

A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE CONSTITUTIONALITY IN THE TERMINATION OF THE PUBLIC SERVER'S RETIREMENT IN ADMINISTRATIVE IMPROBITY

FABRICIO ALMEIDA

ROBERTA FIDALGO

RESUMO

O ato de improbidade administração tem caracterização por suspender os direitos políticos, perder a função pública, indisponibilizar os bens e ressarcir ao erário. A Lei nº 8.112/90, no seu art. 134, faz previsão da penalidade de cassar a aposentadoria se o inativo tenha feito a prática, na atividade, falta punível com a demissão. As discussões que possuem surgimento, de forma consequente, têm relação com a possibilidade ou não da conversão da penalidade de perda da função pública, com aplicação em sede de processos de improbidades administrativas, em cassação da aposentadoria, no intuito de cumprir as decisões judiciais que fizeram aplicação da penalidade. Desta forma, o objetivo do presente trabalho é apontar os argumentos doutrinários que são a favor e contra a cassação da aposentadoria do servidor público na improbidade administrativa. Conclui-se que, o STF já teve seu posicionamento a favor da aplicação da pena, sendo esta uma medida constitucional. Uma parte doutrina manifesta-se em concordância com a aplicação da sanção, fundamentando seu posicionamento de prevalecer o interesse público no rompimento da vinculação do servidor faltoso com o Estado. É exposto ainda previsão na Constituição da possibilidade de demitir como penalidade administrativa, e que a cassação não possui vedações expressas no ordenamento jurídico. De outro lado, uma parte doutrinária tem seu posicionamento de forma contrária a aplicação dessa sanção, apontando a natureza contributiva das prestações previdenciárias, as figuras constitucionais do direito adquirido, o princípio da proporcionalidade da pena, além da aposentadoria ter amparos e atrelo ao princípio da dignidade da pessoa humana, como uma forma do servidor aposentado em prover sua subsistência.

Palavras-chave: Improbidade Administração. Cassação da Aposentadoria. Poder Administrativo Disciplinar.

ABSTRACT

The act of improper administration is characterized by suspending political rights, losing public function, making assets unavailable and reimbursing the treasury. Law 8,112 / 90, in its art. 134, provides for the penalty of revoking retirement if the inactive person has practiced, in the activity, a penalty punishable by dismissal. The discussions that arise, consequently, are related to the possibility or not of the conversion of the penalty of loss



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

of public service, with application in the case of administrative improbity processes, in the retirement cassation, in order to comply with the judicial decisions that applied the penalty. Thus, the objective of the present work is to point out the doctrinal arguments that are for and against the withdrawal of the retirement of public servants in administrative improbity. It is concluded that, the STF already had its position in favor of the application of the penalty, being this a constitutional measure. A doctrinal part manifests itself in agreement with the application of the sanction, justifying its position of prevailing the public interest in breaking the link between the defaulting servant and the State. It also sets out a provision in the Constitution of the possibility of dismissing as an administrative penalty, and that the cassation does not have any express restrictions in the legal system. On the other hand, a doctrinal part has its position contrary to the application of this sanction, pointing out the contributory nature of social security benefits, the constitutional figures of the acquired right, the principle of proportionality of the penalty, in addition to retirement being supported and linked to the principle of dignity of the human person, as a way for the retired servant to provide for his livelihood.

Keywords: Management improbity. Retirement Cassation. Disciplinary Administrative Power.

1 INTRODUÇÃO

O ato de improbidade administração tem caracterização por suspender os direitos políticos, perder a função pública, indisponibilizar os bens e ressarcir ao erário, na maneira e gradação com previsão na Lei nº 8.429/92, sem prejudicar as ações penais cabíveis, de acordo como é apontando no art. 37, § 4º, da Constituição.

Já a Lei nº 8.112/90, no seu art. 134, faz previsão da penalidade de cassar a aposentadoria se o inativo tenha feito a prática, na atividade, falta punível com a demissão. Com isso, é possível observar que, mesmo da existência de previsão da conversão de penalidade de demissão em cassação de aposentadoria em sede de processo administrativo, a previsão não acaba se encontrando de forma igualitária com disposição de forma expressa em lei que rege os processos de improbidade administrativa.

As discussões que possuem surgimento, de forma consequente, têm relação com a possibilidade ou não da conversão da penalidade de perda da função pública, com aplicação em sede de processos de improbidades administrativas, em cassação da



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

aposentadoria, no intuito de cumprir as decisões judiciais que fizeram aplicação da penalidade.

Acerca da aplicabilidade da sanção diversos pontos necessitam de questionamentos: é possível os servidores terem sua aposentadoria cassada ante a natureza contributiva previdenciária? Os princípios da Constituição do direito adquirido, dignidade da pessoa humana e proporcionalidade estão sendo observados?

A temática tem controvérsias mesmo no contexto do Supremo Tribunal da Justiça (STJ), possuinte de distintas decisões que advêm da Primeira Seção, com responsabilidade pelos julgamentos envoltos do Direito Público.

Desta forma, o objetivo do presente trabalho é apontar os argumentos doutrinários que são ora a favor e ora contra a cassação da aposentadoria do servidor público na improbidade administrativas.

Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, onde foi buscado investigar o maior número de conhecimento técnico à disposição nessa área e em posicionamento sobre o tema. A pesquisa bibliográfica consiste no exame da bibliografia, para o levantamento e análise do que já foi produzido sobre o assunto que foi assumido como tema de pesquisa científica.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

As pretensões punitivas estatais, com base no monopólio da administração da justiça, com manifestação, de forma histórica, partindo da vedação da vingança privada e autotutela dos particulares, acaba apresentando dois dimensionamentos fundamentais de atuação, tendo projeção perante as pessoas por dois trilhos variados, quais sejam, o administrativo e penal. Além disto, as sanções que possuem caráter administrativo em



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

relação com as sanções penais, nada mais são do que manifestações do poder de punição estatal.

De forma tradicional, a doutrina faz diferenciação destas espécies baseado em escopos, isto é, em relação ao penal: a tutela da ordem social geral assegura valores de maior amplitude, e em relação a administrativa: a tutela da organização assegura que haja um bom funcionamento da máquina do Estado. Segundo Gasparini (2012), as categorizações são simplistas e despidas de rigor técnico-científico, porquanto é fato que as sanções de natureza administrativa possuem a tendência de exceder o âmbito interno da Administração, na apresentação de reflexões externas, conquanto indiretas na sociedade, com destinação final aos serviços públicos.

Além do mais, o Estado, procurando os interesses públicos, acaba assumindo um posicionamento preponderante nas suas relações com particulares, unificado em várias prerrogativas e poderes com conferência partindo da própria ordem constitucional. É preciso destacar ainda, segundo Meirelles (2012) que, esse posicionamento é decorrente do princípio base da supremacia dos interesses públicos perante o privado, que junto com o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, faz norte em todo o direito administrativo.

O poder administrativo de sanção poderá ser dirigido contra os administradores de forma geral, ou ainda contra indivíduos que acabem se encontrando num posicionamento de sujeição especial, com associação ao Estado partindo de liames contratuais ou estatutários. Inclusive, em casos de especificidade dos agentes do Estado, como exemplos o servidor e funcionários públicos, apresenta-se do denominado poder disciplinar, que é exercido a partir da Administração perante seu quadro de funcionários.

Neste contexto, o poder disciplinar tem consideração como um certo gênero do poder administrativo de sanção, consistindo em prerrogativas com conferência à Administração de punição de forma interna as infrações funcionais dos servidores e outros indivíduos que ficam sujeitos à especial disciplina de seus órgãos e serviços, com fundamentação no princípio da hierarquia, com inerência em organização estatal. Com isso, é forçado o reconhecimento que o poder disciplinar não é constituinte de faculdade discricionária do administrador, mas torna-se um poder-dever, com a necessidade de



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

configuração da infração, a autoridade possui o dever de cumprir a lei e fazer a aplicação da penalidade, perante pena ainda de incorrer em ilícito administrativo.

Segundo Marinella (2007), o poder disciplinar com conferência à Administração Pública lhe permite a punição, além de apurar a prática das infrações funcionais dos servidores e outros que se apresentem sujeito à disciplina dos órgãos e serviços da Administração.

Nesse contexto, Mello (2013) pontua que, o poder disciplinar da Administração não deverá ter confusão com o poder de punição estatal, porquanto tem realização partindo da Justiça Penal. O poder disciplinar é interno, sendo que, o penal tem o intuito da salvaguarda dos valores e bens de maior importância dos grupos sociais. Inclusive, a punição disciplinar e penal possui fundamento em razões diversas, assim como variada é a natureza das penas. Assim, a diferença percebida não é de grau, mas sim de substância.

Meirelles (2012) pontua que, o poder disciplinar ainda tem caracterização partindo da discricionariedade em certos aspectos. Com isso, no Direito Penal tem consubstancia o princípio de que não existe crime sem a existência de uma lei especial que faça sua definição, já o Direito Disciplinar não apresenta a rigidez em relação ao procedimento a ser seguido. Além do mais, o administrador fará a aplicação da sanção que melhor julgar correta, entre as quais possuem enumeração em lei ou regulamento, e poderá levar em consideração o caráter, gravidade da infração e danos que vierem resultar para o serviço público.

Nesse contexto, há a liberdade do administrador para a verificação se foi ou não cometida infrações administrativas, até devido ao fato que, a legislação nacional faz o emprego de expressões bastante amplas e com imprecisões para o conceito de determinadas faltas. Entretanto, mesmo desta discricionariedade, o Estado não poderá ter omissão para apurar faltas funcionais, tendo esta aplicabilidade da pena disciplinar a natureza de poder-dever.

3 A CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em um primeiro momento, é fundamental destacar as incidências das responsabilidades dos servidores de acordo com diversos enfoques. A responsabilidade civil terá decorrência do ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, por ele incorrido, resultante em prejuízo ao erário ou terceiros (GOMES, 2012). Diversa torna-se a responsabilidade penal, que de forma consequente, tem relação com as consequências das condutas com tipificação pelo ordenamento jurídico como crime voltado ao exercício de cargo função ou emprego público. Além disso, a responsabilidade administrativa possui relação com os atos cometidos pelos servidores públicos ao desempenharem seus cargos ou funções, se assemelhando em caracterizar o ilícito no contexto civil (DI PIETRO, 2016).

Se tiver comprovação a responsabilidade do servidor público partindo de apuração mediante processo administrativo, é possível cassar sua aposentadoria, que decorre de casos puníveis com a demissão. A penalidade tem apresentação em contexto federal, como também estadual e municipal.

Para Mello (2014), a cassação da aposentadoria ou disponibilidade terá aplicação partindo das autoridades competentes para impor a penalidade de demissão e possuirá lugar quando inativo haja praticado, na atividade, a falta a que teria correspondência essa sanção, e mesmo que a lei não diga isso, precisará acarretar, por identidade de motivo, mesmas consequências com previsão em casos de demissão.

Relacionado com as questões procedimentais da cassação de aposentadoria ou disponibilidade do servidor, existe a reversão do servidor para a atividade, para que seja possível ter aplicação a pena de demissão. Isso tem ocorrência quando em atividade, o servidor acabou cometendo uma falta grave após o ato de aposentadoria (MEDAUAR, 2012).

Nesse contexto, levando em consideração a punição com previsão aos servidores federais, a Lei nº 8.112/1990, art. 127, inciso IV, apresenta esta alternativa, como maneira de penalizar de forma disciplinar. Os estatutos dos servidores estaduais acabam seguindo a mesma ideia, possuindo base a legislação que diz respeito acerca dos



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

servidores federais. Além desse artigo, os servidores federais também possuem regulamentação partindo do art. 134, fazendo previsão de forma justa a cassação de aposentadoria para o servidor em atividade, aquele que comete falta grave, e assim, tem sua punição com a demissão.

Como exemplo, perante o contexto estadual, em São Paulo, o estatuto dos servidores deixa claro a cassação da aposentadoria, parecido com os federais. Assim como, no Espírito Santo, o estatuto acaba compartilhando uma mesma previsão legal. Com isso a penalidade com demonstração para regulamentar os servidores federais, realiza influências e tem serventia de base para a mesma penalidade em contexto estadual ou municipal. Inclusive, as decisões judiciais fazem a utilização destas normativas no intuito da punição dos servidores com pauta na penalidade de retirar o benefício da previdência, com relação as práticas de punição com demissão.

4 ELEMENTOS A FAVOR DA CONSTITUCIONALIDADE DA CASSAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Magioni (2019) pontua que, a principal argumentação pela manutenção das sanções administrativas para cassar a aposentadoria dos servidores é a de que, a prática do ilícito com gravidade tem justificativa nas imposições de pena administrativa de igual patamar, e se não tiver aplicação a cassação da aposentadoria, os servidores não serão apenados na esfera administrativa.

O intuito não é de deixar o ilícito à margem de reprimenda, mas sim da análise das questões à luz das regras da Constituição em vigência. Caso o legislador que fez a reformulação da Constituição fez a opção por impor o regime de contribuição da previdência dos servidores públicos, pondo-o em situação parecida ao trabalhador que possui vínculo com a Previdência Social, não existem justificativas para que não haja igualdade, tendo oneração os servidores com a cassação da aposentadoria quando isto



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

nunca tem ocorrência no sistema do Regime Geral de Previdência Social devido os empregadores terem demissão devido justa causa (MAGIONI, 2019).

Inclusive, os servidores que cometerem o ilícito responderam nas esferas cível e penal, e poderão ter condenação à indenização ao erário e ser apenado de forma criminal, com possibilidades de acabar respondendo por improbidades administrativas, de maneira que não restarão sem as devidas reprimendas.

Neste contexto, é possível destacar um pequeno trecho do voto do Desembargador João Negrini Filho, com inserção no Mandado de Segurança nº 2133147-35.2016.8.26.0000, com julgamento partindo do Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo no ano de 2016: vetar a cassação do benefício da previdência dos servidores que cometem atos ilícitos não poderão ter confusão com complacências ou impunidades, sendo que, eles ainda ficarão sujeitos a outras sanções penais, administrativas e de ordem civil, até mesmo com a obrigação de reparação dos benefícios materialistas com causa ao erário. Ela somente tem vistas para a conciliação dessas sanções com o atual texto da Constituição.

Com isso, tendo existências as vias adequadas para punir os servidores que cometeram ilícitos, a tese de complacência ou impunidades ficam afastadas.

Numa decisão recente, o TJ do Rio de Janeiro, num caso repercutido na mídia por causa do réu ser o ex-deputado Eduardo Cunha, aplicou a cassação da aposentadoria depois da apelação do Ministério Público do presente estado pedindo aplicação da sanção. É uma Ação Civil pública com proposição partindo do Ministério Público, em face do ex-deputado com vistas na condenação pelos atos de improbidades administrativas. Acerca da aplicabilidade da pena é extraído o seguinte:

Esclarece, ainda, que na esfera administrativa, se a conduta ilegal do agente público, praticada durante a atividade, for suscetível à pena de demissão e este já estiver aposentado, o servidor terá sua aposentadoria cassada, de modo que, na esfera judicial, tendo incorrido em prática de improbidade administrativa e, após o devido processo legal, ao final, condenado, e, já se encontrando aposentado, cabe, igualmente, a cassação, tanto mais porque não há direito adquirido do ex-servidor ao benefício da aposentadoria, se este tiver dado causa, enquanto em atividade, à pena de demissão. Frisa ser adequada, pois, a cassação da aposentadoria do agente público condenado por ato de improbidade administrativa, como consequência lógica da perda da função pública. (TJRJ,



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0078440-27.2008.8.19.0001, Rel. DES. MAURICIO CALDAS LOPES, 18ª CÂMARA CIVIL, julgado em 26/08/2020, DJERJ 3563671 de 27/08/2020)

Na presente decisão, o TJ teve sua fundamentação que, cassar a aposentadoria é possível, sendo que, não acaba ferindo a figura do direito adquirido, pois, o servidor que se encontra aposentado deu causa em quanto estava em atividade a pena de demissão. Há a sustentação da penalidade ser adequada, sendo uma consequência por perder a função pública para aqueles com condenação por improbidades administrativas.

Em 2020 foi julgado pelo STF de 03 a 14/04/2020 a ADPF 418, com seu relator o Ministro Alexandre Moraes, tendo como objeto reconhecer a constitucionalidade dos arts. 127, IV e 134 da Lei nº 8.112/1990, que versa acerca da penalidade de cassar a aposentaria dos servidores públicos federais nos processos administrativos disciplinares. Esta ADPF acabou sendo movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe), argumentando de forma básica que, os arts. 127 (inciso IV) e 134 da Lei nº 8.112/1990 não tinham recepção pelas Emendas Constitucionais 3/1993, 20/1998 e 41/2003, não tendo compatibilidade com o regime contributivo e solidário previdenciários dos servidores públicos.

No presente julgamento, foi compreendido que, essas emendas que fizeram o estabelecimento da natureza contributiva e o princípio da solidariedade para financiar o regime próprio da previdência dos servidores públicos, não fizeram a revogação da disposição do Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

Ferraz (2020) pontua que, o STF utilizou as seguintes argumentações na decisão:

- As emendas acabaram inaugurando sistemáticas demandas de atuações colaborativas perante o respectivo ente público, servidores ativos/inativos e pensionistas;
- As contribuições previdenciárias dos servidores públicos não têm consideração como um direito representativo de relacionamento sinalagmático perante contribuições e benefício da previdência futura;



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

- A aplicabilidade penal de cassar a aposentadoria ou disponibilidade tem compatibilidade com a natureza contributiva e solidária do regime próprio da previdência destes servidores;
- A penalidade decorrente do Poder Disciplinar administrativo e as impossibilidades da aplicabilidade de sanção administrativa a servidor aposentado, acabaria resultando no tratamento diverso perante servidores ativos/inativos, de forma relativa aos mesmos ilícitos, prejudicando o princípio isonômico e moralidade administrativa, no favorecimento da impunidade;

Além das argumentações de índole moral com sustentação na decisão do STF, é fundamental levar em consideração que, o fato do STF ter feito reconhecimento da constitucionalidade da Lei nº 8.112/1990, não são eliminadas as controvérsias, como será visto no próximo tópico.

5 ELEMENTOS CONTRA A CONSTITUCIONALIDADE DA CASSAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Relacionado com a aplicabilidade penal da cassação da aposentadoria com decorrência dos atos de improbidades administrativas, o TJ do Estado de Santa Catarina se manifestou da seguinte maneira:

APELAÇÕES CÍVEIS E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. DEMANDANTE CONDENADA JUDICIALMENTE À PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO EXPEDIDO EM SEDE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA, PELO GOVERNADOR DO ESTADO, DETERMINANDO A CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DA SERVIDORA. POSTERIOR ANULAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE, OUTROSSIM, DE INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DAS PENALIDADES PREVISTAS NO ART. 12 DA LEI N. 8.429/92. PRECEDENTES DA PRIMEIRA TURMA DO STJ. CONVERSÃO DA PENALIDADE QUE ENSEJA VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA MANTIDA. REMESSA E APELAÇÕES CONHECIDAS E DESPROVIDAS. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça já proferiu diversos julgados sob o entendimento de que "viola a coisa julgada a decisão que, em cumprimento de



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

sentença de ação de improbidade administrativa, determina conversão da pena de perda da função pública em cassação de aposentadoria, por ausência de previsão no título executivo" (STJ, AgInt no REsp n. 1.496.347/ES, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 2.8.18). Não bastasse isso, "o art. 12 da Lei 8.429/92, quando cuida das sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometem atos de improbidade administrativa, não contempla a cassação de aposentadoria, mas tão só a perda da função pública" e "as normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva" (REsp. 1.564.682/RO, rel. Min. Olindo Menezes, DJe 14.12.15)" (STJ, AgInt no REsp n. 1.761.937/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 17.12.19). (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0331217-51.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 21-07-2020).

Nesse contexto, o TJ tem seu posicionamento ao contrário da aplicabilidade das sanções para cassar a aposentadoria devido a pena da perda da função pública, sendo que, não existem tipificações expressas nessa medida.

Entretanto, em um primeiro momento é fundamental traçar considerações acerca da contagem recíproca por tempo de serviço e a impossibilidade da aplicabilidade da pena de cassar a aposentadoria nas ações de improbidades administrativas.

6 CONTAGEM RECÍPROCA POR TEMPO DE SERVIÇO

Este item tem relação com o tempo de contribuições com realização de forma compulsória pelo servidor para a previdência pública, em detrimento das previsões de contagens recíprocas com previsão nos arts. 40, §9º e 201, §9º da Constituição, que continuam na apresentação das mesmas orientações do texto originário, independentemente da Emenda Constitucional nº 103/2019.

§ 9º O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade (Art. 40, §9º, CF 88).

§ 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 (Art. 201, §9º, CF 88).



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Di Pietro (2015) pontua que, é preciso a ponderação de que, ao se tratar da pena de demissão, não existem impedimentos a que os servidores voltem a fazer ocupação de outro cargo público, preenchendo as requisições respectivas, até mesmo submissão ao concurso público, se for o caso. Caso não fosse desta maneira, a punição possuiria um efeito permanente, o que não há possibilidade no direito brasileiro. E não existem dúvidas de que, caso ocupe um outro cargo, o tempo de serviço no cargo anterior teria computação para a aposentadoria, baseado no art. 40, §9º da CF.

As argumentações de Di Pietro (2015) acabam falando por si só. O fato de o servidor vir a ser apenado em processo administrativo disciplinar com sanções para cassar a aposentadoria não acaba apagando de forma automática seu tempo de contribuições. Mesmo devido ao fato que, se outra atividade venha a ser por ele prestada na área privada ou emprego público, este tempo servicial em que foi dado a demissão precisa ter consideração pelo INSS com a contagem recíproca, com previsão no art. 201, §9º da CF.

Para que os ex aposentados venham a fazer pleito da aposentadoria num novo cargo público ou em quadros do INSS, com nova vinculação subordinada, precisa que cumprir as requisições com previsão na CF e em lei. Com isso, como exemplo, caso a pessoa com sanção por cassar a aposentadoria venha a fazer ocupação de um novo cargo público pelo concurso público, necessitará cumprir, no intuito da aposentadoria partindo de contagem recíproca, o tempo de contribuição e outras requisições com estabelecimento na lei complementar do ente federativo, de acordo com o art. 40, III, da CF:

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

- a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;
- b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

6.1 IMPOSSIBILIDADE DA APLICABILIDADE DA PENALIDADE NAS AÇÕES DE IMPROBIDADES ADMINISTRATIVAS



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Este tipo de ação possui um colorido praticamente penal, pontuando que são consideradas ações de punição, participantes do microsistema do Direito Administrativo de sanção. São consideradas ainda “ações penaliformes”, com subordinação com a principiologia, típica do Direito Penal e do Processo Penal (FERRAZ, 2020).

O objeto próprio das ações de improbidades é a aplicabilidade das penalidades para o infrator, penalidades estas de forma substancial parecidas com as penalidades das infrações penais. Além do mais, todos os sistemas de punição apresentam-se sujeitos aos princípios constitucionais semelhantes, e tudo isto possui reflexos de forma direta ao regime processualista. Com isso, tem evidência – como tem ocorrência nos planos materialistas perante Lei de Improbidade e o direito penal, como exemplo -, as atrações, pelas ações de improbidades, dos princípios típicos do processo penal.

Além do mais, segundo o art. 37, §4º da CF e com o art. 12, I, II e III da Lei 8.429/1992, uma das penas com aplicabilidade aos casos de condenação judicial transitada em ações de improbidades administrativas é a perda da função pública.

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (ART. 37, §4º, CF 88).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de



pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (ART. 12, LEI Nº 8.429/1992).

Distintamente da Lei nº 8.112/1990 – onde os arts. 127, IV e 134 da Lei nº 8.112/1990 possuem declaração de constitucionais em ADPF pelo Supremo Tribunal Federal – a lei da improbidade apenas não faz alusão com a penalidade de cassar a aposentadoria. Assim, tendo ausência previsões legais na Lei nº 8.429/1992, não cabe a aplicabilidade da penalidade de cassar a aposentadoria.

Assim, as questões, em especificidade com as improbidades administrativas, são antes de legalidade do que de isonomia, sendo que, o princípio da legalidade torna-se constituinte de afetivas limitações ao poder de punição do Estado. É um imperativo que não faz admissão de desvios e exceções, representante de conquista da consciência jurídica que tem obediência as exigências de justiça, que apenas os regimes totalitários vêm fazendo sua negação (FERRAZ, 2020).

6.2 DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Se a pena de cassar a aposentadoria tenha consideração constitucional, existirá enriquecimento sem causa do Estado, sendo que, será realizado o pagamento da contraprestação, isto é, dos proventos de aposentadoria, mesmo do recebimento de forma regular as contribuições da previdência durante o período laboral dos servidores. Além do mais, é preciso pontuar que terá ocorrência um real confisco, sendo que, os servidores penderão o direito de obter proventos sem indenização (MAGIONI, 2019).

Em um caso julgamento partindo da 2ª Turma do STF, nos autos do Recurso Extraordinário 610/290, MS, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, onde



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

era alegado inconstitucionalidade do artigo em lei estadual que fez a instituição do benefício da previdência aos dependentes de policiais militares com exclusão da corporação, teve assentado que, o benefício da previdência em prol dos dependentes da política militar com exclusão da corporação é representante de contraprestações às contribuições da previdência com pagamento durante o período de forma efetiva exercido. Inclusivo, foi consignado que, o entendimento de maneira diversa seria placitar um real enriquecimento sem licitude da Administração Pública, que num sistema de contribuições com seguridade, somente faria o recebimento das contribuições dos trabalhadores, sem contraprestações.

Mesmo os precedentes tenham feito referência ao benefício da pensão, o raciocínio em exposição poderá ter proveito para a aposentadoria, sendo que, de forma igual tem consideração contraprestação às contribuições da previdência com pagamento durante o período exercido.

7 EFEITOS DA DECISÃO DO STF

Relacionado com a ADI 4882, os efeitos da sua declaração acabam atingindo de forma direta mais de 400 ex-servidores que tiveram a cassação das suas aposentadorias do Poder Executivo federal do ano de 2003 a 2015, além dos apenados que fizeram integração dos quadros da Administração dos Poderes Legislativo e Judiciário, e em esferas estaduais e municipais. As declarações de inconstitucionalidade com presença nos artigos que fazem tratativa acerca da referida pela na Lei nº 8.112/1990 levaria numa anulação dos atos administrativas que fizeram declaração desta pena e restituir ao ex-servidor do status de inativo com o recebimento dos respectivos proventos, e poderá ainda fazer ensejos de pagamentos relacionados com os valores retroativos que foi deixado de receber (MENEZES, 2015).

Declarando inconstitucional, seria retirado do contexto jurídico a sanção administrativa de punição dos servidores faltosos. Essa situação de determinada maneira



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

faz alcance de forma indireta a sociedade, que faz cobranças cada vez mais a retidão daqueles que exercem atividades na Administração Pública para serventia dos interesses da sociedade, observando a legalidade e com o devido zelo. Neste contexto, a falta de sanção administrativas para os servidores que conseguiram aposentadoria sem que a Administração Pública visse a tomar conhecimento das faltas cometidas, poderá ter compreensão pela sociedade como sinal de determinada impunidade (FERRAZ, 2020).

Em outra vertente, mesmo com a ocorrência da manutenção do status quo, declarando constitucional os dispositivos, o que acabaria evitando eventuais efeitos com menção anteriormente, o STF precisa chegar a uma decisão acerca do destino dos recursos recolhidos pelos servidores a titulação de contribuições previdenciárias. No tratamento dos recursos dos servidores, com capitalização no intuito da formação de fundo previdenciária, cabe ao Estado a promoção desta devolução, podendo gerar efeitos financeiros e orçamentários para as contas públicas (FERRAZ, 2020).

É preciso fazer destaque que, o sistema previdenciário complementar não se tornou objeto da demanda e menos ainda das outras manifestações no processo da ADI 4882, e nem nos posicionamentos doutrinários em abordagem. Esta situação previdenciária bastante recente faz abrangência dos servidores públicos que não eram possuintes de vinculação com a Administração Pública e ingressarem nos seus quadros depois de regulamentar a previdência complementar, que teve ocorrência no ano de 2013. Partindo disso, foi criada uma nova estrutura da previdência, em maior proximidade do RGPS, que poderá ter consideração. Do contrário, é corrido risco da criação de penalidades com efeitos diferentes para o mesmo sujeito. Com isso, a construção desta decisão perpassa por avaliar princípios que precisam ser sopesados no intuito do alcance da justiça emanada pelo STF (MENEZES, 2015).

8 CONCLUSÃO

Como foi possível ver, a penalidade disciplinar para cassar a aposentadoria com imposição aos servidores estatutários é uma temática atual, com posições a favor e



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

contra na doutrina, e que não está de forma total com estabilidade na jurisprudência, se tornando alvo de várias ações judiciais pelas mais diversas fundamentações.

De um lado é possível observar a Administração Pública exercendo o poder disciplinar e na aplicação de sanções disciplinares de forma legal com previsão nos seus servidores que cometem faltas funcionais. O STF já teve seu posicionamento a favor da aplicação da pena, sendo esta uma medida constitucional. Uma parte doutrina manifestou-se em concordância com a aplicação da sanção, fundamentando seu posicionamento de prevalecer o interesse público no rompimento da vinculação do servidor faltoso com o Estado. É exposta ainda previsão na Constituição da possibilidade de demitir como penalidade administrativa, e que a cassação não possui vedações expressas no ordenamento jurídico.

De outro lado é visto o servidor, que depois do preenchimento das requisições com previsão em lei, acaba conquistando o benefício da aposentadoria, podendo tê-la cassada decorrendo de uma falta funcional grave, realizada quando estava em atividade. Uma parte doutrinária tem seu posicionamento de forma contrária a aplicação dessa sanção, apontando a natureza contributiva das prestações previdenciárias, as figuras constitucionais do direito adquirido, o princípio da proporcionalidade da pena, além da aposentadoria ter amparos e atrelo ao princípio da dignidade da pessoa humana, como uma forma do servidor aposentado em prover sua subsistência.

A resolução da celeuma perpassa de forma necessária por pacificação jurisprudencial, partindo de um dos instrumentos com previsão no novo Código de Processo Civil para vincular decisões, ou ainda pela inclusão, via legislativa, na Lei de Improbidade Administração de previsão expressa para alcançar a terminologia de perda da função pública.

Por fim, com a aprovação do Projeto de Lei nº 1.764/2019, no intuito da inclusão de forma expressa na Lei de Improbidade Administrativa a previsão para cassar a aposentadoria do servidor inativo que na atividade praticou falta punível com a perda da função pública, novos questionamentos tiveram surgimento, e a temática já possui grandes repercussões na doutrina e no Poder Judiciário.



REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 27 jan. 2021.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm> Acesso em: 27 jan. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores**. Revista Consultor Jurídico, 16 de abril de 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017

FERRAZ, Luciano. **Cassação de aposentadoria e as flores de plástico**. Revista Consultor Jurídico, 14 de maio de 2020.

MAGIONI, Cristina Aparecida Faceira Medina. **Inconstitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria dos servidores públicos em sentido estrito**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 63-76, jan/fev. 2019.

MARINELLA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MENEZES, M. B. **A discussão da (in)constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria**. 88f. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2015.



A CONSTITUCIONALIDADE NA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR PÚBLICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

