

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

HUMBERTO FERNANDES DOS SANTOS

ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO
DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL

SOUSA – PB

2018

HUMBERTO FERNANDES DOS SANTOS

ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO
DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL

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

Orientador: Professor Giliard Cruz Targino

SOUSA – PB

2018

HUMBERTO FERNANDES DOS SANTOS

ANÁLISE ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO
DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL

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

Orientador: Professor Giliard Cruz Targino

Aprovado em: 06 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Giliard Cruz Targino
Professor Orientador

Professora Maria de Lourdes Mesquita
Avaliadora

Professor Mestre Manoel Pereira de Alencar
Avaliador

Dedico o presente trabalho a Deus, por ter me guiado sempre. Aos meus pais, irmãos e amigos, pela paciência que tiveram e pela confiança que em mim depositaram.

AGRADECIMENTOS

A princípio, agradeço a Deus pela dádiva da vida e por ter concedido a mim a sabedoria necessária para alcançar mais este objetivo. Ao Senhor Jesus Cristo que com sua infinita bondade por ter me agraciado com a determinação para nunca abandonar meus ideais.

Aos meus pais Ideilson Isaias e Francisca Fernandes, aos quais dedico todo o meu amor e gratidão, principalmente pelo apoio incondicional em todos os momentos, e por serem exemplos de hombridade e determinação que pretendo seguir até o último suspiro.

Ao meu irmão Hugo Fernandes, pelo carinho, confiança, zelo e paciência. Te amo irmão.

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

A Vanessa Pereira, a pessoa responsável por dar sentido aos meus dias. Com sua ajuda pude ultrapassar barreiras que para mim eram intransponíveis. Te amo.

Aos meus amigos da residência universitária, por me ensinarem o verdadeiro significado de companheirismo e irmandade. Com vocês cresci como estudante e como pessoa, em especial cito Anderson Vieira, Márcio Fagner, Fernando Henrique, Demétrios Alencar, Allan Frank, Henrique, Doniego Lima e também Maira e Marcela.

A Matheus França e Robson Moraes, irmãos que a vida me presenteou. Sou eternamente grato pela companhia, e por sempre acreditarem em meus sonhos e objetivos. Amo e estarei sempre com vocês

A Esdras Hanes, Guilherme Figueiredo, Igor Vieira e Valber Fontes, pelo aconselhamento, e pela mão sempre estendida a me ajudar, principalmente nos momentos mais conturbados da minha vida acadêmica e pessoal. Nossa amizade surgiu na Universidade, mas certamente se estenderá por toda a vida.

Aos professores do Curso de Direito, pela a dedicação e compromisso diário em nos transmitir o conhecimento necessário, e por zelarem pelo nosso futuro enquanto profissionais.

A meu amigo e orientador, Professor Giliard Cruz Targino, pelos valiosos ensinamentos na orientação deste trabalho.

A todos, enfim, minha eterna gratidão!

*Eu não troco a justiça pela soberba.
Eu não deixo o direito pela força.
Eu não esqueço a fraternidade pela tolerância.
Eu não substituo a fé pela superstição, a realidade pelo ídolo.*

(Rui Barbosa)

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria do servidor público federal, principalmente após as alterações constitucionais que implantaram o caráter contributivo à previdência social. Deve-se lembrar que até o advento da EC 03/93 a aposentadoria do servidor público tinha natureza de prêmio, por essa razão o estudo da temática se mostra de fundamental importância, haja vista as inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que ainda permeiam a aplicação da penalidade disciplinar, além da necessidade de se buscar soluções que garantam segurança jurídica nas relações entre servidor, Administração Pública e previdência social. O presente trabalho monográfico tem como objetivo geral analisar a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. E, especificamente, busca compreender temas atinentes à problematização, tais como o servidor público e suas especificidades, as mudanças na legislação e na jurisprudência, e, por fim, listar os argumentos que embasam a (in)constitucionalidade da sanção disciplinar. Para tanto, se utilizou como método de abordagem o dedutivo, a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial foram utilizadas como técnicas de pesquisa, e como método de procedimento optou-se pelo histórico-evolutivo. Nesse sentido, o trabalho partiu da seguinte problemática: tendo em vista toda a evolução do ordenamento jurídico pátrio quanto à previdência social, a penalidade de cassação de aposentadoria aplicada aos servidores públicos da União se coaduna com os preceitos constitucionais? Diante do exposto, apesar da jurisprudência pacífica do STF e STJ entenderem pela constitucionalidade da pena, ao se fazer uma pesquisa na doutrina percebe-se que a penalidade é sobremaneira desproporcional, ferindo princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio. Ademais, é imperioso registrar, que o STF, em suas decisões, ainda não se posicionou acerca do caráter contributivo do regime previdenciário, fator que gera dúvidas quanto à justiça e atualidade das decisões que ainda continuam a vigorar.

Palavras-chave: Cassação de aposentadoria. Servidor público. Lei nº 8.112/90. Constitucionalidade.

ABSTRACT

This study aims to evaluate the constitutionality of the penalty of retirement annulment of the federal public server, especially after the constitutional changes that added the contributory character to the social security. It is necessary to remember that until the outcome of the CE 03/93, the retirement of the public server had a rewardly nature. This is why the study of such theme is importante, due to lots of the doctrinal and jurisprudencial controversies which still revolve the application of the disciplinary penalty, besides the need to seek for solutions that assure legal security in the relations between server, Public Administration and Social Security. This study has as main purpose to analyze the constitutionality of the penalty of retirement annulment and, specifically, tries to comprehend themes about the problematization, such as the public server and his specificities, the changes in the legislation and in the jurisprudence and to list the arguments that base the (un)constitutionality of the disciplinary sanction. For that, it was used the deductive approach method; the bibliographical and jurisprudencial research as search techniques, and the historical-evolutionary procedure method. Therefore, the study started from the following question: considering the evolution of the national order related to the social security, the penalty of the retirement annulment applied to the public servers of the Union is coordinated with the constitutional precepts? In this scenario, despite the pacific jurisprudence of the FSC and the JSC which understand the constitutionality of the penalty, when doing a research in the doctrine, it is possible to realize that the penalty is disproportional, harming fundamental principles of our legal system. Besides, it is imperative to register that the FSC, in its decisions, has not yet made a statement about the contributions of the social security scheme, which creates doubts regarding the justice and the decisions that are still in force.

Key Words: Retirement annulment. Public server. Law nº 8.112/90. Constitutionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade;
AgR – Agravo Regimental;
ART – Artigo;
ANFIP – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil;
CF – Constituição Federal;
CLT – Consolidação das Leis do Trabalho;
EC – Emenda Constitucional;
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;
RPPS – Regime Próprio de Previdência Social;
TRF – Tribunal Regional Federal;
TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina;
STJ – Superior Tribunal de Justiça;
STF – Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 AGENTES PÚBLICOS	13
2.1 REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS	15
2.2 CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO PÚBLICA	17
2.2.1 Cargo Público.....	20
2.2.2 Provedimento	20
2.2.3 Vacância.....	26
2.2.4 Acessibilidade	29
3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	32
3.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	32
3.1.1 Princípio do Devido Processo Legal.....	32
3.1.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório.....	33
3.1.3 Princípio da Oficialidade.....	34
3.1.4 Princípio da Motivação	35
3.1.5 Princípio da Verdade Material	36
3.2 PROCEDIMENTO PREVISTO PARA O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR	36
3.3 PENALIDADES	39
3.3.1 Advertência	40
3.3.2 Suspensão	41
3.3.3 Demissão	43
3.3.4 Cassação de Aposentadoria ou Disponibilidade	45
3.3.5 Destituição de cargo em comissão.....	46
3.3.6 Destituição de função comissionada	46
4 A CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	47
4.1 BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA DO RPPS: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA.....	47
4.2 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO A RESPEITO DA PENALIDADE ADMINISTRATIVA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA	51

4.3	POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA PENA ADMINISTRATIVA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA	56
4.4	O QUE FAZER COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS JÁ VERTIDAS PARA O REGIME DE PREVIDÊNCIA.....	61
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

A legislação constitucional e infraconstitucional referente à previdência social sofreu grandes alterações ao longo do tempo. Essas transformações instauraram, no âmbito da Administração Pública, certa medida de insegurança jurídica em razão do previsto no art. 134, da Lei nº 8.112/90. Este dispositivo legal prevê a pena de cassação de aposentadoria no serviço público.

A constitucionalidade dessa sanção administrativa é bastante questionada, principalmente depois do advento das Emendas Constitucionais nº 03/93, nº 20/98 e nº 41/2003, pois introduziram o princípio da contributividade na previdência social. Dessa forma, o custeio da aposentadoria do servidor público não mais era realizado integralmente pelo Estado.

Anteriormente as alterações supramencionadas no Texto Constitucional, a aposentadoria tinha natureza jurídica de prêmio, pois era concedido ao servidor que tinha exercido atividade pública durante certo lapso temporal e que fizesse por merecer o benefício. Nesses termos, é compreensível e justificável a previsão da penalidade de cassação da aposentadoria, haja vista tratar-se, naquela época, de benesses concedidas pelo Estado.

Hoje, o cerne da questão encontra-se na análise acerca da constitucionalidade da penalidade administrativa após as emendas introduzidas à Constituição Federal então vigente. Nessa perspectiva, é imperioso destacar a importância da resolução dessa controvérsia, considerando-se o vultoso número de servidores regidos por estatuto que podem se sujeitar a esta penalidade, caso tenham praticado ato punível com demissão enquanto ainda estavam no exercício de sua atividade.

A penalidade administrativa de cassação de aposentadoria no serviço público fora incorporada no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à Constituição Federal de 1988. Precisamente, havia previsão no art. 201, da Lei nº 1.711/52, a qual constituía o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. Na legislação vigente a penalidade disciplinar é prevista no art. 134, da Lei nº 8.112/1990.

Destaque-se que a previdência social do servidor, desde da sua previsão inaugural na Carta Republicana de 1891 até os dias atuais, perpassou por inúmeras

transformações relevantes para a problemática discutida neste trabalho, entre as quais, dê-se ênfase à forma de custeio. A partir do advento da EC. 03/93 a aposentadoria deixa de ser custeada exclusivamente pelo Ente Público, e passa a ter caráter contributivo, rechaçando a natureza de prêmio que outrora pairava sobre o benefício previdenciário.

Nessa perspectiva, e, levando-se em consideração todas as alterações na legislação pertinente, essencialmente no que concerne à forma de custeio da previdência, questiona-se: a penalidade disciplinar em análise se coaduna com os preceitos constitucionais?

O presente trabalho terá como objetivo precípua analisar a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. Especificamente, buscar-se-á a compreensão de temas pertinentes à problematização a ser desenvolvida, tais como o servidor público enquanto sujeito da sanção disciplinar, o estudo das mudanças na legislação, bem como na jurisprudência e na doutrina especializada, e, por fim, analisar-se-á os argumentos que ensejam as teses que pugnam pela (in)constitucionalidade da sanção disciplinar.

Desse modo, a pesquisa será estruturada em três capítulos. No primeiro, se abordará a conceituação referente ao servidor público, o seu regime jurídico, o provimento e a vacância, além dos requisitos de acessibilidade aos cargos públicos. Ao passo que, no segundo capítulo, discorrerá acerca do processo administrativo disciplinar, das infrações e penalidades previstas na Lei n.8.112/90. Seguindo essa trilha, no terceiro capítulo far-se-á, inicialmente, uma abordagem histórico-constitucional acerca da penalidade administrativa, objeto dessa pesquisa. Posteriormente, analisar-se-á o posicionamento da doutrina sobre as teses que militam pela (in)constitucionalidade da sanção disciplinar, perpassando, por fim, pelo exame da jurisprudência, enfocando, especialmente, os posicionamentos dos tribunais superiores e a análise da ADI nº 4882. Todo esse aparato culminará, oportunamente, na conclusão da pesquisa.

Com o fito de se alcançar os objetivos pretendidos neste trabalho, será adotado, quanto à forma de abordagem, o método dedutivo, dado que terá como premissa básica a inconstitucionalidade da norma posta em análise, que, ao final deste trabalho monográfico, será verificado se a hipótese será confirmada ou não. No que concerne à técnica de pesquisa, será utilizada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, considerando a consulta em doutrinas e teses jurídicas,

entendimentos e decisões dos tribunais, revista, artigos, além da legislação constitucional e infraconstitucional pertinente.

Já quanto ao método de procedimento, o qual está ligado às etapas de investigação da pesquisa, utilizar-se-á o método histórico-evolutivo, na medida em que se fará uma síntese referente às mudanças no regime previdenciário e seus impactos na relação entre Estado e servidor.

A pacificação das controvérsias acerca da temática é de substancial importância, haja vista a gama enorme de trabalhadores que podem ser atingidos pelas consequências da penalidade.

2 AGENTES PÚBLICOS

A compreensão do tema perpassa, a princípio, pelo estudo de suas terminologias. A expressão “agente público” na doutrina administrativista, é utilizada de forma ampla e genérica, englobando em sua definição toda pessoa física que faz as vezes de Estado, isto é, que exerce função dentro da Administração, seja ela transitória ou permanente, remunerada ou não.

Nesse contexto, é límpida a lição de Alexandrino e Paulo (2014, p. 126), acerca da temática:

O agente público é a pessoa natural mediante a qual o Estado se faz presente. Agentes públicos são, portanto, todas as pessoas físicas que manifestam, por algum tipo de vínculo, a vontade do Estado, nas três esferas de Governo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), nos três Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). São agentes do Estado desde as mais altas autoridades da República, como Chefes do Executivo e os membros do Legislativo e do Judiciário, até os servidores públicos que exercem funções subalternas.

Na senda do que foi dito acima, é pertinente pontuar que somente as pessoas físicas ou naturais podem se qualificar como agentes públicos, não existindo no ordenamento jurídico pátrio, portanto, pessoa jurídica na qualidade de agente público.

Pretendendo a melhor sistematização do estudo, é pertinente a análise acerca da classificação dos agentes públicos. Para essa finalidade, adotar-se-á como base a obra da doutrinadora Di Pietro (2012), para a qual agente público é o gênero que se subdivide em algumas espécies, a saber: i) agentes políticos; servidores públicos; servidores militares; e particulares em colaboração com o poder público.

Os agentes políticos são os incumbidos por gerir e organizar politicamente o Estado, compõem o Governo em seu primeiro escalão. Para Mello (2011), são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os Prefeitos e respectivos auxiliares, (Ministros e Secretários) os Senadores, Deputados e Vereadores. Essa categoria caracteriza-se, precipuamente, por terem suas atribuições definidas diretamente pela Constituição Federal, além de serem

investidas no serviço público, via de regra, por meio de eleição e por possuírem transitoriedade no cargo.

Não obstante o exposto, hodiernamente há uma tendência a se considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos. A justificativa mais aceitável é a que aduz que esses cargos possuem suas atribuições definidas diretamente na Constituição Federal e por representarem, respectivamente, um dos Poderes da União – Poder Judiciário – se referindo à Magistratura, enquanto o Ministério Público exerce a função de controle estatal, zelando pela separação dos Poderes Públicos. (DI PIETRO, 2012).

No que concerne aos militares, o art. 142, caput, e § 3º, do Texto Maior, determina como membros dessa categoria as pessoas físicas prestadoras de serviço às forças armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica. Esse rol é ampliado pelo que dispõe o art. 42, da CF/88, incluindo como componentes da classe as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios. Vale ressaltar que o seu regime é estatutário, pois é definido na lei e o vínculo com o Estado não se sujeita a contrato.

Outra categoria de agentes públicos são os particulares em colaboração com o Poder Público, aqui estão inseridas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado sem qualquer vínculo empregatício, pouco importando se há ou não remuneração. Para Meirelles (2011), os particulares em colaboração podem também ser chamados de agentes honoríficos.

Mello (2011) elenca cinco formas de colaboração dos particulares com o Poder Público: i) requisição para prestação de serviço público, entre eles encontram-se os jurados, membros de Mesa receptora ou apuradora de votos em eleição, e outros; ii) gestão de negócios públicos, função exercida por particulares que atuam em situações emergenciais, onde o Estado se faz ausente; iii) contratação por locação civil de serviços, tem-se como exemplo a contratação de um profissional renomado para emitir parecer sobre determinado fato; iv) concessionários e permissionários de serviços públicos, para eles o exercício da função estatal se dá por delegação, como exemplo tem-se os empregados de empresas concessionárias de serviço público; v) delegados de função ou ofício público. O administrativista cita como exemplo os titulares de cartórios.

Por fim, passa-se a analisar a categoria dos servidores públicos. Di Pietro (2012, p. 583) em importante passagem os define da seguinte forma:

(...) são servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatícios e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Ainda segundo a doutrinadora, a categoria em análise se subdivide em: i) empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista, ocupantes de emprego público na Administração; ii) servidores temporários, essa espécie atende ao preceituado no art. 37, IX, da CF/88, segundo o qual a Administração poderá contratar, sem concurso, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público; e iii) servidores públicos em sentido estrito, o vínculo desses trabalhadores é regido por estatuto e são ocupantes de cargos públicos.

Vale frisar que essa classificação não é pacífica na doutrina, Mello (2011, p. 253), por exemplo, prefere utilizar a terminologia “servidores estatais” para designar o gênero no qual tem como espécies: servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado.

Inobstante a polêmica suscitada, e tendo em vista o enfoque dado a este trabalho, é oportuno frisar que a penalidade de cassação de aposentadoria estabelecida ao servidor, conforme será estudado, somente é dirigida aquele que possuir vínculo estatutário com o Estado, regido pela Lei nº 8.112/90, não sendo abrangidos por essa norma os servidores celetistas, porque regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

2.1 REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Entenda-se por servidor público, aquele que possui relação de trabalho de cunho profissional e de caráter permanente, sob vínculo de dependência com as pessoas jurídicas de direito público, integrando a administração através de cargo ou emprego público, portanto, se utiliza a acepção mais ampla do termo.

O regime jurídico dos servidores sofreu algumas alterações importantes que merecem destaque. A princípio, o art. 39, caput, da CF/88, em sua redação original previa o regime jurídico único para os servidores, isto é, a Administração Direita, autárquica e fundacional precisavam uniformizar o regime que regeria seu quadro de servidores.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, a exigência de adoção de um único regime para o quadro de servidores foi abolida, havendo a possibilidade de coexistir, simultaneamente, os dois regimes - estatutário e celetista - dentro da mesma pessoa jurídica.

Posteriormente, a emenda constitucional em estudo viria a ser suspensa liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em sede de controle de constitucionalidade, por inconstitucionalidade formal em sua tramitação, restaurando, portanto, a redação original do art. 39, caput da CF/88. No que tange ao tema são precisas as palavras de Marilena (2014, p.628):

No dia 02 de agosto de 2007, o STF concedeu a medida cautelar para suspender, até decisão final da ação, a eficácia da nova redação do caput do art. 39, introduzida pela referida Emenda, reconhecendo o vício de tramitação, inconstitucionalidade formal, restaurando, com isso, o texto original da Constituição de 1998, o regime jurídico único para os servidores.

Registre-se, tempestivamente, que a decisão do STF, conforme trecho acima, foi proferida em sede de medida cautelar, portanto, possui efeitos *ex nunc*, isto é, as consequências jurídicas da decisão só repercutem a partir de sua publicação, não possuindo efeitos retroativos, dessa forma, publicada a decisão, não seria mais possível a mescla dos dois regimes. Convém ainda ressaltar que a decisão definitiva acerca do tema ainda não foi proferida pelo Pretório Excelso.

Mello (2011. p. 264), questiona em sua obra a possibilidade de convivência entre os dois regimes jurídicos dentro do serviço público – regime celetista e estatutário, haja vista as transformações ocorridas no regime jurídico único dos servidores públicos, notadamente após a decisão em sede de liminar da ADI 2.135-4.

O autor admite possível a conciliação, desde que se interprete o art. 39 da Carta Magna¹ no sentido de não exigir a obrigatoriedade de um regime único para todos os servidores da Administração Direta, fundações e autarquias públicas, mas sim fixar que as Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno tenham, nas respectivas esferas, uniformidade de regime para seus servidores. Isso significa que nenhuma dessas pessoas pode adotar um regime jurídico para si e estabelecer,

¹ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

concomitantemente, regime diferenciado para uma autarquia ou fundação em especial, discrepando do regime das demais. (MELLO, 2011).

Conforme Mello (2011, p. 265):

É possível (embora afigure-se-nos inconveniente) que as atividades básicas estejam sujeitas ao regime de cargo, isto é, estatutário, enquanto algumas remanescentes, de menor importância, sejam exercidas sob o regime de emprego. Inversamente, não é possível haver diversidade de regimes entre Administração direta e as distintas pessoas das respectivas Administrações indiretas.

Na esteira do raciocínio desenvolvido, é imperioso pontuar a histórica preferência que há pelo regime estatutário para reger o vínculo entre Administração e servidor público *stricto sensu*. A opção pelo regime é justificável por existir, ao menos teoricamente, maiores garantias para a classe trabalhadora, além de atender a peculiaridades de uma relação no qual aça-barca não apenas interesses empregatícios, mas também interesses públicos básicos, visto que os servidores são os próprios instrumentos de atuação estatal.

2.2 CARGO, EMPREGO E FUNÇÃO PÚBLICA

Este tópico tem como finalidade o aprofundamento de conceitos básicos a fim corroborar a compreensão do tema. A Constituição Federal vigente em muitas passagens do seu texto emprega os termos “cargo”, “emprego” e “função” para retratar situações que existem dentro da Administração em relação a seus agentes, e entendê-las se faz necessário.

Cargo Público, segundo os ensinamentos de Mello (2011), é a mais simples e indivisível unidade de competência a serem expressadas por um agente. Os cargos públicos são criados e regidos por lei própria, possuem quantidade certa, nomenclatura própria definida na lei, e são remunerados pela Administração, à exceção dos cargos auxiliares do Poder Legislativo, que são criados através de resolução das respectivas Casas – Câmara dos Deputados e Senado Federal.

É também pertinente conhecer o conceito legal de cargo público estabelecido pelo art. 3º, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, Lei nº 8.112/90: “Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. ”

Essa unidade de atribuição vincula o servidor ao Estado através da lei, possui índole institucional e natureza não contratual, ou seja, é regido pelo regime estatutário, onde as atribuições, direitos, deveres, além do padrão de vencimentos ou remuneração estão estabelecidos no próprio estatuto.

Nesse sistema a relação com a Administração possui natureza e características peculiares. Por essa razão, ao contrário do que acontece no contrato laboral, onde existe igualdade entre as partes, obrigações imutáveis unilateralmente. Há no vínculo estatutário, substancialmente, a prevalência do interesse público, assim sendo, a Administração, detém o poder de alterar unilateralmente o contrato, respeitados os limites constitucionais, e também o servidor não incorpora de imediato direitos ao seu patrimônio, necessita para tanto, preencher os requisitos legais.

No que tange ao emprego público algumas características se repetem, porém, o que diferencia o cargo do emprego público é, sobretudo, o liame que une o agente ao Estado. Conforme já foi dito, no primeiro a ligação é institucional, não contratual regido por estatuto, enquanto no segundo o regime é contratual, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Deve-se registrar ainda que, conforme prevê o art. 48, X, da CF/88, o emprego público também deve ser criado por lei:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b.

A contratação sob regime celetista dá ensejo a um vínculo permanente com a Administração, que é regida pela lei trabalhista, mas em virtude da natureza governamental do contratante, a relação estabelecida sofre algumas alterações, especificamente em âmbito federal, em virtude da edição da Lei nº 9.962/00, consoante se observa nas palavras da administrativista Marinela (2014, p. 645):

Para o âmbito federal, a União, com o objetivo de definir as regras aplicáveis aos empregados públicos, editou a Lei nº 9.962/00, que não exclui a aplicação da CLT e da CF. o diploma estabelece, dentre outras regras, que a escolha desses empregados deve ser por meio de concurso público (art. 2º), trata-se de um contrato com prazo

indeterminado e a sua rescisão não pode ser unilateral (art. 3º). Assim fica afastada a dispensa desses empregados de forma imotivada, só sendo possível quando ocorrer: falta grave (art. 482, CLT); acumulação ilegal de cargos, empregos e funções públicas; necessidade de redução de quadros por excesso de despesa (art. 169, CF) e insuficiência de desempenho apurada em processo administrativo.

Cumpra ressaltar oportunamente, que os empregados públicos, porque regidos pelo regime laboral, são abrangidos por uma gama de direitos, em especial os previstos no art. 7º da CF/88.

Já a função pública consiste no conjunto de atribuições e responsabilidades que são dirigidas ao servidor, em suma, é a própria atividade desenvolvida pelo seu titular. À semelhança das demais situações, sua criação se dá mediante lei.

Feitas as considerações iniciais, é importante distinguir os conceitos de cargo e função. Função é o complexo de responsabilidades e atribuições dos servidores titulares de cargos efetivos. Convém lembrar que cargo efetivo é caracterizado pela nomeação em caráter definitivo e antecedido de prévia aprovação em concurso público. Ao passo que cargo é uma unidade na estrutura organizacional da Administração que possui em seu âmago uma função, pode-se afirmar, portanto, que a função não existe por si só, pois não representa uma unidade de estrutura na Administração. O art. 37, V, da CF/88, versa acerca da função de confiança, que é a única espécie de função prevista na Constituição. Assim é a redação do dispositivo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...] as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Seguindo o entendimento de Marinela (2014), como a função não conta com um lugar no quadro funcional da Administração, o constituinte, com o intuito de evitar que o agente ficasse perdido na estrutura funcional (com função, mas sem cargo ou emprego), optou por atribuir as funções de confiança aos agentes já

ocupantes de lugares na Administração, mas apenas àqueles que possuísem cargos efetivos.

Em linha de raciocínio diferente, Di Pietro (2012, p. 590) prefere conceituar a função de forma residual. A autora aborda o tema da seguinte maneira:

[...] ao lado do cargo e do emprego, que têm uma individualidade própria, definida em lei, existem atribuições também exercidas por servidores públicos, mas sem que lhes corresponda um cargo ou emprego. Fala-se, então, em função dando-se-lhe um conceito residual: é o conjunto de atribuições às quais não corresponde um cargo ou emprego.

Cabe ainda ressaltar que o art. 61, §1º, inciso II, a, da CF/88, exige lei de iniciativa do Presidente da República para criação de cargos, empregos e funções públicas na Administração direta e autárquica e fundacional, assim como também é de iniciativa do Presidente o aumento de sua remuneração.

2.2.1 Cargo Público

A finalidade deste tópico é estudar algumas regras pertinentes aos cargos públicos. Como já foi explicado, os cargos são criados por leis de competência comum de cada ente da federação, porém, utilizar-se-á como base para esse estudo a Lei nº 8.112/90, que institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União.

2.2.2 Provimento

Provimento é ato administrativo que designa pessoa física para ocupar cargo ou emprego público, a depender do vínculo jurídico a ser estabelecido com a Administração. Para Meirelles (2011, p. 450), provimento “é ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público com a designação de seu titular”.

Destaque-se que para Carvalho Filho (2014, p. 622), provimento não é ato, mas sim fato administrativo, nas palavras do autor:

Alguns autores definem provimento como o *ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público*. Assim não pensamos, porém. A nosso ver, o provimento caracteriza-se como fato administrativo, ou seja, um evento que consiste no preenchimento de um cargo vago. Prover, como se sabe significa preencher o que está vago. Como o

fato precisa de formalização, sua existência depende da prática de um ato administrativo. Sendo assim, enquanto o provimento é o fato em si que consiste no preenchimento do cargo, o ato administrativo é o meio idôneo para materializá-lo. Portanto, não se pode dizer tecnicamente que provimento é o ato de preenchimento, mas sim que é o ato [o autor quis dizer fato] que *materializa ou formaliza* o provimento. Há provimento de cargo quando o indivíduo é aprovado em concurso ou quando é promovido: os atos que formalizam o provimento, contudo são diversos. (grifo do autor).

Doravante passa-se a analisar as formas de provimento de cargo público, nessa senda, o art. 8º da Lei 8.112/90², elenca as formas de provimento, quais sejam: i) nomeação; ii) promoção; iii) readaptação; vi) reversão; v) aproveitamento; vi) reintegração; vii) recondução.

A doutrina também classifica as formas de provimento em originário ou derivado, conforme aduz Di Pietro (2012, p. 658):

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 compreendia (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.

Nota-se que no provimento originário, o servidor não possui nenhum vínculo anterior com a Administração, ou, se possui, nada tem a ver com o cargo que passará a assumir, à medida que no provimento derivado, o próprio nome sinaliza a existência de uma relação anterior com a Administração, portanto, o que há nessa espécie são alterações nos cargos já ocupados anteriormente pelo servidor.

Analisar-se-á a seguir as formas de provimento, e por questões didáticas, inicialmente serão estudadas as formas derivadas. Pela classificação de Mello (2011), existem as seguintes espécies de provimento derivado: i) provimento

² Art. 8º São formas de provimento de cargo público:

I - nomeação;
 II - promoção;
 V - readaptação;
 VI - reversão;
 VII - aproveitamento;
 VIII - reintegração;
 IX - recondução.

derivado vertical – promoção; ii) provimento derivado horizontal – readaptação; iii) provimento derivado por reingresso – reversão; aproveitamento; reintegração; e recondução.

No provimento derivado vertical o servidor é elevado a uma posição superior em relação cargo ao que anteriormente ocupava, porém dentro da mesma carreira, há ascensão funcional. Efetua-se por intermédio da promoção, que pode ocorrer por antiguidade (tempo de exercício no cargo) ou por merecimento (de acordo com os critérios estabelecidos na lei da respectiva carreira).

Alexandrino e Paulo (2014, p. 381) trazem clarividente lição em que aborda a temática:

[...] digamos que a **carreira** dos defensores públicos seja composta pelos **cargos** “defensor público de primeira classe”, “defensor público de segunda classe” e “defensor público de classe especial”. A passagem de uma classe para outra é o que a lei chama de promoção, porque há mudança de cargo dentro da mesma carreira. Não pode a promoção, em nenhuma hipótese resultar na mudança de cargo de uma carreira para um cargo de **outra carreira**.

É pertinente ainda mencionar que, consoante dispõe o art. 17, Lei nº 8.112/90³, a promoção não interrompe o tempo de exercício do servidor, que passa a ser contado no novo cargo a partir da publicação do ato que o promoveu.

Quanto ao provimento derivado horizontal, tem-se que o servidor não ascende, nem progride na carreira, há na verdade, transferência para cargo compatível com sua condição. A única forma de provimento horizontal é a readaptação. Nessa modalidade o servidor é lotado em outro cargo de hierarquia igual ou semelhante em virtude de superveniente limitação da capacidade física ou mental em suas habilidades, comprovada em inspeção médica.

O instituto da readaptação está previsto no art. 24, da Lei nº 8.112/90⁴. Seguindo a inteligência do dispositivo, o servidor será provido para cargo com

³ Art. 17. A promoção não interrompe o tempo de exercício, que é contado no novo posicionamento na carreira a partir da data de publicação do ato que promover o servidor.

⁴ Art. 24. Readaptação 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.

§ 1º Se julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado.

§ 2º A readaptação será efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência

atribuições afins ao cargo anterior, devendo ser respeitada a habilitação exigida, o nível de escolaridade e a equivalência de vencimentos. Caso o servidor seja julgado inapto para exercer qualquer outra função será aposentado.

No provimento derivado por reingresso o servidor retorna ao serviço ativo no qual se encontrava afastado. Existem quatro modalidades de provimento por reingresso: reversão; aproveitamento; reintegração; recondução.

A reversão consiste no retorno à atividade de servidor aposentado, o instituto está previsto no art. 25 da Lei nº 8.112/90, dispositivo alterado pela Medida Provisória nº 2.225/01, a nova redação instituiu duas hipóteses de reversão.

Na primeira hipótese, resta-se configurado o instituto da reversão quando na aposentadoria por invalidez ficar comprovado que os motivos que a justificaram nunca existiram, ou não mais existem, isto é, houve no caso um erro de aposentação, ou, simplesmente houve a superação da condição fática que ensejou a aposentadoria do servidor.

A outra situação ocorre em virtude do pedido de reversão feito pelo aposentado, desde que sejam preenchidos alguns requisitos, cumulativamente, quais sejam: a aposentadoria haja sido voluntária; que do pedido de reversão não tenha se passado mais de 5 anos da concessão da aposentadoria; se trate de servidor estável quando esteve em atividade; e exista cargo vago.

Mister esclarecer que a reversão de ofício (art. 25, I, Lei nº 8.112/90) é ato vinculado, tanto para a Administração, quanto para o servidor, isto é, caso tenha havido falha na aposentação, ou, o servidor tenha comprovadamente superado os motivos que levaram a ela, o Estado se obriga a realizar o ato e o servidor a acatá-lo. Diversamente, a reversão voluntária (art. 25, II, Lei nº 8.112/90) é ato discricionário, pois depende da análise de mérito administrativo a ser realizado pelo ente público.

O aproveitamento está explicitamente previsto no art. 41, § 3º, da CF/88⁵ e também é disciplinado na Lei nº 8.112/90, nos arts. 30 a 32.

de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

⁵ Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.[...]

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

É a forma de provimento derivado pelo qual o servidor estável que foi posto em disponibilidade, retorna a um cargo com vencimentos e atribuições compatíveis com o que exercia anteriormente.

Diante do exposto se faz necessário conceituar também o instituto da Disponibilidade, nesse sentido são claras as palavras de Marinela (2014, p. 652):

Disponibilidade é o ato pelo qual o Poder Público transfere para inatividade remunerada, com pagamento de proventos proporcionais ao tempo de serviço (art.41, § 3ª, da CF), servidor estável cujo o cargo venha a ser extinto, declarada a sua desnecessidade ou, ainda, ocupado em decorrência de reintegração, sem que o desalojado pudesse ser reconduzido.

A reintegração também é prevista na Carta Magna, em seu art. 41, § 2ª. O instituto é também previsto na legislação infraconstitucional no art. 28, da Lei nº 8.112/90⁶.

Trata-se do retorno do servidor que foi demitido invalidamente. O reconhecimento de invalidade pode vir por decisão administrativa ou judicial. O servidor reintegrado volta a assumir o mesmo cargo que ocupava outrora, ou, não sendo possível, passa a ocupar cargo equivalente e terá reparação integral dos prejuízos advindos da decisão equivocada.

Algumas situações podem vir a acontecer: Caso o cargo no qual seria reintegrado tenha sido extinto, o servidor será posto em disponibilidade até ulterior aproveitamento. Há também a possibilidade do cargo se achar provido, nessa situação, o seu ocupante, se estável, será reconduzido ao seu cargo originário, não fazendo jus à indenização, ou será aproveitado em outro cargo, pode ainda ser posto em disponibilidade, porém com o vencimento proporcional ao tempo de serviço.

Já no que tange a última forma de provimento derivado por reingresso – recondução, tem-se o retorno do servidor estável ao cargo que ocupava

⁶ Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.

§ 1º Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, observado o disposto nos arts. 30 e 31.

§ 2º Encontrando-se provido o cargo, o seu eventual ocupante será reconduzido ao cargo de origem, sem direito à indenização ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em disponibilidade

anteriormente, em virtude de ter sido inabilitado em estágio probatório em outro cargo no qual haja sido nomeado posteriormente, ou em razão da reintegração ao cargo por ele ocupado pelo seu antigo titular. O instituto está previsto no art. 41, § 2ª, da CF/88, e também é disciplinado no art. 29, da Lei nº 8.112/90.

Cumpra esclarecer por oportuno, o teor da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que reconhece a possibilidade da recondução voluntária do servidor. Observe-se a seguinte situação fática: O servidor público estável, nomeado para outro cargo, ainda durante o estágio probatório do seu novo posto, prefere desistir de exercer a nova função e assim poderá solicitar a recondução ao cargo dantes ocupado. Tem-se configurado, portanto, o instituto da recondução voluntária.

Alexandrino e Paulo (2014) pontuam em sua obra que o STF também perfilha o mesmo entendimento. Seguindo a orientação dos tribunais superiores, foi editada a Súmula Administrativa AGU 16/2012, que vincula toda a administração pública federal, a seguir reproduzida:

O servidor estável investido em cargo público federal, em virtude de habilitação em concurso público, poderá desistir do estágio probatório a que é submetido com apoio no art. 20 da Lei nº 8.112/90, de 11 de dezembro de 1990, a ser reconduzido ao cargo inacumulável de que foi exonerado, a pedido.

Por fim, dê-se ênfase à forma de provimento originário, ou, conforme preferem chamar alguns doutrinadores, provimento autônomo. O ordenamento pátrio reconhece modernamente apenas uma única espécie de provimento originário - a nomeação.

O instituto da nomeação pode ser definido como ato administrativo que atribui ao servidor um cargo. Nessa espécie pouco importa se o agente tinha ou não vínculo anterior com a Administração, haja vista estar sendo inserido em posto inaugural em nova carreira, em nada interfere a relação por ventura existente com o Poder Público. Para Carvalho Filho (2014, p. 623): “nomeação é ato administrativo que materializa o provimento originário.

Frise-se que a nomeação pode se dar em caráter efetivo ou em comissão. Na nomeação de cargo em comissão inexistente a exigência de prévia aprovação em

concurso público, pois é cargo de livre nomeação e exoneração (art. 37, V, CF/88)⁷. Esse ato administrativo pode recair tanto sobre pessoa alheia aos quadros funcionais da Administração Pública, quanto sobre servidor público – fato que não desnatura o provimento autônomo, tendo em vista que a causa da nomeação em comissão em nada tem relação com o vínculo anterior com o Estado (ALEXANDRINO E PAULO, 2014).

Já no que toca à nomeação em caráter efetivo, a prévia aprovação em concurso público compatível com a natureza do cargo é um dos requisitos indispensável para seu aperfeiçoamento (art. 37, II, CF/88)⁸. Em tópico próprio serão analisados os requisitos de acessibilidade ao cargo público.

Diante do que foi exposto, é imperioso registrar que os servidores públicos ocupantes de cargos de provimento efetivo, no âmbito federal, e que são regidos pela Lei nº 8.112/90 são os únicos agentes que se sujeitam à aplicação da penalidade disciplinar de cassação de aposentadoria, posto que os titulares de cargos em comissão, os servidores temporários, assim como os servidores de cargos não regidos por essa lei, em respeito ao princípio da legalidade e da segurança jurídica, não são atingidos pela penalidade.

2.2.3 Vacância

Em sentido inverso ao provimento, as espécies de vacância ocasionam a desocupação do cargo público. É a terminologia técnica para definir que o cargo se encontra sem titular, e a qualquer momento pode ser preenchido por outro agente. O art. 33, da Lei nº 8.112/90 elenca as espécies de vacância, são sete, a saber: i) exoneração; ii) demissão; iii) promoção; iv) readaptação; v) aposentadoria; vi) posse em cargo inacumulável; vii) falecimento.

⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

⁸ II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Abordar-se-á a seguir cada espécie do instituto em comento. Será analisado inicialmente a exoneração e demissão, que além de modalidades de vacância, são também espécies de desinvestidura do serviço público, termo suscitado na obra de Marinela (2014, p. 656), para a qual, “desinvestidura é o ato administrativo através do qual o servidor é destituído do cargo, representando o fim da relação jurídica funcional, gerando a vacância do mesmo”.

A exoneração é o desfazimento do vínculo com a Administração sem caráter sancionador, é uma forma de desinvestidura, no qual todas as situações que ensejam o desvínculo estão previstas em lei. Frise-se que o ato pode ser realizado a pedido do servidor, não mais interessado em integrar os quadros funcionais do Poder Público referente àquela carreira, ou ainda por iniciativa da Administração, denominado de exoneração de ofício.

A exoneração de ofício, consoante dispõe o art. 34, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, ocorre em virtude do desempenho insatisfatório no estágio probatório. Outra hipótese se configura quando o servidor nomeado e empossado, não entrar em exercício no prazo estabelecido em lei, para os servidores públicos federais esse prazo é de 15 dias (art. 15, § 1º, L. 8.112/90).

Outra forma de exoneração de ofício está contida no art. 41, § 1ª, III, CF/88, no qual o servidor, mesmo após a estabilidade, não atingir as metas mínimas na avaliação periódica de desempenho, sendo assegurado o contraditório e a ampla defesa. Vale ressaltar que essa avaliação depende de lei complementar para ser criada, portanto não tem eficácia imediata.

A espécie de exoneração em análise ocorre também pelas seguintes situações: quando o servidor, antes de adquirida a estabilidade, não habilitado na avaliação especial de desempenho, conforme consta do art. 41, § 4º, III, CF/88; para se adequar aos limites estabelecidos pelo art. 169 da Constituição da República de 1988, concernente às despesas com pessoal; quando o servidor estiver de boa-fé, em acumulação proibida, nessa hipótese o agente poderá, dentro do prazo legal, optar pelo cargo que desejar continuar exercendo, é o que dispõe o art. 133, § 5º, CF/88. (MARINELA, 2014).

A segunda hipótese de desinvestidura, a demissão, diferentemente da anteriormente analisada, possui natureza de sanção. Trata-se de penalidade cabível sempre que o servidor cometer infração funcional grave prevista em lei, resultando na perda do cargo ocupado.

O art. 132 da Lei nº 8.112/90 elenca as infrações puníveis com demissão:

- 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. 117⁹.

É mister ressaltar a necessidade de oportunizar ao agente o contraditório e a ampla defesa, mediante prévio processo administrativo disciplinar.

É de suma importância para o entendimento do tema esclarecer também que a pena de demissão, poderá ser transformada em cassação de aposentadoria ou destituição. Segundo prevê a Lei 8.112/90, o servidor que tenha praticado falta grave punida com demissão enquanto ainda estava em atividade, e posteriormente venha se aposentar, ou, tenha entrado em disponibilidade, a pena de demissão será convertida em cassação de aposentadoria ou disponibilidade. (MARINELA, 2014).

A promoção, conforme já foi visto, também é forma de provimento derivado de cargo público, trata-se da progressão funcional na carreira pelo servidor. Vale salientar que os requisitos para promoção serão estabelecidos pela lei que

⁹ Art. 117. Ao servidor é proibido: [...]

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

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;

institui a respectiva carreira. Uma vez promovido, o cargo anteriormente ocupado pelo servidor torna-se vago, caracterizando a vacância

A readaptação é ao mesmo tempo forma de investidura e de vacância de cargo público. Segundo prevê o art. 24, da Lei nº 8.112/90, “readaptação 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”. Nesse raciocínio, o servidor readaptado assumirá cargo compatível com as suas condições físicas e mentais, e deixará vago o anteriormente ocupado.

Na aposentadoria o servidor deixa o serviço ativo e passa à inatividade, é um direito subjetivo do agente. Vale destacar que há quatro espécies de aposentadoria: a voluntária, a compulsória, por invalidez e a especial. Este instituto será melhor analisado em capítulo próprio.

No que tange à posse em cargo inacumulável, tem-se que o servidor é empossado em cargo novo, não acumulável com o anterior, mediante concurso público, assim sendo, o servidor ao assumir novo posto na estrutura organizacional do Estado deixa vago aquele que ocupava outrora, em virtude da vedação constitucional de acumulação de cargo e empregos públicos. Caso o servidor não faça a opção pelo cargo tempestivamente – dez dias – poderá o ente público instaurar processo administrativo disciplinar sumário, resultando na aplicação da penalidade de demissão. (CARVALHO, 2015).

Por fim, tem-se o falecimento, que se trata de fato alheio aos interesses do agente ou da Administração, tornando, destarte, vago o cargo que pelo de cujos era ocupado.

2.2.4 Acessibilidade

Este tópico tratará, basicamente, das regras constitucionais e infraconstitucionais acerca do acesso aos cargos públicos, seus requisitos e especificidades.

Preliminarmente, dê-se destaque ao que dispõe o art. 37, I, da Constituição da República em vigor, o dispositivo traz em seu bojo o princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos, que devem ser acessíveis

aos brasileiros, que preencham os requisitos legais, assim como aos estrangeiros na forma da lei.

Nesse diapasão, o Texto Maior estabeleceu amplo ingresso nas carreiras públicas aos brasileiros natos e naturalizados, que cumpram os demais requisitos legais, e também ao português equiparado, nos moldes do art. 12, § 1º, CF/88¹⁰.

No que tange ao ingresso de estrangeiros, o texto constitucional restringe o acesso, principalmente por condicioná-lo aos cargos previstos na lei. Ressalte-se que a norma que versa sobre o acesso dos estrangeiros aos cargos públicos é de eficácia limitada, portanto, não autoaplicável.

Inobstante tal realidade, a nível federal o panorama é diferente, pois aquele dispositivo constitucional é regulamentado pelo art. 5º, § 3º da Lei nº 8.112/90, possibilitando às universidades públicas federais e as instituições de pesquisa científica e tecnológica federais a faculdade de prover seus cargos com professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma de seu próprio regimento legal. A regra encontra disciplina também na Constituição Federal/88, a seguir exposto:

Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.
 § 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.
 § 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Ainda no tocante às limitações impostas aos estrangeiros, o art. 12, § 3ª, CF/88, estabelece um rol de cargos que somente podem ser ocupados por brasileiros natos, note-se que nem mesmo os brasileiros naturalizados podem exercer tais postos. Segue o teor do dispositivo:

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;

¹⁰ Art. 12. [...]:

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

- VI - de oficial das Forças Armadas.
- VII - de Ministro de Estado da Defesa.

No mesmo curso dispõe o art. 89, VII, da Carta Magna, restringido a participação no Conselho da República, quanto aos cidadãos que o compõem, aos brasileiros natos com mais de trinta e cinco anos de idade.

O concurso público é requisito básico para investidura no cargo, através dele o Poder Público garante aos candidatos o respeito à impessoalidade, à moralidade, à publicidade e a isonomia, estabelecendo critérios objetivos de seleção e inadmitindo qualquer espécie de favoritismo não previstos em lei. Nesse contexto, o art. 37, II, CF/88, aduz que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Conforme entende Meirelles (2011), o concurso público é o mecanismo mais eficiente a serviço do Poder Público para assegurar 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 das repartições públicas os bajuladores da classe política, que se elegem e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.

Ressalvada a nomeação *ad nutum*, isto é a nomeação do servidor comissionado, o concurso é requisito indispensável na investidura do cargo ou emprego, mas não é o único. No âmbito federal, o art. 5º da Lei nº 8.112/90 estabelece os demais requisitos para o ingresso no cargo, são os seguintes: i) a nacionalidade brasileira; ii) o gozo dos direitos políticos; iii) a quitação com as obrigações militares e eleitorais; iv) o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo; v) a idade mínima de dezoito anos; vi) aptidão física e mental.

3 PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A aplicação da penalidade disciplinar de cassação de aposentadoria ao servidor público somente se legitima se precedida do processo administrativo, desta feita, é mister se analisar a legislação pertinente à temática, com fito de conhecer o *iter* processual até a aplicação da pena.

É através do processo que o poder público vai analisar os fatos, explicar e fundamentar a realização do ato, esclarecendo a necessidade da medida, a conveniência e oportunidade da Administração, a urgência, a supremacia do interesse público. Por tais razões o processo administrativo configura-se como forma de legitimação da conduta do administrador, ao passo que serve de instrumento para o controle da atividade administrativa pela população.

3.1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Neste capítulo será abordado os aspectos gerais do processo administrativo disciplinar, enaltecendo seu conceito, sua composição e fases processuais. Nesse cenário, será dado enfoque, inicialmente, aos princípios que o norteia. Destaque-se que além dos princípios que regem a Administração Pública, previsto no art. 37 da CF/88, serão analisados os princípios atinentes ao processo administrativo, a seguir colecionados.

3.1.1 Princípio do Devido Processo Legal

O devido processo legal é um princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, ele encontra guarida no art. 5º, inciso LIV, da CF/88, estabelecendo que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Nas palavras da Administrativista Marinela (2014, p. 1115):

Fazer processo conforme determina a lei é um princípio que rege todo o sistema jurídico, fundamentado no princípio da legalidade, que informa a maneira de serem realizados todos os procedimentos judiciais, assim como os administrativos

O princípio em comento está diretamente ligação à limitação do poder estatal, em outras palavras, qualquer atuação do Estado deve ser pautada nas regras positivadas, respeitando-se, portanto, o devido processo legal. Carvalho Filho (2014, p.989) assevera inclusive que “a exigência do postulado atinge até mesmo processos não litigiosos, no sentido de que nestes também deve o Estado respeitar as normas que sobre eles incidem”.

A normatividade do preceito em análise vai além de seu texto positivado, na verdade o princípio do devido processo legal reafirma todos os demais princípios que devem nortear o processo, exercendo uma dupla função: a protetiva da ordem processual; e a integrativa, haja vista seu objetivo ser a manutenção dos princípios basilares do processo. (DIDIER JÚNIOR. 2015).

O art. 143 da Lei nº 8.112/90 dispõe 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 [...]”, nessa senda, fica evidente que o poder da Administração Pública está limitado aos preceitos legais, devendo investigar os fatos, mas sempre conforme a norma.

3.1.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

Este princípio, que já possuía raízes fincadas no ordenamento pátrio através de ordens constitucionais passadas, está expressamente previsto na CF/88 em seu artigo 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. No que tange especificamente aos servidores públicos, o princípio em cheque está inserido no art. 41, §1º do Texto Maior, somente permitindo a perda do cargo para o servidor já estável mediante sentença judicial transitada em julgado; por intermédio de processo administrativo em que é assegurado ampla defesa ou através de procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar e assegurada a ampla defesa.

Além de todo aparato constitucional, os princípios também estão previstos na Lei nº 9.784/99, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O teor do art. 2º, caput, e inciso X do parágrafo único da supracitada lei, explicita:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...]

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio.

Dê-se destaque também ao que dispõe o art. 143, da Lei nº 8.112/90: “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”.

O princípio do contraditório, que é intrínseco ao direito de defesa, surge da bilateralidade do processo: quando uma das partes intervém judicial ou administrativamente, deve-se oportunizar a defesa da outra parte através do conhecimento do que foi alegado, nesse diapasão, deve ser dada à outra parte a chance de interferir na decisão final do julgador. (DI PIETRO, 2012).

Corroborando o entendimento acima, destaca Didier Júnior. (2015, p. 54): “O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão”.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que os princípios do contraditório e da ampla defesa representam a democracia processual, possibilitando um julgamento mais próximo da justiça e da verdade material.

3.1.3 Princípio da Oficialidade

Inicialmente cabe ressaltar que o processo administrativo pode ser instaurado de ofício ou mediante provocação de terceiro, consoante expressa o art. 5º, da Lei 9.784/99: Frise-se que no âmbito administrativo não há observância ao princípio da inércia – que impossibilita a instauração do processo de ofício, sendo necessário a iniciativa da parte –, isso ocorre em razão da supremacia do interesse público, isto é, como a Administração está incumbida de realizar o interesse público, ela não pode depender da vontade do particular na instauração do processo. (DI PIETRO, 2012).

Ademais esse princípio autoriza os agentes públicos a diligenciarem em busca da conclusão processual e, por conseguinte ao interesse público, sendo permitido, *ex officio*, a tomada de depoimentos, a inspeção em locais e bens, e outros atos necessários que contribuam para tomada de decisões. (CARVALHO FILHO 2014)

É importante registrar que a executividade do processo administrativo pelo poder público não está adstrita à sua instauração, permitindo também, além de outras situações, a revisão de ofício, ou a requerimento do interessado, nas decisões que imputem sanção à parte e que haja o surgimento de fatos novos que possam justificar a desnecessidade da medida, conforme prevê o art. 65 da Lei nº 9.874/99.

3.1.4 Princípio da Motivação

Pelo princípio da motivação a Administração se obriga a justificar as razões fáticas e jurídicas de suas decisões, exige-se a correlação entre o motivo que levou à prática do ato e o resultado.

O princípio exsurge implicitamente da norma contida no art. 1º, inciso II, da CF/88, elevando a cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil, ademais o seu parágrafo único atribui a titularidade do poder ao povo. Nessa senda, a motivação surge como forma de controle popular dos atos administrativos, sendo indispensável o conhecimento das razões que justificaram os atos.

Outro dispositivo constitucional que contempla o princípio da motivação é o art. 93, inciso X, segunda o qual “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas”. Nesse diapasão, se o Poder Judiciário exercendo função atípica, a administrativa, deve motivar os seus atos, como maior razão deve fazê-lo o Poder Executivo que exerce precipuamente a função de administrar. (MARINELA, 2012)

Há também previsão do princípio no plano infraconstitucional, conforme se observa no art. 2º, caput, e inciso VII, da Lei nº 9.784/99, reiterando a exigência de se designar os pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão nos processos administrativos

3.1.5 Princípio da Verdade Material

Considerado um dos princípios basilares para consecução da justiça processual, a verdade material consiste no dever de se apurar o que realmente aconteceu. Em virtude desse preceito é estendido à comissão disciplinar prerrogativas que permitem a produção de provas de ofício e extemporâneas.

Traçando um paralelo com o processo judicial, Meirelles (2011, p. 723) traz importante lição:

Enquanto nos processos judiciais o juiz deve cingir-se as provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela.

Frise-se que é possível, inclusive, em sede de recursos, a *reformatio in pejus*, isto é, o agravamento da situação do recorrente, diferenciando-se substancialmente do processo judicial.

3.2 PROCEDIMENTO PREVISTO PARA O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

É cediço que a Administração para legitimar sua atuação frente à relação Estado-servidor na aplicação de penalidades necessita instaurar processo que, ao mesmo tempo oportunize ao servidor o direito de defesa, e se preserve a segurança jurídica, evitando o despotismo. Nessa esteira o processo administrativo disciplinar é o mecanismo utilizado para apuração de faltas cometidas pelos servidores públicos.

Na definição 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”.

Quanto às bases normativas desse processo, é imperioso registrar que não há uma codificação unificada que o regulamente, na verdade cada ente federativo possui autonomia para instituir seus próprios estatutos, conforme já foi explicado neste trabalho. Por essa razão será utilizado como base para esta pesquisa os dispositivos constitucionais pertinentes e a legislação que rege os

servidores públicos civis da União, Lei nº 8.112/90, dando ênfase ao seu Título V – Do Processo Administrativo Disciplinar, exposto nos artigos 143 a 182.

No que tange à apuração das irregularidades cometidas no serviço público, a autoridade que tomar ciência de qualquer situação irregular tem a obrigação de promover sua apuração imediata por intermédio da sindicância ou do processo administrativo disciplinar (art. 143).

A sindicância contida na Lei 8.112/90 é na verdade um processo administrativo simplificado, exigindo-se, inclusive, a observância do contraditório. Cumpre ressaltar que o seu prazo de conclusão é de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado em igual período pela autoridade superior. Da instauração da sindicância pode resultar o arquivamento do processo, caso não haja comprovação de irregularidade; aplicação de penalidade de advertência ou suspensão não superior a 30 (trinta) dias; ou a instauração de processo disciplinar, nas situações em que a irregularidade dá ensejo à aplicação de penalidade mais gravosa do que as mencionadas acima (art. 145).

O processo administrativo disciplinar será instaurado sempre que a conduta do servidor motivar a aplicação da penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão. (art. 146). Frise-se que a legislação ainda dispõe do processo sumário (art. 133 e 144), estabelecendo um procedimento mais célere e simplificado para apuração de acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas e inassiduidade habitual.

Insta-se analisar as fases do processo disciplinar (ordinário), que se desenvolve pela instauração, inquérito administrativo e julgamento (art. 151). A instauração do processo se dá com a designação da comissão processante, que deverá ser composta obrigatoriamente por 3 (três) servidores estáveis. A comissão conduzirá o processo de forma imparcial e sigilosa sempre que o interesse público assim exigir (art. 150). Nas Palavras de Meirelles (2011, p. 731):

O processo disciplinar deve ser instaurado por portaria da autoridade competente na qual se descrevem os atos ou fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas, designando-se desde logo a comissão processante, a ser presidida pelo integrante mais categorizado. A comissão – especial ou permanente – há que ser constituída por funcionário efetivo, de categoria igual ou superior à do acusado (STF, RTJ, 195/36), para que não se quebre o princípio

hierárquico, que é considerado sustentáculo dessa espécie de processo administrativo.

O inquérito administrativo é a segunda fase do PAD. Essa etapa se subdivide em três momentos distintos, quais sejam, a instrução probatória, defesa e relatório. A fase de inquérito, como é óbvio, será conduzida respeitando-se os princípios do contraditório, ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito. (art. 153). Urge enaltecer a busca pela verdade material dentro do processo disciplinar, com efeito, é permitida à comissão a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos (art. 155).

Após a tipificação da infração, se não for caso de arquivamento do processo, será formulada a indicição do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas (art. 161). Via de regra o prazo de defesa do indiciado é de 10 (dias), sendo ele citado por mandado a ser expedido pelo presidente da comissão (art. 160, § 1º).

Nesse momento se inicia a fase de defesa do servidor, será oportunizado ao acusado a chance de produzir contraprovas utilizando-se de todos os meios possíveis em direito, porém, destaque-se, lhe é vedado usar de artifícios ilícitos para tumultuar ou procrastinar o processo. (CARVALHO FILHO, 2014).

É importante registrar que o servidor poderá acompanhar o andamento do processo sem a necessidade do patrocínio de um advogado, podendo inclusive produzir provas, arrolar testemunhas, entre outras diligências (art. 156). Corroborando esse entendimento a Súmula Vinculante nº 5 aduz: “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”

O julgamento é a última fase do processo administrativo. A autoridade processante tem o prazo de 20 (vinte) dias, a contar do recebimento do processo, para realizar o julgamento, caso a infração exceda à sua alçada, deverá remeter o processo para autoridade competente que julgará em igual prazo (art. 167). A decisão acatará o relatório realizado pela comissão julgadora, salvo nos casos em que o relatório for manifestamente contrário às provas nos autos. Nesse caso, o julgador poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade (art. 168).

Vale ressaltar que a decisão proferida em julgamento tem caráter autônomo ao que foi sugerido no relatório pela comissão na fase de inquérito, ou seja, a autoridade tem a liberdade de decidir conforme seu posicionamento, porém deve declarar as razões de fato e de direito que ensejaram sua decisão, demonstrando que o relatório não condiz com as provas elencadas nos autos, sob pena de nulidade da decisão. Acerca do tema já se posicionou o STJ através do acórdão a seguir ementado:

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).

Ante o exposto, inobstante tenha autonomia para proferir decisão divergente do que foi emitido no relatório da comissão disciplinar, a autoridade julgadora não pode extrapolar os limites da proporcionalidade e legalidade, sendo, portanto, vedada decisões imotivadas e que fujam a realidade do processo.

3.3 PENALIDADES

Com o escopo de manter a eficiência do serviço público, a Lei nº 8.112/90 estabeleceu em seu bojo uma série de deveres que devem ser cumpridos pelo servidor, a sua atuação é, portanto, orientada para a presteza na atuação estatal. Nessa esteira, a lei elencou uma série de condutas que são proibidas, e que se praticadas configuram-se infrações disciplinares, autorizando a aplicação das penalidades previstas no art. 127 da supramencionada lei, a seguir arroladas:

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.

É importante destacar que na aplicação das penalidades a autoridade incumbida de realizar o ato deve ater-se a critérios como 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 (art. 128). Ademais, como é cediço, para que haja a aplicação de qualquer das penalidades prevista em lei, se faz necessário antes a realização do processo administrativo disciplinar, assegurando à parte o contraditório e ampla defesa.

Em resumo, as sanções disciplinares contidas na lei são formas de contrapartida do Estado em razão do cometimento de conduta ilícita pelo servidor, e em sua aplicação devem ser respeitados todos os direitos e garantias individuais previstos na Constituição e na própria lei.

3.3.1 Advertência

A primeira penalidade aplicada aos servidores públicos expressamente prevista no art. 127, da Lei nº 8.112/90 é a advertência. Esta punição é adotada para as faltas mais simples de todo o rol referente às penalidades. Vale ressaltar que essa advertência, necessariamente, deve ser realizada por escrito, não sendo considerada válida a que for feita verbalmente, conforme se pode extrair do art. 129, da Lei nº 8112/90, a seguir exposto:

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.

A advertência será aplicada quando houver inobservância do dever funcional por parte do servidor público, ou seja, quando houver descumprimento dos deveres do servidor elencados no art. 116 da lei supramencionada. A outra possibilidade de haver aplicação da advertência é no caso de cometimento, pelo servidor, das infrações previstas nos incisos I ao VIII do art. 117, da Lei nº 8.112/90, bem como do inciso XIX do mesmo dispositivo legal, como, por exemplo, retirar documento ou objeto da repartição sem prévio consentimento da autoridade competente ou até mesmo se o servidor se ausentar do serviço durante o expediente, sem possuir autorização do seu chefe imediato.

É pertinente ainda destacar que, essa modalidade de penalidade é subsidiária. Em outras palavras significa que, caso haja uma penalidade mais gravosa referente à infração cometida, será aplicada ao servidor somente esta última, não sendo aplicável a ele a advertência em conjunto.

Ademais, quando a advertência é aplicada, o seu único efeito é o registro da penalidade no assentamento funcional. Isso significa que o servidor não ficará sem exercer suas funções, bem como não ficará sem receber sua remuneração, tendo em vista que apenas terá registrado em sua ficha que foi punido com a advertência através de processo administrativo, depois de garantido o contraditório e a ampla defesa.

3.3.2 Suspensão

O inciso II do dispositivo legal relativo às penalidades aplicáveis ao servidor público é a suspensão. Trata-se de penalidade mais gravosa que a advertência e que, segundo a Lei nº 8.112/90 possui alguns pontos específicos, a saber:

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.

Aplicada essa penalidade, o servidor ficará sem exercer a sua função, bem como não receberá a remuneração enquanto perdurar os dias da suspensão, sendo que, o prazo máximo que o servidor público poderá ficar suspenso é de até noventa dias.

Vale salientar que a Lei nº 8.112/90 não traz, especificamente, a infração cometida e a respectiva quantidade de dias em que o servidor ficará suspenso, como acontece com a advertência e a demissão. Trata-se, nessa situação, de um ato discricionário do administrador público, sendo necessário observar o que consta no art. 128 da lei retro mencionada para estabelecer o prazo de suspensão aplicável ao caso, desde que não superior a noventa dias, consoante o teor do dispositivo:

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas 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.

Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

Entretanto, a Lei nº 8.112/90 traz um caso específico em que a própria legislação, através do seu art. 130, §1º, determina um prazo fixo de suspensão a ser aplicado ao servidor público. É o caso em que este se recusa a submeter-se à inspeção médica, sendo-lhe aplicada uma suspensão de quinze dias. Sendo cumprida a determinação, o servidor não mais estará suspenso.

A suspensão será aplicada quando houver reincidência em infração punível com advertência, bem como se houver violação de proibições que não sejam casos de advertência ou demissão. Além disso, será aplicada também quando cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, salvo nos casos em que haja emergência e transitoriedade, ou quando o servidor exercer quaisquer atividades incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.

A Lei nº 8.112/90 traz ainda a possibilidade de haver a conversão da suspensão em multa. Essa conversão utilizará a base de 50% por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço, conforme estabelece o §2º do art. 130 da lei. Essa conversão, entretanto, não é obrigatória. Refere-se à aplicação do critério da conveniência pela Administração Pública, haja vista tratar-se de um ato discricionário.

Outrossim, é válido deixar claro que as condutas puníveis com a suspensão são prescritíveis, perecendo em dois anos, a contar do conhecimento do fato pela autoridade competente. Essa modalidade de penalidade terá seu registro cancelado no assentamento funcional depois de cinco anos de efetivo exercício, desde que esse mesmo servidor não cometa, durante esse intervalo de tempo, nova infração disciplinar, ao passo que, na advertência, esse prazo é de três anos. Todavia, para ambos, o cancelamento da penalidade não terá efeitos retroativos.

3.3.3 Demissão

A demissão, como penalidade elencada no rol do art. 127, da Lei nº 8.112/90, segundo SANTOS (2012, p. 358), refere-se “ao desligamento compulsório do servidor em razão de conduta incompatível com sua condição de agente estatal”. É aplicada tão somente ao servidor público efetivo, quando este cometer falta funcional grave, devidamente apurada através de processo administrativo disciplinar, no qual seja assegurado o contraditório e a ampla defesa. O art. 132 da referida legislação dispõe todos os casos em que será aplicada a demissão, quais sejam:

- 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.

Em alguns dos casos acima mencionados, além da aplicação da demissão ao servidor, também poderá ser retirado dele o direito de fazer concurso público federal pelo período de cinco anos, notadamente, quando houver infringência dos incisos IX e XI do art. 117 da Lei nº 8.112/90, ou até mesmo não poderá fazê-lo em tempo algum, nos casos de infringência dos incisos I, IV, VIII, X e XI do art. 132, da Lei nº 8.112/90 (art. 137, Lei nº 8.112/90). Em outros casos ainda, o servidor, além de ser demitido, poderá também ter declarada a indisponibilidade de seus bens. Nessa última situação, aplicável nos casos de improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional e corrupção, deverá haver, além da indisponibilidade dos bens, o ressarcimento ao erário por parte do servidor ora demitido, sem prejuízo da ação penal cabível, conforme dita o art. 136 da Lei nº 8.112/90.

As condutas puníveis com a demissão prescrevem em cinco anos, a contar do conhecimento do fato pela autoridade competente. É importante lembrar que haverá interrupção do tempo prescricional a partir da abertura de sindicância ou processo administrativo disciplinar. Essa interrupção irá perdurar até o proferimento da decisão final pela autoridade competente.

Caso haja verificação de acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, conduta prevista no inciso XII do dispositivo legal supramencionado, haverá a notificação do servidor para que este opte pelo cargo, emprego ou função de sua preferência, no prazo de dez dias, sendo este um prazo improrrogável, contado da data da ciência.

De acordo com o art. 133, da Lei nº 8.112/90, caso haja omissão por parte do servidor, será adotado procedimento sumário para apuração da irregularidade funcional, podendo ele escolher o cargo, emprego ou função que preferir até o último dia do prazo da sua defesa. Fazendo isso, será presumida a boa-fé do servidor, que terá a conversão automática da sua escolha e a consequente exoneração do outro cargo. Porém, sendo caracterizada a acumulação ilegal e, desde que provada a má-fé do servidor, com fulcro no art. 133, §6º, da Lei nº 8.112/90, será aplicada a penalidade demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, fato este que ensejará a comunicação aos órgãos ou entidades de vinculação.

Logo, sendo detectada a má-fé por parte do agente, aplicar-se-á a ele a demissão de todos os cargos, empregos e funções que estejam acumulados ilicitamente.

3.3.4 Cassação de Aposentadoria ou Disponibilidade

A cassação de aposentadoria ou disponibilidade trata-se de penalidade aplicada aos servidores públicos que ocasiona o desvinculo com a Administração Pública, nas palavras de Meirelles (2011, p. 488), a pena de cassação da aposentadoria “é penalidade assemelhada à demissão, por acarretar a exclusão do infrator do quadro dos inativos e, conseqüentemente, a cessação do pagamento de seus proventos. Por ser penalidade, deve observar a garantia da ampla defesa e do contraditório” A penalidade está prevista no. 134, da Lei nº 8.112/90. Na visão de 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.

Sobre o tema, Santos (2012, p. 354) assim se posiciona:

A pena de cassação de aposentadoria ou disponibilidade possui a mesma natureza jurídica da demissão, tendo em vista que acarreta, igualmente, o desligamento compulsório do servidor em razão de conduta incompatível com sua condição de agente do Estado.

Observe-se que a penalidade em comento se assemelha à demissão, o que de fato muda é a situação funcional do servidor, haja vista que na cassação de aposentadoria o servidor encontra-se já em inatividade. As penas se assemelham, pois ambas têm o condão de extinguir o vínculo jurídico existente entre o servidor público e a Administração. Vale ressaltar que, assim como na demissão, a competência para aplicar a sanção será estabelecida de acordo com o órgão ou Poder em que o agente esteja vinculado.

Como consequência lógica do desvínculo do servidor com a Administração, há a interrupção do pagamento dos proventos de aposentadoria pelo Regime Próprio de Previdência Social. Frise-se que, segundo entendimento de Meireles (2011), respeitando-se todos os preceitos constitucionais à aplicação da

pena, não há a necessidade de aprovação pelo Tribunal de Contas, tendo o Poder Executivo exclusividade nessa atuação, justamente por se tratar de uma ação punitiva e não meramente administrativa, como se dá na concessão da aposentadoria.

3.3.5 Destituição de cargo em comissão

A destituição de cargo em comissão está prevista no art. 135 da Lei nº 8.112/90 e caracteriza-se quando o servidor, não ocupante de cargo efetivo, pratica umas das infrações sujeitas às penalidades de suspensão e de demissão.

Carvalho (2016) adverte quanto à diferença entre a penalidade em análise e a exoneração de servidores comissionados, nos moldes do art. 37, II, da CF/88. A exoneração é livre, independe de motivação ou processo administrativo, ao passo que na destituição, por ter caráter de sanção, exige-se o respeito ao processo administrativo e todas as regras a ele inerentes.

Por último, cumpre destacar que a competência para a aplicação dessa penalidade é da autoridade que nomeou o agente para ocupar o cargo em comissão.

3.3.6 Destituição de função comissionada

A destituição de função comissionada encontra previsão legal no art. 127, VI, da Lei nº 8.112/90. A penalidade se caracteriza pelo fim da função gratificada para o servidor e das respectivas atribuições que exercia o servidor efetivo em virtude de cometimento de conduta faltosa.

4 A CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Neste capítulo se fará, inicialmente, uma abordagem histórica sobre o regime previdenciário dos servidores públicos da união. Posteriormente, serão expostos os posicionamentos doutrinários acerca da (in)constitucionalidade da cassação de aposentadoria. Será analisado também o panorama jurisprudencial concernente ao tema, notadamente, dando ênfase às decisões do STF e STJ.

4.1 BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA DO RPPS: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

No Brasil coexistem atualmente 3 tipos de regimes previdenciários: dois regimes públicos – o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), de filiação obrigatória para os trabalhadores da iniciativa privada, administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), também de filiação obrigatória para os servidores públicos de cargos efetivos da União, dos Estados e dos Municípios, e um regime de previdência complementar, de filiação facultativa e caráter privado e contratual.

Neste tópico do trabalho, abordar-se-á, de maneira breve, o histórico do benefício de aposentadoria – especificamente - dentro do contexto do RPPS, outros institutos serão citados tangencialmente por estarem conectados materialmente à aposentadoria.

Inicialmente, entende-se pertinente conceituar, mesmo que brevemente, o instituto da aposentadoria e, nesse sentido, claros são os ensinamentos de Cunha Júnior (2006, p. 233):

A aposentadoria é um direito fundamenta, de natureza social, à inatividade remunerada, assegurada ao servidor em caso de invalidez, idade ou a pedido, se satisfeitas, neste último caso, certas condições. Nestes termos, atendidos outros requisitos, o servidor tem o direito de se aposentar por *invalidez, compulsoriamente* ou *voluntariamente*.

Sob uma ótica evolucionista, a Constituição Republicana de 1891 foi responsável por introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o direito dos servidores públicos à previdência social, prevendo em seu art. 75 que a aposentadoria só

poderia ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da nação.

As Constituições de 1934 e 1937 continuaram a prever a aposentadoria por invalidez, inovando, em previsões pontuais. A primeira novidade alterava o requisito para aposentar-se, isto é: só teria direito o servidor vítima de acidente de serviço. A segunda mudança introduziu uma nova forma de custeio da previdência, mas ainda permanecia sendo o Estado o principal patrocinador. A nova ordem constitucional também passou a prever a aposentadoria compulsória aos 68 anos. A Constituição de 1934 manteve a aposentadoria compulsória e inaugurou a possibilidade de o servidor aposentar-se por tempo de serviço.

A norma infraconstitucional merece também destaque, assim, mencione-se, a princípio, o Decreto-Lei nº 1.713 de 28/10/1939, o qual instituiu o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, nele ficava demonstrado claramente a natureza jurídica de prêmio da aposentadoria vigente à época. É o que se extrai da inteligência do seu art. 197:

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.

Frise-se a norma citada há tempos está revogado, mas conforme se depreende do dispositivo, dois eram os requisitos para concessão da aposentadoria: I) tempo de serviço, necessitando ser superior a 35 anos de efetivo exercício prestado; II) ser merecedor do prêmio cedido pela União conforme os bons serviços prestados. O item II evidenciava o caráter não contributivo da aposentadoria em suas raízes, isto é, deixa claro a sua natureza de bonificação.

Nessa esteira, é a lição de Fábio Ibrahim (2009, p.32):

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

Quando analisamos a Constituição de 1946 percebemos que o texto traz disposições sobre a competência do TCU – Tribunal de Contas da União - para julgar a legalidade das aposentadorias, reformas e pensões e foram previstas as espécies de aposentadoria (por invalidez, compulsória e voluntária). A Constituição de 1967 dispôs sobre as espécies de aposentadoria e sobre os proventos integrais e proporcionais de aposentadoria.

A proteção social dos servidores públicos foi sensivelmente alterada após a promulgação da Carta Magna de 1988, antes de seu advento a matéria se inseria na política de pessoal do estado, era essencialmente um prêmio dado aos trabalhadores (servidores) por seus serviços prestados ao longo dos anos. Após a Constituição de 1988, o direito dos servidores públicos à aposentadoria foi erigida ao patamar de direito social de segunda geração.

Não obstante a mudança no plano axiológico, a promulgação da Constituição Cidadã não trouxe grandes novidades no âmbito das aposentadorias dos servidores públicos (federais, estaduais e municipais), pelo contrário, há uma manutenção das regras diferenciadas para a aposentadoria dessa categoria. Observe-se a disposição do art. 40 da CF/88, em sua redação original:

- I) por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;
- II) compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; ou
- III) voluntariamente: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; e d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Conforme demonstrado pelo dispositivo supra, o constituinte originário não se preocupou em estabelecer uma forma de custeio da aposentadoria, de modo que permitisse o servidor contribuir juntamente com o Estado. E Nessa mesma perspectiva, o legislador infraconstitucional, ao editar a Lei nº 8.112/90, na redação original do §2º do art. 231, que fora revogado posteriormente, contemplava a não

contributividade da aposentadoria, conforme preconizado: “o custeio da aposentadoria é de responsabilidade integral do Tesouro Nacional”.

No ano de 1993 a EC de número 3 trouxe drásticas mudanças no caráter dos benefícios concedidos aos servidores, já que agora eles teriam que contribuir financeiramente para o regime, ou seja, houve a ruptura de um paradigma, passou-se de um cenário onde os benefícios eram vistos como graças e prêmios para um cenário onde o servidor iria pagar mensalmente determinado valor para compor seu benefício futuro. Pode-se dizer que agora os benefícios tinham natureza de direito subjetivo, desde que preenchidos os requisitos de sua concessão.

Modificações ainda mais significativas foram introduzidas por meio de outras emendas constitucionais: a Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998, a Emenda Constitucional 41, de 19 de dezembro de 2003, a Emenda Constitucional 47, de 5 de julho de 2005 e a Emenda Constitucional 70, de 29 de março de 2012, que introduziu mudanças na aposentadoria por invalidez.

A EC 20/1998, vigente de 16/12/1998 a 31/12/2003, preservou as condições de acesso para as aposentadorias por invalidez e compulsória e alterou a redação do art. 40 da CF/88 no que se refere à aposentadoria voluntária, para incluir a contributividade, idade mínima, além de incluir a aposentadoria proporcional para os servidores que ingressaram no serviço público após sua promulgação, nos seguintes termos:

O art. 8º da EC 20/1998, entretanto, trouxe uma regra de transição (posteriormente revogado pela EC 41/2003) no sentido de conceder aposentadoria voluntária, com proventos calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se desse a aposentadoria. Regra igualmente garantida no art. 3º da EC 41, de 2003.

A EC 41/2003 manteve as modalidades de aposentadoria previstas na redação da EC 20/1998, e dois anos mais tarde a EC 47/2005, a chamada PEC paralela, ampliou o rol de beneficiários de aposentadorias especiais (abrangendo pessoas com deficiência e que trabalhem sob condições que minem sua saúde).

Sob a ótica da contributividade inserida na previdência, Nogueira (2012, p.145) aduz que:

[...] as reformas de 1998 e 2003 possibilitaram superar em definitivo a concepção de que a aposentadoria do servidor era uma mera extensão de sua relação de trabalho, estabelecendo o vínculo

contributivo, mediante participação conjunta e solidária dos servidores e dos entes federativos, como requisito indispensável para a sua concessão. Os regimes de previdência dos servidores públicos passaram a estar sujeitos a princípios que a Constituição de 1988 desde o seu texto original estabeleceu para o sistema de Seguridade Social, tais como a solidariedade e a equidade no seu custeio, com a distribuição dos encargos (contribuições) entre o trabalhador (servidor) e seu empregador (o Poder Público, de forma direta, e a sociedade, de forma indireta, por meio da arrecadação dos tributos em geral).

Após as referidas normas, não se destaca outras grandes alterações no quadro dos servidores públicos, notadamente, a EC 70/2012 e a Lei 12.618/2012 não inovam em relação às condições de acesso aos benefícios de aposentadoria oferecidos aos servidores públicos.

4.2 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO A RESPEITO DA PENALIDADE ADMINISTRATIVA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA

Após fazer uma abordagem de forma geral sobre a aposentadoria no âmbito do RRPS e seu histórico, será analisado agora os posicionamentos doutrinários acerca da (in)constitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria. A discussão será feita a partir de revisão bibliográfica e objetiva apresentar opiniões robustas e bem fundamentadas, respeitando a divergência que há na matéria.

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

Nesse aspecto, fomentado a discussão, destaca-se as palavras da Procuradora da República Pierdoná (2005, n.p.) retiradas de seu artigo “A inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria”:

Se a contribuição do servidor é requisito para a concessão da aposentadoria, há uma contrapartida por parte do servidor que deve

ser considerada na fixação, pelo legislador, de qualquer penalidade que envolva o referido benefício.

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

Rigolin (2007) que defende a inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria argumenta que essa sanção viola o ato jurídico perfeito de concessão de aposentadoria, não podendo ser prejudicado por fatos posteriores. Complementa, ainda, que a cassação só seria possível se o ato estivesse eivado de vício, o que acarretaria a sua anulação.

Para o jurista, o ato de aposentação é perfeito e acabado, quitando qualquer pendência, pois a própria Lei nº 8.112/90 prevê o impedimento de jubilação para servidor que esteja respondendo processo administrativo, portanto, não deveria a jubilação caber a referida pena em função de ato ou fato praticado durante a atividade, pois seria desconexa com o direito de aposentadoria, sendo, portanto desproporcional. Seria como, em seu exemplo, apenar o traficante de droga com o confisco de seu veículo.

Destaque-se que, o autor, ao mesmo tempo em que argumenta pela inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria, não defende a impunidade, pois se o servidor praticou crime contra a Administração, deve ser denunciado ao Ministério Público; se causou prejuízo ao erário, deve ressarcir o Estado, por meios administrativos ou judiciais que preservem a proporcionalidade da medida.

Para Di Pietro (2015, n.p.), a pena de cassação de aposentadoria também é inconstitucional, frente ao sistema previdenciário hoje aplicado aos servidores públicos. No entendimento da administrativista, o servidor inativo “passa a ter dois tipos de vínculos: um ligado ao exercício do cargo e outro de natureza previdenciária”, situação que surge a partir da reforma previdenciária que previu a contribuição por parte dos servidores. Com as reformas constitucionais o governo aproximou o RPPS com o RGPS, lembra Di Pietro (2015, n.p.):

[...] o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício”.

A autora aborda, ainda, o caráter solidário do regime previdenciário. Entende que esse instituto reforça o direito de receber o benefício, tendo sido criado para garantir os direitos dos beneficiados, ainda que se contribua sem a certeza de sua utilização. Para os servidores segurados a “contribuição tem necessariamente que corresponder um benefício, desde que preenchidos os requisitos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional” (DI PIETRO, 2015, n.p.).

A doutrinadora complementa afirmando que a manutenção da pena administrativa tem como consequências práticas o enriquecimento ilícito do Estado, considerando-se que o servidor contribuiu para o Estado ao longo de sua vida laboral e posteriormente vê frustrada a contraprestação a qual fazia, nesse sentido assevera a autora (2015, n.p.): “Qualquer outra interpretação leva ao enriquecimento ilícito do erário e fere a moralidade administrativa. Não tem sentido instituir-se contribuição com caráter obrigatório e depois frustrar o direito à obtenção do benefício correspondente”.

Cumprе ressaltar que, da mesma forma que Rigolin, Di Pietro conclui que o servidor deve responder na esfera criminal e pela reparação civil de prejuízos eventualmente causados ao erário.

Outro doutrinador que segue a mesma tese dos anteriores é Mattos (2008). Em sua obra “Tratado de Direito Administrativo Disciplinar”, defende que o art. 134, da Lei nº 8.112/90, que trata sobre a pena de cassação de aposentadoria, não foi recepcionado pela regra vigente do art. 40 da Constituição Federal. Isso em virtude da alteração ocorrida no benefício da aposentadoria do servidor público, a qual deixou de ser um prêmio, passando a ser garantida por meio de contribuições, depositadas em fundo específico para cada servidor, na forma das regras atuariais.

Ainda segundo o doutrinador, a aplicação dessa pena administrativa significaria enriquecimento ilícito do poder público. Assim, o Estado deveria “devolver, corrigidamente, todo o numerário do fundo de aposentadoria do aludido servidor, ao próprio ou manter os efeitos do ato jurídico perfeito, remunerando mensalmente o servidor demitido” (MATTOS, 2008, p. 864). Acrescenta, ainda, que a aplicação da sanção é um desrespeito à segurança jurídica.

Pierdoná (2005, n.p.) também critica a recepção constitucional dessa sanção administrativa em seu artigo “A Inconstitucionalidade da Penalidade de Cassação de Aposentadoria”. Argumenta que a previdência social é um direito social, sendo, portanto, um direito fundamental de segunda geração, mais

especificamente um direito fundamental condicional, pois exige o cumprimento de um dever, que no caso é a contribuição previdenciária.

Segundo a jurista, essa necessidade de contribuir confere características de um seguro social, o que afasta a possibilidade de não ser concedido o benefício ao segurado quando este se encontra defronte ao risco. Dentre os riscos estariam a velhice e a invalidez, cobertos pelo benefício da aposentadoria.

Para Pierdoná (2005), a pena de cassação é o esvaziamento do próprio direito fundamental, violando seu núcleo essencial. O fato de haver contribuição pelo servidor deve ser levado em consideração pelo legislador na fixação de pena que envolva o benefício. Em argumento similar ao de Rigolin, a autora ressalta o princípio da proporcionalidade, previsto no art. 59 do Código Penal, que analisa a correspondência da pena e o fato ensejador

Acrescenta, ainda, tratar-se de punição perpétua, vedada pelo art. 5^a, inciso, LXVII, b, da Constituição Federal. Assim como os demais doutrinadores, que tiveram seus pensamentos aqui expostos, não advoga pela ausência de penalidade frente às faltas cometidas por servidor público puníveis com a cassação de aposentadoria, mas entende que essas sanções devem encontrar respaldo nos dispositivos constitucionais.

Ponto que merece ser ressaltado, dentre os argumentos demonstrados, trata sobre o princípio previdenciário da solidariedade, abordado Di Pietro (2015). Esse princípio, juntamente com o contributivo, são relevantes na medida em que disponibilizam insumos para se fundamentar sobre eventual enriquecimento indevido por parte do Estado, no que se refere aos valores pagos pelo servidor, a título de contribuição previdenciária, quando tem o seu benefício cassado. No entendimento de Di Pietro, a solidariedade foi criada para garantir o direito dos segurados. Esse princípio significa que pessoas que não usufruirão dos benefícios ainda assim contribuem para manutenção do sistema, como é caso, cita a autora, dos servidores inativos e pensionistas que não possuem dependentes.

Todavia, se o servidor assegurado preencher os requisitos, constitucionais e infraconstitucionais, sua contribuição deve corresponder a um benefício. Esse ponto de vista é contrário à jurisprudência que defende a solidariedade, como no caso do voto do relator do TRF 2^a Região, que ao discorrer sobre o princípio defendeu que “o custeio para a Seguridade não tem cunho

individualista, mas sim atento à universalidade e à solidariedade”. Ao revés, Di Pietro (2015, n.p.) alega que:

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

O STF já abordou o assunto em algumas decisões. Na ADI 2.010-2-DF, de 13/06/2002, apresentado no artigo de Di Pietro (2015), que tratou em síntese da pertinência de incidência de contribuição previdenciária sobre servidores inativos e pensionistas, estabeleceu que “a existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula, segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição”.

No que tange à tese de defesa da constitucionalidade dessa pena administrativa, temos a opinião de Carvalho Filho (2014, p. 735) que defende não existir direito adquirido a ex servidor em relação ao benefício da aposentadoria, “se tiver dado ensejo, enquanto em atividade, à pena de demissão”. Na opinião do doutrinador, a pena é inteiramente cabível, inclusive na punição de magistrado com aposentadoria compulsória, o que evitaria que a aposentadoria servisse de escudo para “escamotear infrações gravíssimas cometidas pelo ex servidor anteriormente, sem que se lhe aplique a necessária e justa punição” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 736).

Cabe ainda destacar o entendimento do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo federal, exercido pela Corregedoria-Geral da União, vinculada à Controladoria-Geral da União. Nessa estrutura de sistema de correição existe a Comissão de Coordenação de Correição, órgão colegiado que possui papel consultivo, tendo como objetivo promover a integração e uniformizar entendimentos dos órgãos e unidades do referido Sistema de Correição do Poder Executivo. Nesse sentido, são publicados enunciados com fins de promover essa unificação de entendimentos. Dentre os enunciados destacamos o de nº 02, de 05/05/2011, que trouxe o seguinte texto:

A aposentadoria, a demissão, a exoneração de cargo efetivo ou em comissão e a destituição do cargo em comissão não obstam a

instauração de procedimento disciplinar visando à apuração de irregularidade verificada quando do exercício da função ou cargo público.

Os juristas que se posicionam a favor da constitucionalidade do dispositivo, afirmam que o instituto garante a moralidade na Administração Pública, além de inibir os estímulos à prática de atos administrativos delituosos, tendo em vista que há previsão de sanção rigorosa. Há ainda os que sustentam a tese que o servidor não estaria desamparo em caso de eventual aplicação da penalidade, tendo em vista que poderá pleitear a aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Nesse caso, haveria redução significativa no montante do benefício, que, para os pensadores dessa corrente, a redução é justa, pois o servidor foi penalizado, sendo, portanto, merecedor. (CARVALHO FILHO, 2014).

O tema é de enorme controvérsia, existindo argumentos para ambas as teses, tanto de constitucionalidade como de inconstitucionalidade. No entanto, as discussões mais profundas têm ocorrido na esfera doutrinária, resultando, ainda, pouco impacto nas decisões judiciais, que é o cenário com o condão de provocar eventual mudança ou confirmação sobre a interpretação da lei.

4.3 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA PENA ADMINISTRATIVA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA

Por se tratar de tema diretamente ligada à Constituição, se faz necessário trazer o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Analisar a jurisprudência do STF é de grande valia haja vista que seu entendimento irá embasar e gerar precedentes aos demais tribunais.

O STF, em julgado recente (maio de 2015), reafirmou sua posição pela constitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria. Segundo o referido tribunal a penalidade não viola princípios constitucionais e nem está descompatibilizada com o regime jurídico-administrativo dos servidores públicos.

Em sede de Agravo Regimental, o voto do presidente e relator, ministro Ricardo Lewandowski foi ao encontro da jurisprudência pretérita do STF. O posicionamento já é firme no sentido de constitucionalidade quanto à aplicação da cassação de aposentadoria pela prática de falta disciplinar punível com demissão. O caso se refere a servidor público do estado de Santa Catarina, em que o tribunal

desse estado, por meio de seu órgão especial, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade de artigos de lei estadual, nos quais se previa a pena de cassação de aposentadoria. A decisão do STF, ora agravada, de 22/10/2013, foi pela suspensão do acórdão do TJSC, considerando que:

[...] o fato de que a declaração da não recepção da norma estadual que permite a cassação de aposentadoria aparentemente contraria a jurisprudência desta Corte a respeito de preceito análogo contido na Lei 8.112/1990.

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

Em outro momento, no Mandado de Segurança nº 24.557-7 – DF, de 02/09/2003, a 2ª Turma decidiu, por unanimidade, que não é inconstitucional a pena de cassação de aposentadoria, repisando o MS 21.948-RJ, cujo relator foi o Ministro Néri Silveira, em 29/09/1994. Nesse acórdão, da década de 90 do século passado, se entendeu legal e constitucional a demissão de servidor que já possuía tempo para se aposentar. Identifica-se, ainda, essa posição jurisprudencial em recente Agravo Regimental, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.624-DF, de 03/06/2014.

Veja-se algumas decisões em que pode-se observar o entendimento atual e pacificado do STF:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA

UNIÃO. PENSÃO POR MORTE. EXAME. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NÃO CARACTERIZADA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. LEI 9.030/95. APLICABILIDADE A OPTANTE PELA REMUNERAÇÃO DE CARGO EFETIVO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM PARA DETERMINAR A REABERTURA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. Nos termos da jurisprudência do STF, o ato de concessão de aposentadoria é complexo, aperfeiçoando-se somente após a sua apreciação pelo Tribunal de Contas da União, sendo, desta forma, inaplicável o art. 54, da Lei nº 9.784/1999, para os casos em que o TCU examina a legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. 2. Inexiste afronta ao princípio do contraditório e da segurança jurídica quando a análise do ato de concessão de aposentadoria, pensão ou reforma for realizada pelo TCU dentro do prazo de cinco anos, contados da entrada do processo administrativo na Corte de Contas. 3. Os princípios do ato jurídico perfeito e da proteção ao direito adquirido não podem ser oponíveis ao ato impugnado, porquanto a alteração do contexto fático implica alteração dos fundamentos pelos quais o próprio direito se constitui. O STF adota o entendimento de que a alteração de regime jurídico garante ao servidor o direito à irredutibilidade dos proventos, mas não à manutenção do regime anterior. 4. A análise dos autos demonstrou que o TCU, ao aplicar o artigo 2º da Lei 9.030/95, partiu da equivocada premissa de que o instituidor da pensão, que titularizava benefício com remuneração do cargo efetivo, havia optado pela remuneração do cargo em comissão e que, portanto, não teria direito à percepção da parcela variável. 5. Determinação de reabertura do processo administrativo pelo Tribunal de Contas, a fim de que analise a regularidade dos proventos recebidos pela Impetrante partindo da premissa de que o instituidor da pensão recebia a remuneração do cargo efetivo, não de cargo em comissão, para só então concluir pela legalidade, ou não, da pensão titularizada pela Impetrante. 6. Ordem parcialmente concedida. Agravo regimental prejudicado. (STF - MS: 31704 DF - DISTRITO FEDERAL 9984777-25.2012.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 19/04/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-098 16-05-2016).

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

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ percebe-se que o entendimento também é pela constitucionalidade da penalidade administrativa, a

tese é comprovada em decisão de maio de 2015, no Mandado de Segurança nº 13.074-DF, o ministro Rogério Schietti Cruz foi relator do *mandamus*, concluindo da seguinte maneira:

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

Não obstante a jurisprudência do STJ esteja consolidada no sentido da constitucionalidade da norma, há no interior da corte, posicionamentos que vão na contramão das decisões colegiadas, ou ao menos ventilam questionamentos sobre a atual posição do Tribunal, nesse sentido é o voto do ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que divergiu da maioria no julgamento do MS 20.936 – DF, dando enfoque especial ao caráter contributivo implantado há tempos no regime previdenciário dos servidores públicos, coleciona-se a seguir trechos do voto:

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

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

O TRF da 5ª Região, também tem, reiteradamente, se posicionado pela constitucionalidade da sanção administrativa, exemplo disso foi a decisão proferida em 25/02/2014, pela 2ª Turma do Agravo de Instrumento 080267215.2013.4.05.0000-PE, interposto frente à decisão que analisou pedido de anulação da penalidade disciplinar de cassação de aposentadoria, onde por maioria, negou-se provimento à autora. Em síntese, se concluiu que não há prejuízo ao direito adquirido no tocante às contribuições previdenciárias, haja vista, segundo o desembargador federal Fernando Braga, existir a possibilidade, de serem

aproveitadas em outro regime previdenciário, porém o servidor perde o direito à aposentação como mecanismo de penalidade. Nessa senda o desembargador ainda aduz que o direito à aposentadoria pressupõe a inexistência de qualquer ilícito capaz de ensejar a demissão ou a cassação de aposentadoria.

Mister ressaltar, ainda, que tramita atualmente na Suprema Corte a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4882, que foi ajuizada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil - ANFIP, em 20/11/2012, no qual pede a inconstitucionalidade do inciso IV, do artigo 127, e do artigo 134, ambos da Lei nº 8.112/1990.

Em apertada síntese, a ANFIP, alegou na exordial que a existência da pena de cassação de aposentadoria no atual panorama legislativo viola inúmeros preceitos legais e constitucionais, entre os argumentos, a associação da ênfase ao enriquecimento ilícito do Estado, haja vista o servidor apenado perder parte ou até mesmo a totalidade das prestações já vertidas à previdência.

Na petição inicial ainda foi levantado a necessidade de se preservar a dignidade da pessoa humana, pois o servidor cassado estaria sendo desamparado pelo Estado justamente no momento em que mais precisa, que é na velhice ou na invalidez. Ademais, questiona-se também a proporcionalidade da sanção e a exigência de personalidades das penas no direito brasileiro, segundo a peça inaugural, a pena de cassação de aposentadoria extrapolaria a pessoa do condenado, pois atingiria tangencialmente todos os dependentes do ex-servidor.

Frise-se que a ação já passou por diversas seções, mas O STF, ainda não se posicionou quanto ao mérito da questão. Merece atenção também que, os argumentos encontrados nos acórdãos do STF, que fundamentam suas decisões são posteriores às mudanças constitucionais inseridas pelas emendas constitucionais de 1993, 1998 e 2003. Diante do exposto, percebe-se que o Egrégio Tribunal tem a possibilidade de sanar as divergências garantindo segurança jurídica aos tribunais, mas para tanto, precisa enfrentar, primordialmente, as questões concernentes à contributividade do regime previdenciário e suas consequências na aplicação da sanção administrativa em estudo.

Á luz do que foi abordado, entende-se ser necessária uma análise apurada de todos os cenários que envolvem essa penalidade administrativa – e extremamente grave -. Questionamentos como: o que é possível se fazer com as contribuições já vertidas à aposentadoria pelo servidor cassado; e o servidor teria

direito a ser ressarcido das contribuições de anos e anos? Ainda restam nebulosas e até serem esclarecidas a dúvida e a insegurança jurídica pairará sobre a sanção disciplinar em xeque.

4.4 O QUE FAZER COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS JÁ VERTIDAS PARA O REGIME DE PREVIDÊNCIA

Sabe-se que a penalidade de cassação de aposentadoria, conforme já foi tratada neste trabalho, resta-se configurada quando o servidor aposentado pratica, ainda em atividade, conduta faltosa punida com demissão, por essa razão é pertinente traçarmos um paralelo entre as duas sanções disciplinares.

No que concerne à pena de demissão, destaque-se que não há qualquer impedimento que o servidor volte a ocupar outro posto na Administração pública, desde que preencha novamente todos os requisitos de acessibilidade já percorridos neste trabalho. Caso assuma novo cargo público não resta dúvida que fará jus a todo tempo de contribuição previdenciária já vertida, por força do que dispõe o art. 40, §9º da CF/88¹¹. Ademais, mesmo que atividade exercida a posteriori seja regida pelo regime celetista, o tempo de contribuição oriundo do cargo em que se deu a demissão também será aproveitado pelo INSS, por intermédio do instituto denominado contagem recíproca dos regimes de previdências, previsto no art. 201, §9º do Texto Maior¹².

Não seria absurdo se pensar que o mesmo tratamento deveria ser dado às situações que envolvam a pena de cassação de aposentadoria, haja vista tratar-se de penas semelhantes. Desta forma, conforme assevera Tavares (2016, n.p.), em artigo intitulado “Cassação de aposentadoria O caminho do meio”:

A constitucionalidade da cassação da aposentadoria, contudo, deve ser acompanhada de uma *válvula de escape* para o servidor punido. Os arts. 127, IV, e 134 da Lei nº 8.112/1990 devem ser interpretados conforme a Constituição, de maneira a *permitir a contagem do tempo*

¹¹ Art.40 [...]

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

¹² Art. 201 [...]

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

de contribuição no regime próprio para efeito de aposentadoria no regime geral, com fundamento no art. 201, §9º, da Constituição.

Ainda segundo o autor, a solução que é sugerida em sua obra, além de estar conforme a Constituição e a legislação pertinente, compreende uma série de benefícios, entre os quais o respeito aos princípios da contributividade do regime previdenciário, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade e isonomia nas sanções disciplinares, também está em acordo com a moralidade administrativa além de atender aos anseios da sociedade, haja vista que o servidor infrator não permanecerá impune por seus atos.

Merece destaque também o posicionamento de Menezes (2015, n.p.), onde em sua obra “A Discussão da (In)constitucionalidade da Pena de Cassação de Aposentadoria”, onde aduz ser possível o STF entender constitucional a pena de cassação de aposentadoria, porém, devendo esclarecer os efeitos da contributividade na referida sanção disciplinar, questão ainda não apreciada pela Excelsa Corte, e desde que seja garantido ao servidor a restituição dos valores já vertidos como contribuição previdenciária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aposentadoria do servidor público federal perpassou por inúmeras transformações nas últimas décadas, especialmente com o advento das Emendas Constitucionais nº 03/93, nº 20/98 e nº 41/03. Antes das alterações, a aposentadoria tinha natureza de bonificação. Assim, o Estado poderia ou não, agraciar com a aposentadoria o servidor que já havia dedicado anos de labor à Administração Pública.

Nessa perspectiva, as mudanças inseridas no regime previdenciário dos servidores públicos causaram impacto, dentre outros aspectos, em sua forma de custeio, exigindo-se a partir de então a participação pecuniária do servidor. A previdência social do servidor que outrora era benesse estatal e que sequer se incorporava ao patrimônio jurídico, agora passou a ser contributiva e solidária, além de se comprometer com equilíbrio financeiro e atuarial. Nessa perspectiva passou-se a questionar se a pena de cassação de aposentadoria fora recepcionada pela CF/88.

Em virtude das controvérsias que pairam sobre o instituto, a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP, ingressou com a ADI nº 4882, pugnando pela inconstitucionalidade dos arts. 127, IV e 134 da Lei nº 8.112/90, que introduzem a penalidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante tenha havido algumas seções de julgamento, a Corte Suprema ainda não se debruçou sobre o mérito da questão.

Diante do que foi analisado, percebe-se que o STF e o STJ têm, reiteradamente, entendido pela constitucionalidade da pena em estudo. O Tribunal Excelso aduz que a sanção administrativa está em perfeita compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. Note-se, entretanto, que a Suprema Corte, em suas decisões, nunca apreciou de fato o impacto que a contributividade pode gerar à aposentadoria do servidor, notadamente no que concerne à constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria.

Observa-se ainda que, inobstante a jurisprudência do STJ alinhar-se pela constitucionalidade dos dispositivos, há no interior da Corte, posicionamentos que vão na contramão da jurisprudência, ou ao menos ventilam questionamentos sobre a atual posição do Tribunal. O ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no MS 20.936 –

DF, questionou se é coerente julgar constitucional tal norma mesmo após o advento da contributividade no sistema previdenciário, e asseverou que tal posicionamento necessita ser repensado.

Já no que tange aos tribunais locais, frise-se que o TJSC é um dos poucos tribunais que vem decidindo pela inconstitucionalidade da sanção administrativa em análise.

Na doutrina o tema é ainda mais polêmico. Os autores que militam pela constitucionalidade da pena aduzem que o ex servidor não tem direito adquirido ao benefício da aposentadoria, caso tenha dado ensejo à pena de demissão, enquanto estava em atividade. Expõem ainda que a penalidade garante a moralidade administrativa e inibe estímulos à prática de condutas faltosas por partes dos servidores que já tenham os requisitos necessários para se requerer a aposentadoria.

Há ainda os que sustentam a tese que o servidor não estaria desamparado em caso de eventual aplicação da penalidade, tendo em vista que poderá pleitear a aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Nessa situação, haveria significativa redução do benefício, e para os autores, não haveria injustiça, haja vista tratar-se de servidor faltoso.

A doutrina que pugna pela inconstitucionalidade da pena aduz que o servidor tem o direito adquirido à aposentadoria em razão do princípio da contributividade da previdência social. Informam, pois, que a contribuição do servidor é requisito para a concessão da aposentadoria, portanto, pensam os defensores da tese, que nada mais justo do que o Estado conceder a contrapartida, isto é, a aposentadoria.

A corrente que milita pela inconstitucionalidade assevera ainda que o servidor inativo passa a ter dois tipos de vínculos: um ligado ao exercício do cargo e outro de natureza previdenciária, portanto não há que se falar em cassação da aposentadoria, pois, a infração cometida enquanto o servidor ainda estava em atividade, nada tem a ver com o vínculo da previdência social. Outro argumento exposto informa que sanção viola o ato jurídico perfeito de concessão de aposentadoria, não podendo ser prejudicado por situações ocorridas a posteriori.

A inconstitucionalidade é também alegada em razão da cassação de aposentadoria gerar para o Estado enriquecimento ilícito no tocante às contribuições

já vertidas, pois, mesmo havendo a possibilidade do servidor cassado se filiar ao RGPS, há considerável diminuição no montante do benefício.

Mostra-se fundamental registrar que a doutrina citada não serve à impunidade do servidor, pelo contrário, advoga por formas menos cruéis e mais proporcionais de punição e cita como exemplo a composição civil dos danos por ventura causados ao Estado e as sanções penais.

Data vênua, filio-me a corrente que entende ser inconstitucional a penalidade administrativa, pois não vejo compatibilidade entre a cassação de aposentadoria do servidor público federal e o caráter contributivo do regime previdenciário. Porém, não ignoro a possibilidade de se buscar uma solução que esteja em conformidade com a Constituição, mas que não seja necessariamente a declaração de inconstitucionalidade da pena. Nessa senda, manter a constitucionalidade da sanção, preservando a possibilidade de se restituir os valores pagos a título de contribuições previdenciárias ao servidor, também me parece ser uma alternativa viável, desde que o STF, quando puder se posicionar sobre o caso, estabeleça os efeitos da contributividade na previdência social do servidor público federal com o fito de preservar a segurança jurídica e a ordem jurídica constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 22. ed. ver. atual. E ampl. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939**. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis 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: 19 jan. 2018.

_____. **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: 06 jan. 2018

_____. **Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952**. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1711.htm>. Acesso em: 08 jan. 2018.

_____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico os servidores públicos cíveis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

_____. **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: 09 jan. 2017.

_____. **STF. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ADI 2.010-2-DF**. Relator Ministro Celso de Mello. DJ: 13/06/2002. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14801676/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2010-df-stf>>. Acesso: 15 fev. 2018.

_____. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 23.219-9/RS**. Relator Ministro Eros Grau. DJ: 30/06/2005. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14737203/agregno-mandado-de-seguranca-ms-23219-rs/inteiro-teor-103122760>>. Acesso: 15 fev. 2018

_____. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.624/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 03/06/2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25132431/agreg-no-recurso-ord-em-mandado-de-seguranca-rms-32624-df-stf/inteiro-teor-124544961#>>. Acesso: 17 fev. 2018.

_____. **Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada nº 729/SC.**

Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 28/05/2015. Disponível em
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(729%20SANTA%20CATARINA\)&base=baseAcordaos&url=http%3A%2F%2Ftinyurl.com%2Fn733m2j](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(729%20SANTA%20CATARINA)&base=baseAcordaos&url=http%3A%2F%2Ftinyurl.com%2Fn733m2j)> Acesso: 08 de jan. 2018

_____. **Mandado de Segurança nº 21.948/RJ.** Relator: Ministro Néri Silveira. DJ:

29/09/1994. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12946803>>. Acesso: 17 fev. 2018

_____. **Mandado de Segurança nº 23.299/SP.** Relator Ministro Sepúlveda

Pertence. DJ: 06/03/2002. Disponível em:
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/775211/mandado-de-seguranca-ms-23299-sp>>. Acesso: 17 fev. 2018

_____. **Mandado de Segurança nº 24.557-7/DF.** Relator: Ministro Carlos Velloso.

DJ: 02/09/2003. Disponível em:
<bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45044/45018>. Acesso: 17 fev. 2018.

_____.STJ. **Mandado de Segurança nº 13.074-DF.** Relator: Ministro Rogerio

Schiatti Cruz. DJ: 27/05/2015. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/194519478/mandado-de-seguranca-ms-13074-df-2007-0213518-3/relatorio-e-voto-194519497>>. Acesso: 12 jan. 2018

_____.TRF-1ª Região. **Apelação Cível nº 26704420044013900.** Relator:

Desembargador Federal Néviton Guedes. DJ: 14/05/2014. Disponível em:
<<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162020424/apelacao-civel-ac-26704420044013900>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

_____.TRF-5ª Região. **Agravo de Instrumento nº 080267215.2013.4.05.0000-PE.**

Relator: Desembargador Vladimir Souza Carvalho. DJ: 25/02/2014. Disponível em:
<http://www.trf5.gov.br/downloads/userupload/1b4543f0ba/Revista_TRF5_120_.pdf> Acesso em: 14 jan. 2018..

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 3. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo.** 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 1.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoriaincompativel-regime-previdenciario-servidores>>. Acesso 27 dez. 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.
- MENEZES, Matheus Bredt de. **A discussão da (in)constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria**. Brasília: 2015. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/12048/1/2015_MatheusBredtdeMenezes.pdf >. Acesso: 15 de fev. 2018.
- NOGUEIRA, Naron Gutierre. O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a Política Pública de Estado. Secretaria de Políticas de Previdência Social. **Coleção Previdência Social**. Série Estudos, v. 34. Brasília, MPS, 2012.
- PIERDONÁ, Zélia Luiza. A inconstitucionalidade da penalidade da cassação de aposentadoria. **Revista de Direito Social**, São Paulo, v. 20, p. 19-34. São Paulo: Editora Fonte do Direito, Out/Dez 2005.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. Direito adquirido à aposentadoria não se perde com a demissão do servidor titular: a absurda pena da cassação de aposentadoria por falta antiga, punível com demissão. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA**, Belo Horizonte, v. 75, maio 2007. Disponível em: <<http://www.editotraforum.com.br>>. Acesso: 22 jan. 2018.

SANTOS, Mauro dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.