim mesmo? Era assim quando não era contributivo. E agora, que é contributivo, permanece do mesmo jeito? Tenho a impressão que não.

Em sua análise o magistrado suscitou argumentos que levam à reflexão sobre a constitucionalidade dessa pena, que até então é dita como paradigmática. Nessa toada, ressaltou as decisões proferidas pelos tribunais de justiça de Santa Catarina e de São Paulo, já apresentados anteriormente, além de mencionar doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade da cassação desse benefício previdenciário, provocando a necessidade de discussão no âmbito do STJ.

O ministro Napoleão Nunes Maia Filho manteve essa posição em outra oportunidade, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 17.537-DF³⁹. Nesse acórdão, a maioria dos ministros da Primeira Seção denegou a segurança demandada por servidor público federal frente a ato de Ministro de Estado que cassou sua aposentadoria pelo enquadramento nas infrações disciplinares previstas nos arts. 117, IX e XI, 132, IV e VI, da Lei nº 8.112/90.

³⁹ STJ - Mandado de Segurança nº 17.537 - DF (2011/0215542-0), Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 11/03/2015:

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. PAD. PORTARIA DE INAUGURAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEMISSÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA NA SEARA ADMINISTRATIVA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE.

No entanto, não obstante os ilícitos graves detectados durante o processo administrativo disciplinar e o reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da decisão acertada do Poder Executivo ao desvincular o servidor inativo da Administração Pública, o ministro Napoleão argumentou contrariamente à maioria.

Considerando a clareza e a capacidade de síntese da ementa de seu voto-vista, que teve a habilidade de apresentar teses encontradas em outras jurisprudências, entendemos pertinente trazê-la ao texto:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EX-SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SANÇÃO DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. INCOMPATIBILIDADE DA LEGISLAÇÃO QUE A ESTABELECE COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL POSTERIOR À EC 20/98. INTERPRETAÇÃO CONFORME DO ART. 134 DA Lei nº 8.112/90, SEM PRONUNCIAMENTO DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE. VOTO-VISTA PELA CONCESSÃO DA ORDEM, EM RESPEITOSA DISCORDÂNCIA COM O VOTO DO EMINENTE RELATOR.

1. Nos termos do art. 134 da Lei nº 8.112/90, bem como de acordo com a orientação jurisprudencial desta Corte Superior e da Suprema Corte do País, é possível a imposição da sanção de cassação da aposentadoria do ex-Servidor Público que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão, apurada em processo administrativo disciplinar.

2. Entretanto, diante da alteração dos fundamentos da aposentadoria, que alterou as disposições jurídico-constitucionais regentes da concessão de aposentadoria, inserida na Carta Magna pela EC 20/98 e seguintes, o entendimento jurisprudencial da matéria carece de atualização em sua interpretação, a fim de que seja redefinida a própria natureza jurídica da aposentadoria.

3. Antes da EC 20/98, a aposentadoria era reconhecida como um direito concedido ao Servidor, custeado ou bancado pelo Erário, em razão de haver ele alcançado determinado período de tempo na prestação de serviço público. A EC 20/98, dentre outras alterações, extinguiu a aposentadoria por tempo de serviço e criou a aposentadoria por tempo de contribuição: o benefício da aposentadoria perdeu a característica de simples mudança da situação funcional de ativo para inativo, resgatando a característica inerente a qualquer benefício de natureza previdenciária, qual seja, o recolhimento de contribuições para sua efetivação e custeio pelo Servidor em atividade.

4. Assim, a legislação que estabelece a pena de cassação de aposentadoria mostra-se incompatível com o atual ordenamento constitucional positivo, vigente após a edição da EC 20/98, dada a natureza contributiva do direito à inativação, não mais custeado ou bancado pelo Erário.

5. O Colendo STF não proclamou a inconstitucionalidade da sanção de cassação de aposentadoria do ex-Servidor, prevista no art. 134 da Lei 8.112/91, mas as decisões até então proferidas, no entanto, não analisaram a mudança de natureza da aposentadoria, o que se deu, frise-se, apenas após a vigência da EC 20/98.

6. Não se deve perder de vista, ainda, que a sanção de cassação da aposentadoria fere o direito adquirido do ex-Servidor Público, além do ato jurídico perfeito, tal como definido nos arts. 6º, § 1º, da LIDB, 186, I, § 1º, da Lei nº 8.112/90, 5º, XXXVI e 40, § 1º, I da Constituição Federal. Assim, a aposentadoria, sendo efetivada em conformidade com os ditames normativos vigentes à época de sua concessão, incorpora-se ao patrimônio do indivíduo, apenas podendo ser revogada por vício detectado no ato de sua concessão, o que não se observa no presente caso.

7. Além disso, a aplicação da sanção de cassação da aposentadoria viola o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que não se pode conceber como justa uma reprimenda que retira a fonte de subsistência do cidadão aposentado. Na verdade, a sanção de cassação de aposentadoria encerra maior dureza que a demissão, pois, além de privar o ex-Servidor dos proventos, o faz quando

praticamente é impossível a reinserção no seletivo mercado de trabalho, reduzindo a pó as contribuições e investimentos por ele depositados no decorrer de toda a vida profissional.

8. Com base nessas considerações, peço vênua para discordar do eminente Relator e voto pela concessão da ordem para desconstituir o ato de cassação de aposentadoria do impetrante.

Questão relevante trazida no voto do ministro Napoleão Maia Filho foi o entendimento de que não há necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do normativo que prevê a pena de cassação de aposentadoria, mas sim de interpretá-lo conforme a Constituição:

[...]

50. Penso não haver, neste caso, a temível necessidade de declarar-se a inconstitucionalidade do art. 134 da Lei nº 8.112/90, mas apenas a de interpretá-lo conforme a Carta Política; a interpretação das leis conforme a Constituição e, em última análise, um novo modo de tratar a antiga questão da efetividade constitucional, intimamente ligada à problemática da supremacia constitucional e aos importantes aspectos que dela decorrem.

[...]

A análise é relevante, pois a pena de cassação de aposentadoria já tinha previsão anterior às emendas constitucionais que passaram a prever o sistema previdenciário contributivo, que é princípio utilizado para demandar a inconstitucionalidade da sanção administrativa. No entanto, a arguição de inconstitucionalidade, no controle abstrato, se dá frente a leis promulgadas após a Constituição vigente. Em caso de preexistência de normativo em descompasso com nova Carta Política, há de se falar em revogação. Esse é o ensinamento de Gilmar Mendes (2015, p. 1064): “[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continua a entender que a questão da inconstitucionalidade somente se põe quando se cuida de lei posterior à Constituição”. Todavia, na mesma obra, Mendes comenta sobre reorientação do STF quanto ao tema em função do julgamento da ADI 3.833 em que “[...] o Tribunal houve por bem afirmar que, a despeito de se cuidar de direito pré-constitucional, poderia a Corte reexaminar incidentalmente, em controle abstrato, a revogação ou não recepção do direito anterior” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1064). Essa competência de apreciação da demanda é uma questão preliminar que o STF terá que decidir ao analisar o a ADI 4882.

Assim, com a análise da jurisprudência recente da Corte Superior de Justiça é possível se identificar, aquilo já observado nos tribunais de justiça e nos tribunais federais, que é a defesa pela constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. No entanto, a questão, da mesma forma que na justiça estadual e na justiça federal, não é unânime. Cabe lembrar os votos do ministro Napoleão Maia Filho, nos quais apresentou divergência em relação aos demais colegas, suscitando que a questão não pode ser tratada como paradigma, devendo, ao revés, ser debatida frente ao atual ordenamento jurídico.

3.1.4 Supremo Tribunal Federal-STF

Nesse item pretendemos apresentar o entendimento da Corte Constitucional frente ao tema. Essa análise jurisprudencial ganha relevo por trazer precedentes que fundamentam decisões de demais tribunais e por demonstrar a opinião atual da composição do STF, a qual está sendo provocada a se manifestar com relação à constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria no âmbito da ADI 4882.

A Corte Constitucional, em decisão recente, de maio de 2015, reafirmou sua posição pela constitucionalidade da pena ora discutida. Em sede de Agravo Regimental⁴⁰, o voto do presidente e relator, ministro Ricardo Lewandowski foi ao encontro da jurisprudência pretérita do STF. O posicionamento já é firme no sentido de constitucionalidade quanto à aplicação da cassação de aposentadoria pela prática de falta disciplinar punível com demissão. O caso se refere a servidor público do estado de Santa Catarina, em que o tribunal desse estado, por meio de seu órgão especial, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade de artigos de lei estadual, nos quais se previa a pena de cassação de aposentadoria. A decisão do STF, ora agravada, de 22/10/2013, foi pela suspensão do acórdão do TJSC, considerando “o fato de que a declaração da não recepção da norma estadual que permite a cassação de aposentadoria aparentemente contraria a jurisprudência desta Corte a respeito de preceito análogo contido na Lei 8.112/1990”.

O ministro Lewandowski, em sua decisão, faz menção ao Mandado de Segurança 23.299/SP, de 12/04/2002, do relator ministro Sepúlveda Pertence. Nessa decisão, recorrentemente citada em jurisprudência que analisa o tema, o pleno do STF decidiu, por unanimidade, pela constitucionalidade da pena, entendendo não haver ofensa ao ato jurídico perfeito⁴¹. Esse acórdão de 2002 é citado como precedente no acórdão de Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 23.219-9 – RS, de relatoria do ministro Eros Grau, de 30/06/2005, ao analisar alegação da agravante de que após a EC nº 03/93 a aposentadoria deixou de ser um prêmio, tornando seguro para o qual contribuiu a fim de que pudesse gozar do benefício. Em sua análise, o relator esclareceu que o Tribunal já confirmava reiteradamente a aplicabilidade da punição, não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, citando o referido MS 23.299.

Em outro momento, no Mandado de Segurança nº 24.557-7 – DF, de 02/09/2003, a 2ª Turma decidiu, por unanimidade, que não é inconstitucional a pena de cassação de

⁴⁰ STF - Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada nº 729, Santa Catarina, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, de 28/05/2015.

⁴¹ STF – Mandado de Segurança nº 23.299 – São Paulo, Ministro Relator Sepúlveda Pertence, de 06/03/2002.

aposentadoria, repisando o MS 21.948-RJ, cujo relator foi o Ministro Néri Silveira, em 29/09/1994. Nesse acórdão, da década de 90 do século passado, se entendeu legal e constitucional a demissão de servidor que já possuía tempo para se aposentar. Identificamos, ainda, essa posição jurisprudencial em recente Agravo Regimental, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.624-DF, de 03/06/2014.

Observamos que a Corte Constitucional vem reiteradamente confirmando a constitucionalidade da cassação de aposentadoria, inclusive em decisões recentes referentes a punições ocorridas após a EC nº 03/93 e 20/98, que estabeleceram a contributividade no sistema previdenciário do RPPS. No entanto, da análise procedida nas decisões pesquisadas, não se identificou apreciação pelo STF quanto ao impacto do princípio contributivo, inerente aos benefícios previdenciários, nas sanções de cassação de aposentadoria.

Esse também é o entendimento defendido pelo ministro do STJ, Napoleão Maia Filho. Em sua argumentação proferida no âmbito do MS nº 17.537-DF, já mencionado, defendeu que o STF em suas decisões não analisou as mudanças proferidas pela EC nº 20/98, conforme se detalha em excerto de seu voto apresentado a seguir:

[...]

16. De fato, é imperioso mencionar que o Colendo STF não reconhece a inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria prevista na Lei 8.112/91. No entanto, **as decisões até então proferidas não analisaram a mudança de natureza da aposentadoria do servidor, o que se deu, frise-se, apenas após a vigência da Emenda Constitucional 20/98.** Com efeito, o precedente mencionado como paradigma que reflete o entendimento do Tribunal data de 1994, MS 21.948, Pleno, da relatoria do eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, de 29.9.1994, data esta anterior ao novel regime que regula a aposentadoria do servidor.

17. Além disso, **os precedentes RMS 24.557, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 7.12.1995; AI 504188, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 11.11.2005; MS 23.299, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 12.04.2002, apenas fazem referência ao leading case de 1994, ou seja, de caso julgado antes da vigência da EC 20/98, sem analisar o argumento ora colocado – natureza contributiva da aposentadoria.**

18. Ou seja, **a questão relacionada à natureza da aposentadoria à luz da Emenda Constitucional 20/98 não foi devidamente apreciada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal**, o que merece e deve ser levado ao crivo do Poder Judiciário, sem o que há de perseverar o absurdo de termos na sociedade brasileira cidadãos não abrangidos pela plenitude da Constituição Federal ou pelos princípios basilares do Estado Democrático de Direito. [...] (grifos acrescidos).

Assim, considerando os fatos apresentados, denotamos que o atual entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal está sujeito à reavaliação, com o ajuizamento da ADI nº 4882.

3.2 A posição doutrinária e de órgãos estatais

3.2.1 Sobre a inconstitucionalidade

Diferentemente da posição adotada pelos representantes do Poder Judiciário nacional, quando se pesquisa o pensamento de juristas que analisaram esse tema, identificamos opiniões que são favoráveis à declaração de inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. Assim, é possível observar a defesa de argumentos, por exemplo, que entendem ser a pena administrativa contrária ao direito adquirido, não respeitar a dignidade da pessoa humana e proporcionar o enriquecimento ilícito do Estado no que se refere às parcelas pagas a título de contribuição previdenciária.

Nessa senda, temos a opinião de Ivan Barbosa Rigolin (2007) que defende a inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. O autor argumenta que essa sanção viola o ato jurídico perfeito de concessão de aposentadoria, não podendo ser prejudicado por fatos posteriores. Complementa, ainda, que a cassação só seria possível se o ato estivesse eivado de vício, o que acarretaria a sua anulação. Para o jurista, o ato de aposentação é perfeito e acabado, quitando qualquer pendência, pois a própria Lei nº 8.112/90 prevê o impedimento de jubilação para servidor que esteja respondendo processo administrativo. Nesse sentido, não caberia a referida pena em função de ato ou fato praticado durante a atividade, pois seria desconexa com o direito de aposentadoria, sendo, portanto desproporcional. Seria como, em seu exemplo, apenar o traficante de droga com o confisco de seu veículo. Ao mesmo tempo em que argumenta pela inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria, não defende a impunidade, pois se o servidor praticou crime contra a Administração, deve ser denunciado ao Ministério Público; se prejudicou valores públicos, deve ressarcir o Estado, por meios administrativos ou judiciais. Devendo-se, portanto, coibir a irregularidade praticada pelo servidor por meio devido e adequado, de forma proporcional.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), a pena de cassação de aposentadoria também é inconstitucional, frente ao sistema previdenciário hoje aplicado aos servidores públicos. Para a professora, o servidor inativo “passa a ter dois tipos de vínculos: um ligado ao exercício do cargo e outro de natureza previdenciária”, situação que surge a partir da reforma previdenciária que previu a contribuição por parte dos servidores. Com as reformas constitucionais o governo aproximou o RPPS com o RGPS, lembra Di Pietro: “[...] o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício”. A autora aborda, ainda, o caráter solidário do

regime previdenciário. Entende que esse instituto reforça o direito de receber o benefício, tendo sido criado para garantir os direitos dos beneficiados, ainda que se contribua sem a certeza de utilização de benefício. Para os servidores segurados a “contribuição tem necessariamente que corresponder um benefício, desde que preenchidos os requisitos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional”. Da mesma forma que Ivan Rigolin, Di Pietro conclui que o servidor deve responder na esfera criminal e pela reparação civil de prejuízos eventualmente causados ao erário.

Outro doutrinador que segue a mesma tese dos anteriores é Mauro Roberto Gomes de Mattos. Em sua obra “Tratado de Direito Administrativo Disciplinar” (2008, p. 865), defende que o art. 134, da Lei nº 8.112/90, que trata sobre a pena de cassação de aposentadoria, não foi recepcionado pela regra vigente do art. 40 da Constituição Federal. Isso em virtude da alteração ocorrida no benefício da aposentadoria do servidor público, a qual deixou de ser um prêmio, passando a ser garantida por meio de contribuições, depositadas em fundo específico para cada servidor, na forma das regras atuariais. A aplicação dessa pena administrativa significaria enriquecimento ilícito do poder público. Assim, o Estado deveria “devolver, corrigidamente, todo o numerário do fundo de aposentadoria do aludido servidor, ao próprio ou manter os efeitos do ato jurídico perfeito, remunerando mensalmente o servidor demitido” (MATTOS, 2008, p. 864). Acrescenta, ainda, que a aplicação da sanção é um desrespeito à segurança jurídica.

Zélia Luiza Pierdoná (2005) também critica a recepção constitucional dessa sanção administrativa em seu artigo “A Inconstitucionalidade da Penalidade de Cassação de Aposentadoria”. Argumenta que a previdência social é um direito social, sendo, portanto, um direito fundamental de segunda geração, mais especificamente um direito fundamental condicional, pois exige o cumprimento de um dever, que no caso é a contribuição previdenciária. Essa necessidade de contribuir confere características de um seguro social, o que afasta a possibilidade de não ser concedido o benefício ao segurado quando este se encontra defronte ao risco. Dentre os riscos estariam a velhice e a invalidez, cobertos pelo benefício da aposentadoria. Para Pierdoná, a pena de cassação é o esvaziamento do próprio direito fundamental, violando seu núcleo essencial. O fato de haver contribuição pelo servidor deve ser levado em consideração pelo legislador na fixação de pena que envolva o benefício. Em argumento similar ao de Ivan Rigolin, a autora ressalta o princípio da proporcionalidade “previsto no artigo 59 do CP, que dispõe sobre a correspondência entre a pena a ser infringida ao agente e a gravidade do fato perturbador da paz social”. Acrescenta, ainda, tratar-se de punição perpétua, vedada pelo art. 5^a, inciso, LXVII, b, da Constituição Federal. Assim como

os demais doutrinadores, que tiveram seus pensamentos aqui expostos, não advoga pela ausência de penalidade frente às faltas cometidas por servidor público puníveis com a cassação de aposentadoria, mas entende que essas sanções devem encontrar respaldo nos dispositivos constitucionais.

Adicionamos ainda ao rol de doutrinadores que defendem a tese de inconstitucionalidade, Bruno Sá Freire Martins (2009), advogado com publicações na área previdenciária do servidor público. O citado autor analisa que a partir da EC nº 20/98 a aposentadoria deixou de ser prêmio ao servidor que segue para a inatividade, uma vez que a concessão do benefício pressupõe o recolhimento de contribuições para sua efetivação, o que caracteriza a previdência como um seguro de filiação obrigatória. Com as recentes reformas previdenciárias, modificou-se a natureza constitucional do benefício de aposentadoria, o que implica em alteração nas normas publicadas sob o regime anterior e “impede a manutenção da penalidade de cassação de aposentadoria, por absoluta incompatibilidade com a nova natureza constitucional das aposentadorias”. Compara, ainda, que a penalidade não ocorre no âmbito do RGPS, quando um empregado que preencha os requisitos para o benefício o terá, ainda que tenha prestado um mau serviço, não ensejando em desconstituição do ato previdenciário. Como outros juristas, não defende a impunidade do servidor com a extinção dessa pena capital. Ao contrário, argumenta que, a depender da gravidade, cabem penas administrativas e civis, de ordem pecuniária, ou ainda na esfera criminal.

Ponto que merece ser ressaltado, dentre os argumentos demonstrados, trata sobre o princípio previdenciário da solidariedade, abordado por Maria Sylvia Di Pietro (2015). Esse princípio, juntamente com o retributivo, são relevantes na medida em que disponibilizam insumos para se fundamentar sobre eventual enriquecimento indevido por parte do Estado, no que se refere aos valores pagos pelo servidor, a título de contribuição previdenciária, quando tem o seu benefício cassado. No entendimento de Di Pietro, a solidariedade foi criada para garantir o direito dos segurados. Esse princípio significa que pessoas que não usufruirão dos benefícios ainda assim contribuem para manutenção do sistema, como é caso, cita a autora, dos servidores inativos e pensionistas que não possuem dependentes. Todavia, se o servidor assegurado preencher os requisitos, constitucionais e infraconstitucionais, sua contribuição deve corresponder a um benefício. Esse ponto de vista é contrário à jurisprudência que defende a solidariedade, como no caso do voto do relator do TRF 2ª Região, apresentado anteriormente, que ao discorrer sobre o princípio defendeu que “o custeio para a Seguridade não tem cunho individualista, mas sim atento à universalidade e à solidariedade”. Ao revés, Di Pietro (2015) alega que:

[...] a solidariedade não afasta o direito individual dos beneficiários, já que o artigo 40 da Constituição define critérios para cálculo dos benefícios, a saber, dos proventos de aposentadoria e da pensão, nos parágrafos 1º, 2º e 3º. Não há dúvida de que a contribuição do servidor, quando somada aos demais requisitos constitucionais, dá direito ao recebimento dos benefícios.

O STF já abordou o assunto em algumas decisões. Na ADI 2.010-2-DF, de 13/06/2002, apresentado no artigo de Di Pietro (2005), que tratou em síntese da pertinência de incidência de contribuição previdenciária sobre servidores inativos e pensionistas, estabeleceu “a existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula, segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição”.

Destacamos, ainda, o Recurso Extraordinário - RE 610.290/MS de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, de 25/06/2013, em que a Segunda Turma do STF, por unanimidade, denegou pedido do estado do Mato Grosso do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça desse estado, em que alegava a inconstitucionalidade de artigo de Lei Complementar Estadual⁴² que instituiu benefício previdenciário aos dependentes de policial militar demitido ou excluído da Corporação. O relator desse acórdão fez menção à existência da ADI 1542/MS proposta pelo governador do Estado do Mato Grosso do Sul frente ao citado artigo que prevê o benefício. Assim, o recurso inicialmente ficou sobrestado em virtude dessa ADI, a qual depois restou prejudicada pela revogação expressa do artigo, dando continuidade ao julgamento do RE. A importância de apresentar essas duas decisões é trazer os argumentos utilizados pelos ministros, alguns deles ainda integrantes do Tribunal, sobre o binômio contribuição *versus* benefício. O ministro relator Ricardo Lewandowski apresentou a seguinte argumentação:

[...] benefício [trata] de uma contraprestação às contribuições previdenciárias por ele pagas durante o período efetivamente trabalhado.

Dessa forma, sua exclusão da corporação não pode repercutir nos benefícios previdenciários para os quais efetivamente contribuiu. Entender de forma diversa seria placitar verdadeiro enriquecimento ilícito da Administração Pública que, em um sistema contributivo de seguro, apenas receberia as contribuições do trabalhador, sem nenhuma contraprestação em troca.

⁴² Lei Complementar Estadual nº 53/1990:

“Art. 117. O falecimento do policial-militar da ativa acarretará interrupção do serviço policial-militar, com o consequente desligamento ou exclusão de serviço ativo, a partir da data da ocorrência do óbito.

§ 1.º. O policial-militar que contar no mínimo, com 10 anos de serviço e for demitido ou excluído da Corporação, em consequência de sentença transitada em julgado, será reputado na condição prevista no ‘caput’ deste artigo.

§ 2.º. No caso do parágrafo anterior os dependentes, farão jus a tantas cotas de vencimentos quantos forem os anos de serviço trabalhados pelo policial-militar condenado, até o máximo de tempo exigido para integralização do tempo de serviço, sendo de no mínimo 70% (setenta por cento) dos vencimentos que vinha recebendo.”

Ainda, o atual presidente do STF assim se manifestou no âmbito da ADI 1542:

Imaginei a hipótese de demissão a bem do serviço público, em que o indivíduo perde o direito à aposentadoria e a qualquer benefício. Então, essa é uma hipótese em que realmente os dependentes ficam, na linguagem popular, 'na rua da amargura'. Esse é o problema: queremos proteger os dependentes contra um locupletamento ilícito. Alguém que contribui durante dez anos para o Estado.

O ministro Eros Grau em seu voto proferido no âmbito da ADI 1542, assim consignou:

Inexiste a alegada afronta aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade, eis que o preceito impugnado garante o direito a benefício para cuja percepção o militar efetivamente contribuiu. A condenação que redundou na exclusão do militar da corporação não pode repercutir negativamente em seus benefícios previdenciários.

A ministra Cármen Lúcia, integrante atual da Corte Suprema, asseverou no seguinte sentido ao proferir seu voto na referida ADI:

[...] até que tenham sobrevivido a falta e a decisão que o excluiu da corporação, ele realmente contribuiu, e esse pagamento atém-se a esse período. E como o regime era de prestação de serviço mediante a contribuição por ele prestada a Administração Pública ficaria, portanto, com esse dinheiro com que ele contribuiu numa perspectiva futura e acabou não se cumprindo. Mas, realmente, nesse caso, haveria até um locupletamento da Administração.

Assim, observamos que além dos argumentos defendidos pela doutrina especializada, o próprio STF, nos votos de seus ministros, vem demonstrando a vinculação entre a contribuição social paga pelo servidor e a necessidade do recebimento de algum benefício. Esse entendimento mitiga o argumento de que o princípio da solidariedade respalda o não pagamento de aposentadoria cassada ou a devolução dos recursos pagos pelo servidor, o que na verdade seria enriquecimento sem causa por parte do Estado, considerando que o pagamento da contribuição estava vinculado ao recebimento de benefício.

3.2.2 Sobre a constitucionalidade

No que tange à tese de defesa da constitucionalidade dessa pena administrativa, temos a opinião de José Carvalho Filho (2012, p. 718) que defende não existir direito adquirido a ex-servidor em relação ao benefício da aposentadoria, “se tiver dado ensejo, enquanto em atividade, à pena de demissão”. Na opinião do doutrinador, a pena é inteiramente cabível, inclusive na punição de magistrado com aposentadoria compulsória, o que evitaria que a aposentadoria servisse de escudo para “escamotear infrações gravíssimas cometidas pelo ex-servidor anteriormente, sem que se lhe aplique a necessária e justa punição” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 718).

Nessa senda, existe a opinião da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. O órgão foi instado a se manifestar por provocação da chefia de polícia do estado, que concluiu pela possibilidade de proposição, em nome do governador, de ação de inconstitucionalidade em relação a dispositivos nos estatutos estaduais que preveem a pena de cassação de aposentadoria⁴³. O referido órgão jurídico entendeu que, apesar das reformas trazidas pelas EC nº 03/93 e nº 20/98, não houve desnaturação do vínculo entre o servidor e a Administração, o qual permanece ainda quando ocorre a jubilação, como, por exemplo, a continuidade de pagamento de proventos, de novas verbas e com a vedação de acumulação de cargo com proventos. O parecer menciona, ainda, a decisão já citada do STF no âmbito do MS nº 23.219/RS. Alega o princípio da isonomia, pois servidor com anos de prestação de serviço público, prestes a se aposentar, poderia ser demitido, enquanto outro que se aposentou poucos dias antes de processo disciplinar estaria imune. Quanto ao argumento de ofensa ao princípio da segurança jurídica, lembra que já existem remédios previstos que são os institutos da prescrição e da decadência. No que tange à ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, esclarece que a previsão constitucional é em face de nova norma jurídica, não cabendo ser invocada em favor de alguns direitos, ainda mais em defesa de ato ilícito. Em análise sobre a afronta do princípio da dignidade da pessoa humana, conclui que se os servidores o observarem não existirá razão para aplicação dessa penalidade, não podendo a Administração se isentar do seu poder-dever de sanção. Conclui, diante de seus argumentos, pelo não acolhimento do pedido de proposição de declaração de inconstitucionalidade, até mesmo por precaução, por estar em trâmite no STF a ADI 4882.

Cabe ainda destacar o entendimento do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal, exercido pela Corregedoria-Geral da União⁴⁴, vinculada à Controladoria-Geral da União. Nessa estrutura de sistema de correição existe a Comissão de Coordenação de Correição, órgão colegiado que possui papel consultivo, tendo como objetivo promover a integração e uniformizar entendimentos dos órgãos e unidades do referido Sistema de Correição do Poder Executivo. Nesse sentido, são publicados enunciados com fins de promover essa unificação de entendimentos. Dentre os enunciados destacamos o de nº 02, de 05/05/2011, que trouxe o seguinte texto: “A aposentadoria, a demissão, a exoneração de cargo efetivo ou em comissão e a destituição do cargo em comissão não obstatam a instauração de procedimento disciplinar visando à apuração de irregularidade verificada quando do exercício da função ou cargo público”.

⁴³ Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Parecer nº 15.421, de 22/12/2014.

⁴⁴ Decreto nº 8.109, de 17/09/2013.

O tema é de enorme controvérsia, existindo argumentos para ambas as teses. No entanto, as discussões mais profundas têm ocorrido na esfera doutrinária, resultando, ainda, pouco impacto nas decisões judiciais, que é o cenário com o condão de provocar eventual mudança ou confirmação sobre a interpretação da lei. O que se observa na jurisprudência é a manutenção de entendimentos pretéritos. Acrescentamos a essa discussão, até então não suscitada, a recente regulamentação da Previdência Complementar para os servidores públicos federais. Nesse novo arcabouço previdenciário o RPPS só garante o benefício de aposentadoria até o valor do teto do RGPS, devendo o servidor, de forma facultativa, contribuir complementarmente, até 8,5% do valor do salário de participação, a um fundo previdenciário, o que enseja contrapartida da União na mesma proporção. Cabe destacar, como já mencionado, que no regulamento do plano de benefícios da previdência complementar do Poder Executivo federal há previsão, para aqueles que perderem o vínculo funcional, de resgate do valor dos recursos alocados pelo servidor e de parte daqueles depositados pelo patrocinador⁴⁵, a depender do tempo de serviço. Além disso, o regulamento prevê o benefício proporcional diferido, que confere ao servidor que perdeu o vínculo o direito à aposentadoria normal e, conforme o caso, ao benefício suplementar, quando cumpridos os requisitos de elegibilidade para a aposentadoria. Cabe ressaltar que o regulamento não difere sobre a modalidade de extinção do vínculo funcional, seja a pedido ou por demissão.

Assim, entendemos urgente a necessidade de discussão sobre o tema de forma profunda e ampla, o que parece só será travada no âmbito da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4882, com pedido de medida cautelar, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

3.3 ADI nº 4882

A Ação Direta de Inconstitucionalidade é instrumento do controle concentrado de constitucionalidade, podendo ser proposta pelas entidades e autoridades previstas no art. 103 da Constituição Federal junto ao Supremo Tribunal Federal.

A ADI nº 4882 foi ajuizada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil - ANFIP, em 20/11/2012, que pede a inconstitucionalidade do

⁴⁵ O plano de benefícios do Funpresp-Exe considera como patrocinador os órgãos da administração direta, as autarquias e as fundações do Poder Executivo Federal.

inciso IV, do artigo 127, e do artigo 134, ambos da Lei nº 8.112/1990. A ação foi distribuída ao ministro Gilmar Mendes e se encontra, em novembro de 2015, concluída ao relator.

O processo da ADI incorporou informações da Presidência da República e da Advocacia do Senado Federal; e manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República. Além disso, há a solicitação de participação de entidades na qualidade de *amicus curiae*.

3.3.1 As alegações da Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil - ANFIP em seu pedido de inconstitucionalidade

A ANFIP em sua petição argumentou que as contribuições previdenciárias configuram-se como prestação imposta pelo Estado que deve resultar em contraprestação estatal no futuro, no caso, a aposentadoria. No entendimento da Associação, esse benefício a ser oferecido é decorrente da exclusiva contribuição do servidor público, o que faz com que a pena de cassação de aposentadoria gere enriquecimento ilícito da União. Esse enriquecimento indevido é proveniente dos descontos previdenciários que não serão ressarcidos, ainda que haja o registro no RGPS, como dispôs em sua peça inaugural: “[...] haverá um enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, referente aos valores que excederem o percentual da contribuição utilizada para o Regime Geral da Previdência Social”. A petição destacou as violações ao direito adquirido, ao princípio da segurança jurídica e à dignidade da pessoa humana, além do fato de a pena passar da pessoa apenada, no caso de pensionistas.

A petição inicial da demandante tocou nos principais argumentos discutidos pela doutrina e demais juristas, inclusive magistrados, o que cria a expectativa de que irá provocar uma análise profunda pelo STF sobre a questão.

A peça jurídica questionou a possibilidade de a pena passar da pessoa responsabilizada, o que vimos não ser aceito pelo ordenamento jurídico atual. Com relação ao prejuízo do princípio da dignidade da pessoa humana, não há de se concordar, pois, como também observamos alhures, é possível o aproveitamento do tempo de contribuição no RGPS de forma a garantir condições mínimas, em igualdade aos demais trabalhadores regidos pela CLT, para sobrevivência do apenado e de sua família.

Ponto importante explicitado na peça exordial trata sobre o destino das contribuições previdenciárias. Cabe ressarcimento pelo Estado da diferença não aproveitada para ingresso no RGPS? Conforme análise realizada anteriormente, é pertinente pensarmos em restituição dos valores pagos pelo sancionado, tendo em vista a interpretação do princípio da

solidariedade e do entendimento jurisprudencial de que deve haver um vínculo entre contribuição e benefício.

Todavia, há de se mencionar crítica à petição inicial que deixou de mencionar sobre a aplicação da pena em cenário de previdência complementar. Seria oportuno provocar o STF e os próprios órgãos jurídicos sobre a interpretação dos efeitos da pena de cassação de aposentadoria, que, conforme visto, parece ter seus efeitos mitigados em relação àqueles que se submetem à previdência complementar. De toda forma, esperamos que o STF possa estender sua interpretação, englobando esses servidores regidos por um sistema previdenciário híbrido.

Outra crítica em relação à peça jurídica inaugural refere-se à argumentação apresentada que o benefício de aposentadoria é “decorrente da exclusiva contribuição do próprio servidor público”, o que parece desarrazoado tendo em vista o art. 40⁴⁶ da Constituição Federal, que prevê diversidade de atores no custeio previdenciário.

3.3.2 Os pareceres da Advocacia do Senado Federal e da Presidência da República

A Advocacia do Senado Federal entendeu que a pena de cassação de aposentadoria não deve ser observada sob a ótica do direito previdenciário, mas sim como reflexo da responsabilidade administrativa do servidor, em função de seu vínculo jurídico-administrativo que existia durante sua atividade. Na argumentação apresentada, o órgão legislativo defendeu que a aposentadoria do servidor não encerra o vínculo estatutário, o que permite que a prática de ato faltoso durante a atividade prejudique atos posteriores, como a concessão de aposentadoria. Alegou ainda a Advocacia do Senado que o custeio para a seguridade possui caráter solidário e universal, não possuindo cunho individualista, com relação direta de pagamento de contribuição e fruição de benefício. A posição desse órgão converge com a da Associação no que diz respeito à possibilidade de serem aproveitadas as contribuições do apenado em futura aposentadoria pelo RGPS, considerando a compensação entre os sistemas contributivos⁴⁷. No entanto, compreende não caber ressarcimento referente às contribuições recolhidas, pois estão vinculadas à prestação laboral e foram realizadas de forma regular.

⁴⁶ “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”.(grifo acrescido).

⁴⁷ Art. 201, § 9º da Constituição Federal e art. 24, da Lei nº 8.213/91.

Concluiu sua posição reafirmando que o entendimento atual do STF é pela constitucionalidade da sanção.

A Presidência da República, por meio da Advocacia-Geral da União – AGU, firmou juízo de que a pena de cassação de aposentadoria não é incompatível com a ordem constitucional vigente. Para tanto traz decisões do STF sobre o assunto (MS nº 21.948/RJ; MS nº 23.299/SP; RMS nº 24.557/DF; MS nº 22.728/PR; MS-AgR nº 23.219/RS).

A Advocacia do Senado se aproxima da petição da ANFIP inaugural, dialogando com seus argumentos. Nesse sentido, defende que o vínculo estatutário não se rompe com a aposentadoria; afirma a possibilidade de se aproveitar o tempo de contribuição no RGPS, mas que não cabe restituição de eventual recolhimento previdenciário a maior em função de o pagamento ter sido regular e possuir caráter solidário. Sobre a possibilidade de registro no RGPS, converge com aquilo apresentado anteriormente; mas não se pode concordar com a tese de impossibilidade de restituição dos valores pagos, frente aos argumentos analisados.

3.3.3 O parecer da Advocacia-Geral da União – AGU

Em manifestação prolatada pela AGU, o órgão defendeu de plano a ilegitimidade da Associação para atuar no polo ativo no processo de ADI, por representar uma pequena parcela do funcionalismo público, não englobando servidores dos quadros estaduais, municipais e distritais.

Passando ao mérito, o Advogado-Geral da União repisou o argumento defendido pela Advocacia do Senado Federal de que a sanção coaduna-se com o regime jurídico e disciplinar do servidor público, não devendo ser questionada sob a ótica previdenciária. Nesse sentido, a AGU analisou que o servidor público, ao estabelecer vínculo com a Administração, se sujeita a um regime jurídico previamente definido, que engloba normas disciplinares. Essa relação especial firmada entre servidor e Administração, englobando a responsabilidade administrativa, estabelece um poder disciplinar mais acentuado, de modo a se obter uma atuação administrativa adequada. Quanto à alegação da ANFIP de que deveria haver restituição dos valores pagos, de forma a se evitar o enriquecimento ilícito do Estado, a AGU se manifestou pelo caráter universal e solidário do custeio da seguridade social.

A AGU apresentou decisões do STF que reconhecem a legitimidade de aplicação da pena de cassação de aposentadoria. Todavia, destacamos a opinião de Maria Sylvia Di Pietro (2015) em relação ao acórdão no MS 23.299/SP: “O relator foi o ministro Sepúlveda

Pertence, que não enfrentou o tema diante da mudança no regime jurídico da aposentadoria e adotou a mesma tese já aplicada aos casos precedentes”.

3.3.4 O parecer do Ministério Público Federal – MPF

O Procurador-Geral da República, em seu parecer, entendeu, da mesma forma que a AGU, não haver legitimidade da requerente para figurar no polo ativo da ação, por representar, dentre outros fatores, apenas parcela dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil e da própria categoria de servidores públicos federais.

No que se refere ao mérito apreciado, a PGR manifestou ser improcedente o pedido da requerente. Como tese principiológica, argumentou que os artigos da Lei nº 8.112/90 referentes à pena de cassação de aposentadoria são decorrência do princípio da predominância do interesse público sobre o privado. Esse confronto certamente deve ser considerado, por ser tema relevante ao se tratar de Administração Pública, em que a finalidade pública deve se sobrepor à privada. Nesse sentido, acrescentou a Procuradoria que esse desequilíbrio entre *res publica e res privada* respalda o art. 142, § 1º, da Lei nº 8.112/90, o qual dispõe que o prazo prescricional para ação disciplinar inicia-se quando o fato se tornou inequivocamente conhecido pela autoridade administrativa. Isso permite à Administração Pública, ao tomar conhecimento, aplicar a pena de demissão, ainda que o servidor já se encontre na inatividade. A PGR entendeu que o servidor não faria jus à aposentadoria se já fosse de conhecimento da Administração o fato ilícito ensejador de demissão, e que se ocorreu foi em desconformidade com a lei, não podendo se reputar o ato jurídico perfeito, uma vez que descumpriria a própria definição trazida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴⁸. Na sequência, remeteu às decisões do STF sobre o assunto de que não há violação do ato jurídico perfeito ou direito adquirido.

Em sua análise sobre o enriquecimento sem causa do Estado, em face do caráter contributivo e retributivo das contribuições previdenciárias, o Procurador-Geral destacou que a ADI ora ajuizada não seria passível de conhecimento, uma vez que as emendas constitucionais que trouxeram o caráter contributivo são posteriores à edição do normativo que tem seus dispositivos questionados, o que implicaria em inconstitucionalidade superveniente. Sobre outra perspectiva, analisou que o regime administrativo não se confunde

⁴⁸ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º **Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.**
(grifo acrescido)

com o previdenciário, nesta senda, a pena de cassação de aposentadoria integra o regime estatutário, não cabendo interferência do regime previdenciário “como fundamento para invalidação de norma atinente ao regime disciplinar do funcionalismo público”.

Por fim, apresentou decisões do STF em que justificou que a Corte Constitucional tem reconhecido a legitimidade constitucional da pena, mesmo após da inserção do regime previdenciário de caráter contributivo.

A manifestação da Procuradoria-Geral da República apresentou tese de prevalência do princípio do interesse público sobre o privado. Esse princípio fundamenta a existência de um ordenamento jurídico distinto entre o servidor público e o trabalhador celetista, pela própria natureza das atividades desempenhadas por aquele. O servidor estatutário é agente público que desenvolve atividades estatais e, pelas suas especificidades, lhe são conferidas prerrogativas como, por exemplo, a estabilidade, o que não ocorre com os demais empregados e servidores ocupantes unicamente de cargo em comissão. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2006, p.443), “a estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor (efetivo) que, nomeado para cargo de provimento efetivo, em virtude de concurso público”. O servidor público estatutário é aquele que exerce atribuições exclusivas de Estado, submetendo-se ao regime jurídico estatutário e a regime peculiar de previdência social (MEIRELLES, 2006, p.413 e 415). Assim, como defendido pela Advocacia do Senado Federal, ele está sujeito à responsabilidade administrativa em função de seu vínculo jurídico-administrativo que existia durante sua atividade, ainda que se encontre aposentado. É o interesse público que se sobressai, em ter a prestação de um serviço público adequado. No entanto, como qualquer princípio, existem limites, sendo inaceitável que o Estado avance sobre as contribuições recolhidas pelo servidor que tinham por fim garantir seu benefício previdenciário.

Outro ponto alegado pela PGR é a inconstitucionalidade superveniente, no que diz respeito à avaliação do princípio contributivo, uma vez que foi inserido por emendas constitucionais após a edição da Lei nº 8.112/90, que estabeleceu a pena de cassação de aposentadoria. Nesse sentido, não caberia, *a priori*, análise de inconstitucionalidade, sendo o caso de revogação. A obra de Gilmar Mendes (2015, p. 1064) consigna que a jurisprudência do Tribunal é no sentido de que a inconstitucionalidade cuida de lei posterior à Constituição. Todavia, apresenta também decisão (ADI 3.833) em que “o Tribunal houve por bem afirmar que, a despeito de se cuidar de direito pré-constitucional, poderia a Corte reexaminar incidentalmente, em controle abstrato, a revogação ou não recepção do direito anterior”

(MENDES; BRANCO, 2015, p. 1064). Dessa forma, como dito, esse é um ponto que o Supremo terá que avaliar preliminarmente.

3.3.5 Da participação de entidade na qualidade de *amicus curiae*

A figura do *amicus curiae* tem previsão na própria Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Nesse normativo, o art. 7º, *caput*, estabelece a vedação à participação de terceiros. No entanto, o próprio § 2º coloca que o relator, ao considerar a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, pode admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. A própria Lei então confirmou a possibilidade de participação de “amigos da Corte” no processo de ADI, com fins de garantir atuação mais pluralista e democrática ao processo (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1177), considerando tratar-se de tema relevante, cuja participação do postulante exógeno ao processo seja representativa.

No processo existem quatro solicitações de postulantes a participarem do processo na condição de *amicus curiae*: do Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil – SINDIFISCO, do Sindicato dos Policiais Rodoviários Federais no Estado do Rio de Janeiro – SINPRF/RJ, de Policial Federal que teve sua aposentadoria cassada e da Federação Nacional dos Policiais Federais – FENAPEF.

Até o momento do processo o ministro relator deferiu a participação para o sindicato que representa os policiais rodoviários federais no estado do Rio de Janeiro. Essa instituição defende em seu pedido, em síntese, que a sanção administrativa promove o enriquecimento ilícito do Estado e fere o princípio do direito adquirido, os quais são os principais argumentos apresentados pelo ex-servidor e pelo Sindicato dos Policiais Federais, que também postularam suas participações como *amicus curiae*, ainda não apreciadas.

3.3.6 Eventuais efeitos da decisão do STF

As Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade possuem efeito duplo, conforme própria previsão no art. 24 da Lei nº 9.868/99, pois, se julgadas procedentes, ter-se-á a inconstitucionalidade e, do contrário, a constitucionalidade da norma. Em regra, a decisão de controle concentrado tem efeito *erga omnes*, ou seja, seu resultado impacta a todos que se submetem à norma. Além disso, seu efeito é *ex tunc*, isto é, de caráter retroativo, retirando do

ordenamento jurídico o ato normativo ou a lei incompatível com a Constituição, resultando, na verdade, em ato nulo (LENZA, 2010, p. 283-286). No entanto essa decisão do STF pode ser modulada, como disposto no art. 27 da Carta Magna:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Assim, considerando os preceitos da segurança jurídica e do interesse social, o legislador previu espaço para que o STF identifique esse risco e tente mitigá-lo da melhor forma possível ao interesse público. No entanto, trata-se de exceção, a qual requer que seja aprovada por maioria qualificada de 2/3 de seus membros. Nesse sentido destaca Pedro Lenza (2010, p.288): “Ocorrendo a modulação da decisão [...] temos de aceitar a sua existência [da norma], validade e, durante o período que o STF determinar, a sua eficácia [...]”.

Com relação à ADI 4882, os efeitos de sua declaração atingem diretamente a 405 ex-servidores que tiveram suas aposentadorias cassadas no âmbito do Poder Executivo federal de 2003 a setembro 2015⁴⁹, além daqueles apenados que integraram os quadros da Administração dos Poderes Legislativo e Judiciário, e ainda nas esferas estaduais e municipais. A declaração da inconstitucionalidade dos artigos que tratam sobre a referida pena na Lei nº 8.112/90 levaria à anulação dos atos administrativos que declararam essa pena e a restituição ao ex-servidor do *status* de inativo com o recebimento dos respectivos proventos, podendo até mesmo ensejar pagamentos referentes aos valores retroativos que se deixou de receber.

A declaração de inconstitucionalidade retiraria do mundo jurídico sanção administrativa para punir servidor faltoso. Tal situação de certo modo alcança indiretamente a sociedade que cobra cada vez mais a retidão daqueles que trabalham na Administração Pública para servirem ao interesse da sociedade, em observância à legalidade e com o devido zelo. Nesse sentido, a ausência de sanção administrativa àquele servidor que conseguiu se aposentar sem que a Administração Pública tomasse conhecimento das faltas cometidas, pode ser compreendida pela sociedade como sinal de certa “impunidade”.

Por outro lado, ainda que ocorra a manutenção do *status quo*, com a declaração da constitucionalidade dos dispositivos, o que evitaria os eventuais efeitos acima mencionados, o

⁴⁹ Controladoria-Geral da União – Relatório de acompanhamento das punições expulsivas aplicadas a estatutários no âmbito da administração pública federal Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas>. Acessado em 02/11/2015.

STF necessita decidir sobre a destinação dos recursos recolhidos pelos servidores a título de contribuição previdenciária. Em se decidindo tratar de recursos dos servidores, capitalizados a fim de formar fundo previdenciário, cabe ao Estado promover essa devolução, o que poderia acarretar efeitos financeiros e orçamentários às contas públicas.

Cabe destacar o sistema de previdência complementar não foi objeto da demanda inauguradora e tampouco das demais manifestações ao longo do processo da ADI 4882 nem nas posições doutrinárias abordadas. Essa recente situação previdenciária abrange os servidores públicos que não possuíam vínculo com a Administração Pública e ingressaram em seus quadros (no caso da esfera federal) após a regulamentação da previdência complementar, que ocorreu em fevereiro de 2013. A partir de então, criou-se nova estrutura previdenciária, mais próxima do RGPS, que pode ser levada em consideração pela Corte Constitucional ao decidir sobre a lide. Caso contrário, corre-se o risco de se criar penalidades com efeitos distintos para o mesmo sujeito, no caso o servidor público.

Assim, a construção dessa decisão passa pela avaliação de princípios que devem ser sopesados a fim de se alcançar a justiça que a ser emanada pelo Poder Judiciário, nesse caso o Supremo Tribunal Federal.

3.4 Considerações sobre a constitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria

Inicialmente, cabe destacar que o presente trabalho teve por finalidade analisar fundamentos que embasam a (in)constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. Assim, não teve a pretensão de adentrar nos detalhes que tangem ao direito constitucional, em especial no que se refere ao controle de constitucionalidade e ao processo de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade. Feita essa consideração, delineamos a seguir algumas questões quanto à admissibilidade da ADI 4882, pontos levantados nas manifestações da AGU e da PGR.

Uma das questões a serem apreciadas pelo STF preliminarmente diz respeito a não legitimidade da Associação ANFIP como requerente para figurar no polo ativo da ação, conforme alegado pela AGU e pela PGR. No entendimento desses órgãos, a entidade representa apenas parcela dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil e da própria categoria de servidores públicos federais.

Segundo a Constituição Federal (art. 103, IX), dentre os legitimados para agir em sede de ADI encontram-se confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Todavia, conforme aponta a doutrina (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1154) sobre as

dificuldades práticas para a definição e identificação desses entes, e diante da ausência de disciplina legal sobre o assunto, a legitimação deve ser analisada em cada caso. Importante ressaltar que o STF já se manifestou favoravelmente à legitimidade de associações em ajuizamentos de ações de controle de constitucionalidade abstrato⁵⁰. Quanto à pertinência temática, entre a norma impugnada e a Associação, a ANFIP descreve, em seu Estatuto, que possui a competência para “congregar, representar e atuar [...] na defesa permanente dos direitos, [d] os integrantes de seu quadro associativo”, o que pode ser suficiente, para o STF, para preenchimento do requisito⁵¹.

Nesse contexto de considerações sobre o procedimento da ADI, destacamos que a Procuradoria Geral da República mencionou sobre a possibilidade de não se conhecer da ação em virtude de se tratar de lei federal de 1990 em face de dispositivo inserido pela Emenda Constitucional de 1998, o que ensejaria inconstitucionalidade superveniente. Sobre o tema, cabe ressaltar menção do ministro Gilmar Mendes, em sua obra, em que esclarece que a Constituição Democrática não mencionou expressamente sobre a questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional (MENDES, 2015, p. 1063). Mendes apresenta, ainda, jurisprudência do STF que menciona sobre a possibilidade de apreciação pela Corte ainda que:

[...] ao apreciar a ADI 3 . 833, que impugnou o Decreto Legislativo n. 444 / 2003 em face da EC n. 4 1 / 2003 , o Tribunal houve por bem afirmar que, **a despeito de se cuidar de direito pré-constitucional, poderia a Corte reexaminar incidentalmente, em controle abstrato, a revogação ou não recepção do direito anterior.**

Trata-se de uma reorientação jurisprudencial quanto ao tema. (grifos acrescidos).

O assunto é pacificado na jurisprudência da Corte Constitucional quando se trata de alteração superveniente do parâmetro de controle, o que não impede o conhecimento da ação em relação à norma constitucional em vigor quando de sua propositura (MENDES, 2015, p. 1175).

⁵⁰ Nesse sentido existem as decisões: Referendo nos Emb.decl. na Medida Cautelar na ADI 4.843 – Paraíba, Ministro Relator Celso de Mello, de 11/12/2014, que se julgou pela legitimidade ad causam Associação Nacional dos Procuradores de Estado; ADI 3943 – DF, Ministra Relatora Cármen Lúcia, de 07/05/2015, teve como requerente a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP; Referebdo na Medida Cautelar na ADI 4638 – DF, Ministro Relator Marco Aurélio, de 08/02/2012, requerente Associação dos Magistrados do Brasil; ADI 1517-6 União Federal , Ministro Relator Maurício Corrêa, de 30/04/1997, requerente Associação dos Delegados de Polícia do Brasil; ADI 3104 – DF, Ministra Relatora Cármen Lúcia, de 29/09/2007, requerente CONAMP.

⁵¹ Na ADI 3104 – DF, Ministra Relatora Cármen Lúcia, de 29/09/2007, o Tribunal entendeu que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público tinha legitimidade na ativa na causa que questionou o art. 2º e a expressão “8º” do art. 10 da EC nº 41/2003.

Apesar de se tratar de mudança constitucional que ocorre após ajuizamento de ação, entendemos que a decisão tomada pela Corte no âmbito da ADI 239 – RJ, de 19/02/2014, pode ser aplicada por analogia no caso ora analisado. Nessa oportunidade o Tribunal analisou ação direta de 1990, a qual impugnava previsão da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que assegurava o pagamento de vencimentos integrais ao servidor posto em disponibilidade. Essa ação foi ajuizada, inicialmente, diante de um quadro de silêncio da Constituição Federal, a qual, em sua redação original, nada dispunha a respeito. Entretanto, com a promulgação da EC nº 19/98 a Carta Magna passou a mencionar expressamente a proporcionalidade da remuneração, com base no tempo de serviço do servidor.

Nessa ADI, o ministro relator Dias Toffoli destacou sobre a evolução da jurisprudência do Tribunal, admitindo, já em “via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, a realização de juízos de recepção com amparo em normas constitucionais supervenientes”. Alegou, ainda, nessa linha de reorientação jurisprudencial do STF:

Certas hipóteses que, na linha da jurisprudência tradicional da Corte, teriam ensejado o encerramento prematuro de ações, têm dado margem, atualmente, à continuidade do julgamento, em respeito aos valores maiores da preservação da supremacia da Constituição Federal e da efetividade da jurisdição constitucional.

O relator fez menção às ADI nº 2158/PR e 2189/PR de sua autoria que apresentam em suas ementas o seguinte excerto:

EMENTA Ação Direta de Inconstitucionalidade. AMB. Lei nº 12.398/98-Paraná. Decreto estadual nº 721/99. Edição da EC nº 41/03. Substancial alteração do parâmetro de controle. Não ocorrência de prejuízo. Superação da jurisprudência da Corte acerca da matéria. Contribuição dos inativos. Inconstitucionalidade sob a EC nº 20/98. Precedentes. **1. Em nosso ordenamento jurídico, não se admite a figura da constitucionalidade superveniente. Mais relevante do que a atualidade do parâmetro de controle é a constatação de que a inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor. Caso contrário, ficaria sensivelmente enfraquecida a própria regra que proíbe a convalidação. 2. A jurisdição constitucional brasileira não deve deixar às instâncias ordinárias a solução de problemas que podem, de maneira mais eficiente, eficaz e segura, ser resolvidos em sede de controle concentrado de normas.**

Assim, identificamos que a jurisprudência da Corte Suprema é no sentido de se prezar por avaliação da constitucionalidade em temas que toquem a jurisdição constitucional brasileira, em respeito a valores que tratem sobre a supremacia da Carta Magna e de sua eficácia.

Diante disso, entendemos, dentro da finalidade dessa pesquisa, não haver óbice ao STF em apreciar sobre o mérito da ADI, em especial de forma incidental, considerando o já citado entendimento trazido por Gilmar Mendes quando comentou sobre a ADI 3833, como

também a análise trazida por esse autor em sua obra quando analisou sobre os parâmetros de controle da Ação Direta de Inconstitucionalidade. O ministro, considerando, em sua análise, ser a norma constitucional, entendeu ser mais adequado examinar “a questão em sede de ADI, mas com características de controle incidental, para averbar a recepção ou não do direito ordinário” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1175).

Além disso, a demanda inicial, que pede a inconstitucionalidade, remete a princípios constitucionais vigentes desde a promulgação da Constituição de 1988, o que não representaria inconstitucionalidade superveniente. No que se refere ao princípio previdenciário da contributividade, inserido pela EC nº 20/1998, verificamos que, em função da sua relevância à jurisdição constitucional e considerando o entendimento do STF, existe possibilidade de ser apreciado de forma incidental, no âmbito da ADI, em respeito até mesmo à economia processual, como mencionado pelo ministro Gilmar Mendes, em debate na ADI 239.

Superadas essas considerações preliminares, passemos à análise dos fundamentos apresentados no mérito da ação.

A petição inaugural argumenta a inconstitucionalidade referindo-se a prejuízos sobre os seguintes institutos: direito adquirido, ato jurídico perfeito, segurança jurídica, devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade, pena que não passará da pessoa apenada, dignidade humana, e alega o enriquecimento sem causa do Poder Estatal.

No que tange à alegação de que a pena de cassação de aposentadoria fere o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, cabe inicialmente trazer a definição desse instituto que consta do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942). Segundo esse normativo, o ato jurídico perfeito é aquele que já se encontra consumado frente à lei vigente à época em que foi realizado. Esse instituto, juntamente com o do direito adquirido, protege o direito em relação ao futuro, ou seja, contra lei que, *a posteriori*, possa vir a regular o mundo fático de momento já ocorrido. Segundo Gilmar Mendes (2015, p. 365) o direito deve existir para disciplinar questões futuras, não do passado, não sendo razoável que leis constituídas posteriormente venham apresentar definições e consequências em relação a eventos ocorridos. Assim, o princípio do direito adquirido tem o condão de não permitir a retroatividade de leis, ainda que de ordem pública (MENDES; BRANCO, 2015, p. 367).

Assim, não há como se alegar os institutos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido em relação à pena de cassação de aposentadoria, uma vez que não se trata de lei futura que veio, por exemplo, inserir nova modalidade de sanção administrativa frente a

situações do passado. Pelo contrário, a previsão já existia no âmbito da responsabilidade administrativa do servidor público, sendo pré-requisito, para aposentação, o não cometimento de ilícitos graves que ensejem em pena de demissão. Na palavra do ministro Arnaldo Esteves Lima em seu voto-vista, não se pode alegar violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito “considerando que os atos tidos por ilegais foram praticados enquanto o servidor estava na ativa - princípio processual do *tempus regit actum*” (STJ - Mandado de Segurança nº 17.537 - DF (2011/0215542-0), Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 11/03/2015). Esse também é o entendimento apresentado pelo ministro Moreira Alves, citado no Parecer da PGR na ADI 4882:

[...] “o ato jurídico perfeito impede que se desconstitua aposentadoria pela aplicação de lei posterior a ela, mas não há que se invocar esse princípio, que se situa no âmbito do direito intertemporal, para se pretender a inconstitucionalidade de lei que, com relação às aposentadorias ocorridas posteriormente a esta, comine sua cassação pela prática, na atividade – e, portanto, anteriormente à sua concessão –, de falta punível com demissão. (STF. Plenário. MS 22.728/PR. Ministro Relator Moreira Alves, de 22/01/1998).

Cabe mencionar ainda, entendimento apresentado pela Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais⁵² que, no mesmo sentido, esclareceu que a previsão constitucional para esses institutos é em face de nova norma jurídica, não cabendo ser invocada em favor de alguns direitos, ainda mais em defesa de ato ilícito. Importante, ainda, destacar os diversos entendimentos firmados pelo STJ e pelo STF, apresentados anteriormente, quanto ao não ferimento desses princípios pela aplicação da pena de cassação de aposentadoria.

Assim, não há como se afastar a aplicação da sanção administrativa em virtude de prejuízo ao direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Também não é possível fazê-lo em função da segurança jurídica, que trata de proteção de situações jurídicas consolidadas ou em consolidação. Em decorrência desse princípio, espera-se que o legislador ou o próprio Poder Público desconsidere situações jurídicas consolidadas pelo decorrer do tempo, as quais poderiam surgir até mesmo a partir de situação ilícita (MENDES; BRANCO, 2015, p. 394). Todavia, Mendes e Branco também colocam que devem ser considerados nesse contexto elementos da “boa-fé da pessoa afetada pela medida, a confiança depositada na inalterabilidade da situação e o decurso de tempo razoável”. O que seriam requisitos, a princípio, diminuídos, considerando que a pena decorre de legislação pré-existente a ser aplicada em função de ilícito grave, de conhecimento da pessoa apenada.

Além disso, no que se refere à legislação pertinente, destacamos que o próprio ordenamento jurídico tem o entendimento de que servidor que tenha praticado ato ilícito não

⁵² Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Parecer nº 15.421, de 22/12/2014.

pode ficar aguardando por prazo indeterminado até que a Administração Pública resolva apurar os fatos (Manual de PAD – CGU, 2015, p. 299). Para tanto há a previsão de prescrição das penas administrativas no Estatuto dos Servidores Públicos Federais. Ocorre, conforme disposto no art. 142 § 2º, da Lei nº 8.112/90, que “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”. Assim, somente com o conhecimento da irregularidade pela autoridade máxima do Órgão ou da repartição em que o servidor cometeu o ato infracional é que faz com que se inicie a contagem (Manual de PAD – CGU, 2015, p.303). Esse contexto converge com o argumento trazido pela PGR em seu parecer no bojo da ADI 4882. Nesse sentido, assevera a Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais de que, frente à defesa da segurança jurídica já existem remédios previstos que são os institutos da prescrição e da decadência.

Outra garantia que a petição inicial da ANFIP diz ser ferida, com a aceitação da pena disciplinar, é a do devido processo legal. Esse princípio assegura às partes, em processo judicial ou administrativo, os institutos do contraditório e da ampla defesa, conferindo os meios necessários para essa garantia (LENZA, 2010, p. 789). Gilmar Mendes (2015, p. 546) acrescenta a esse princípio o direito do juiz natural, o direito a não ser processado e condenado com fundamento em prova ilícita e, no que tange à esfera criminal, ser preso somente com determinação de autoridade competente, conforme o ordenamento jurídico. À exceção do último ponto, que não toca à esfera administrativa, mas sim penal, cabe mencionar que todos os institutos estão previstos no processo administrativo disciplinar.

Assim, em decorrência do devido processo legal nenhuma penalidade pode ser aplicada a servidor sem que tenha sido submetido a processo previsto previamente em lei, ainda que se trate de uma falta leve (Manual de PAD – CGU, 2015, p. 15). Corolário desse princípio encontra-se o da ampla defesa, que confere ao acusado o direito de se valer dos meios juridicamente admissíveis para sua defesa, e o do contraditório, que garante, no decorrer do procedimento apuratório dos fatos, que o acusado em PAD seja comunicado sobre os atos no processo e lhe seja possibilitado contradizer as provas que sejam produzidas (Manual de PAD – CGU, 2015, p. 16). Esses procedimentos encontram-se previstos na Lei nº 8.112/90, nos arts. 143 e 146. Com relação ao princípio do juiz natural, destacamos que no processo administrativo disciplinar esse princípio é garantido com a determinação da autoridade administrativa, que tem a competência para instaurar e julgar o PAD, e com a designação da Comissão Disciplinar, a ser formada por três membros que serão nomeadas por aquela autoridade (MATTOS, 2008, p. 168). A previsão encontra-se no art. 149, *caput*, da Lei nº 8.112/90. Outro ponto importante trata sobre a inadmissibilidade de utilização de provas no

PAD que foram obtidas ilicitamente. Além da previsão constitucional (art. 5º, LVI) e no Código de Processo Penal (art. 157), a vedação encontra-se expressa na Lei nº 9.784/99, que trata sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (art. 30).

Assim, considerando os procedimentos e institutos aos quais se submetem o processo administrativo disciplinar, não é razoável arguir que a aplicação de pena de cassação de aposentadoria, resultante de procedimento que cumpriu os ritos legais, prejudique o princípio do devido processo legal.

Outro argumento trazido pela ANFIP, em sua peça inaugural, coloca a sanção de cassação de aposentadoria como pena que passará da pessoa apenada, ferindo ao disposto na art. 5º, XLV, da Constituição Federal, no caso de pensionistas. Como visto anteriormente, a garantia constitucional certamente tem reflexos no processo administrativo disciplinar, sendo hipótese de exclusão de punibilidade a morte do servidor.

A demandante alega que a pena, ora analisada, fere o princípio da dignidade humana. Esse princípio insculpido no art. 1º, II, da Constituição Federal consta como um dos fundamentos republicanos. Na visão de Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES; BRANCO, 2015, p. 140):

[...]inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.

Após os argumentos colocados acima, o único fato que se entende como cabível de ferir tal princípio seria privar o indivíduo apenado de recursos mínimos para a subsistência familiar. Essa situação poderia ser visualizada caso não lhe fosse permitida a inclusão em um novo sistema previdenciário após perda do vínculo com o Regime Próprio de Previdência Social. Todavia, pelo analisado, entendemos possível o aproveitamento do tempo de contribuição no RGPS. Essa foi a constatação concluída a partir do ordenamento legal e de entendimentos de magistrados em seus votos que trataram sobre o assunto⁵³.

Assim, considerando o registro no RGPS do tempo de contribuição daquele apenado com a cassação de aposentadoria, entendemos respeitados os direitos sociais, uma vez que os direitos previdenciários, inclusive pensão por morte, estarão minimamente resguardados. Cabe destacar que para os servidores que percebiam proventos próximos ao valor do teto do

⁵³ José Antônio Neiva, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento 2013.02.01.016647-8 [...] *o aproveitamento dos recolhimentos efetuados, na hipótese de eventual concessão futura de aposentadoria pelo RGPS, à luz da legislação previdenciária pertinente, é situação que deve ser cogitada no âmbito do direito previdenciário, sem qualquer prejuízo para a sanção disciplinar aplicada.*

benefício do RGPS, o impacto pecuniário será mínimo; para aqueles que recebiam valores bem acima do limite do regime geral, há certa redução no valor do benefício, mas é necessário lembrar que lhes serão ofertados valores garantidos à grande massa de trabalhadores filiada ao RGPS. Além disso, como se defende a seguir, caberia devolução dos recursos recolhidos pelo servidor a título de contribuições previdenciárias que não resultaram diretamente em benefício. Argumentos esses que, somados, garantiriam os pressupostos de razoabilidade e proporcionalidade questionados pela Associação em sua demanda.

Outro argumento trazido na ADI 4882 foi a alegação de enriquecimento sem causa do poder estatal ao aplicar a pena de cassação de aposentadoria sem restituição dos valores das contribuições previdenciárias. Quanto a essa alegação há de se concordar, considerando os argumentos propostos anteriormente (item 3.2.1), que há fundamentos da doutrina e do STF, nos votos de seus ministros, no sentido de que existe vinculação entre a contribuição social paga pelo servidor e o benefício oferecido em contrapartida. Reforçando assim a tese de Di Pietro (2015) quanto ao princípio da solidariedade, no sentido de que todos contribuem sem garantia de que receberão benefícios, mas se os requisitos previdenciários forem preenchidos não deve haver óbice para usufruir o direito social; caso contrário, seria enriquecimento sem causa por parte do Estado, considerando que o pagamento da contribuição estava vinculado ao recebimento de benefício.

Entendemos que o STF poderia julgar de forma incidental a questão sobre o enriquecimento ilícito por se tratar do único ponto relacionado à reforma constitucional superveniente à Lei nº 8.112/90. Em eventual análise do STF sobre o mérito da relação entre o caráter contributivo e o enriquecimento ilícito do Estado, delineamos que o Tribunal pode compreender, no que tange aos servidores públicos federais⁵⁴, necessário se colocar corte temporal. Isso decorre em virtude de que foi com a Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, que se inseriu o caráter contributivo ao RPPS e critérios que preservassem o equilíbrio financeiro e atuarial. Dessa forma, pode entender o STF, em eventual apreciação, que as aposentadorias concedidas após a referida emenda, em maior ou menor proporção, estariam cobertas constitucionalmente por um regime atuarial de previdência. Ao revés, aquelas concedidas anteriormente a essa reforma constitucional permaneceriam na condição de prêmio do Estado, por não conexão de contribuição com o benefício, ainda que tenha havido recolhimentos por parte dos servidores.

⁵⁴ No caso de estados e municípios somente com a EC nº 41/2003 que o art. 149, § 1º foi alterado para: [...]Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

Outro reflexo dessa análise diz respeito aos servidores federais que se submetem ao regime híbrido, ou seja, são vinculados ao RPPS até o valor limite do benefício do RGPS, podendo optar em contribuir de forma complementar com aporte do Estado, a depender do caso. Nessas situações, como já visto, o efeito, em princípio, ao menos pecuniário, da pena de cassação de aposentadoria é reduzido. Isso ocorre porque existe previsão para recuperação do recurso aplicado pelo servidor e parte daquele provido pelo patrocinador em função de perda de vínculo com o Estado, não fazendo o Regulamento distinção entre perda voluntária ou *ex-officio*. Dessa forma, por analogia, não se vislumbra prejuízo⁵⁵ ao benefício de aposentadoria complementar a ser conferida no âmbito desse regime em caso de cassação de aposentadoria.

Assim, no que concerne ao enriquecimento sem causa do Estado, alegado na inicial da Associação na ADI 4882, entendemos pertinente e cabível que o STF aprecie de forma incidental, decidindo pela sua recepção ou revogação, ou ainda, por exemplo, julgando os artigos impugnados como sendo constitucionais, porém aplicando o postulado da “interpretação conforme a Constituição”, prevista no parágrafo único da Lei ° 9.868, de 10/11/1999, que dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF. O instituto é cabível, devendo a interpretação respeitar limites colocados pelo texto literal da lei e pela vontade do legislador (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1316).

Diante de todo o exposto, parece-nos possível, que o STF entenda pela constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, devendo esclarecer sobre os efeitos que o caráter contributivo possui na referida sanção administrativa, com a possibilidade de interpretar a norma no sentido de que é constitucional desde que seja garantida ao servidor apenado a restituição dos valores pagos a título de contribuição previdenciária. Esse caminho parece convergir ao delineado pelo legislador, no âmbito da previdência complementar para o servidor público, ao permitir a regulamentação de benefícios a servidores que tenham perdido o vínculo com a Administração Pública⁵⁶, sem exigir vinculação ao RPPS para concessão de benefícios programados da previdência complementar (aposentadoria voluntária)⁵⁷.

⁵⁵ Não se identifica, s.m.j, prejuízo, em caso de cassação de aposentadoria, àqueles que se submetem ao regime de previdência complementar nos mesmos moldes que se sujeitam aqueles servidores vinculados unicamente aos RPPS.

⁵⁶ No regulamento da Funpresp-Exe há previsão para servidores que perderem o vínculo funcional de resgate de parte daqueles depositados pelo patrocinador, a depender do tempo de serviço; de benefício proporcional diferido; ainda, de portabilidade de valores que envolvem contribuições realizadas pelo patrocinador, ou seja, a Administração Pública.

⁵⁷ Lei nº 12.618, de 30/04/2012 que institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais ocupantes de cargo efetivo

“Art. 12.

[...]

CONCLUSÃO

O direito previdenciário pertinente ao servidor público sofreu mudanças nas últimas duas décadas, mais especificamente no que tange ao benefício de aposentadoria. Esse instituto deixou de ser benesse ou prêmio concedido pelo Estado a título de recompensa em função dos anos trabalhados para a Administração Pública. A partir da Constituição Federal de 1988, mudanças foram inseridas no sistema previdenciário, passando pelas Emendas Constitucionais nº 03/93, nº 20/98 e nº 41/03.

O sistema previdenciário do servidor público atual, no qual está inserido o benefício da aposentadoria, é outro. Possui o caráter contributivo, prevendo equilíbrio financeiro e atuarial. Assim, exige de todas as partes, inclusive do servidor público, o pagamento de contribuições para constituir fundo que garantirá o pagamento de benefícios. A evolução foi além, estabelecendo a previdência complementar para o servidor público ocupante de cargo efetivo. Assim, o Regime Próprio de Previdência Social- RPPS só garantirá o benefício de aposentadoria até o valor limite que é concedido pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS, que é o regime de todos os trabalhadores que possuem vínculo trabalhista por meio da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e dos servidores públicos que ocupam emprego público. Nesse sentido, é facultativo ao servidor contribuir ao regime complementar de forma a buscar um benefício com valores superiores ao do RGPS, o que leva a uma aproximação entre os regimes.

A pena de cassação de aposentadoria, prevista já no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União de 1952, se amoldava ao benefício que era concedido como prêmio estatal, sem nenhum critério contributivo ou atuarial. Todavia, com as reformas constitucionais mencionadas surgiram questionamentos sobre a possibilidade atual aplicação dessa sanção administrativa.

A controvérsia existe na doutrina específica, entre magistrados e até mesmo tribunais, o que torna premente a necessidade de resolução da matéria. Esperamos que a solução venha com a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4882, ajuizada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil - ANFIP, em 20/11/2012, em que

§ 3o Os benefícios não programados serão definidos nos regulamentos dos planos, observado o seguinte:

I - devem ser assegurados, pelo menos, os benefícios decorrentes dos eventos invalidez e morte e, se for o caso, a cobertura de outros riscos atuariais; e

II - terão custeio específico para sua cobertura.

[...]

§ 5o A concessão dos benefícios de que trata o § 3o aos participantes ou assistidos pela entidade fechada de previdência social é condicionada à concessão do benefício pelo regime próprio de previdência social”.

pediu a inconstitucionalidade do inciso IV, do artigo 127, e do artigo 134, ambos da Lei nº 8.112/1990.

Os tribunais superiores, STJ e STF, têm confirmado a constitucionalidade da pena administrativa. No entanto, os precedentes da Corte Constitucional, citados em diversos julgados de outros tribunais, não se debruçaram com minúcia sobre a especificidade do princípio contributivo e seus reflexos na pena de cassação de aposentadoria:

[...]

5. O Colendo STF não proclamou a inconstitucionalidade da sanção de cassação de aposentadoria do ex-Servidor, prevista no art. 134 da Lei 8.112/91, mas as decisões até então proferidas, no entanto, não analisaram a mudança de natureza da aposentadoria, o que se deu, frise-se, apenas após a vigência da EC 20/98.

[...] (*STJ - Mandado de Segurança nº 17.537 - DF (2011/0215542-0), Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 11/03/2015 – Voto-Vista do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho*)

O ajuizamento da ADI é decorrente do entendimento da Associação de que a pena de cassação de aposentadoria traz prejuízos ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, ao princípio da segurança jurídica, do devido processo legal, da razoabilidade e da proporcionalidade, da dignidade humana, e, ainda, por tratar-se de pena que passa da pessoa apenada e de enriquecimento sem causa do poder estatal.

Sobre os argumentos apresentados, salvo o que se refere ao enriquecimento ilícito, entendemos haver constitucionalidade e possibilidade de serem julgados no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade da ADI, uma vez que se referem a institutos constitucionais previstos anteriormente à edição da Lei nº 8.112/90. Quanto aos fundamentos da constitucionalidade, estes orbitam, em síntese, em torno das seguintes questões: a previsão prévia de aplicação de pena em normativo, em observância à responsabilidade administrativa do servidor público, não ferindo o direito adquirido e ato jurídico perfeito; os procedimentos administrativos são regulamentados prevendo garantia ao devido processo legal; não há previsão legal que permita apenar pessoa que não o seja o servidor infrator; e existe garantia de direitos sociais para o servidor apenado, os quais permanecem sob seu patrimônio, lhe conferindo condições que afastam qualquer prejuízo ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, considerando o sistema previdenciário contributivo atualmente vigente para os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, há de se concordar com a alegação de enriquecimento sem causa do Estado no caso da cassação de aposentadoria. O conhecimento da ADI nesse ponto é questionado em função de inconstitucionalidade superveniente, pois o caráter contributivo surgiu com a Emenda Constitucional de 1998, ou

seja, posterior à Lei nº 8.112/90. No entanto, conforme doutrina e jurisprudência do STF, entendemos possível a apreciação por meio incidental. Nesse contexto, defendemos a constitucionalidade da norma, que em uma possível interpretação conforme à Constituição do STF declarar-se-ia a necessidade de restituição dos valores pagos pelo servidor apenado. Sobre a interpretação conforme à Constituição asseverou o ministro Napoleão Nunes Maia Filho:

[...]

50. Penso não haver, neste caso, a *temível necessidade* de declarar-se a inconstitucionalidade do art. 134 da Lei nº 8.112/90, mas apenas a de interpretá-lo conforme a Carta Política; a interpretação das leis *conforme a Constituição* e, em última análise, *um novo modo de tratar a antiga questão da efetividade constitucional*, intimamente ligada à problemática da *supremacia constitucional* e aos importantes aspectos que dela decorrem.

[...] (STJ - Mandado de Segurança nº 17.537 - DF (2011/0215542-0), Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 11/03/2015 – Voto-Vista do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho).

Comprendemos que a decisão pela constitucionalidade com a respectiva devolução de valores recolhidos se coaduna com o sistema previdenciário complementar vigente a partir de 04/02/2013. Para os servidores que ingressarem nesse regime há previsão de devolução ou aproveitamento dos recursos pagos e até de parte daqueles contribuídos pela Administração Pública, mesmo em caso de perda de vínculo funcional, independentemente se voluntária ou por determinação disciplinar.

Diante do exposto, entendemos que a pena de cassação de aposentadoria necessita de premente solução por parte do Poder Judiciário. Nesse sentido, o STF tem a possibilidade de pacificar a questão ao julgar a ADI 4882, oportunidade em que vislumbramos que a referida pena pode ser julgada constitucional, desde que seja observada a restituição, ao servidor apenado, dos valores pagos a título de contribuição previdenciária.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores. **Consultor Jurídico**, de 16/04/2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>. Acesso em 25/07/2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Previdência Social do Servidor Público: Tudo o que você precisa saber aspectos teóricos e práticos juntos**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 14ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor Público na Atualidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2007.

MARTINS, Bruno Sá Freire. A inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. **Revista de Previdência Social**, Ano XXXIII, nº 344, p. 565-567. São Paulo. Editora LTr, julho, 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. Rio de Janeiro; América Jurídica, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015 (Série IDP).

NOGUEIRA, Naron Gutierre. O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a Política Pública de Estado. Secretaria de Políticas de Previdência Social. **Coleção Previdência Social**. Série Estudos, Volume 34. Brasília, MPS, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2014.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. A inconstitucionalidade da penalidade da cassação de aposentadoria. **Revista de Direito Social**. Ano 5, nº 20, p. 19-34. São Paulo: Editora Fonte do Direito, Out/Dez 2005.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Direito adquirido à aposentadoria não se perde com a demissão do servidor titular: a absurda pena da cassação de aposentadoria por falta antiga, punível com demissão. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo** – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 75, maio 2007. Disponível em: <http://www.editotraforum.com.br>. Acesso em 20/10/2015.

TEIXEIRA, Marcos Salles. **Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar**, de 29/08/2014. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/rfb-anotacoessobrepad.pdf> , acesso em 04/11/2015.

PINHEIRO, Vinícius Carvalho. Reforma da Previdência e Federalismo: o caso brasileiro. **Revista Conjuntura Social**, Brasília: MPAS, v.10 , n. 1, jan/fev/mar, pp. 194, 1999.

Legislação

BRASIL. Constituição (1988).

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico os servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

BRASIL. Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.

BRASIL. Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona; fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal; autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud); altera dispositivos da Lei no 10.887, de 18 de junho de 2004; e dá outras providências.

BRASIL. Regulamento de Planos de Benefícios da Previdência Complementar do Poder Executivo Federal. CNPB N° 2013.0003-83. Aprovado pela Portaria DITEC/PREVIC/MPS nº 44, de 31 de janeiro de 2013. Alterado pela Portaria DITEC/PREVIC/MPS nº 317, de 25 de junho de 2014.

BRASIL. Manual de Processo Administrativo Disciplinar. Controladoria-Geral da União. Brasília, 2015.

BRASIL. Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998. 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.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1952. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

BRASIL. Lei nº 9.796, de 05 de maio de 1999. Dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

BRASIL. Decreto nº 8.109, de 17/09/2013. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Controladoria-Geral da União e remaneja cargos em comissão.

BRASIL. Lei Complementar Estadual nº 53, de 30 de agosto de 1990. Dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências.

BRASIL. Portaria MPS nº 402, de 10/12/2008, do Ministério da Previdência Social. Disciplina os parâmetros e as diretrizes gerais para organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos da União,

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em cumprimento das Leis nº 9.717, de 1998 e nº 10.887, de 2004.

BRASIL. Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Parecer nº 15.421, de 22/12/2014.

Decisões Judiciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 239 – Rio de Janeiro, Plenário, Relator Ministro Dias Toffoli, 19/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 328.101 Santa Catarina. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, de 20/10/2008 DJe.

BRASIL., Justiça Federal no Estado de Sergipe. Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Sergipe Processo JFSE 050222312.2011.4.05.8501T, Juiz Federal Relator, Edmilson da Silva Pimenta, de 18/11/2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Mandado de Segurança Nº 1.0000.13.071120-3/000, Relator Desembargador Bitencourt Marcondes, 16/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 4ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 70059601971 (nº CNJ: 0152760-36.2014.8.21.7000), Relator Desembargador Eduardo Uhlein, em 29/10/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2014.029541-3, Relator Desembargador Cid Goulart, de 30/05/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 2012.073279-5, Relator Desembargador Nelson Schaefer Martins, de 06/08/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de Segurança nº 0237774-66.2012.8.26.0000, Comarca de São Paulo, Relator Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, de 18/09/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 2013.02.01.016647-8, Relator Desembargador, José Antonio Lisboa Neiva, de 22/11/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região. Apelação Cível nº 000390902.2003.4.03.9999/SP, Relator Juiz Federal Convocado Paulo Conrado, de 16/09/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Ação Ordinária nº 505201961.2015.4.04.7100/RS, Juiz Federal Francisco Donizete Gomes, de 28/08/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região, 2ª Turma. Agravo de Instrumento nº 080267215.2013.4.05.0000-PE, Relator Desembargador Vladimir Souza Carvalho, de 25/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 13.074-DF, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, de 27/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 20. 396 – DF, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, de 12/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 17.537 - DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, de 11/03/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada nº 729 - Santa Catarina, Plenário, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, de 28/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.299 – São Paulo, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, de 06/03/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 23.219-9 – RS, Relator Ministro Eros Grau, de 30/06/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.557-7 – DF, 2ª Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, de 02/09/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.948-RJ, Plenário, Relator Ministro Néri Silveira, de 29/09/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.624-DF, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, de 03/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário - RE 610.290/MS, 2ª Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, de 25/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ADI 2.010-2-DF, Plenário, Relator Ministro Celso de Mello, de 13/06/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade - ADI 3.833, Plenário, Relator Ministro Carlos Britto, de 19/12/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade - ADI 4.882, processo em andamento.