



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

LEONARDO RIBEIRO MENDES

**UMA ANÁLISE SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENALIDADE
DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO
FEDERAL**

SOUSA-PB

2017

LEONARDO RIBEIRO MENDES

**UMA ANÁLISE SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENALIDADE
DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO
FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Dr.^a Maria Marques Moreira Vieira.

SOUSA-PB

2017

LEONARDO RIBEIRO MENDES

**UMA ANÁLISE SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENALIDADE
DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO
FEDERAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Dr.^a Maria Marques Moreira Vieira.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Maria Marques Moreira Vieira – Orientadora
CCJS/UFCCG

Prof.^a Dr.^a Jacyara Farias Souza Marques
CCJS/UFCCG

Prof.^a Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa
CCJS/UFCCG

Ao Senhor Jesus Cristo, por renovar as
minhas forças e minha esperança a cada
amanhecer.

Aos meus pais, José Flávio e Hespedita.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, venho agradecer a Deus, o nosso amado Pai, que me concedeu a vida e a sabedoria necessária para alcançar este objetivo. Ao meu Rei e Salvador, Jesus Cristo, que me deu força e coragem para vencer cada desafio.

Aos meus pais, nos quais tenho muito amor e gratidão. Agradeço por todo o amor e carinho que me proporcionaram ao longo da vida, e por sempre estarem comigo em todos os momentos. Amo vocês.

Aos meus irmãos Patrícia, Rainner e Júnior, por sempre acreditar e torcer por mim.

Aos meus familiares, por todo o apoio e cooperação em todos os momentos.

À minha noiva e futura esposa, Maria Edileide, por todo o amor e carinho dedicado a mim, pelo companheirismo, paciência e refúgio nos momentos mais difíceis. Eu te amo.

Aos meus amigos, que me acompanharam ao longo desta jornada e me deram o apoio necessário para prosseguir.

A Roberto Miajii e Adriana Tiyoko, por tudo que fizeram em favor do meu pai e da minha família, principalmente nos momentos mais difíceis da sua enfermidade.

Aos meus colegas de trabalho, por compartilhar as lutas e os desafios de cada dia, mas sempre mantendo a alegria e a harmonia necessária para seguir adiante.

Aos professores do Curso de Direito, por toda a dedicação e compromisso em nos transmitir o conhecimento necessário, a fim de sermos profissionais justos e honestos.

À minha orientadora, Professora Doutora Maria Marques Moreira Vieira, pelos valiosos préstimos na orientação deste trabalho.

Por fim, um agradecimento especial, ao meu querido e falecido pai, José Flávio Mendes Vieira, um homem muito honrado, um exemplo de pai e cidadão, de perseverança e de luta. Dedico esta conquista a ti, e tenho a certeza que o senhor está ao lado de Jesus Cristo, olhando por nós.

A todos, enfim, meu **MUITO OBRIGADO!!**

"LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça".

(Eduardo Couture).

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria de servidor público federal, a partir das mudanças introduzidas pelas Emendas Constitucionais nº 03/93, nº 20/98 e nº 41/03 que instituíram o caráter contributivo no regime próprio de previdência social. Tal abordagem se mostra de suma relevância em razão das inúmeras controvérsias existentes na doutrina, entre magistrados e até mesmo Tribunais, sendo necessário, portanto, um estudo dessa natureza como forma de repensar soluções ao referido problema. Para tanto, utiliza o método dedutivo como método de abordagem, o histórico evolutivo enquanto método de procedimento, e a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como técnicas de pesquisa. E parte-se da seguinte problemática: a referida pena pode ser aplicada no ordenamento jurídico atual, tendo em vista as alterações constitucionais que introduziram o caráter contributivo na previdência social dos servidores públicos federais? Nesse cenário, a cada dia aumentam os defensores de que não é possível aplicar a pena em virtude de ferir, por exemplo, o direito adquirido, a segurança jurídica e a dignidade humana. No entanto, ao analisar a opinião da doutrina e as principais decisões dos Tribunais Superiores em relação ao tema foi possível identificar que existem elementos que fundamentam a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, principalmente sob a ótica da supremacia do interesse público sobre o privado. Porém, é necessário garantir que o servidor punido possa aproveitar seu tempo de contribuição no Regime Geral de Previdência Social ou que os recursos recolhidos sejam restituídos aos servidores.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Cassação de Aposentadoria. Servidor Público. Emendas Constitucionais.

ABSTRACT

The present work intends to analyze the constitutionality of the federal civil servant's retirement sentence, based on the changes introduced by Constitutional Amendments no. 03/93, nº 20/98 and nº 41/03, which instituted the contributory nature of the private pension scheme social. Such an approach is extremely relevant because of the numerous controversies in the doctrine between magistrates and even Courts. Therefore, a study of this nature is necessary as a way of rethinking solutions to this problem. To do so, it uses the deductive method as a method of approach, evolutionary history as a procedure method, and bibliographical and jurisprudential research as research techniques. And it starts from the following problematic: can this penalty be applied in the current legal system, considering the constitutional changes that have introduced the contributory character in the social security of federal civil servants? In this scenario, advocates are growing daily that it is not possible to apply the sentence because it hurts, for example, acquired law, legal certainty and human dignity. However, when analyzing the opinion of the doctrine and the main decisions of the Superior Courts in relation to the subject it was possible to identify that there are elements that base the constitutionality of the sentence of retirement, mainly from the perspective of the supremacy of the public interest over the private one. However, it is necessary to ensure that the punished server can use its contribution time in the General Social Security System or that the resources collected are returned to the servers.

Keywords: Constitutionality. Retirement Cassation. Public server. Constitutional amendments.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR	Agravo Regimental
ANFIP	Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
EC	Emenda Constitucional
FUNPRESP	Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LC	Lei Complementar
MS	Mandado de Segurança
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
RE	Recurso Especial
RGPS	Regime Geral de Previdência Social
ROMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
RPPS	Regime Próprio de Previdência Social
TRF	Tribunal Regional Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DOS SERVIDORES PÚBLICOS	14
2.1	AGENTES PÚBLICOS	14
2.2	REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS	16
2.3	NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA	18
2.4	CARGO PÚBLICO	19
2.4.1	Provimento	19
2.4.2	Vacância	21
2.4.3	Desinvestidura – exoneração e demissão	23
2.5	APOSENTADORIA	25
2.5.1	O direito à Aposentadoria e suas alterações constitucionais	28
2.5.1.1	Constituição de 1988	32
2.5.1.2	Emenda Constitucional nº 20/98	33
2.5.1.3	Emenda Constitucional nº 41/03	33
2.5.1.4	Emenda Constitucional nº 47/05	36
2.5.1.5	Emenda Constitucional nº 70/12	37
3	DAS RESPONSABILIDADES E PENALIDADES DISCIPLINARES APLICADAS AO SERVIDOR PÚBLICO	39
3.1	RESPONSABILIDADE	39
3.1.1	Responsabilidade Civil	40
3.1.2	Responsabilidade Penal	41
3.1.3	Responsabilidade Administrativa	43
3.2	PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	45
3.2.1	Princípio do Devido Processo Legal	45
3.2.2	Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório	46
3.2.3	Princípio da Verdade Real	47
3.2.4	Princípio da Presunção de Inocência	47
3.2.5	Princípio da Motivação	48
3.3	PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	49

3.4	PENALIDADES	53
3.4.1	Advertência	55
3.4.2	Suspensão	55
3.4.3	Demissão	56
3.4.4	Cassação de Aposentadoria ou Disponibilidade	57
3.4.5	Destituição de Cargo em Comissão	58
3.4.6	Destituição de Função Comissionada	59
3.5	A CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA E OS SEUS EFEITOS NO REGIME PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL	59
4	CONSTITUCIONALIDADE DA PENALIDADE DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA	62
4.1	TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS.....	62
4.2	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	64
4.3	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	67
4.4	A VISÃO DA DOUTRINA NO BRASIL	68
4.4.1	Os defensores da Inconstitucionalidade.....	68
4.4.2	Os defensores da Constitucionalidade.....	71
4.5	DA ADI Nº 4882/12.....	73
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
	REFERÊNCIAS	80

1 INTRODUÇÃO

A pena de cassação de aposentadoria foi inicialmente prevista no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União de 1952, e tinha como objetivo punir o servidor inativo que tivesse praticado falta grave sujeita a pena de demissão quando ainda estava no exercício do cargo. A referida pena foi recepcionada e se mantém vigente através da Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Em sua concepção original, a aposentadoria do servidor era um prêmio concedido pelo Estado a título de recompensa pelos anos de serviço dedicados a Administração Pública. Não se exigia do servidor nenhuma contrapartida em relação ao benefício futuro.

A gênese do regime previdenciário estatutário sofreu considerável influência da burocracia e do patrimonialismo presentes na origem do Estado brasileiro. Na relação de trabalho "*pro-labore facto*", o servidor era tido como parte do Estado, fazendo jus ao recebimento de remuneração, benefícios e aposentadoria independentemente de qualquer contribuição ao ente público.

No entanto, a partir da Constituição Federal de 1988 e da edição das Emendas Constitucionais nº 03/93, nº 20/98 e nº 41/03, o sistema previdenciário do servidor público evoluiu e passou a ter caráter contributivo, devendo-se garantir o custeio e o equilíbrio atuarial. Foi instituído também o princípio da universalidade e da solidariedade, como mecanismo para aumentar a abrangência e ampliar os sujeitos passivos responsáveis pelo custeio da seguridade social.

Diante desse cenário, questiona-se se a referida pena pode ser aplicada no ordenamento jurídico atual, tendo em vista as alterações constitucionais que introduziram o caráter contributivo na previdência social dos servidores públicos federais.

Tal abordagem se mostra de suma relevância em razão das inúmeras controvérsias existentes na doutrina, entre magistrados e até mesmo Tribunais, sendo necessário, portanto, um estudo dessa natureza como forma de repensar soluções ao referido problema.

E como principal objetivo buscar-se-á analisar a constitucionalidade da aplicação da pena de cassação de aposentadoria. E, especificamente, se pretenderá

expor o sujeito dessa pena administrativa, o servidor público, e a evolução do direito à aposentadoria; abordar as responsabilidades pertinentes ao servidor público, o regime disciplinar e o processo administrativo disciplinar; e por fim, analisar os fundamentos que embasam a (in)constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria.

Para o alcance das finalidades deste estudo, será adotado quanto ao critério de abordagem o método dedutivo, pois se partirá da hipótese que a pena de cassação de aposentadoria pode ser aplicada no ordenamento jurídico atual, verificando-se, ao final da pesquisa, se a hipótese foi confirmada ou não. O histórico evolutivo e o hermenêutico sistêmico, como método de procedimento, a fim de entender as principais mudanças ocorridas no sistema previdenciário do servidor público e suas implicações para o direito administrativo disciplinar, bem como interpretar as normas jurídicas e decisões dos tribunais de acordo com a Constituição Federal.

No tocante aos métodos de procedimento, se fará uso da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de livros, revistas e publicações, leis, normas, resoluções, pesquisas online que envolvem o tema em análise. E a pesquisa jurisprudencial foi realizada através da jurisprudência de diversos Tribunais.

E, estará estruturado em três capítulos, no primeiro capítulo será apresentado o servidor público, o seu regime jurídico, as formas de provimento, de vacância e de desinvestidura do cargo, e a evolução do seu direito a aposentadoria. Por sua vez, no segundo capítulo serão detalhadas as responsabilidades dos servidores públicos, em especial a responsabilidade administrativa, o processo administrativo disciplinar e os seus princípios basilares, as penalidades e os efeitos da pena de cassação de aposentadoria diante do sistema previdenciário atual.

Na sequência, o terceiro capítulo apresentará a jurisprudência dos Tribunais Federais, do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, a opinião divergente da doutrina, os principais argumentos alegados pela ANFIP no ajuizamento da ADI nº 4882, o posicionamento institucional dos órgãos que se manifestaram na referida ação e as principais considerações que oportunamente consolidarão e complementarão a conclusão que será apresentada.

2 DOS SERVIDORES PÚBLICOS

2.1 AGENTES PÚBLICOS

A nomenclatura agente público é atualmente utilizada para designar de forma ampla e genérica, toda pessoa física que exerce função pública, que presta serviços ao Poder Público independentemente do seu vínculo jurídico, do tempo na função e da existência ou não de remuneração. Segundo Meirelles (2005, p. 75), “são todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”.

Assim, o conceito de agentes públicos, abrange todos os trabalhadores que integram o aparelho estatal, que fazem parte da Administração Pública Direta e Indireta, incluindo os servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista; além destes, os trabalhadores que são alheios ao aparelho do Estado, mas que desempenham função pública, tais como os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos (MARINELA, 2013).

Dessa forma, percebe-se que os servidores públicos são uma espécie dentro do gênero agentes públicos. Para distinguir tal espécie das demais, é útil, entender a classificação dos agentes públicos feita pela doutrina, em quatro categorias: a) agentes políticos, b) agentes honoríficos, c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público e d) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado (MELLO, 2012).

Os agentes políticos, no Direito brasileiro, são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, responsáveis pela organização política do país. Encontram-se nesse conceito: os chefes do Poder Executivo (em todas as esferas) e os seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários) e os membros do Poder Legislativo. O vínculo jurídico desses agentes com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Seus direitos e deveres emanam diretamente da Constituição e das leis.

Uma outra categoria de agentes públicos são os chamados agentes honoríficos. Para Meirelles (2005) essa categoria é formada pelos cidadãos que são nomeados, designados ou convocados livremente para prestar, temporariamente,

determinados serviços ao Estado, em razão da sua elevada reputação e notória capacidade profissional, sem nenhum vínculo empregatício e geralmente, sem remuneração. São exemplos: a função de jurado, de mesário eleitoral e outros dessa natureza.

A terceira categoria de agentes públicos é a do particular que atua em colaboração com o Poder Público, independentemente de vínculo com a Administração, com ou sem remuneração. Para Mello (2012), essa categoria pode ser dividida em cinco subcategorias: aqueles que recebem a atribuição por requisição, por exemplo, os jurados, os membros da mesa receptora ou apuradora de votos; os que a assumem por vontade própria, como “gestores de negócios públicos”, perante situações anômalas, para acudir a necessidades públicas prementes; os contratados por locação civil de serviços, como, por exemplo, um advogado ilustre contratado para sustentação oral perante Tribunais; os concessionários e permissionários de serviços públicos; e os delegados de função ou ofício público, cuja atividade que desempenham é jurídica, por exemplo, os titulares de serventias da Justiça não oficializadas, como notários e registradores.

Por fim, a última categoria de agentes públicos é composta pelos servidores estatais. A designação “servidores estatais” abrange:

Todos aqueles que se entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência. (MELLO, 2012, p. 253)

Segundo a classificação de Mello (2012), os servidores estatais podem ser subdivididos em duas outras subcategorias, que corresponde a dos servidores públicos e a dos servidores das pessoas governamentais de Direito Privado. A subcategoria dos servidores públicos engloba todos os trabalhadores integrantes de cargo ou emprego nas pessoas jurídicas de Direito Público da Administração Indireta que prestam serviços de caráter não eventual sob vínculo de dependência. Por outro lado, os servidores das pessoas governamentais de Direito Privado são todos os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

É importante ressaltar que essa classificação não é pacífica na doutrina. Para Di Pietro (2010), o conceito de servidor público também engloba os trabalhadores regidos pela CLT que prestam serviços ao Estado junto às entidades privadas da administração indireta, como fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista. Entretanto, existem doutrinadores que argumentam que tais trabalhadores, contratados sob o regime celetista, são na verdade empregados públicos, e não servidores públicos *stricto sensu*.

Destarte, percebe-se que a designação “servidor público” possui um alcance mais restrito, sendo aplicável aos integrantes de cargo ou emprego nas pessoas jurídicas de Direito Público, excluindo deste conceito, os empregados das entidades da Administração Indireta de Direito Privado.

Sob o ponto de vista desse estudo, essa classificação exsurge como a mais adequada, visto que, somente os servidores vinculados a pessoas jurídicas de Direito Público estão sujeitos a penalidade de cassação de aposentadoria, não sendo assim aplicável aos empregados celetistas, ainda que possuam vínculo com a Administração Pública.

2.2 REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Infere-se que o legislador pátrio insculpiu em vários dispositivos constitucionais, a sua preocupação em garantir a igualdade de direitos e obrigações em diferentes aspectos da relação funcional, observando o chamado Princípio da Isonomia.

O texto constitucional, em seu formato original, estabelecia em seu artigo 39, *caput*, a obrigatoriedade de cada ente da federação adotar um regime jurídico único para todos os servidores integrantes da Administração Direta e Indireta. O termo “servidores” foi utilizado em sentido amplo, abrangendo tanto os servidores públicos (regime estatutário), como os empregados públicos (regime contratual).

Dessa forma, verifica-se que o legislador constitucional não especificou qual regime jurídico deveria ser adotado, porém, determinou a aplicação de um único regime, sendo proibido a coexistência de dois ou mais regimes distintos na mesma administração, como por exemplo, servidores estatutários e servidores celetistas, prestando serviço na mesma autarquia.

Diante desse preceito, evidencia-se que muitos entes optaram pelo regime estatutário, já que o mesmo apresentava maiores garantias e vantagens para os servidores se comparado com o regime celetista, o que, em tese, agregaria mais satisfação ao trabalho, resultando em mais eficiência na prestação dos serviços.

Em consonância com o *caput*, do artigo 39, da Constituição Federal, a União editou a Lei nº 8.112/90, que instituiu o regime jurídico geral dos servidores do âmbito federal, tendo sido denominado “Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União”, optando pelo regime estatutário, para regulamentar o vínculo funcional entre esses servidores e os respectivos órgãos e entidades administrativas. A partir dessa regulamentação, os empregos públicos que existiam antes desta lei foram transformados em cargos públicos.

A Emenda Constitucional nº 19/1998, extinguiu a exigência de regime jurídico único, passando a admitir os dois regimes ao mesmo tempo, bem como aboliu a instituição de planos de carreira, motivo pelo qual a União editou a Lei nº 9.962/00, aplicada aos empregados da administração direta, autárquica e fundacional, excluindo os empregados da administração indireta das empresas governamentais, a fim de regulamentar a contratação de empregados públicos (regime celetista).

Constata-se que, atualmente, essa possibilidade de escolha de regime múltiplo na mesma pessoa jurídica, também já não é mais possível, pois tal matéria foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 2135, na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu suspender a eficácia do artigo 39, da Emenda Constitucional nº 19/1998, sob fundamento de inconstitucionalidade formal, por ofensa ao §2º do artigo 60 da Constituição Federal e ainda por inconstitucionalidade material por violação ao §4º do artigo 60 da Constituição Federal.

Ao proclamar o resultado do julgamento, o Supremo Tribunal Federal esclareceu que a decisão tinha efeitos *ex nunc*, vigorando a partir da data da decisão. Em consonância a essa interpretação, volta-se a vigorar a redação original do *caput* do artigo 39 da Constituição Federal, sendo respeitadas as situações consolidadas na vigência da redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, até o julgamento do mérito, cujo julgamento até a presente data ainda não foi feito por essa corte suprema.

2.3 NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA

Observa-se da relação jurídica estabelecida entre a Administração Pública e os servidores públicos, que a mesma possui natureza institucional. Suas características são bastante distintas da relação contratual, na qual se submete os empregados junto ao Poder Público.

Define-se na relação contratual, que os direitos e obrigações acordados são unilateralmente imutáveis, não sendo permitido que uma das partes descumpra o contrato, sob pena de sofrer as consequências previstas em suas cláusulas. Os direitos e obrigações automaticamente passam a fazer parte do patrimônio jurídico das partes, constituindo-se em direitos adquiridos. Em outra linha de compreensão, o regime jurídico estatutário tem efeito diverso, no qual o Estado, com exceção dos impedimentos previstos na Constituição, tem o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que as disposições vigentes quando do seu ingresso na carreira pública continuarão imutáveis. Assim, os benefícios e vantagens, anteriormente previstos, podem vir a ser alterados ou excluídos posteriormente.

Percebe-se, portanto, que tais direitos e obrigações não se incorporam de imediato ao patrimônio jurídico do servidor, não constituindo direitos adquiridos. Nessa esteira, as particularidades não significam que inexistam direitos adquiridos no curso da relação estatutária, mas que a sua concretização depende do preenchimento dos requisitos necessários estabelecidos pela lei, os quais, sem embargo, não irrompem do mesmo modo que em uma relação contratual trabalhista (MELLO, 2012).

Em que pese essas considerações, o regime estatutário oferece aos servidores públicos um conjunto de proteções e garantias tendo em vista assegurar-lhes condições propícias a uma atuação imparcial, técnica, protegida de ingerências que os eventuais agentes políticos poderiam impor-lhes para obtenção de benefícios ilícitos.

Quanto aos empregados públicos, aduz-se da relação entre estes e o Poder Público é contratual, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho e alguns dispositivos previstos na Constituição Federal, que assegura a todos que estão sob a égide do regime contratual, um conjunto de direitos que constam sobretudo em seu artigo 7º.

2.4 CARGO PÚBLICO

O conceito de cargo público pode ser entendido como o conjunto de atribuições e responsabilidades que possui um agente público, em regra, criado por lei (art. 48, X, da CF), em número determinado, com denominação própria e remunerado pelos cofres públicos. Na visão de Marinela (2013, p. 626) a definição de cargo público compreende “a mais simples e indivisível unidade de competência a ser expressa por um agente público para o exercício de uma função pública; representa um lugar dentro da organização funcional da Administração Pública direta, autárquica e fundacional (um lugar na organização do serviço público). São vinculados às pessoas jurídicas de direito público que são responsáveis pela retribuição da atividade desenvolvida, com regime jurídico definido em lei, denominado assim regime legal ou estatutário, de índole institucional, não contratual”.

2.4.1 Provimento

Na análise jurídica do ingresso do servidor, evidencia-se o provimento como o ato pelo qual o servidor público é investido no cargo para o exercício da função pública. O provimento pode ser originário ou derivado, conforme destaca Di Pietro:

O primeiro é o que vincula inicialmente o servidor ao cargo, emprego ou função; pode ser tanto a nomeação como a contratação, dependendo do regime jurídico de que se trate. Provimento derivado é o que depende de um vínculo anterior do servidor com a Administração; a legislação anterior à atual Constituição compreendida (com pequenas variações de um Estatuto funcional para outro) a promoção (ou acesso), a transposição, a reintegração, a readmissão, o aproveitamento, a reversão e a transferência (DI PIETRO, 2010, p. 603).

Extraindo-se daí, que o provimento originário ou inicial ocorre quando o nomeado não possui nenhum vínculo anterior com a Administração Pública, antes do preenchimento do cargo ou quando o servidor, que já faz parte do Poder Público, é nomeado para um novo cargo que não possui nenhuma relação com o anterior. O provimento derivado está relacionado com as alterações do cargo já ocupado pelo servidor.

Evidencia-se que a Constituição Federal, preocupada ao regulamentar o tema, trouxe em seu título III, capítulo VII, seções I e II, intitulado “Dos Servidores Públicos”, uma série de dispositivos pertinentes aos servidores, entre os quais, a acessibilidade aos cargos públicos, funções e empregos públicos.

Na compreensão desses dispositivos constitucionais, o direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas é garantido aos brasileiros natos e naturalizados, conforme dispõe o artigo 37¹, inciso I, da Constituição Federal, com exceção dos casos previstos em seu artigo 12, inciso II, alínea “b”, § 3^o². A Emenda constitucional nº 11 acrescentou parágrafos ao artigo 207 da Constituição Federal, possibilitando que as universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica possam admitir estrangeiros como professores, técnicos e cientistas, na forma da lei federal e de caráter nacional. Posteriormente, foi promulgada a emenda constitucional nº 19, que estabeleceu que os cargos, empregos e funções públicas são também acessíveis aos estrangeiros, na forma da lei, também federal e de natureza nacional (MEIRELLES, 2005).

Nessa linha de interpretação, a investidura em cargo ou emprego público, prevista no artigo 37, II, da CF/88 exige aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Na visão de Meirelles (2005), o concurso público é o instrumento mais adequado que dispõe a Administração Pública para garantir a moralidade, eficiência, e igualdade de oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego. Por esse instrumento, o Poder Público seleciona os candidatos mais preparados e afasta

¹ Art. 37. [...]

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...]

² Art. 12. [...]

§ 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas.

VII - de Ministro de Estado da Defesa (Incluído pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

das repartições públicas os bajuladores da classe política, que se elegem e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.

Destaca-se como importante que a exigência de prévia aprovação em concurso público é para os cargos de provimento efetivo, ou seja, não temporário, não condicionado a uma relação de confiança entre o nomeado e seus superiores hierárquicos. No entanto, existem exceções como os cargos em comissão, cuja principal característica é a confiabilidade que devem merecer seus ocupantes, sendo de livre nomeação e exoneração, destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. E ainda aqueles de provimento vitalício, previstos pela Constituição, que assegura ao funcionário o direito à permanência no cargo, do qual só pode ser destituído por sentença judicial transitada em julgado, como por exemplo, os cargos dos membros da Magistratura (art. 95, I), do Tribunal de Contas (art. 73, § 3º) e do Ministério Público (art. 128, § 5º, a).

Diante desse quadro, verifica-se que os servidores públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo, no âmbito federal, e que são regidos pela Lei nº 8.112/90 estão sujeitos a aplicação da penalidade disciplinar de cassação de aposentadoria.

Nesse raciocínio, os demais servidores ocupantes de cargo em comissão e os servidores temporários, não estão sujeitos a aplicação desta penalidade administrativa, já que não são regidos por esta lei. Outros cargos, como os de provimento vitalício, que possuem legislação específica, e não são disciplinados pelo Estatuto dos Servidores Públicos Federais, também não se submetem a aplicação desta penalidade.

2.4.2 Vacância

À guisa de informação revela-se como importante análise do instituto da vacância, que tem como uma das suas formas a aposentadoria, que converge para o ponto central do tema, objeto deste trabalho.

A vacância é uma terminologia jurídica utilizada para indicar que determinado cargo público encontra-se vago, ou seja, não possui um titular. As hipóteses de vacância estão previstas no artigo 33 da Lei nº 8.112/90, com alteração decorrente da Lei nº 9.527/97, que assim dispõe:

Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:

- I - exoneração;
- II - demissão;
- III - promoção;
- VI - readaptação;
- VII - aposentadoria;
- VIII - posse em outro cargo inacumulável;
- IX - falecimento.

A exoneração denota-se como uma forma de destituição do vínculo entre o servidor e a Administração Pública sem que haja um caráter punitivo, podendo ocorrer em duas situações: em cargo efetivo, a pedido do servidor ou de ofício; e no caso de cargo em comissão, a decisão fica a critério da autoridade superior ou a pedido do próprio servidor.

A demissão configura-se em uma forma de penalidade disciplinar decorrente da prática de ilícito administrativo e ocasiona o desligamento do servidor dos quadros do Poder Público. A penalidade de demissão encontra-se prevista no artigo 127³, III, da Lei nº 8.112/90 e sua aplicação resulta em indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário nos casos em que a conduta do infrator ocasione lesão aos cofres públicos, corrupção, improbidade administrativa ou irregularidades na aplicação do dinheiro público (MARINELA, 2013).

A promoção, ato de provimento derivado de cargo público, resulta em ascensão funcional. Na Administração Pública Federal, tal regulamentação deverá ser feita pela lei que estabelece as diretrizes do sistema de carreira. Ao ser promovido, o cargo anteriormente ocupado pelo servidor se torna vago.

A readaptação, segundo dispõe o artigo 24 da Lei nº 8.112/90 é “a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica”. Tal instituto constitui forma de investidura e vacância de cargo público, já que o servidor readaptado ocupará um novo cargo de acordo com suas limitações, deixando o anterior vago para ser ocupado por outro servidor que preencha os requisitos exigidos.

³ 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.

A aposentadoria, na visão de Meirelles (2005, p. 440), “[...] é a garantia de inatividade remunerada reconhecida aos servidores que já prestaram longos anos de serviço, ou se tornaram incapacitados para suas funções”. Para Justen Filho (2006, p.646), “a aposentadoria é um ato complexo, que investe o servidor ocupante de cargo público em inativo, assegurando a percepção de proventos vitalícios e produzindo a vacância do cargo”.

A posse em outro cargo inacumulável caracteriza-se uma ilegalidade que pode ensejar a demissão do servidor. A Lei nº 8.112/90 prevê que detectada a acumulação ilegal de cargos, emprego ou funções públicas, a autoridade competente notificará o servidor para que opte por um dos cargos, emprego ou função no prazo de 10 (dez) dias. O servidor deverá optar pelo cargo que deseja manter o vínculo, até o prazo limite do término do processo administrativo disciplinar. Feito a escolha, ocorrerá à exoneração do outro cargo. Caso não o faça, configura-se má-fé, e deve ser aplicada a pena de demissão (MARINELA, 2013).

O falecimento insere-se em uma das hipóteses de vacância ocasionada pela morte do servidor.

Aduz-se, das hipóteses elencadas, somente os casos de vacância provenientes de demissão e de aposentadoria estão diretamente relacionados com a penalidade de cassação de aposentadoria.

2.4.3 Desinvestidura – exoneração e demissão

Desinvestidura se constitui no ato administrativo que destitui, desliga o servidor do cargo público ocupado. Representa o fim da relação jurídica funcional, gerando a vacância do mesmo. As duas principais formas são a exoneração e a demissão.

A exoneração, conforme já foi citado anteriormente, tem-se como a extinção do vínculo funcional entre o servidor e o Estado, sem caráter punitivo. Existem duas formas: a pedido e de ofício. Na exoneração a pedido, o servidor ingressa com o pedido de desligamento do cargo, visto que não possui mais interesse em continuar exercendo-o. Na exoneração de ofício, a iniciativa e deliberação é feita de forma espontânea pela Administração Pública.

A exoneração por iniciativa da Administração pode ocorrer nas seguintes hipóteses: quando o servidor, nomeado e empossado, não entrar em exercício no

prazo legal (artigo 15, §1º, da Lei nº 8.112/90); durante o estágio probatório, quando o servidor não for habilitado ou não aprovado na avaliação especial de desempenho, prevista no artigo 41, §4º, da Constituição Federal; quando, após a aquisição da estabilidade, o desempenho do servidor é considerado insatisfatório na avaliação periódica de desempenho, conforme dispõe o artigo 41, § 1º, inciso III, da Constituição Federal; para se adequar ao limite máximo de despesa com pessoal, previsto no artigo 169 da Constituição Federal; e quando houver acumulação ilegal de cargos e o servidor estiver de boa-fé, hipótese prevista no artigo 133, § 5º, da Lei nº 8.112/90, possibilitando ao servidor escolher com qual cargo deseja continuar (MARINELA, 2013).

A segunda hipótese de desinvestidura, a demissão, possui natureza de sanção. Trata-se de penalidade administrativa resultante do cometimento de uma infração funcional grave, que resulta no desligamento do servidor do cargo ocupado.

A Lei nº 8.112/90 prevê as hipóteses de demissão em seu artigo 132, que assim dispõe:

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. 117⁴.

⁴ 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 comanditário; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

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; [...]

Impõe-se como importante destacar que a pena de demissão, de acordo com a Lei nº 8.112/90, pode ser convertida em pena de cassação ou de destituição. Tal hipótese, prevista pela lei, ocorre quando o servidor efetivo pratica uma infração grave, durante o período que ainda está em atividade no serviço público, vindo a ser descoberta posteriormente, quando o mesmo já se aposentou ou entrou em disponibilidade, o que resulta na transformação da pena de demissão em cassação de aposentadoria ou disponibilidade (MARINELA, 2013).

Caso o servidor ocupante do cargo em comissão ou função de confiança, pratique a mesma infração grave, a pena de demissão será convertida em destituição de cargo em comissão ou função de confiança.

Nessa situação, autorizada a exoneração, seja porque a infração não foi conhecida à época ou por decisão *ex officio* da Administração, o ato poderá ser convertido em pena de demissão, se comprovado, por meio de processo administrativo disciplinar, que o servidor, enquanto em atividade praticou uma infração funcional grave. De forma análoga, caso ele obtenha aposentadoria, esta será cassada (MARINELA, 2013).

Nessa linha de entendimento, o processo inverso também é possível, e está previsto no artigo 182 da Lei nº 8.112/90, que afirma “julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição do cargo em comissão, que será convertida em exoneração”. Nesse sentido, caso fique provado a inocência do servidor em processo de revisão, a penalidade ficará sem efeito e o servidor terá direito de retornar para o seu cargo com todos os seus direitos. A exceção são os cargos em comissão, na qual a demissão será convertida em exoneração, resultando na dispensa do servidor.

2.5 APOSENTADORIA

A aposentadoria configura-se como um direito constitucional que assegura ao trabalhador o recebimento de proventos quando o mesmo preenche os requisitos necessários estabelecidos pela lei ou se tornou incapacitado para exercer a função. De acordo com Marinela (2013, p. 757), a aposentadoria também pode ser definida como “uma garantia, atribuída ao trabalhador comum e ao servidor público, prevista

no texto constitucional, de receber determinada remuneração quando da inatividade, desde que atendidos certos requisitos”. Do ponto de vista formal, ato administrativo complexo, que se concretiza com duas manifestações de vontade, uma da autoridade competente e a outra do Tribunal de Contas, responsável pelo controle de sua legalidade.

A Constituição prevê a existência de dois regimes de aposentadoria. O Regime Geral de Previdência Social, o chamado RGPS, previsto no artigo 201 e seguintes da Constituição, na qual estão sujeitos os empregados da iniciativa privada, os empregados da Administração Direta e Indireta, os contratados temporariamente e os servidores ocupantes de cargos em comissão. Há ainda o Regime Próprio de Previdência Social, o chamado RPPS, que está previsto no artigo 40 da Constituição Federal, aplicável tanto aos servidores efetivos, quanto aos servidores vitalícios.

Deflui-se do texto constitucional que a competência para legislar sobre o tema é concorrente, conforme está previsto no artigo 24⁵, XII, da CF, sendo a União responsável por legislar sobre normas gerais e os Estados, Distrito Federal e Municípios sobre as regras suplementares. O artigo 61⁶, § 1º, inciso II, alínea “a”, da CF, prevê que a competência para apresentar projeto de lei sobre aposentadoria é privativa do Chefe do Poder Executivo.

Verifica-se destacar como importante que a remuneração paga aos servidores aposentados é chamada de proventos, e consiste em valores pecuniários que devem ser pagos mensalmente pelo Estado, com o intuito de garantir o sustento do servidor e de sua família, numa fase da vida onde o mesmo já não possui boas condições para trabalhar devido à velhice, algum tipo de incapacidade ou doença grave.

⁵ [...] Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

⁶ [...] Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[]

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

Quanto às modalidades de aposentadoria aplicável ao servidor público, o art. 40 da Constituição Federal define três espécies: por invalidez permanente, compulsória e voluntária, as quais remeterão a uma análise pontual de cada uma dessas modalidades.

A aposentadoria por invalidez permanente garante ao servidor o direito de se aposentar com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, com exceção dos casos em que a invalidez é decorrente do serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, de acordo com a lei, casos em que o servidor terá direito a proventos integrais.

A aposentadoria compulsória define a idade máxima para permanência no serviço público. Prevista no artigo 40, inciso II, da CF, mas alterada pela LC 152/15, essa aposentadoria se dava aos 70 (setenta) anos de idade, mas com a nova alteração, a lei estipulou a idade de 75 (setenta e cinco) anos, independentemente de ser homem ou mulher, tendo o servidor direito a proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

A aposentadoria voluntária, a que depende da manifestação de vontade do servidor para se aposentar e desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: para aposentadoria integral, a lei requer sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; para aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição, a lei exige sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher.

Outra questão que se ressalta, relativa ao tema, diz respeito ao vínculo jurídico estabelecido entre o servidor aposentado e a Administração Pública, a doutrina apresenta posicionamento divergente. Para Gasparini (1993, p.190-191), a aposentadoria é um dos motivos determinantes da extinção do vínculo jurídico entre o servidor ativo e o Poder Público, sendo responsável pelo “desaparecimento da relação jurídica institucional e pelo retorno das partes à situação de alheamento que antes vigorava entre elas”. Na visão de Cretella Jr. (1989, p. 493), “pelo fato da aposentadoria, não perde o funcionário suas qualidades de agente do Estado, não cessam as relações de emprego público, ponto este, aliás, pacífico, tanto na doutrina como na legislação de todos os países”. Na opinião de Melo (1991), ao analisar a reversão de aposentadoria, há o reingresso do aposentado ao serviço, a

pedido seu ou por deliberação espontânea da Administração, por não mais subsistirem as razões que lhe determinaram a aposentadoria. Já a cassação de aposentadoria é pena disciplinar que equivale à demissão para o servidor em atividade, extinguindo, portanto, a relação jurídica institucional, o que leva a concluir que a definitividade da aposentadoria não é absoluta (MELLO, 1991).

Ao analisar a questão, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal proferiu acórdão no RE 28.228, no qual decidiu que o funcionário público não perde o vínculo com a Administração Pública ao se aposentar. Que o termo funcionário representa uma categoria da qual são espécies o funcionário ativo e o inativo.

Dessa maneira, a partir da análise da jurisprudência do STF, aduz-se que a aposentadoria do servidor público não extingue o vínculo jurídico mantido entre este e a Administração, ocorrendo apenas uma alteração no seu status, no qual é alterado de ativo para inativo.

2.5.1 O direito à Aposentadoria e suas alterações constitucionais

Constata-se que, historicamente, a concepção de aposentadoria se desenvolveu concorrentemente com a ideia de serviço público, não existindo tal instituto inicialmente, e sim meras concessões benevolentes realizadas pelo rei aos súditos por ele escolhidos. O fundamento original da aposentadoria era a incapacidade física e se traduzia no dever de o Estado amparar as pessoas que se inutilizassem prestando serviços públicos.

Antes da Constituição de 1988, deflui-se da análise histórica que os proventos de aposentadoria eram pagos pelo Estado como despesas administrativas de pessoal, com recursos do Tesouro, independentemente de contribuição dos servidores para o recebimento desse benefício. Essa medida, de teor econômico, almejava proteger os direitos das categorias funcionais essenciais à formação do Estado brasileiro em sua fase agroexportadora. As categorias funcionais vinculadas a essas funções foram as primeiras a possuir um sistema previdenciário garantido pelo Estado.

Aduzindo-se do lado político, a criação do sistema de seguridade social para as categorias vinculadas ao Estado sofreu forte influência do modelo de Administração Pública vigente à época, no caso, o patrimonialismo, conforme destaca Pinheiro(1999, p. 06):

A instituição do regime de previdência social dos servidores públicos passa pela constituição do Estado brasileiro, que por ser de origem patrimonialista, considerava o servidor como um bem do Estado. Neste sentido, o regime previdenciário dos servidores públicos era um mero apêndice da política de pessoal. Tendo como fundamento a relação de trabalho “*pro-labore facto*”.

Percebe-se, então, que a gênese do regime previdenciário estatutário sofreu considerável influência da burocracia e do patrimonialismo presentes na origem do Estado brasileiro. Na relação de trabalho “*pro-labore facto*”, o servidor é tido como parte do Estado, fazendo jus ao recebimento de remuneração, benefícios e aposentadoria independentemente de qualquer contribuição ao ente público. Neste regime, a aposentadoria é paga diretamente pelo Estado e o aposentado mantém o status de servidor, alterando apenas sua classificação de ativo para inativo (PINHEIRO, 1999).

No Estado patrimonialista, o aparelho administrativo funciona como uma extensão do poder do monarca, que toma as decisões de acordo com sua vontade pessoal. Não existe distinção entre o patrimônio público e o patrimônio privado. A administração do Estado e as riquezas do país são uma continuação da propriedade do rei. Os cargos são tidos como doações, e geralmente são vitalícios, sendo os vencimentos da atividade automaticamente convertidos em proventos da inatividade. A expressão “servidor” decorre da relação que os funcionários tinham com o soberano. E essa relação não é meramente trabalhista, mas de dedicação exclusiva ao Estado e ao soberano. Como retribuição, o Estado lhe oferece proteção e assegura o pagamento da aposentadoria quando ingressa na inatividade (PINHEIRO, 1999).

Evidencia-se que o Estado, no desiderato de estender essa proteção para os dependentes, criou gradualmente os montepios e, posteriormente, os institutos de pensão. A partir desse modelo, as aposentadorias seriam custeadas pelos tesouros e os institutos financiariam as pensões e outros benefícios.

Dessa maneira, percebe-se que o modelo previdenciário do servidor público era totalmente financiado pelos recursos do Estado, sem nenhuma contrapartida financeira de sua parte, resultado da concepção patrimonialista que considerava o servidor como uma extensão do Estado e o pagamento de sua aposentadoria como uma questão integrante da política de pessoal. A partir daí as primeiras categorias contempladas com esse instituto foram a dos servidores que garantiram as bases de

formação do Estado, com o fortalecimento do poder militar, econômico e, em certa medida, do poder burocrático, responsável por administrar as funções clássicas de fazenda, diplomacia e justiça.

Em relação à previsão constitucional, o instituto da aposentadoria disciplinou inicialmente os casos de invalidez, conforme dispunha a Constituição da República de 1891, em seu artigo 75, quando dispôs que “a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”.

Posteriormente o instituto evoluiu, ampliando suas hipóteses para os casos de aposentadoria compulsória, conforme previsão do artigo 170, § 3º da Constituição da República de 1934, que assim dispunha:

Art. 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:
[...]
3º) salvo os casos previstos na Constituição, serão aposentados, compulsoriamente os funcionários que atingirem 68 anos de idade;

Decorrido mais alguns anos, o legislador constitucional estabeleceu a aposentadoria facultativa, conforme previsão do artigo 191, § 1º da Constituição Federal de 1946:

Art 191 - O funcionário será aposentado:
[...]
§ 1º - Será aposentado, se o requerer, o funcionário que contar 35 anos de serviço.

Quanto à legislação infraconstitucional, foi estabelecido o Decreto-Lei nº 1.713, de 28/10/1939, que instituiu o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. No texto legal deste decreto, a aposentadoria por tempo de serviço foi prevista como um prêmio, de acordo com o artigo 197, que assim dispõe:

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 desse prêmio pelos bons e leais serviços prestados à administração pública.

Esse normativo demonstra claramente a concepção de prêmio ou benesse que foi dada à aposentadoria do servidor público. Sua concessão seria uma espécie de retribuição por todo o tempo e dedicação empreendida pelo servidor na prestação

adequada dos serviços públicos. Observa-se que mesmo com o passar dos anos, o Estado brasileiro não conseguiu se desvencilhar com facilidade do modelo patrimonialista, mantendo uma série de benefícios e privilégios para os seus servidores, à custa de endividamento e dos recursos da nação. Na visão de Campos (2012, p. 42), “a concessão de benesses, inclusive a aposentadoria, era uma forma do Estado compensar a ausência de políticas salariais ou de pessoal”.

A Constituição Federal de 1988 não alterou as modalidades de concessão de aposentadoria já previstas nas constituições anteriores, e também não introduziu nenhuma outra forma de custeio, mantendo-se o pagamento como uma obrigação do Tesouro Nacional. Infere-se que as consequências desse modelo de previdência social só passaram a fazer parte da preocupação do Estado a partir das décadas seguintes, dando origem a uma série de mudanças no sistema previdenciário. Essas mudanças foram promovidas por uma série de emendas constitucionais, que deram início a chamada Reforma da Previdência. Segundo Di Pietro (2010, p. 556), tal reforma tem como objetivo:

Reduzir os benefícios sociais – mais especificamente proventos de aposentadoria e pensão – dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e seus dependentes, colocando-os, paulatinamente, nos mesmos patamares vigentes para o regime geral de previdência social, que inclui o trabalhador do setor privado e os servidores não ocupantes de cargo efetivo. O que se objetiva, na realidade, é a unificação da previdência social. Não podendo ser feita de imediato, tendo em vista as situações consolidadas com base na legislação vigente, pretende-se alcançar esse objetivo de forma paulatina.

Compreende-se, portanto, que o objetivo principal dessas emendas constitucionais foi unificar os dois regimes de previdência social, o que provocou a subtração de uma série de direitos dos servidores públicos e a criação de novas regras para garantir o equilíbrio-financeiro da previdência, a exemplo do aumento da idade mínima para se aposentar, aumento do tempo de contribuição, redução do valor de aposentadorias e pensões, dentre outros.

A Emenda Constitucional nº 03/93 trouxe a possibilidade de contribuição do servidor público federal para custeio de aposentadorias e pensões, já com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, o benefício de aposentadoria perdeu a característica de simples mudança da situação funcional de ativo para inativo, com a instituição do regime de previdência de caráter contributivo para os servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional nº 41/03, foi instituído o princípio da solidariedade, na qual inseriu modificações profundas na redação do art. 40. Além do caráter contributivo e equilíbrio atuarial, inseriu-se a característica de regime solidário, mediante participação do ente, dos servidores ativos, dos inativos e dos pensionistas, no custeio do regime. A contribuição do segurado para o regime também foi estabelecida no art. 149, § 1º da Constituição.

Em 20 de fevereiro de 2004, foi publicada a Medida provisória nº 167, que em 18 de junho do mesmo ano foi convertida na Lei nº 10.887. Esta lei veio regulamentar a Emenda Constitucional nº 41/03 trazendo, dentre outras disposições, a fórmula de cálculo da aposentadoria a ser concedida aos servidores que ingressaram no serviço público após a referida Emenda Constitucional. Além disso, atualizou a Lei nº 9.717/98 com relação aos dispositivos que passaram a ter eficácia após a edição da Emenda Constitucional nº 41/03.

Diante dessa nova conjuntura, se torna obrigatório compreender cada mudança promovida no sistema de previdência dos servidores públicos, ao longo dos últimos anos, iniciando pela Constituição de 1988.

2.5.1.1 Constituição de 1988

Constata-se que o texto original da Constituição de 1988 previa como único requisito para concessão de aposentadoria, o tempo de serviço. O tempo de serviço também era parâmetro para aquisição de outros benefícios, como disponibilidade, férias, promoções, licença para capacitação, estágio probatório, estabilidade, afastamento, entre outros. Assim, nesse contexto, a aposentadoria do servidor poderia ser considerada uma benesse, um prêmio pago pelo Estado, em favor do servidor que houvesse atingido o tempo de serviço, inexistindo qualquer obrigação de contribuição pecuniária ou limitação de idade para efetivação da aposentadoria.

Também é importante ressaltar a inexistência de teto para os proventos dos inativos, não exigência de contribuição após aposentadoria e aplicação dos princípios da integralidade, que consistia no direito de se aposentar com tudo que ganhavam na atividade, tendo além da paridade, o direito de receberem as mesmas vantagens atribuídas aos servidores em atividade (MARINELA, 2013).

Portanto, na Constituição de 1988, o regime jurídico previdenciário se confundia com o regime jurídico de trabalho dos servidores públicos. Os benefícios

eram concedidos como um benefício de natureza estatutária ou administrativa, e dependiam apenas do vínculo funcional, do tempo de serviço prestado ao Estado. Por isso, não era exigido nenhum tipo de contribuição por parte dos servidores e o seu valor correspondia à última remuneração no cargo, exceto no caso em que a aposentadoria era proporcional.

2.5.1.2 Emenda Constitucional nº 20/98

Na análise dessa emenda, verifica-se que a primeira Reforma da Previdência foi publicada em 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 20, que substituiu o requisito “tempo de serviço” por duas outras exigências: i) limite de idade e ii) tempo de contribuição. Com essa mudança, o tempo de serviço cumprido na legislação anterior foi convertido em tempo de contribuição para efeito de aposentadoria. Dessa forma, para o novo regime contributivo, o mais importante é a quantia efetivamente paga pelo servidor ao longo do período aquisitivo em detrimento do tempo de serviço.

Preocupado com a dispersão dos servidores públicos assustados com a mudança, o legislador criou o abono de permanência, um incentivo que liberava do pagamento da contribuição previdenciária os servidores públicos que já haviam atingido os requisitos para se aposentar, mas que continuavam trabalhando.

A nova redação previa também a possibilidade de criação de um Regime Complementar de previdência para os servidores públicos, como regra facultativa a fim de que o servidor pudesse acrescer seus proventos. Porém, a criação desse regime estava condicionada a criação de uma lei complementar e às regras do artigo 202 da Constituição Federal. Porém, a Emenda Constitucional nº 41 revogou a exigência da Lei Complementar e passou a exigir a criação através de Lei Ordinária.

2.5.1.3 Emenda Constitucional nº 41/03

A posteriori, o Congresso Nacional põe em tramitação uma nova Emenda Constitucional. A Emenda Constitucional nº 41 foi aprovada em 19 de dezembro de 2003, e suas alterações não atingiram os requisitos para obtenção da aposentadoria, como o limite de idade e o tempo de contribuição. Mas as novas

regras instituídas afetaram consideravelmente o regime previdenciário dos servidores.

Observa-se que uma das alterações introduzidas no texto constitucional foi o princípio da solidariedade, que instituiu o sistema de repartição simples, no qual o filiado contribui para a formação de um fundo comum que custeará o pagamento dos benefícios dos atuais segurados da Previdência e futuramente suas prestações previdenciárias. Esse sistema constitui-se o oposto do sistema de capitalização, onde o filiado possui sua própria conta, local que será depositada as contribuições realizadas ao longo do tempo, formando uma reserva individualizada. Tem-se que o sistema de repartição simples adotado no Brasil visa proteger socialmente aqueles que não têm condições de constituir o seu próprio fundo e assegurar uma melhor distribuição de renda (MARINELA, 2013).

Nessa linha principiológica, essa Emenda Constitucional também revogou o princípio da integralidade, substituindo-o pelo princípio da média da vida laboral, ou seja, anteriormente o regime previdenciário garantia ao inativo o pagamento da mesma remuneração recebida na atividade no momento em que o mesmo se aposentava. Com a adoção desse novo princípio, a aposentadoria do inativo passou a ser calculada com base na média da sua remuneração ao longo da vida laboral, considerando apenas as remunerações que tiveram incidência de contribuição.

Houve também revogação do Princípio da Paridade, que assegurava aos servidores inativos as mesmas vantagens possuídas pelos servidores ativos, passando a vigorar o princípio da preservação do valor real dos benefícios. Esse princípio encontra previsão no artigo 201, § 4º da Constituição Federal, que assim expressa “é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei”. Assim, como se extrai, não se trata de majoração do valor real, mas de simples mecanismo de reajuste que reflita o aumento inflacionário. Configura-se na reposição das perdas inflacionárias.

Verifica-se que o Regime Complementar de Previdência foi novamente previsto pelo legislador, como opção para melhorar a remuneração dos servidores na inatividade, mas era necessário que o servidor contribuísse mais, a fim de receber uma aposentadoria complementar.

Nessa esteira, aduz-se que foi estabelecido um limite remuneratório, chamado de teto de proventos. Com essa nova regra, o valor da aposentadoria e

das pensões do servidor público federal será limitado ao teto do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), conforme previsão da Lei nº 12.618/2012. Isso significa que os servidores irão contribuir com 11%, limitados a esse teto. Caso o servidor queira receber além desse teto, deverá contribuir com o Funpresp (Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal). O governo contribuirá com o mesmo valor, até o limite de 8,5% sobre o valor do salário que ultrapassar o teto do RGPS. Já o servidor, não tem limite de contribuição (MARINELA, 2013).

Incidindo-se nessa análise outra regra que causou muita polêmica foi à criação da contribuição dos inativos e pensionistas. Tal medida representou a criação de um novo tributo a ser pago pelos servidores, agora após a concessão da aposentadoria. Segundo essa nova regra, a contribuição do inativo é calculada com base no valor que ultrapassar o teto de proventos do RGPS, tendo alíquota não inferior a 11%.

Destarte, influi-se que o abono de permanência também sofreu alterações em relação ao texto da Emenda Constitucional nº 20, que definia o abono como uma forma de isenção para os servidores que mesmo atingindo os requisitos para se aposentar desejavam continuar exercendo suas atividades. Com a edição da Emenda Constitucional nº 41/03, plasma-se que o abono deixa de ter natureza de isenção e passa a ser uma nova remuneração para o servidor. Observa-se que, à medida que o governo modificava as regras para concessão de aposentadoria e pensão, dificultando-as, criou um benefício para acalmar os servidores e evitar a saída coletiva dos mesmos, de forma a não comprometer os serviços e o funcionamento da Administração Pública.

Registra-se que a participação dos entes políticos na manutenção do Regime Próprio de Previdência Social foi modificada conforme previsão do artigo 40, *caput*, da Constituição Federal, criando-se a cotização dos entes federativos, que assumem a condição de patrocinador do regime básico dos servidores como se fossem empregadores.

Em consonância a essas modificações, foi instituída a aplicação subsidiária do Regime Geral de Previdência Social para os Regimes Próprios de Previdência, desde que exista compatibilidade entre as normas, conforme previsão do artigo 40, §12, da CF/88. A aplicação da subsidiariedade visa minimizar as consequências da demora do legislador em elaborar novas regras.

2.5.1.4 Emenda Constitucional nº 47/05

Deflui-se na análise dessas emendas que, preocupado em corrigir as falhas da Emenda Constitucional nº 41/03, o Congresso Nacional editou a Emenda Constitucional nº 47, publicada em 05 de julho de 2005, que ficou conhecida como PEC Paralela. Mesmo com a edição dessa emenda, os requisitos de idade e contribuição permaneceram inalterados, bem como os princípios instituídos no texto anterior.

Interpretando-se, daí, que essa nova regra procurou corrigir a regra de transição para os servidores que entraram na Administração Pública antes da Emenda Constitucional nº 20, criando uma segunda alternativa de regra de transição. Os requisitos dessa nova regra estão previstos no artigo 3º⁷ da Emenda Constitucional nº 47/05.

Decorrendo-se dessa modificação novas hipóteses de aposentadoria especial. Anteriormente a Constituição já previa tratamento especial para o professor, estabelecendo os parâmetros para sua aposentadoria; com essa emenda foi prevista regras especiais para o deficiente físico e para as atividades de risco ou que prejudiquem a vida ou a integridade física do servidor.

⁷ EC nº 47/2005

[...]

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

I trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

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

2.5.1.5 Emenda Constitucional nº 70/12

Dentro dessa evolução normativa constitucional, identifica-se o principal objetivo da nova emenda constitucional em estabelecer novos critérios de cálculo para o pagamento dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos, já que a Emenda Constitucional nº 41/03 retirou os direitos de integralidade e paridade para os servidores que ingressaram no serviço público após sua edição, e de forma injusta, também aplicou a nova regra para os servidores que já haviam ingressado antes da sua publicação, não estipulando qualquer regra de transição. Por isso essa medida representava uma grande injustiça (MARINELA, 2013).

Nesse arcabouço jurídico, se deduz que nas demais emendas constitucionais, no que tange à aposentadoria, o legislador procurou estabelecer regras para contemplar os diversos casos em que estavam enquadrados os servidores, utilizando o seguinte padrão:

- i) Para os servidores que já preenchiam os requisitos para se aposentar quando da publicação da EC, foi reconhecido o direito adquirido, e assegurado os benefícios previstos na regra velha.
- ii) Para os servidores que já estavam no serviço público na data da publicação da EC, mas que ainda não preenchiam os requisitos para se aposentar, também foi definida uma regra de transição, facultativa, que criava uma condição intermediária entre a regra antiga e a regra nova.
- iii) Para os servidores que ingressaram após a publicação da EC, aplica-se a regra nova.

Nessa compreensão, na direção do texto da Emenda Constitucional nº 41, tem-se que a mesma estabeleceu regras de transição para todas as aposentadorias, assegurando que todos os servidores permanecessem com integralidade e paridade, excluindo dessa regra somente aqueles que recebiam aposentadoria por invalidez. Constatando-se a violação do Princípio da Isonomia, ao estabelecer regras novas para servidores antigos, prejudicando assim os inativos que estavam recebendo os seus proventos com valores inferiores ao correto.

Destarte, regulando-se que para os servidores que ingressaram após 2004, a Emenda Constitucional nº 70/12 assegura o pagamento da aposentadoria com

proventos integrais para os casos de invalidez por acidente de trabalho, doença profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, conforme previsão legal.

Cadenciando-se no exposto, alia-se a fundamentação constitucional que possibilitou acompanhar 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. Observa-se que o benefício de aposentadoria surgiu 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.

3 DAS RESPONSABILIDADES E PENALIDADES DISCIPLINARES APLICADAS AO SERVIDOR PÚBLICO

Este capítulo tem como objetivo analisar as principais responsabilidades e penalidades a que está sujeito o servidor público ao praticar uma conduta em desacordo com a lei. Trata sobre alguns dos princípios que norteiam o processo administrativo disciplinar, bem como suas principais características, fases e procedimentos. Por fim, faz uma análise sobre os principais efeitos da pena de cassação de aposentadoria à luz das alterações introduzidas pela instituição do sistema contributivo no regime próprio de previdência social.

3.1 RESPONSABILIDADE

Ao exercer funções públicas, os servidores públicos não são desobrigados de se responsabilizar por seus atos, tanto atos públicos quanto atos administrativos, além dos atos políticos, dependendo de sua função, cargo ou emprego. Esta responsabilidade é algo indispensável na atividade administrativa, ou seja, enquanto houver exercício irregular de direito ou de poder, a responsabilidade deve estar presente. É uma forma de manter a soberania e o controle dos órgãos públicos.

De acordo com Bastos (2002, p. 549), “responsabilidade é a sanção imposta pelo direito ao autor de um ato lesivo à ordem jurídica”. Assim, caso o servidor público pratique alguma conduta ilegal poderá responder pelo ato nas instâncias civil, penal e administrativa, conforme previsão do artigo 121 da Lei nº 8.112/90. Essas responsabilidades possuem particularidades e características próprias, sendo aplicadas de acordo com as situações e o grau das irregularidades ou ilicitudes cometidas durante o exercício do cargo. O descumprimento de condutas previstas no estatuto ou a violação dos deveres funcionais resulta em responsabilidade administrativa; danos patrimoniais causados à Administração ou a terceiros resultam em responsabilidade civil; e a prática de infrações penais sujeita o servidor à responsabilização penal.

A responsabilidade do servidor público também encontra previsão na Constituição Federal, em seu § 4º, artigo 37, que afirma que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e

gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Para regulamentar o assunto, foi criada a Lei nº 8.429/92, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, que trata sobre os casos e as penalidades previstas para os agentes públicos que cometem atos ilegais ou contrários aos princípios básicos da Administração Pública.

Quanto à comunicabilidade das diferentes instâncias, a previsão encontra-se no artigo 125 da Lei nº 8.112/90, que institui que as sanções podem acumular-se, já que as esferas são independentes, o que significa que os processos tramitam separadamente.

3.1.1 Responsabilidade Civil

Responsabilidade Civil se refere à responsabilidade patrimonial, fundamentada no artigo 186 do Código Civil, que faz referência aos atos ilícitos e que traz consigo a regra geral da responsabilidade civil, que é de reparar o dano causado a outrem.

A responsabilidade civil do servidor público está prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal e também no artigo 122 da Lei nº 8.112/90 e consiste na obrigação patrimonial que se impõe ao servidor de reparar os prejuízos causados à Administração Pública ou a terceiros decorrente de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo no desempenho de suas funções. Essa responsabilidade é independente das demais (administrativa e penal) e se apura na forma do Direito Privado, perante a Justiça Comum (MEIRELLES, 2005).

O aspecto fundamental para a existência da responsabilidade civil se constitui no ato culposo do servidor que cause dano patrimonial à Administração. Sem a existência do dano patrimonial, verifica-se que não há que se falar em responsabilização civil, que visa, unicamente, à reparação material da Administração.

Para que o servidor seja responsabilizado se faz necessário que seja provado a ocorrência do evento danoso, o nexo causal entre o dano e o ato praticado e o dolo ou a culpa da sua conduta. Assim, a responsabilidade civil do servidor é subjetiva, inexistindo, portanto, a responsabilidade objetiva, que é unicamente da Administração perante a vítima (MEIRELLES, 2005).

A Lei nº 8.112/90 estabeleceu duas hipóteses em que o servidor tem a obrigação de reparar os danos causados ao erário. A primeira, quando a conduta do

servidor causar danos diretamente ao Estado. A segunda é quando a sua conduta causar prejuízos a terceiros durante o exercício das atividades funcionais.

Quando o dano é causado diretamente ao Estado, a apuração da responsabilidade do servidor é dever da Administração, mediante a instauração de processo administrativo, no qual deve ser assegurado o direito ao contraditório e a ampla defesa, conforme está previsto no artigo 5º, LV, da CF/88, sob pena de ser decretada a nulidade do procedimento (CARVALHO FILHO, 2014).

Por outro lado, quando o dano é causado a terceiros, a responsabilidade do servidor depende da comprovação da existência de dolo ou culpa de sua parte em ação regressiva proposta pelo ente da Administração obrigado, objetivamente, à reparação do dano, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal (MEIRELLES, 2005).

De fato, observa-se que o § 6º do artigo 37 estabelece a responsabilidade objetiva da Administração Pública pelos prejuízos causados por seus agentes a terceiros em decorrência da atividade administrativa. No entanto, essa responsabilidade não pode ser transferida diretamente ao servidor, sendo necessário seu chamamento a juízo não pelo terceiro, mas pela entidade interessada em ressarcir-se, a qual, para tanto, deverá demonstrar a culpa do referido servidor, em ação autônoma. (MEIRELLES, 2005)

Aduz-se que o dever indenizatório de responsabilidade do servidor pode ser satisfeito de uma só vez ou de forma parcelada, sendo possível realizar o desconto em seus vencimentos, respeitado o limite mensal fixado em lei, com vistas a preservar o caráter alimentar do salário. Todavia, para que esse procedimento seja válido, configura-se necessária à concordância do servidor, pois a Administração não pode lançar mão dos bens de seus servidores, nem gravar unilateralmente seus vencimentos, para ressarcir-se de eventuais prejuízos. Em caso de recusa da parte do servidor, a Administração deverá recorrer às vias judiciais, propondo ação de indenização contra o servidor ou executando a sentença condenatória do juízo criminal ou a certidão da dívida ativa.

3.1.2 Responsabilidade Penal

A responsabilidade penal do servidor constitui-se naquela que resulta da prática de crime ou contravenção penal no exercício de suas funções. A prática de

condutas tipificadas no Código Penal como crimes e que estejam relacionados ao exercício do cargo, emprego ou função submete o servidor a investigação por meio de um processo criminal e também a suportar os possíveis efeitos legais de uma condenação.

O Código Penal define o conceito de servidor público em seu artigo 327:

Art. 327 - 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. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Incluído pela Lei nº 6.799, de 1980)

A competência para tratar da matéria e apurar a responsabilidade criminal do servidor é do Poder Judiciário, e só pode ser atribuída ao agente se a sua conduta for dolosa ou culposa, sendo descartado qualquer tipo de responsabilidade objetiva. Se o ilícito penal também acarretar prejuízo à Administração Pública, o servidor poderá ser responsabilizado na esfera civil ou administrativa (CARVALHO FILHO, 2014).

A maioria dos crimes contra a Administração Pública está previsto nos artigos 312 a 326 do Código Penal, com o nome de “Crimes praticados por funcionário público contra a Administração Pública”. A legislação especial também prevê outras condutas típicas, acarretando também a responsabilidade penal do servidor. O rito processual estabelecido para apurar os crimes funcionais, obedece ao que está disposto nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal, ficando o réu, desde o indiciamento, suscetível ao sequestro de bens, a pedido do Ministério Público, quando existir prejuízo para a Fazenda Pública. A aceitabilidade da denúncia possibilita a continuidade do processo pelo rito ordinário (MEIRELLES, 2006).

Definiu-se que, além dos crimes funcionais comuns, há, ainda, os crimes de responsabilidade dos agentes políticos (Chefes do Executivo federal, estadual e municipal, Ministros de Estado e do STF, Procurador-Geral da República e Secretários de Estado) previstos na Lei nº 1.079/50, que regula o impeachment a ser

aplicado como penalidade político-administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, e no Decreto Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, aplicável aos Prefeitos (MEIRELLES, 2006).

Para que seja instaurado o processo penal com intuito de apurar os crimes funcionais e os de responsabilidade, basta que qualquer pessoa comunique a ocorrência do delito à autoridade competente ou que haja denúncia por parte do Ministério Público. Para os crimes de abuso de autoridade, a Lei nº 4.898/65 condicionava a denúncia do Ministério Público a representação do ofendido, mas tal exigência foi dispensada, com a publicação da Lei nº 5.249, ao dispor que a falta de representação não impede a iniciativa ou o curso da ação (MEIRELLES, 2006).

3.1.3 Responsabilidade Administrativa

A responsabilidade dos servidores públicos foi regulamentada através da Lei nº 8.112/90, que determina um conjunto de normas e condutas a serem observadas durante o desempenho das atividades funcionais. Nesse sentido, quando o servidor comete alguma infração funcional, seja por ação ou omissão praticada durante o cumprimento das atribuições do cargo ou função, ou que tenha relação com essas atribuições, dá-se origem à responsabilidade administrativa, que resultará na aplicação de alguma penalidade disciplinar ao servidor infrator.

Segundo Meirelles (2005, p. 481), responsabilidade administrativa “é a que resulta da violação de normas internas da Administração pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública”. Portanto, quando o servidor viola o dever funcional ou pratica uma conduta proibida por lei, incorre em responsabilização administrativa (MEIRELLES, 2005).

A Administração Pública, ao tomar ciência da falta praticada pelo servidor, tem o dever de apurar o fato, e aplicar a correspondente penalidade disciplinar caso fique provado a culpa do servidor. Nessa compreensão, na instância administrativa, a apuração dos fatos ocorre por meio da instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar.

Ressalta-se que durante o processo de investigação, seja sindicância punitiva ou em processo administrativo disciplinar são assegurados ao servidor investigado

todos os direitos constitucionais, inclusive o direito ao contraditório e à ampla defesa, previstos constitucionalmente no artigo 5º, inciso LV, da CF/88.

Finalizada a sindicância ou o processo administrativo disciplinar e sendo comprovada a infração funcional cometida pelo servidor público, será possível a aplicação das sanções previstas no artigo 127 da Lei nº 8.112/90.

As hipóteses de aplicação de cada uma das sanções encontram previsão no próprio estatuto dos servidores públicos. Porém, as infrações descritas não possuem precisão suficiente para fazer o enquadramento do fato à tipicidade do ilícito, diferentemente do que ocorre na esfera criminal, onde as condutas são tipificadas, de modo a ser aplicada uma sanção específica para a conduta que a ela estiver vinculada. Na esfera administrativa, o regime constitui-se, inexistindo estrita precisão para as condutas infracionais. Além do mais, os estatutos relacionam as penalidades administrativas, sem, contudo, fixar qualquer elo de ligação a priori com a conduta (CARVALHO FILHO, 2014).

Nessa linha de raciocínio, ao aplicar as sanções administrativas, a Administração deve observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de permitir ao administrador a discricionariedade necessária para compatibilizar a conduta e a sanção. Sem observar esses princípios, corre-se o risco da punição se tornar arbitrária e ilegal, sendo passível de anulação pela Administração ou pelo Poder Judiciário. Também merece ser observado o princípio da motivação da penalidade, que exige que a Administração indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, possibilitando a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato.

Por fim, conforme leciona Meirelles (2005), a pena administrativa se exaure de três formas: com o seu cumprimento, pela prescrição e pelo perdão por parte da Administração. O cumprimento da pena encerra a sanção; a prescrição põe fim ao ato punitivo, com o decorrer do tempo fixado em lei, ou, na sua ausência, pelo da norma criminal correspondente; o perdão da pena se constitui um ato de complacência da Administração e só por ela pode ser oferecido em caráter geral, ou em caso específico, sempre por atuação do executivo que impôs a sanção.

3.2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A aplicação dos princípios constitucionais exsurge de maneira fundamental no processo de apuração de responsabilidade dos servidores públicos mediante procedimento disciplinar, abarcando não só os princípios básicos da Administração Pública, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, mas observando os princípios de caráter mais amplo, relacionados aos direitos individuais e aos processuais, cujos de maior importância estão elencados abaixo:

3.2.1 Princípio do Devido Processo Legal

Considerado o princípio basilar do Direito Administrativo, o Princípio do Devido Processo Legal encontra previsão no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal e representa a garantia de que ninguém será condenado sem que lhe seja assegurado o direito de defesa ou o contraditório.

Esse princípio assegura também que nenhuma penalidade será aplicada a um sujeito sem que antes o mesmo seja submetido a um processo cujo procedimento esteja previamente previsto em lei, ou seja, faz-se necessário respeitar os ritos processuais previstos na lei a fim de que não haja nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na aplicação da penalidade.

O artigo 143 da Lei nº 8.112/90 prevê que “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar [...]”, ou seja, cabe a Administração Pública o dever de investigar os fatos denunciados, mas sempre se sujeitando aos procedimentos determinados pela lei, sob pena de nulidade dos atos que desobedecerem tal mandamento.

Referente a esse tema, cumpre destacar importante posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda

que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 241.201. Relator: Ministro Celso de Mello, julgamento em 27.08.2002, DJ 20.09.2002).

Assegurado constitucionalmente, o princípio do devido processo legal pressupõe o contraditório, a garantia da ampla defesa, a proibição das provas ilícitas, dentre outras garantias.

3.2.2 Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório

Considerados verdadeiros pilares do Princípio do Devido Processo Legal, os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório estão disciplinados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal e artigo 2º, caput, e parágrafo único, X, da Lei nº 9.784/99, e facultam o direito de participar efetivamente da apuração dos fatos, possibilitando-lhe a utilização de todos os meios de defesa previstos na lei, durante todo o processo.

O Princípio da Ampla Defesa permite que o acusado utilize de todos os meios de defesa admissíveis em direito, para provar a sua inocência e afastar uma possível condenação. Assim, esse princípio deve ser invocado em todos os procedimentos no qual o acusado possa sofrer algum tipo de prejuízo.

Esse princípio está previsto no artigo 143, da Lei nº 8.112/90, que assim dispõe: “Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.

A Lei nº 8.112/90, em seu artigo 156, expressa como pode ser exercida a ampla defesa:

Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Percebe-se, portanto, que a lei definiu uma série de mecanismos a fim de assegurar as garantias individuais do servidor acusado, permitindo inclusive, a produção de provas e contraprovas no intuito de contraditar os fatos levantados pela acusação.

O Princípio do Contraditório significa que todo ato produzido pela comissão dá o direito do acusado de se opor ou apresentar uma versão diferente, bem como apresentar interpretação divergente daquela feita pela acusação.

3.2.3 Princípio da Verdade Real

Na análise do Princípio da Verdade Real, observa-se que pode ser considerado um dos mais importantes à concretização da justiça, pois a comissão disciplinar tem o dever de buscar, na medida do possível, o que de fato aconteceu, não se contentando apenas com as informações prestadas pelos envolvidos.

Em decorrência desse princípio a Administração tem autonomia para produzir provas e toma-las emprestadas a qualquer tempo, atuando de ofício ou mediante provocação, a fim de formar sua convicção sobre os fatos que estão sendo investigados.

Em conexão com esse princípio, caso haja revelia durante o processo disciplinar, faz-se necessária a nomeação de um defensor dativo, e os fatos levantados pela acusação não se presumem verdadeiros.

3.2.4 Princípio da Presunção de Inocência

O Princípio da Presunção de Inocência encontra previsão no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em virtude disso, durante o processo disciplinar e enquanto não houver decisão condenatória transitada em julgado, o acusado deve ser considerado inocente. O ônus de provar a responsabilidade constitui-se da Administração Pública.

Apesar de inocente, a lei prevê que algumas medidas cautelatórias sejam realizadas, como o afastamento preventivo previsto no artigo 147 da Lei nº 8.112/90, lembrando que tal medida não possui caráter punitivo:

Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

Nessa esteira, tal medida tem natureza preventiva, e visa impedir a existência de qualquer tipo de interferência por parte do servidor, durante o período das investigações. Denota-se que o servidor não sofre quaisquer prejuízos, tendo sua remuneração mantida durante o afastamento, e o direito de retornar ao cargo quando finalizado o prazo.

Da mesma forma, também se torna possível a aplicação das medidas restritivas previstas no artigo 172 da Lei nº 8.112/90: “Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.”

3.2.5 Princípio da Motivação

O Princípio da Motivação se traduz na exigência de que todos os atos e decisões da Administração Pública sejam fundamentados. Pode ser considerado como mais um mecanismo de garantia e atendimento ao interesse público, ao tornar público à vontade da Administração estampada em seus atos. A sua normatização encontra-se prevista no artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784/99 (JÚNIOR, 2006).

Nesse sentido, o artigo 50 da Lei nº 9.784/99, dispõe que:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Portanto, a Administração Pública não pode tomar decisões arbitrárias, sem fundamentação, em assuntos que impliquem direitos ou interesses dos servidores, aplicação de penalidades ou sanções diversas, sob o risco de nulidade dos seus atos.

3.3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Analisa-se que a necessidade de se apurar a responsabilidade administrativa dos servidores públicos deu origem ao poder disciplinar da Administração Pública. Este ramo do Direito Administrativo tem como objetivo regulamentar a relação entre a Administração e os seus servidores, de modo a estabelecer um conjunto de regras de comportamento a título de deveres e proibições, e as respectivas penalidades a serem aplicadas em decorrência de sua violação.

Nas palavras de Carvalho Filho (2014, p. 999) “processo administrativo-disciplinar é o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas”. Para tanto, tem como fundamento legal a Constituição Federal, e veio a ser regulamentado através da Lei nº 8.112/90, de 11 de dezembro de 1990, em seus Títulos IV – Do Regime Disciplinar, previsto nos artigos 116 a 142 e Títulos V – Do Processo Administrativo Disciplinar, previsto nos artigos 143 a 182.

Percebe-se que ao longo do tempo novas legislações foram criadas no intuito de suprir a existência de algumas lacunas presentes na Lei nº 8.112/90, relacionadas ao processo administrativo disciplinar. Nesse sentido foi criada a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que trata sobre improbidade administrativa e agrega aspectos específicos ao processo administrativo disciplinar.

Infere-se que as irregularidades disciplinares podem ser apuradas por dois mecanismos: sindicância acusatória (art. 145, II) e processo administrativo disciplinar. O processo administrativo disciplinar segue dois ritos distintos: rito ordinário (art. 146) e o rito sumário (arts. 133 e 140). A cassação de aposentadoria se constitui pena expulsiva, devendo o ato que a culminou ser apurado por meio de processo administrativo disciplinar no rito ordinário.

A sindicância configura-se em um procedimento mais célere e simples, aplicada quando há necessidade de apurar a existência de falta ou sua autoria; por isso, poderá haver ou não responsável. Nesse caso, trata-se de procedimento investigatório, equivalente ao inquérito policial que antecede o processo penal. A sindicância também deve ser aplicada na responsabilização, quando se consegue comprovar a autoria, por faltas cometidas em que haja aplicação das penalidades de advertência ou suspensão, esta de até 30 (trinta) dias.

Insta-se que, quando o ato ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão (superior a trinta dias), de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar (art. 146), destinado a apurar a responsabilidade do servidor.

O processo disciplinar desenvolve-se em três fases (art. 151): instauração, inquérito administrativo e julgamento. A fase de instauração se caracteriza pela nomeação da comissão por meio de portaria expedida pela autoridade competente, devendo dispor, por exemplo, sobre o objeto da apuração e o prazo para conclusão. A comissão desenvolverá as atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário a elucidação dos fatos ou exigido pelo interesse da Administração (art. 150). As reuniões e audiências possuem caráter reservado e serão registradas mediante ata, que detalhará as deliberações adotadas (art. 152, § 2º).

A fase de inquérito administrativo pode ser subdividida em instrução, defesa e relatório. Na fase de instrução a comissão busca encontrar a verdade real dos fatos, ou seja, busca-se, por iniciativa da comissão, o que de fato aconteceu, e não apenas o que o servidor puder provar em sua defesa. A fim de alcançar este objetivo, a comissão poderá promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos (art. 155).

Após a coleta desse conjunto de provas, a comissão decidirá pela indicição ou absolvição do acusado. Se concluir que não houve irregularidade ou faltam provas de sua existência ou autoria, o processo será arquivado. Caso contrário, tipificada a infração disciplinar, será formulada a mencionada indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (art. 161). O presidente da comissão promoverá a citação do acusado, para que no prazo de 10

(dez) dias apresente defesa escrita, materializando a fase de defesa do inquérito administrativo.

Apreciada a defesa, a comissão elaborará o relatório, na qual deve ficar descrito tudo o que ocorreu no processo, as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar sua convicção. Descritos todos os elementos do processo, a comissão os analisará e firmará os fundamentos da decisão. Os fundamentos da decisão são de extrema importância, já que a autoridade competente se baseia nesses argumentos para acolher ou rejeitar a aplicação da penalidade. Essa é a terceira e última fase na qual se subdivide o inquérito, composta do relatório, que será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.

Comprovada a responsabilidade do servidor, a comissão informará o normativo legal ou regulamentar violado, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes. Na sequência, o processo disciplinar será enviado à autoridade instauradora juntamente com o relatório, para julgamento.

O julgamento configura-se na última fase do processo administrativo disciplinar e normalmente é realizado pela autoridade instauradora do PAD, salvo se não possuir competência suficiente para tomar a decisão. A autoridade competente dispõe de um prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo (art. 167) para proferir sua decisão, acatando o relatório da comissão, exceto quando contrário às provas dos autos (art. 168). Neste caso, o julgador poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade (art. 168, parágrafo único). Dessa forma, é indispensável à apresentação das faltas praticadas e sua tipificação legal.

Portanto, a autoridade decisória, ao efetuar o julgamento dos fatos apurados em processo administrativo disciplinar, não está vinculada a conclusão do parecer da Comissão de Inquérito, sendo possível a aplicação de penalidade mais severa, desde que adequadamente fundamentada. Neste caso, o ato decisório precisará ter seus próprios fundamentos, de forma que o servidor possa identificar, com precisão, o que vai impugnar em eventual recurso administrativo ou ação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o mandado de segurança 8.106/DF, expressou o seguinte entendimento:

A autoridade administrativa competente, ao efetuar o julgamento dos fatos apurados em processo administrativo disciplinar, não está vinculada às conclusões do parecer da Comissão de Inquérito, podendo aplicar sanção diversa da sugerida, mesmo mais severa, desde que adequadamente fundamentada. E, ao afastar-se do sugerido no parecer, deve especificar os pontos em que o mesmo se dissocia das provas colhidas no procedimento, de modo a demonstrar a necessidade de agravamento da sanção disciplinar, na linha do comando expresso no art. 168, da Lei nº 8.112, de 1990 (STJ, MS 8.106/DF, relator Ministro Vicente Leal, publicação DJ 28.10.2002).

A decisão da autoridade competente que diverge do relatório da Comissão de Inquérito insta-se passível de anulação, caso não seja demonstrado que a decisão da comissão é contrária à prova dos autos. O STJ posicionando-se sobre o assunto, proferiu o seguinte julgado:

Ementa: ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA DA EXTINTA SUDAM. PROCESSO ADMINISTRATIVO **DISCIPLINAR** - PAD. AGRAVAMENTO DA PENALIDADE. DISCREPÂNCIA ENTRE A PENALIDADE APLICADA PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA (DEMISSÃO) E AS CONCLUSÕES DA **COMISSÃO DISCIPLINAR** (ADVERTÊNCIA). DANOS MORAIS. 1. É assente o entendimento jurisprudencial de que o art. 168 da Lei n. 8.112 /1990 não obriga a autoridade competente a aplicar a penalidade sugerida no **relatório da comissão disciplinar**, mas exige, para o agravamento da pena, a devida fundamentação. Inexistente esta, anula-se a decisão administrativa, para que outra seja proferida com a devida fundamentação. Precedentes do STJ e do STF. 2. A decisão administrativa ora questionada, em sentido diametralmente oposto às provas produzidas no Procedimento Administrativo **Disciplinar** - PAD, aplicou penalidade mais severa à autora (demissão), sem sequer expor as razões por que divergiu da pena sugerida pela **comissão**, ou seja, não apontou onde a **comissão** de sindicância teria contrariado as provas dos autos para aplicar a penalidade de advertência à autora. 3. O § único do art. 168 da Lei n. 8.112 /90 obriga a autoridade julgadora, ao agravar a penalidade proposta, a demonstrar, motivadamente, que o **relatório da comissão** contrariou as provas dos autos, o que não se verificou no presente caso. 4. Demonstrada a discrepância entre a penalidade aplicada pela autoridade administrativa e as conclusões da **comissão disciplinar**, sem qualquer justificativa para o agravamento da pena, a decisão administrativa deve ser anulada, não para abrir outra oportunidade para a autoridade julgadora proferir nova decisão, mas sim para, diante da farta instrução probatória produzida nos autos, onde restou comprovada a razoabilidade da conclusão a que chegou a **comissão** de sindicância, acolher o **relatório** ao final elaborado, para aplicar a penalidade de advertência à autora então sugerida, e, via de consequência, determinar a reintegração da apelante ao cargo anteriormente ocupado... (TRF1, AC 26704420044013900, relator Desembargador Federal Néviton Guedes, publicado em 25.07.2014).

Entretanto, reconhecida a inocência do servidor pela comissão, a autoridade instauradora do processo estabelecerá o seu arquivamento, exceto se for contrária à prova dos autos.

Verificada a existência de vício insanável, será declarada a nulidade do processo de forma total ou parcial, pela autoridade responsável, que determinará a formação de nova comissão a fim de instaurar novo processo. Porém, o novo processo somente deve ser aberto em caso de nulidade total. Em conformidade com os princípios da economia e celeridade processual, recomenda-se, em caso de nulidade parcial, dar prosseguimento ao processo inicial a partir do ato considerado nulo, aproveitando os atos anteriores.

3.4 PENALIDADES

É preciso destacar que sempre que um servidor descumprir os seus deveres e obrigações, ou praticar alguma conduta proibida, estará sujeito às penalidades descritas na Lei nº 8.112/90, após conclusão do respectivo processo administrativo disciplinar.

Analisando a situação sobre a ótica administrativa, a penalidade disciplinar consiste na aplicação da sanção correspondente a falta cometida pelo servidor pela autoridade competente, após o devido processo disciplinar, que consiste em advertir, suspender, demitir, cassar sua aposentadoria ou disponibilidade, ou ainda destituir de cargo em comissão ou função comissionada, com consequências diversas, como nos vencimentos, tempo de serviço, progressão funcional, aposentadoria e outros, podendo ainda se estender às esferas penal e civil, de acordo com o caso. Dessa forma, as sanções disciplinares, desde que aplicadas com razoabilidade e justiça, visam promover a educação do infrator, coibir a prática de novas infrações e preservar a ordem interna do órgão no qual o servidor exerce suas atividades funcionais.

O artigo 127 da Lei nº 8.112/90 prevê as seguintes penalidades disciplinares:

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.

Aduz-se que no momento da aplicação das penalidades, o administrador deverá observar a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela

provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais, conforme dispõe o artigo em tela da referida lei. Para assegurar o pleno exercício da defesa, o parágrafo único do artigo 128 também prevê que o ato de aplicação da pena deverá ser justificado, pois “mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar”.

Em um de seus julgados, o STJ manifestou o seguinte entendimento:

Na imposição de pena disciplinar, deve a autoridade observar o princípio da proporcionalidade, pondo em confronto a gravidade da falta, o dano causado ao serviço público, o grau de responsabilidade do servidor e os seus antecedentes funcionais de modo a demonstrar a justeza da sanção (STJ, MS 8.106/DF, relator Ministro Vicente Leal, publicação DJ 28/10/2002).

Destaca-se que a Constituição Federal impõe ao administrador o dever de observar as garantias constitucionais previstas no artigo 5º, XLVI, ‘e’, XLVII, ‘b’, e § 2º do texto constitucional, que assim expressa:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

[...]

e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

[...]

b) de caráter perpétuo;

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Dessa forma, verifica-se que a jurisprudência não tem admitido penas de caráter perpétuo na esfera administrativa, como bem pode ser observado pela leitura do julgado abaixo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CASSAÇÃO DE LICENCIAMENTO PARA PILOTAR AERONAVES. **PENALIDADE PERPÉTUA: IMPOSSIBILIDADE.** NOVO CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO TÉCNICA (RE-CHEK) EXPEDIDO PELO MINISTÉRIO DA AERONÁUTICA. PENA CUMPRIDA. I - Se, após a aplicação de sanção administrativa, ocorrida em 1986, o Ministério de Aeronáutica expede novo Certificado de Habilitação (RE-CHEK), com validade até 05/11/88, imediatamente revalidado, é evidente que

a **penalidade** imposta já restou cumprida, considerando o disposto no art. 160 da Lei nº 7.565 /86. II - A punição de ordem administrativa não pode ter efeitos indefinidos no tempo (caráter **perpétuo**). (TRF 1ª Região, REO 5780 RR 91.01.05780-4, relator JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN, publicação DJ 06/11/1997)

Dessa maneira, o ordenamento jurídico brasileiro proíbe a aplicação de qualquer penalidade de caráter perpétuo, respeitando-se assim, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto na Magna Carta.

3.4.1 Advertência

As faltas leves serão punidas com a advertência, quando não justifique imposição de penalidade mais grave. Na visão de Justen Filho (2005, p. 673), a advertência pode ser entendida como:

A advertência é a sanção administrativa consistente na formal comunicação ao sujeito de ter ele cometido ato ilícito funcional de gravidade reduzida, acrescida da incitação a que não volte a atuar de modo reprovável, sob pena de sofrer sanções mais severas.

Os casos em que deve ser aplicada esta penalidade obedecem ao disposto no artigo 129 do Estatuto, que assim dispõe:

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

O principal objetivo da advertência afigura-se em conscientizar o servidor da ilicitude praticada e evitar que o mesmo volte a cometer a mesma conduta reprovável no futuro, sob o risco de sofrer punição mais severa. Outro efeito possível é a diminuição da sua avaliação de desempenho funcional, o que pode vir a comprometer sua promoção por merecimento.

3.4.2 Suspensão

A penalidade de suspensão pode ser entendida como aquela que afasta temporariamente o servidor do cargo, imposta como punição pela prática de ato

funcional reprovável, resultando em efeitos negativos em relação a sua carreira (JUSTEN FILHO, 2005).

Segundo o artigo 130 do Estatuto dos Servidores, a suspensão será aplicada:

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

§ 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

§ 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

Assim, em caso de nova advertência ou em caso de infração que não comporte pena de demissão, o administrador deverá aplicar a suspensão. O servidor poderá ficar suspenso por até 90 (noventa) dias, tornando-se possível a fixação de multa, em substituição a suspensão, quando houver conveniência para o serviço. Nesse caso, o servidor deverá permanecer em serviço, mas sua remuneração será reduzida em torno de 50% (cinquenta por cento) por dia, a título de multa. Além disso, o tempo correspondente à suspensão não pode ser computado como de efetivo exercício para efeitos legais.

3.4.3 Demissão

A demissão afigura-se uma penalidade que resulta na extinção do vínculo estatutário mantido pelo Estado com um servidor em razão da prática de ato reprovável, de acordo com a lei. O artigo 132 da Lei nº 8.112/90 elenca os casos em que a demissão será aplicada:

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.

Percebe-se que as hipóteses de demissão abrangem casos em que o servidor comete uma infração grave, resultando em consideráveis prejuízos para a Administração Pública. Além disso, todos esses casos exigem a prova de que o servidor agiu com dolo, com má-fé, com deliberação no sentido da prática do ilícito.

Ainda que a conduta do servidor se insira em um dos incisos do art. 132, deve ser observada a real gravidade do ato, os danos causados ao erário, e deve ser sempre analisado o elemento subjetivo da má-fé. Sem avaliar essas situações, não se deve enquadrá-lo mecanicamente nesta penalidade.

3.4.4 Cassação de Aposentadoria ou Disponibilidade

A cassação de aposentadoria ou disponibilidade consiste na penalidade aplicável ao servidor inativo ou em disponibilidade que tenha praticado, enquanto em atividade, infração punível com a pena de demissão. Na visão de Meirelles (2005, p. 443), a pena de cassação de 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”. Para o doutrinador De Azevedo (1988, p. 127), a cassação de aposentadoria “é considerada uma forma agravada de demissão porque, poderá atingir pessoa já sem condições de angariar por outros meios o sustento da família, sem a vantagem de afastar do serviço funcionário a ele prejudicial”. Por ser uma penalidade, a Administração tem o dever de assegurar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa ao aposentado que responde em processo administrativo disciplinar por atos que possam resultar em sua aplicabilidade.

Segundo Justen Filho (2005, p. 675) “a cassação da aposentadoria ou disponibilidade consiste na extinção do vínculo jurídico mantido com o servidor público aposentado ou em disponibilidade como punição por infração por ele praticada quando em atividade, a que fosse cominada sanção de demissão”. A partir desse conceito, percebe-se que a pena de cassação de aposentadoria extingue o vínculo jurídico existente entre o servidor público e a Administração, sendo

equivalente a penalidade de demissão, que seria aplicada caso o servidor ainda estivesse exercendo suas atividades funcionais. Partindo da equivalência entre essas duas penalidades, conclui-se que a aplicação da penalidade de demissão ao servidor ativo interromperia tanto a contagem de tempo quanto a quantidade de contribuições efetuadas para o Regime Próprio de Previdência Social, impossibilitando assim o preenchimento dos requisitos necessários para garantir o seu direito a aposentadoria. Dessa forma, a cassação de aposentadoria foi um instituto criado para solucionar o problema verificado no caso de o agente ter praticado uma infração grave punível com a pena de demissão em época anterior a sua inativação.

Além da previsão na Lei nº 8.112/90, a referida sanção também foi regulamentada nas normas de alguns Estados, a fim de disciplinar o direito e os deveres dos seus servidores, mas sempre observando as garantias processuais previstas na Constituição Federal, sob pena de nulidade do processo ou dos atos que descumprirem esta regra.

Outra consequência desta punição é a interrupção do pagamento dos proventos de aposentadoria pelo regime próprio de previdência social, independentemente do tipo de aposentadoria que foi concedida ao servidor.

Por fim, de acordo com Meirelles (2005, p. 443) “não estando fundada em ilegalidade e tendo natureza punitiva, a cassação independe de aprovação do Tribunal de Contas, sendo, assim, ato exclusivo do Poder que havia concedido a aposentadoria”. Logo, a autonomia estabelecida por essa regra implica numa maior responsabilidade e agilidade na aplicação desta penalidade por parte da autoridade administrativa, sendo dispensável o controle realizado pelo Tribunal de Contas.

3.4.5 Destituição de Cargo em Comissão

A destituição de cargo em comissão está prevista no artigo 135 da Lei nº 8.112/90 e ocorre quando o servidor pratica uma conduta reprovável que resulte em sanção de suspensão ou demissão, extinguindo o vínculo do cargo em comissão.

Segundo Justen Filho (2005, p. 675) “o regime jurídico do servidor provido em cargo em comissão é mais severo, nesse ponto, do que se passa quanto ao titular do cargo de provimento efetivo”. Isso porque a mesma conduta acarreta penalidades

diferentes para cada servidor, sendo prevista a pena de suspensão para o servidor efetivo e a extinção do provimento para o ocupante de cargo em comissão.

3.4.6 Destituição de Função Comissionada

A destituição da função comissionada encontra previsão no artigo 127, VI, da Lei nº 8.112/90 e se caracteriza pelo fim da gratificação de função e das atribuições correspondentes como punição por conduta reprovável (JUSTEN FILHO, 2005).

3.5 A CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA E OS SEUS EFEITOS NO REGIME PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL

A partir da análise da evolução histórica foi possível compreender as mudanças ocorridas na forma de custeio e nos requisitos necessários à aposentadoria, o qual deixou de ser uma benesse concedida pelo Estado, para se tornar um direito social assegurado a todos os servidores que contribuíssem financeiramente para o seu custeio e preenchessem as condições exigidas para a sua aquisição.

A ausência de políticas remuneratórias por parte do Estado ensejou a concessão de benefícios previdenciários para os servidores públicos, como forma de compensar a falta de reajustes salariais e incentivar a carreira no serviço público. Dessa forma, a aposentadoria do servidor era totalmente custeada com recursos do Tesouro Nacional, sem exigência de qualquer contrapartida financeira de sua parte, resultando no crescente desequilíbrio das contas públicas e no endividamento do governo federal. A fim de equilibrar as contas públicas e diminuir os gastos com a previdência, foram criadas as Emendas Constitucionais nº 03/93, nº 20/98 e nº 41/03, que introduziram os conceitos de custeio, equilíbrio financeiro e atuarial, o caráter contributivo e solidário do sistema previdenciário, entre outras medidas.

Diante da mudança para o sistema contributivo e solidário e confrontando-o com a penalidade administrativa de cassação de aposentadoria, surge o questionamento sobre a validade dessa medida sancionadora. Nesse sentido, importa-se destacar o posicionamento de Ibrahim (2014, p. 760) sobre esse tema.

Por outro lado, seja na previdência do servidor ou no regime geral, o fundamento da solidariedade, ainda que necessário e relevante, não deve atuar como pretexto para arbitrariedades e expropriações pelo Estado. Ainda que existam riscos já cobertos pela contribuição, como morte e incapacidades, a contribuição vertida pelos participantes, em geral, compõem um patrimônio a ser resguardado, o qual é amparado pelo direito de propriedade.

Portanto, se a contribuição do servidor se constitui requisito para a concessão da aposentadoria, significa então que existe uma contrapartida da sua parte que deve ser considerada pelo Estado, ao fixar qualquer penalidade que envolva esse benefício. O fundamento da solidariedade do regime previdenciário não é justificativa plausível capaz de avalizar o confisco dos valores pagos pelo servidor ao longo de sua carreira no serviço público, pois tal medida, além de arbitrária, implicaria em enriquecimento ilícito do Estado, o que é vedado pela lei.

Diante dessa proibição legal, surge o questionamento sobre como considerar os valores pagos referente às contribuições previdenciárias do servidor em caso de sua jubilação do serviço público. Existe entendimento na doutrina, que o servidor nessa situação não pode vincular-se ao Regime Geral de Previdência Social, já que tal fato constituiria fraude à lei, pois obterá um benefício baseado no período que não seria no regime próprio do servidor.

Por outro lado, existe posição doutrinária que propõe desconsiderar o montante pago pelo servidor caso venha a ter sua aposentadoria cassada pela Administração Pública. Tal situação colocaria o ex-servidor e sua família em situação de privação econômica e social, ao deixá-lo desvinculado da seguridade social, numa fase da vida em que o mesmo já não possui boas condições de saúde e capacidade suficiente para trabalhar. Esse entendimento desconsidera completamente as contribuições do servidor no custeio do benefício, o que parece não ser razoável.

Nesse diapasão, privar o servidor do seu benefício social numa fase em que o mesmo já se encontra em idade avançada, sem condições de retornar ao mercado de trabalho e impossibilitado de auferir renda para o seu sustento e o da sua família, configura uma verdadeira afronta aos direitos sociais, no qual a previdência social faz parte.

De acordo com a concepção de Ibrahim (2014, p. 04):

A previdência social, em conjunto com a saúde e assistência social, são classificadas como direitos sociais pela Constituição, sendo usualmente enquadradas como direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, devido à natureza coletiva dos mesmos, e certamente serão mantidos em qualquer concepção a ser construída.

Dessa maneira, a previdência, além de ser considerada um direito social, também pode ser classificada como um direito fundamental, conforme interpretação constitucional, e revela-se como um instituto jurídico amplo, diretamente ligado à vida, a família, a subsistência humana, logo, a sua indisponibilidade deveria ser analisada com bastante cautela pelo legislador infraconstitucional.

Cumprido destacar-se, que a referida matéria já foi analisada pelos Tribunais Superiores em diferentes momentos, principalmente em período anterior a publicação das Emendas Constitucionais, e prevaleceu o entendimento de que a penalidade de cassação de aposentadoria é constitucional. No entanto, em recente julgamento proferido pela 2ª Turma nos autos do RE 610.290/MS, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal Federal acenou com uma possível mudança de entendimento.

Essa questão será mais uma vez submetida à análise do STF, desta vez por meio da ADI nº 4882, ajuizada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP), por meio do qual se questiona novamente a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, tendo em vista o caráter contributivo e retributivo das contribuições previdenciárias.

Diante disso, infere-se não é possível afirmar que o tema se encontra pacificado pela jurisprudência do STF. Na verdade, ao analisar a ADI 4882, o Supremo Tribunal Federal terá a oportunidade para tratar adequadamente a matéria, esclarecendo e justificando seu posicionamento diante das mudanças ocorridas na Previdência Social dos Servidores Públicos. Espera-se que a partir deste julgado, o Supremo adote um posicionamento mais justo e razoável, à luz do que pressupõe a Constituição Federal.

4 CONSTITUCIONALIDADE DA PENALIDADE DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA

Ao analisar a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria se faz necessário observar os principais julgados proferidos pelos tribunais brasileiros, a fim de identificar os principais argumentos utilizados pelos magistrados para fundamentar suas decisões a favor ou contra a aplicação da referida penalidade.

4.1 TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Ao analisar as decisões mais recentes dos tribunais regionais federais foi possível identificar o posicionamento convergente 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.

Nesse sentido, torna-se importante citar a decisão proferida no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da Apelação Cível nº 5001645-57.2014.4.04.7203/SC, que teve como relatora a Des. Federal Marga Inge Barth Tessler.

ADMINISTRATIVO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. DEMISSÃO. PRETENSÃO DE APOSENTADORIA COM PROVENTOS INTEGRAIS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA APOSENTADORIA.

1. Inicialmente, é necessário destacar que os requisitos para a aposentadoria do demandante, na condição de Policial Rodoviário Federal, são aqueles previstos na Lei Complementar n. 51/85, cuja redação foi posteriormente alterada pela Lei Complementar n. 144/2014.

2. Em análise ao direito de aposentadoria do servidor público policial, à luz do disposto na Lei Complementar 51/85, o STF estabeleceu outras duas premissas: primeira, a impossibilidade de conversão de tempo especial em comum, justamente pela existência de preceito normativo específico e com condições especiais; e a segunda, a impossibilidade de aproveitamento de outras atividades, também em razão da existência de regramento próprio e que exigiria tempo exclusivo na atividade.

3. No caso em tela, o autor não atinge os 30 anos de serviço previstos na Lei Complementar n. 51/85, havendo sido demitido antes do implemento dos requisitos.

4. Laborando com a hipótese de que o demandante, à época de sua demissão, atendia a todos os requisitos para sua aposentadoria, sua pretensão estaria igualmente prejudicada, na medida em que Lei n. 8.112/90, precisamente em seu artigo 134, estabelece a pena de cassação da aposentadoria do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão, exatamente como ocorreu com o autor. Nessa quadra de pensamento, embora pendente de julgamento a ADI 4882, na qual se questiona a constitucionalidade do art. 134 da Lei 8.112/90, o

posicionamento atual do STF ainda é de que a referida norma compatibiliza-se com o texto constitucional. Nesses termos, foi reconhecida a constitucionalidade da cassação de aposentadoria de servidor público, não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário. STF, STA 729 AgR, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, DJe-121 DIVULG 22-06-2015 PUBLIC 23-06-2015. (TRF-4 - AC: 50016455720144047203 SC 5001645-57.2014.404.7203, Relator: MARGA INGE BARTH TESSLER, Data de Julgamento: 25/04/2017, TERCEIRA TURMA)

Em seu voto, a relatora faz menção a ADI 4882, que ainda aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal, mas posiciona-se a favor da constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, tendo em vista o posicionamento atual do STF que considera a referida norma de acordo com o texto constitucional. Citou uma decisão recente do Pleno do STF (STA 729 AgR, Relator (a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, DJe-121 DIVULG 22-06-2015 PUBLIC 23-06-2015), na qual foi reconhecida a constitucionalidade da cassação de aposentadoria de servidor público, apesar do caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário.

Ainda no seu voto apresentou confronto entre os princípios previdenciários da contributividade e da solidariedade, cabendo a este último justificar a constitucionalidade da sanção, como se pode observar:

[...] a relação contributiva do segurado, a despeito de sua feição sinalagmática, possui base constitucional sedimentada na universalidade e na solidariedade, de tal maneira que as contribuições feitas pelo autor não podem ser vistas exclusivamente sob um prisma individualista, pois também destinavam-se ao custeio de todo o sistema previdenciário.

No âmbito do TRF da 2ª Região foi identificado acórdão⁸ em que a Sétima Turma do Tribunal decidiu por unanimidade, negar provimento ao recurso interposto por ex-servidor que teve sua aposentadoria cassada pelo enquadramento nas infrações disciplinares previstas nos arts. 117, IX, XI e XVI, e 132, IV e XI, da Lei 8.112/90. A defesa alegou que a decisão não está de acordo com a realidade constitucional atual e que a questão está expressa na ADI 4882. Entretanto, o ministro relator defendeu a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, com base na jurisprudência do STF, em consonância com “o disposto no art. 41, §1º, da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de

⁸ TRF-2 - AG: 201302010055218, Relator: Desembargador Federal EUGENIO ROSA DE ARAUJO, Data de Julgamento: 10/07/2013, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 23/07/2013.

rompimento do vínculo estatutário mediante processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa”.

A partir desses julgados, percebe-se que a Justiça Federal, no tocante a pena de cassação de aposentadoria, apresenta entendimento consolidado sobre a constitucionalidade desta sanção, não se vislumbrando eventual prejuízo ao direito adquirido, mesmo levando-se em consideração as alterações introduzidas pela instituição do caráter contributivo do sistema previdenciário vigente.

4.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em pesquisa realizada envolvendo decisões do Superior Tribunal de Justiça, foi possível identificar entendimento atual no sentido da constitucionalidade do ato de cassação de aposentadoria. O assunto foi tratado no mandado de segurança⁹ MS 20.936 DF, impetrado por ex-servidor que arguiu em sua defesa que essa penalidade era inconstitucional, tendo em vista o caráter contributivo da previdência, o direito adquirido, por se tratar de pena perpétua e ferir o princípio da pessoalidade da pena. Em seu voto o Ministro Relator Mauro Campbell Marques, defendeu a constitucionalidade da pena respaldando sua decisão em jurisprudência do STF e do STJ.

O ministro Napoleão Nunes Maia Filho divergiu do voto do relator, suscitando vários questionamentos sobre a posição atual do Tribunal, ao afirmar que a pena de cassação de aposentadoria era um paradigma jurídico do passado, estabelecido à época em que o sistema não era contributivo, mas em virtude da previsão constitucional da contributividade pelo servidor público, esse paradigma foi modificado, tornando-se dever do tribunal promover um amplo debate sobre o tema, levando-se em consideração as principais mudanças ocorridas no sistema previdenciário. Em seu voto, o ministro suscitou as seguintes questões:

[...] no tempo em que não era contributivo o sistema, havia a possibilidade de cassação e, 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.

⁹ Mandado de Segurança n. 20.936 – DF (2014/0083064 - 5), Ministro Relator Mauro Campbell Marques, 12/08/2015.

[...]

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.

Há pelo menos dois importantes acórdãos, um do Tribunal de Justiça de São Paulo e outro do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, afirmando isto que estou dizendo: que não é possível aplicar-se essa sanção de cassação de aposentadoria de servidor sem mais aquela. Porque mudou o sistema da Previdência do Servidor Público.

Percebe-se que ao analisar o tema, o ministro apresentou argumentos consistentes tendo como base a mudança para o regime contributivo e os problemas decorrentes da aplicação desta penalidade sob a ótica desse novo paradigma, suscitando a dúvida sobre a constitucionalidade desta sanção. Ressaltou também dois importantes acórdãos, um do Tribunal de Justiça de São Paulo e outro do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no qual afirmam que não é mais possível aplicar a sanção de cassação de aposentadoria a partir da mudança do sistema de previdência do servidor. Mencionou também a posição de importantes doutrinadores como Rigolin (2007) e Di Pietro (2010), que defendem a inconstitucionalidade da sanção.

Nessa linha de entendimento, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho já havia adotado esse mesmo posicionamento contrário à constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, no julgamento do Mandado de Segurança nº 17.537-DF¹⁰. Nesse julgamento, o servidor aposentado do cargo de Policial Rodoviário Federal teve seu mandado de segurança denegado pela maioria dos ministros da Primeira Seção, diante do ato praticado pelo Ministro de Estado da Justiça que cassou sua aposentadoria pelo enquadramento nas infrações disciplinares previstas nos arts. 117, IX e XI, 132, IV e VI, da Lei 8.112/90.

Em sua defesa, o advogado do servidor alegou a impossibilidade da cassação de aposentadoria do mesmo, argumentando que o impetrante à época já reunia os requisitos legais para se aposentar e efetivamente já estava em pleno gozo de sua aposentadoria, sendo a aplicação de tal sanção uma afronta a um ato jurídico perfeito. O Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima ao apreciar a questão, apresentou voto favorável à cassação da aposentadoria do servidor com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No entanto, o ministro Napoleão Nunes Maia Filho

¹⁰ STJ - Mandado de Segurança nº 17.537 - DF (2011/0215542 - 0), Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima, 11/03/2015.

divergiu do relator e apresentou em sua tese argumentos contrários, no qual merece destaque os seguintes:

[...]

13. Constatase, assim, que a natureza premial das aposentadorias sucumbe diante da nova realidade da aposentadoria estatutária, regida pelo regime contributivo: ou seja, configura-se como contraprestação ao prévio recolhimento de tributo aos cofres públicos, bem como o atendimento aos demais requisitos estabelecidos em lei.

[...]

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.

[...]

19. Registre-se que recentemente a questão foi objeto de debate pela Corte Especial do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo que, analisando a controvérsia sob a luz da nova ordem constitucional vigente desde a reforma previdenciária de 1998, concluiu pela incompatibilidade das leis que preconizam a cassação de aposentadoria como sanção disciplinar.

[...]

20. Assim, no atual sistema contributivo de Regime Próprio, o aposentado não mais é um servidor público. Ao se aposentar, há vacância do cargo e não se poderia mais romper um vínculo funcional não mais existente, por meio da cassação de aposentadoria, em razão de mau serviço prestado.

[...]

22. Da mesma forma com que no regime de INSS, se um empregado preencher os pressupostos para aposentadoria, tem direito a ela e a má qualidade de seu trabalho não pode ser razão para desconstituição do ato previdenciário, não se pode aplicar a sanção de cassação de aposentadoria nos Regimes Próprios, instituto que não foi recepcionado pela Emenda Constitucional 20/1998.

[...]

28. Assim, a dignidade da pessoa humana implica a impossibilidade de abjeção do ser humano, ou seja, não pode ser considerado como mero objeto. A abordagem do assunto passa pela consideração do ser humano inclusive no ato punitivo, sendo vedado tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CF), assegurando o respeito à sua integridade física e moral, bem como o direito à existência material mínima.

[...]

29. Por fim, mas não menos importante, não se deve perder de vista que a penalidade 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 Lei de Introdução ao Código Civil, 186, I, § 1º da Lei 8.112/90, 5º, XXXVI e 40, § 1º, I da Constituição Federal.

[...]

45. Assim, é sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, dos direitos sociais aos benefícios da Seguridade Social, bem como do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e do caráter contributivo da aposentadoria estatutária que deve ser analisado o caso concreto, de acordo com os quais só há de se enxergar a pena de cassação de aposentadoria.

Dessa maneira, a partir da análise da jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça é possível identificar que o tribunal tem se posicionado a favor da constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. No entanto, a questão não é unânime, conforme se pode observar pelos votos do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que tem destacado a necessidade de se realizar uma discussão mais aprofundada sobre o tema, diante das mudanças promovidas pela emenda constitucional nº 20/98.

4.3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A análise jurisprudencial das principais decisões do Supremo Tribunal Federal frente a esta matéria se constitui de fundamental importância para se compreender a posição atual adotada por esta Corte Constitucional, bem como para apresentar os principais precedentes que fundamentam as decisões dos demais tribunais.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou a matéria pela primeira vez no julgamento do MS 21.948/RJ, por meio do qual a parte alegava que os incisos III e IV do artigo 127, da Lei nº 8.112/90, que previam as penas de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, eram inconstitucionais, tendo em vista que o servidor já havia adquirido o direito de se aposentar quando aplicada a pena de demissão. No entanto, o STF refutou essa tese, com base no artigo 41, parágrafo 1º, da Constituição Federal que prevê a demissão; e com base na lei, que prevê a cassação de aposentadoria, do servidor inativo, quando for comprovado que o mesmo cometeu uma infração disciplinar grave, quando em atividade. Entendimento semelhante foi adotado no MS 22.728/PR, no qual se afastou a tese de que a referida pena é inconstitucional por violar ato jurídico perfeito.

Após a edição da emenda constitucional nº 20/98, o Supremo Tribunal Federal foi novamente questionado e proferiu acórdão no MS 23.299/SP. O ministro Sepúlveda Pertence, relator do processo, não enfrentou a questão da mudança para o regime contributivo e adotou a mesma tese já aplicada aos casos anteriores. Decisão semelhante foi adotada no ROMS 24.557-7/DF. E também no julgamento do AgR no MS 23.219-9/RS, no qual o relator arguiu que, não obstante o caráter contributivo da previdência social, o STF tem confirmado a possibilidade de aplicação desta sanção conforme a Constituição. Mais uma vez, tal decisão baseou-se no precedente, relatado pelo ministro Sepúlveda Pertence.

No entanto, recentemente, novo posicionamento foi adotado em acórdão proferido pela 2ª Turma no julgamento do RE 610.290/MS, relatado pelo ministro Ricardo Lewandowski, ao estabelecer que a aposentadoria instituída em favor dos dependentes de policial militar excluído da corporação “representa uma contraprestação às contribuições previdenciárias pagas durante o período efetivamente trabalhado”. No presente caso, alegava-se a inconstitucionalidade do dispositivo legal que estabeleceu o benefício previdenciário à família do policial militar excluído da corporação. Todavia, a decisão da 2ª Turma foi pela constitucionalidade do dispositivo legal, por se tratar de benefício previdenciário, de caráter contributivo. Em suas alegações finais o ministro Ricardo Lewandowski considerou que divergir deste entendimento é “placitar verdadeiro enriquecimento ilícito da Administração Pública”, que ao adotar um sistema contributivo de seguro social, apenas receberia as contribuições do trabalhador, sem nenhuma obrigação de retribuir os valores pagos.

Torna-se importante destacar que o referido acórdão discutiu apenas a cassação da pensão dos dependentes e não a penalidade de cassação de aposentadoria. Por outro lado, o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao proferir decisão sobre o MS 2091987-98.2014.8.26.0000, entendeu, por maioria de votos, que tal penalidade não é mais compatível com o atual sistema previdenciário adotado no país.

4.4 A VISÃO DA DOCTRINA NO BRASIL

Ao pesquisar a opinião dos principais juristas que analisaram esse tema, foi possível perceber a dificuldade e a complexidade que envolve o assunto. Diferentemente do posicionamento dos tribunais que consolidaram o entendimento pela constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, atualmente, existe na doutrina, juristas que defendem tanto a constitucionalidade quanto aqueles que defendem a inconstitucionalidade desta sanção.

4.4.1 Os defensores da Inconstitucionalidade

Dentre os principais argumentos utilizados pelos que defendem a inconstitucionalidade estão à violação ao ato jurídico perfeito, a coisa julgada, a

segurança jurídica, ao Princípio da Dignidade Humana, aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e o enriquecimento ilícito do Estado ao se apropriar dos valores pagos a título de contribuição previdenciária.

Para Di Pietro (2010), a pena de cassação de aposentadoria se tornou inconstitucional a partir da instituição do regime previdenciário contributivo para os servidores públicos, tendo em vista que o servidor paga uma contribuição, que é obrigatória, para garantir o direito à aposentadoria. Na visão da doutrinadora, o servidor inativo “passa a ter dois tipos de vínculos: um ligado ao exercício do cargo e outro de natureza previdenciária”, como resultado da reforma previdenciária que modificou as regras para aposentadoria dos servidores. Com a aprovação dessa reforma, o governo conseguiu aproximar o regime de aposentadoria do servidor público e o do empregado do setor privado, e segundo Di Pietro (2010), uma das principais consequências seria a desvinculação entre o direito à aposentadoria e o direito ao exercício do cargo, a partir do momento que o servidor preenche os requisitos para se aposentar, tornando-se duas relações jurídicas distintas.

A autora retro citada menciona ainda, o caráter solidário do regime previdenciário. Na sua concepção, o fato de ser a solidariedade uma das características do seguro social não significa que os beneficiários não tenham direito de receber o benefício, pelo contrário, é um instituto que reforça ainda mais esse direito, já que foi idealizada exatamente para garantir o direito dos segurados ao benefício. Para os servidores assegurados a “contribuição tem necessariamente que corresponder um benefício”, semelhantemente a um contrato de seguro. Assim, “se o servidor paga a contribuição que o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não pode ser frustrado pela demissão.”. A autora lembra também que a relação entre benefício e contribuição está prevista em vários dispositivos da Constituição, mas consta expressamente no artigo 40, parágrafo 3º. E finaliza a análise da relação existente entre o princípio da solidariedade e a aposentadoria do servidor afirmando que “a regra da solidariedade convive (e não exclui) o direito individual ao benefício para o qual o servidor contribuiu”.

Di Pietro (2010) destaca também que “a legislação estatutária não se adaptou inteiramente ao novo regime de aposentadoria” e que “há uma resistência grande dos entes públicos em abrir mão desse tipo de penalidade”, em virtude da falta de consciência em relação aos efeitos da alteração do regime do servidor e do

inconformismo com a incompatibilidade da referida penalidade com o regime previdenciário contributivo agora imposto a todos os servidores. Por fim, a autora defende a responsabilização do servidor na esfera criminal e no âmbito da lei de improbidade administrativa e que responda pela reparação civil dos prejuízos eventualmente causados ao erário.

Opinião semelhante é compartilhada por Rigolin (2007), que defende a inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. O autor argumenta que qualquer ato que casse aposentadoria de servidor por fatos praticados quando o mesmo ainda estava na ativa, viola irreparavelmente o ato jurídico perfeito, que concedeu a sua aposentadoria. Afirma ainda, que a aposentadoria poderia ser cassada se o ato concessivo estivesse juridicamente eivado de vício, o que acarretaria a sua anulação. Na visão do autor, a aposentadoria é um ato jurídico perfeito e acabado, que obrigatoriamente quita toda e qualquer pendência, diferença ou disputa entre Administração e servidor, pois a própria Lei nº 8.112/90 simplesmente impede a concessão de aposentadoria ao servidor que esteja sendo processado administrativamente quando a requer, mesmo que tenha completado o direito. O autor argumenta ainda, que não caberia essa pena em virtude da inexistência de nexos entre a falta cometida pelo servidor durante a atividade funcional e o direito a aposentadoria, sendo, portanto desproporcional. Para ilustrar seu argumento o autor exemplifica da seguinte maneira:

Com todo efeito, tem o mesmo sentido jurídico tanto a pena de cassação de aposentadoria por fato que fora, na atividade do servidor, punível com demissão tanto quanto a pena de confisco do automóvel ao traficante de droga, ou a pena de prestação de serviços à comunidade ao emitente de cheque sem fundos. Fato e pena são absolutamente desconexos nestes fictícios exemplos como são no caso presente, ainda que conste da lei o despautério. (RIGOLIN, 2007, p. 03)

O doutrinador destaca também que é inadmissível que o servidor seja punido por fatos que deixaram de ser apurados à ocasião oportuna por exclusiva inação da Administração, uma vez que na maioria dos casos já se operaria a prescrição e a decadência destas ações. Nesse sentido, questiona se os prazos prescricionais previstos nos estatutos de servidores funcionam apenas contra o servidor e se a ideia de prescrição ou decadência de direito, quando se refere a Administração Pública perde seu sentido e deixam de ser observados. Ainda sobre essas questões, o eminente jurista argumenta que:

Ora, resta evidente que se a Administração puder cassar uma aposentadoria concedida anterior e regularmente a seu servidor, ocasionalmente após décadas de inação, porém mesmo que logo após a concessão, então nesse mesmo passo estará autorizada a negar ou furtrar ao aposentado aquele seu direito, sua conquista social, e a reduzi-lo ao abandono na miséria.

Todas as coisas têm um prazo para ser exercitadas, sobretudo os direitos e as penas.

A pretensão punitiva do Estado, no plano administrativo ou no plano judicial, naturalmente sujeita-se também a regras e a princípios que não podem ser menosprezados ou ignorados, em nome de um alegado interesse público impossível de detectar ou localizar. Muito ao inverso, não existe maior interesse público que o interesse de cada cidadão na estabilidade das suas relações com o Poder Público, conseqüência direta da própria estabilidade das relações jurídicas. (RIGOLIN, 2007, p. 05)

Aduz-se importante enfatizar que ao mesmo tempo em que o autor argumenta a favor da inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria, defende que as irregularidades cometidas pelo servidor sejam devidamente apuradas e em caso de confirmação, o servidor seja responsabilizado. Caso tenha praticado crime contra a Administração, deve ser denunciado ao Ministério Público; se causou prejuízos ao erário público, deve ressarcir o Estado, por meios administrativos ou judiciais.

4.4.2 Os defensores da Constitucionalidade

Observa-se que os principais argumentos dos defensores da constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria são o vínculo jurídico existente entre o servidor e a Administração Pública, o caráter universal e solidário da previdência social, a responsabilização do servidor diante do cometimento de infrações graves e a inexistência de óbice à garantia do ato jurídico perfeito.

A constitucionalidade desta sanção é atualmente defendida por Carvalho Filho (2014), que argumenta não existir direito adquirido a aposentadoria quando o servidor tiver dado motivo, enquanto em atividade, à pena de demissão. Em sua opinião essa penalidade também deveria ser aplicada ao magistrado que praticou falta grave durante o exercício do cargo, pois assim se evitaria que a aposentadoria fosse utilizada como instrumento de proteção para encobrir essas infrações cometidas anteriormente.

O doutrinador Ruiz (2015) defende que a punição para o cometimento de falta gravíssima seria a demissão do servidor, e neste caso, se aplicada esta sanção, o servidor não faria jus a aposentadoria, de modo que, tendo cometido a falta e em

seguida se aposentado, esta deveria ser cassada. Para embasar seu posicionamento, citou o precedente do STF no MS 21.948/RJ, relatado pelo ministro Néri da Silveira, DJ 07.12.95, que assim decidiu:

[...] dessa maneira, a circunstância de o servidor possuir tempo de serviço para aposentadoria voluntária não obsta possa a Administração a que vinculado instaurar o processo administrativo disciplinar para apurar falta que haja eventualmente praticado no exercício do cargo. Mesmo se aposentado, ainda assim lícito seria a instauração do procedimento disciplinar de que poderia decorrer a cassação da aposentadoria, se comprovada a ocorrência de falta grave, em lei capitulada como conducente à perda do cargo”.

O doutrinador faz menção também ao MS 19572-DF, relatado pela ministra Eliana Calmon, no qual foi decidido que “desde que o ilícito administrativo tenha cometido pelo servidor ainda na atividade, é plenamente aplicável a pena de cassação de aposentadoria, não se podendo falar em ato jurídico perfeito, tampouco em ofensa a direito adquirido” e também ao MS 17.535/DF, relatado pelo ministro Benedito Gonçalves, “o ordenamento jurídico não acoberta condutas ilícitas praticadas enquanto o servidor se encontrar na atividade...” para justificar seu posicionamento a favor desta penalidade.

Quanto à alegação de que a lei não prejudicará o direito adquirido, Ruiz (2015) argumenta que não se pode sustentar que a aposentadoria torna o servidor impune ou imune a qualquer penalidade, sendo cabível a instauração de processo administrativo disciplinar para apurar possíveis irregularidades cometidas pelo ex-servidor, desde que seja considerado os prazos de decadência e de prescrição. A pretensão punitiva se submete a prazos quinquenais, contados, no caso da prescrição, da “actio nata”, da ciência da prática do ilícito. Alega ainda, que apenas o servidor em exercício, sem penalidade, tem direito à inativação (artigo 40 da CF) e, por isso, sua responsabilidade deve ser apurada de modo, a saber, se tinha ou não direito à inativação. Para embasar seu posicionamento, Ruiz (2015) destaca a decisão do ministro Moreira Alves, do STF, no qual enfatizou em conhecido acórdão, que não há direito adquirido contra lei, ou seja, o servidor que praticou falta grave não tem direito adquirido à aposentadoria.

Acrescenta ainda que afigura-se como possível falar em violação aos princípios da proporcionalidade, segurança jurídica, razoabilidade e ampla defesa, em relação à cassação de aposentadoria, se houver prescrito o direito de

instauração do processo disciplinar ou se verificada a decadência. Afirma que é inconsistente a alegação de que a penalidade passaria à família ou aos seus dependentes, privados dos benefícios de aposentadoria, já que essa possibilidade existe para qualquer penalidade e é mais um motivo que deve ser considerado, pelo autor do ilícito. Na sua visão, nada impede que o servidor procure outro emprego e compute o tempo de serviço público na subsequente aposentadoria, conforme previsão do parágrafo 9º, do artigo 201 da Constituição Federal.

No tocante ao argumento baseado no caráter contratual da contribuição previdenciária, de natureza securitária, a revelar comutatividade e reciprocidade na obrigação, o Supremo Tribunal Federal declarou que o sistema previdenciário, objeto do artigo 40 da Constituição Federal, nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por norma de direito privado. E cita o voto vencido, do desembargador Eros Piceli, que afirmou que o valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi e nem é prestação sinalagmática, mas tributo destinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social, como bem reconhece, ainda, Coelho (2007). Essa natureza tributária é expressamente declarada no artigo 149 da CF.

O autor enfatiza o caráter solidário da previdência social previsto no artigo 195 da Constituição Federal, que dispõe que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, além do empregador, do trabalhador, da receita de concursos de prognósticos e também de recursos do importador.

Por fim, o autor destaca que o cumprimento da obrigação tributária, ou seja, as contribuições feitas pelo servidor, não assegura o direito à aposentadoria. Nem mesmo tem direito a receber pelos valores pagos, caso deixe, por exemplo, de contribuir depois de 20 (vinte) anos, sem preencher os requisitos para obtenção do benefício, pois não se trata de repetição de indébito, mas de obrigação tributária, cujo fato gerador é o trabalho.

4.5 DA ADI N° 4882/12

Diante dos inúmeros questionamentos sobre a inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da

Receita Federal do Brasil (ANFIP), ajuizou, em 01 de novembro de 2012, uma ação direta de inconstitucionalidade questionando os arts. 127, IV e 134 da Lei nº 8.112/90.

A aplicação desta sanção, na visão da ANFIP, constitui um verdadeiro confisco, uma vez que o Estado transfere para si as contribuições previdenciárias realizadas pelo servidor, cuja finalidade é custear a aposentadoria, constituindo, portanto, patrimônio do servidor público.

Alega também que a pena de cassação de aposentadoria tinha legitimidade no século passado, quando a aposentadoria era tida como uma gentileza concedida pelo Estado como forma de retribuir o vínculo mantido entre a Administração e os seus servidores. No entanto, a partir do momento que as contribuições passaram a ser obrigatórias, o sistema passou a ser regido de forma retributiva, de modo que, espera-se do Estado uma contraprestação derivada das contribuições feitas pelo servidor, caso contrário ocorreria nítido enriquecimento ilícito do Poder Público, o que é vedado pela Constituição Federal.

Além disso, para a ANFIP o ato que outorga a aposentadoria se caracteriza como ato jurídico perfeito, tendo em vista se tratar de ato lícito, que tem como objetivo a aquisição do direito de se aposentar, pois se ilícito fosse o ato não deveria ter sido concretizado pela Administração Pública, sendo preferível optar pelo reembolso das contribuições efetuadas pelo servidor. E por estar diante de um ato jurídico perfeito, não há que se falar em invalidade do ato, já que este já está consolidado, observando-se, dessa forma, o princípio da segurança jurídica.

Outro desrespeito à ordem constitucional, segundo a Associação, é a possibilidade de os pensionistas serem atingidos pelos efeitos da pena de cassação de aposentadoria, em clara violação ao princípio previsto no art. 5º, XLV, da CF, que assegura, ressalvado alguns casos definidos em lei, que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Destaca ainda que tal sanção viola o princípio do devido processo legal, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Apona por fim, que os arts. 127, IV e 134 da Lei nº 8.112/90 violam expressamente os incisos V, X, XXXVI e XLV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Posteriormente ao recebimento da ação, o STF solicitou esclarecimentos do Senado Federal e da Presidência da República acerca da constitucionalidade ou não dos arts. 127, IV e 134 da Lei nº 8.112/90.

Na fase seguinte foram abertas vistas à Advocacia Geral da União, que se manifestou favoravelmente a constitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria. Em suas alegações o Advogado Geral da União defendeu que o vínculo do servidor com o Estado não se extingue com o encerramento do exercício de suas funções, permitindo, portanto, a aplicação da sanção disciplinar.

Em relação a violação ao ato jurídico perfeito, defendido pela ANFIP, a Advocacia Geral da União, fundamentada nas decisões do Supremo, argumentou que tal instituto do Direito Civil, não impede a aplicação da referida penalidade, uma vez que esta punição decorre dos atos ilícitos praticados durante o exercício das funções públicas. Assim sendo, o ato que deu causa a cassação da aposentadoria foi anterior ao ato que concedeu o benefício, de maneira que, se a Administração Pública tivesse ciência dos acontecimentos à época dos fatos não concederia a aposentadoria ao servidor.

Quanto a alegação de enriquecimento ilícito da União, a AGU defendeu que essa tese não subsiste, tendo em vista o caráter solidário e universal da previdência social, e que por esse motivo, o pagamento das contribuições previdenciárias não implica no recebimento do benefício previdenciário.

Na sequência, foram abertas vistas ao Procurador Geral da República, que em seu parecer entendeu não existir incompatibilidade entre a pena de cassação de aposentadoria e o ordenamento jurídico brasileiro. Para embasar esse posicionamento, a Procuradoria argumentou que os dispositivos da Lei nº 8.112/90 que se referem a esta sanção são decorrentes do princípio da predominância do interesse público sobre o privado. Acrescentou que esse princípio também respalda o artigo 142, §1º, da Lei nº 8.112/90, o qual prevê que o prazo prescricional para ação disciplinar se inicia a partir do momento em que a Administração Pública tem conhecimento do ato ilícito praticado pelo servidor.

Esse dispositivo permite à Administração Pública, aplicar a pena de demissão, ainda que o servidor já se encontre aposentado. Dessa maneira, a PGR entendeu que se a Administração tivesse o conhecimento do ato ilícito à época do fato, o servidor seria demitido e não faria jus a aposentadoria, porém, se a mesma ocorreu foi em desconformidade com a lei, não configurando, portanto, o ato jurídico perfeito. Para embasar esse posicionamento, citou às decisões do STF sobre o tema.

Ao analisar o argumento de enriquecimento sem causa por parte do Estado, em face das contribuições realizadas pelo servidor, o Procurador-Geral argumentou que “o regime administrativo dos servidores públicos não se confunde com o regime previdenciário, pois este é autônomo em relação àquele” e ressaltou também que não é cabível alegar os reflexos previdenciários da aposentadoria como justificativa para invalidar norma referente ao regime disciplinar do funcionalismo público.

Por fim, a PGR citou uma decisão atual do Supremo Tribunal Federal, que reconhece a legitimidade constitucional da referida pena, mesmo após a mudança para o regime contributivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na contextualização do tema da cassação da aposentadoria do Servidor Público Federal, analisou-se a sua (in)constitucionalidade na visão doutrinária e jurisprudencial. Verificou-se que, conquanto ainda que haja certa divergência doutrinária e jurisprudencial em torno da constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, vislumbra-se que não há razão jurídica para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 127, IV e 134 da Lei nº 8.112/90. De fato, o art. 41, §1º, II da Constituição Federal prevê a perda do cargo para servidor público efetivo condenado em processo administrativo disciplinar. Com a perda do cargo, o ato que concedeu a aposentadoria do servidor se tornaria inválido, já que os benefícios do regime próprio de previdência são assegurados apenas aos servidores que estão empossados em um cargo público efetivo.

Por outro lado, observou-se que não é cabível a tese de que a referida penalidade fere o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito, uma vez que o ato que concede o benefício se tornaria prejudicado com o conhecimento *a posteriori* de fato impeditivo, conforme preconiza o art. 172 da Lei nº 8.112/90. Caso o ato ilícito praticado fosse conhecido pela Administração Pública na época em que o servidor ainda estivesse investido no cargo, seria instaurado um processo administrativo disciplinar, e caso o servidor fosse condenado, seria aplicada a pena de demissão, que resultaria na extinção do vínculo jurídico e na perda do direito de se aposentar pelo RPPS.

Também verificou-se que não se sustenta o argumento de que a referida penalidade fere a segurança jurídica, tendo em vista que no próprio Estatuto dos Servidores Públicos Federais já existe a previsão de prescrição das penas administrativas, conforme disposto no art. 142, §2º, da Lei nº 8.112/90, no qual dispõe que “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”. Assim, a partir do conhecimento da irregularidade pela autoridade máxima do órgão ou da repartição é que se inicia a contagem do prazo prescricional.

Da mesma maneira, a alegação de que a pena, ora analisada, ultrapassa a pessoa do condenado, ferindo ao disposto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, no caso de pensionistas não possui cabimento. Essa garantia constitucional foi observada no processo administrativo disciplinar, de tal forma que a morte de servidor é hipótese de exclusão da punibilidade.

Ainda assim, o argumento de que a pena de cassação de aposentadoria viola o princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser conhecido, haja vista ser possível a contagem recíproca do tempo de contribuição e a compensação financeira entre os regimes previdenciários. Esse dispositivo está previsto no art. 201, §9º da Constituição Federal. Portanto, tal dispositivo configura-se uma garantia de que os direitos sociais dos servidores serão respeitados, tendo em vista que os benefícios previdenciários, inclusive o pagamento de pensão, continuarão plenamente assegurados.

Por fim, a alegação de que a pena de cassação de aposentadoria provoca um verdadeiro enriquecimento ilícito do Estado se mostra pertinente, tendo em vista que o pagamento das contribuições previdenciárias feitas pelo servidor está vinculado ao recebimento de algum benefício. Além do mais, a apropriação dessas contribuições pelo Estado fere o direito de propriedade do servidor, já que tais valores integram seu patrimônio particular, não sendo admissível que o Estado se aproprie desses recursos e venha justificar tal atitude no caráter solidário da previdência social, pois a solidariedade deve ser entendida como um mecanismo para ampliar os sujeitos passivos responsáveis pelo custeio da seguridade social e manter um mínimo de correspondência entre os aportes dos segurados e as prestações estatais.

À luz dos argumentos esposados, conclui-se que o entendimento mais adequado à Constituição, é o que defende a validade da penalidade disciplinar de cassação de aposentadoria, de um lado, mas permite, de outro, a restituição dos valores pagos pelo servidor a título de contribuição previdenciária, ou ainda, o aproveitamento, no RGPS, do tempo de contribuição prestado pelo servidor no Regime Próprio, mediante compensação financeira entre os regimes públicos de previdência social.

Cumprido destacar que a pesquisa nos tribunais foi de fundamental importância para a compreensão dos principais argumentos arguidos pelos magistrados em relação à matéria, constituindo-se uma verdadeira pesquisa empírica. E contribuiu também para o exame mais aprofundado do ordenamento jurídico atual, permitindo-se identificar, dentre os argumentos elencados, aqueles que são realmente válidos, à luz do texto constitucional e das normas infraconstitucionais, dentre as quais merece destaque, a Lei nº 8.112/90.

Percebeu-se, ainda, da análise do ordenamento jurídico atual, que tal matéria carece de melhor regulamentação, sugerindo-se, portanto, a criação de norma

infraconstitucional pelo Poder Legislativo, de forma a suprir todas as lacunas existentes sobre o tema.

Nessa linha de entendimento, compreendeu-se que a investigação enveredou o objeto deste trabalho numa análise científica, cumprindo o objetivo proposto de sistematização do instituto, permitindo uma elucidação de aspectos, o que revelou a relevância e importância acadêmica do tema, e sua aplicação no âmbito da matéria relativa aos Servidores Públicos Federais.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Sylvio Ximenez. **Direito Administrativo Disciplinar, em perguntas e respostas**. 2. ed., ver. atual e ampl. São Paulo: RT, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal de 1934**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 20 de jun. 2017.

_____. **Constituição Federal de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2017.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jun. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939**. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1713-28-outubro-1939-411639-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 de jun. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jul. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 jul. 2017.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997**. Altera dispositivos das Leis nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de setembro de 1992 e 2.180, de 5

de fevereiro de 1954, e dá outras providências . Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9527.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 17.537/DF.** Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Data do julgamento: 11/03/2015. Data da Publicação: 09/06/2015. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102155420&dt_publicacao=09/06/2015>. Acesso em: 14 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 17535/DF.** Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Data de Julgamento: 10/09/2014, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Disponível em: <
<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/139295380/mandado-de-seguranca-n-17535-df-do-stj>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 19572/DF.** Relator: Ministra Eliana Calmon. Data de Julgamento: 11/12/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Data de Publicação: DJe 17/12/2013. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24814101/mandado-de-seguranca-ms-19572-df-2012-0269268-3-stj/inteiro-teor-24814102>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 20.936/DF.** Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Data de Julgamento: 12/08/2015. Data de Publicação: 14/09/2015. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400830645&dt_publicacao=14/09/2015>. Acesso em: 07 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 8.106/DF.** Relator: Ministro Vicente Leal. Data de Publicação: 28/10/2002. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=538512&num_registro=200101944618&data=20021028&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 241.201/SC.** Relator: Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 27/08/2002 – Segunda Turma. Data de Publicação: 20/09/2002. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000015991&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.948-RJ**. Relator: Ministro Néri Silveira. Data de Julgamento: 29/09/1994 - Plenário. Data de Publicação: 07/12/1995. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747328/mandado-de-seguranca-ms-21948-rj>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.728-PR**. Relator: Moreira Alves. Data de Julgamento: 22/01/1998 – Tribunal Pleno. Data de Publicação: 13/11/1998. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741396/mandado-de-seguranca-ms-22728-pr>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.219-9-RS**. Relator: Ministro Eros Grau. Data de Julgamento: 30/06/2005 – Tribunal Pleno. Data de Publicação: 19/08/2005. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14737203/agregno-mandado-de-seguranca-ms-23219-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.299-SP**. Relator: Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 06/03/2002 – Tribunal Pleno. Data de Publicação: 12/04/2002. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775211/mandado-de-seguranca-ms-23299-sp>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 610.290-MS**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 25/06/2013 – Segunda Turma. Data de Publicação: 15/08/2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23953920/recurso-extraordinario-re-610290-ms-stf?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Mandado de Segurança nº 20614274220158260000/SP**. Relator: Antônio Carlos Villen. Data de Julgamento: 17/02/2016 – Órgão Especial. Data de Publicação: 29/02/2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310231725/mandado-de-seguranca-ms-20614274220158260000-sp-2061427-4220158260000?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível nº 26704420044013900**. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Data de Julgamento: 14/05/2014. Data de Publicação: 25/07/2014. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162020424/apelacao-civel-ac-26704420044013900>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Remessa Ex Officio nº 5780 RR 91.01.05780-4**. Relator: Juiz Jirair Aram Meguerian. Data de Julgamento: 30/09/1997 – Segunda Turma. Data de Publicação: 06/11/1997 DJ p.94073. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3581515/remessa-ex-officio-reo-5780-rr-910105780-4?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 50016455720144047203 SC 5001645-57.2014.404.7203**. Relator: Marga Inge Barth Tessler. Data de Julgamento: 25/04/2017 – Terceira Turma. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464959291/apelacao-civel-ac-50016455720144047203-sc-5001645-5720144047203?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Imprensa. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

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-aposentadoriaincompativel-regime-previdenciario-servidores>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

JUSBRASIL. TRF-1 - REMESSA EX OFFICIO: REO 5780 RR 91.01.05780-4. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3581515/remessa-ex-officio-reo-5780-rr-910105780-4>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

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.

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. **Fórum administrativo: direito público**, Belo Horizonte, v. 7, n. 75, maio 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30100>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. **O Servidor Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

RUIZ, Urbano. Servidor que comete falta grave pode ter aposentadoria cassada. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 30 de março de 2015. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: jul. 2017.

TAVARES, Marcelo Leonardo; SANTOS, Estêvão Gomes Corrêa dos. Cassação de aposentadoria: o caminho do meio. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 53, n. 212, p. 81-100, out. /dez. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p81>. Acesso em: 03 jul. 2017.