

Cassação de aposentadoria

O caminho do meio

MARCELO LEONARDO TAVARES
ESTÊVÃO GOMES CORRÊA DOS SANTOS

Resumo: O presente artigo tem por objetivo examinar a constitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria após as alterações constitucionais que modificaram o regime previdenciário brasileiro. Serão analisados os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da sanção disciplinar, bem como proposto um caminho do meio, que busca compatibilizar a validade da penalidade com o direito individual do servidor público de ter uma contrapartida financeira do Estado pelos anos de contribuição previdenciária vertida aos cofres públicos.

Palavras-chave: Direito previdenciário. Pena de cassação de aposentadoria. Constitucionalidade.

1. Introdução

Recentemente, a imprensa noticiou, com entusiasmo, a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região de manter a cassação da aposentadoria do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto, condenado a 26 (vinte e seis) anos e seis meses de pena de reclusão pelos crimes de desvio de verbas, estelionato e corrupção na construção do Fórum Trabalhista da Capital do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região no final da década de 1990. Os crimes cometidos pelo ex-juiz ficaram marcados na sociedade brasileira como símbolo de que a corrupção não estaria restrita aos Poderes Executivo ou Legislativo, mas também poderia atingir membros do Poder Judiciário. Em investigação promovida pelo Ministério Público Federal, estimou-se que o desvio de verbas públicas na realização da obra chegou, em valores atualizados, ao montante de quase um bilhão de reais.

Recebido em 7/3/16
Aprovado em 1/6/16

O Tribunal entendeu que o indulto presidencial, concedido pelo Decreto nº 7.813/2012 aos condenados com mais de 70 (setenta) anos de idade e com um quarto de pena cumprida, somente atingia o cumprimento da pena privativa de liberdade, e não as penas acessórias, como a cassação de aposentadoria e a privação de bens. Assim, apesar de ser concedida a liberdade ao ex-juiz, ficou mantida a perda da aposentadoria, que já havia sido decretada por decisão definitiva do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho.

A decisão foi noticiada como uma vitória da justiça contra a corrupção. A percepção é que, ainda que livre do cárcere, o criminoso não iria gozar de um benefício mensal pago pelo Estado. Afinal, por qual razão, em um Estado democrático de direito, um agente público comprovadamente corrupto poderia desfrutar das benesses da aposentadoria custeada pelos cofres públicos? Qual seria o fundamento para manter um benefício previdenciário a agentes estatais que foram condenados por desvio de recursos do erário, em prejuízo de toda a coletividade?

A princípio, a cassação de aposentadoria de servidores públicos parece ser uma medida adequada para *punir* os agentes que cometem crimes contra o erário ou faltas disciplinares graves no exercício do cargo público. A pena apela para o nosso senso mais comezinho de justiça, segundo o qual ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza, muito menos quando se utiliza da investidura de uma função pública para esse propósito. O fato de um funcionário público ser condenado, na esfera administrativa ou judicial, por um ilícito penal ou administrativo, deveria impedi-lo de obter os benefícios da aposentadoria paga pelo Estado.

Em que pese a aparente justiça da medida, é preciso investigar se a penalidade aplicada na esfera administrativa está de acordo com a Constituição da República. Isso porque, diferentemente do que está presente no imaginário popular, a aposentadoria não constitui um *prêmio* concedido pelo aparato estatal àqueles que prestaram serviço de qualidade à coletividade por um determinado período de tempo. Pelo contrário, desde as alterações produzidas pelas Emendas Constitucionais nº 03/1993, nº 20/1998 e nº 41/2003, o regime próprio de previdência social tem natureza *contributiva*. As mudanças constitucionais produziram, portanto, uma alteração na percepção desse senso comum de justiça? Seria inconstitucional a pena de cassação de aposentadoria de servidores públicos?

O objetivo do presente trabalho é responder a essas perguntas. Pretendemos analisar se as emendas constitucionais revogaram os dispositivos legais que previam a penalidade de perda de aposentadoria e se ainda faz sentido, no sistema atual, defender a compatibilidade da sanção com o regime previdenciário.

Com esse propósito em mente, seguiremos o seguinte roteiro: (i) primeiro, trataremos da previsão legislativa da cassação de aposentadoria como pena disciplinar a ser aplicada a servidores públicos; (ii) segundo, descreveremos os argumentos daqueles que defendem a inconstitucionalidade da penalidade; (iii) terceiro, serão apresentadas as principais teses em favor da constitucionalidade da medida, conferindo especial destaque ao entendimento dos tribunais sobre o tema; (iv) por fim, apresentaremos o nosso caminho do meio, que visa a compatibilizar as duas propostas apresentadas anteriormente. É o que passamos a expor.

2. A cassação de aposentadoria de servidor público no direito positivo brasileiro

No âmbito do serviço público federal, a cassação de aposentadoria é prevista nos arts. 127, IV, e 134 da Lei nº 8.112/1990, diploma que estabelece o regime jurídico único dos servidores públicos federais.¹ A cassação dos

¹Nos termos do art. 132 da mesma lei, os seguintes ilícitos administrativos são puníveis com a pena de demissão: (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) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; (xiv) participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (xv) 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; (xvi) receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições; (xvii) aceitar comissão, emprego ou pensão de

proventos de um servidor público ocorre nos casos em que, ainda em atividade, o então funcionário da ativa tenha cometido falta punível como a pena de demissão, aplicada pela autoridade máxima a que o servidor estava vinculado, após a instauração do devido processo administrativo disciplinar, obrigatório para essas hipóteses (art. 146 da Lei nº 8.112/1990), com fundamento no relatório elaborado pela comissão processante que sugeriu a pena de demissão ao indiciado.²

A questão posta em debate é se a sanção disciplinar poderia ser aplicada a servidor público acusado da prática de um ilícito administrativo no exercício de suas funções, mesmo após ter preenchido todos os requisitos para a concessão da aposentadoria e depois de sua homologação pelo Tribunal de Contas. Não se estão discutindo, portanto, as hipóteses em que há fraude ou algum vício de legalidade no momento do deferimento do benefício previdenciário. Trata-se, na verdade, de aposentadorias legítimas, que foram concedidas devidamente pelo poder público, mas posteriormente cassadas em razão de alguma falta grave cometida pelo servidor. Não se questiona a higidez do

estado estrangeiro; (xviii) praticar usura sob qualquer de suas formas; e (xix) proceder de forma desidiosa; (xx) utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares (BRASIL, 1990).

²“A cassação de aposentadoria ou disponibilidade consiste na extinção do vínculo jurídico mantido com o servidor aposentado ou em disponibilidade como punição por infração por ele praticada quando em atividade, a que fosse cominada sanção de demissão. A hipótese (disciplinada pelo art. 134 da Lei nº 8.112/1990) destina-se a solucionar o impasse verificado no caso de o sujeito ter praticado infração grave em época anterior à sua inativação. Nesse caso, produz-se a extinção do vínculo jurídico, com cunho punitivo” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 1104-1105). É preciso destacar que, como aponta Lucas Rocha Furtado (2013, p. 808), a aplicação da penalidade é atividade vinculada da Administração Pública e não discricionária. No mesmo sentido, Edilson Pereira Nobre Júnior (2000) destaca a tipicidade como um dos princípios do Direito Penal aplicável à atividade sancionatória disciplinar no serviço público, do que resulta também a conclusão pela natureza vinculada do ato.

benefício. A suspensão somente ocorre por fato superveniente que alteraria o fundamento jurídico para a sua concessão³.

A ressalva é importante para realizar o devido enquadramento da discussão a ser travada nas próximas páginas. Não se irá tratar de outras hipóteses de cassação de aposentadoria, como a proferida por decisão judicial, mas apenas da penalidade aplicada em âmbito administrativo. Feitas essas considerações sobre a sanção disciplinar e o seu regime jurídico, passamos a analisar os argumentos em prol da inconstitucionalidade dos arts. 127, IV, e 134 da Lei nº 8.112/1990.

3. As teses em prol da inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria de servidor público

A tese da inconstitucionalidade da sanção disciplinar de cassação de aposentadoria de servidor público parte da premissa de que houve mudança no regime previdenciário a partir da edição da Emenda Constitucional nº 03/1993. Antes da referida emenda, a aposentadoria do servidor público era considerada um *prêmio* pelo exercício da função: bastava que o ocupante de cargo público preenchesse os requisitos de idade e tempo de serviço para que o Estado tivesse o dever de prestar o be-

³“O ato da aposentadoria do servidor pode estar contaminado de vício de legalidade, como ocorre com qualquer ato administrativo. Quando tal ocorre, o caso é de invalidação do ato, devendo o servidor retornar à atividade. A cassação da aposentadoria, porém, tem natureza diversa. Cuida-se de penalidade por falta gravíssima praticada pelo servidor quando ainda em atividade. Se essa falta fosse suscetível, por exemplo, de pena de demissão, o servidor não faria jus à aposentadoria, de modo que, tendo cometido a falta e obtido a aposentadoria, deve esta ser cassada. Trata-se, por conseguinte, de penalidade funcional, ainda que aplicada a servidor inativo” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 640).

nefício previdenciário como contrapartida aos longos anos de desempenho das suas atividades. A aposentadoria era entendida como uma benesse concedida pelo poder público àqueles que investiram o melhor dos seus anos em prol da prestação de serviços à coletividade. Era entendida, portanto, como uma retribuição dada pela Administração Pública ao bom funcionário, custeada por toda a coletividade⁴.

Dentro desse contexto, a penalidade de cassação de aposentadoria fazia todo sentido. De fato, como o regime não era contributivo, o benefício concedido tinha natureza *premier*, sendo apenas auferido pelos funcionários que demonstrassem, ao longo de sua carreira, o devido *merecimento* dos proventos de inatividade. A lógica era a seguinte: um servidor público padrão, que desempenhou as suas funções de modo satisfatório, deveria ter o *direito*, arcado por toda a sociedade, de receber uma remuneração após cumprido o seu tempo de serviço.

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 3/1993 alterou a lógica de funcionamento do regime previdenciário do serviço público federal. Se antes a aposentadoria tinha natureza de prêmio, custeada integralmente pelo Estado, após a referida emenda passou a ter natureza de seguro, uma vez que o servidor público também suporta financeiramente o custeio.⁵

⁴Corroborando esse entendimento, confira-se passagem de Hely Lopes Meirelles (1986, p. 381), que entendia a aposentadoria como “garantia de inatividade remunerada, reconhecida aos funcionários que prestaram longos anos de serviço, ou se tornaram incapacitados para as suas funções”.

⁵Por meio da alteração constitucional, foi incluído o § 6º no art. 40 da Constituição, determinando que “As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei” (BRASIL, 1993). Ao menos no âmbito federal, portanto, foi permitida a instituição da contribuição previdenciária, tributo que incidia sobre a remuneração do agente público com a finalidade de formar o fundo necessário para arcar com as aposentadorias futuras.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 20/1998 expandiu o caráter contributivo do regime previdenciário para todos os entes federativos.⁶ A Emenda Constitucional nº 41/2003 completou a reforma previdenciária. Não só os servidores ativos deveriam reverter valores ao regime próprio de aposentadoria, mas também os inativos foram chamados a contribuir, sendo destacado o caráter solidário do sistema previdenciário.⁷

Portanto, as Emendas Constitucionais nº 3/1993, nº 20/1998 e nº 41/2003 alteraram profundamente o quadro anterior em que se baseava a previsão de cassação de aposentadoria. O benefício deixou de ser considerado um prêmio pelos bons serviços prestados pelo servidor público para tornar-se contraprestação baseada no *tempo de contribuição*, e não somente no tempo de serviço. A aposentadoria passou a ser um seguro compulsório para o qual o servidor contribuiu financeiramente durante o seu período de atividade.

Baseado nessa premissa, os defensores da inconstitucionalidade da sanção de cassação de aposentadoria argumentam que a penalidade não mais se sustenta pelo atual regime previdenciário, pois constituiria um *enriquecimento ilícito* do Estado. Isso porque o servidor que passou toda a sua vida ativa contribuindo com parcela de sua remuneração para a concessão de um benefício futuro se vê privado desses valores em razão de um ilícito praticado durante o exercício de suas atividades, mas sem qualquer relação com o vínculo previdenciário formado com a Administração Pública.⁸

O segundo argumento suscitado pelos defensores da inconstitucionalidade da sanção disciplinar reside na violação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, em afronta ao art. 5º, XXVI, da Constituição. Sustenta-se que, após a concessão da aposentadoria e a homologação realizada pelo Tribunal de Contas, os proventos de inatividade constituem ato jurídico perfeito, gerando para seu titular um direito adquirido. Como houve ato idôneo para a produção de efeitos, sem qualquer

⁶ Com a edição da referida Emenda, o art. 40, *caput*, da Constituição passou a ter a seguinte redação: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo” (BRASIL, 1988). Todos os ocupantes de cargo efetivo, de todas as esferas de governo, portanto, passaram a contribuir para o sistema previdenciário.

⁷ O art. 40, *caput*, da Constituição então passou a ter o seguinte teor: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo” (BRASIL, 1988).

⁸ Em obra anterior, um dos autores, Marcelo Leonardo Tavares (2007, p. 955-956), defendeu essa posição, como também Di Pietro (2015) e ainda Bastos e Bezerra (2013).

vício de legalidade, e a incorporação definitiva na esfera de direitos do titular, o Estado, mediante ato posterior, não poderia cassar o benefício⁹.

O terceiro motivo para a inconstitucionalidade da medida estaria associado à natureza do benefício previdenciário. A aposentadoria, um dos elementos que compõem a previdência social, seria um direito fundamental, disposto no art. 6º da Constituição. A jusfundamentalidade do direito teria como consequência a sua restrição limitada apenas em hipóteses excepcionais e desde que respeitado o princípio da proporcionalidade. No caso da aplicação da pena de cassação, a limitação ao direito à aposentadoria seria irrazoável, por ser excessiva, inadequada e desnecessária. A falta grave cometida pelo servidor durante o exercício de suas funções não poderia levar à perda de um benefício para o qual ele contribuiu durante o seu período de atividade. Tratar-se-ia de uma pena mais severa do que a própria demissão, pois essa não impede o apenado nem de ingressar em outro cargo público, muito menos de levar consigo o tempo de contribuição em outro regime previdenciário, com a finalidade de obter uma futura aposentadoria. Ao retirar os proventos de inatividade, o que se realizaria seria um verdadeiro confisco, vedado pelo ordenamento constitucional (art. 150, IV, da Constituição).

Em última análise, os críticos do dispositivo afirmam que a cassação constituiria uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que retira o sustento do servidor justamente em período mais delicado da vida, em que o indivíduo não mais tem força laborativa suficiente para buscar outra forma de remuneração. Eliminar a sanção do ordenamento jurídico, portanto, constituiria uma medida de justiça, fundamentada em razões morais, ao não prejudicar excessivamente uma parcela da população vulnerável, composta por pessoas de idade avançada (FIGUEIREDO, 2014, p. 219).

Por fim, o último argumento em prol da inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria consiste no caráter perpétuo da penalidade, em afronta ao art. 5º, XLVII, *b* e XLV, da Constituição, que, respectivamente, proíbem a aplicação de penas perpétuas e que ultrapassem a pessoa do condenado no direito brasileiro. Segundo alegado, a cassação da aposentadoria teria efeitos não somente sobre o titular, mas também sobre seus familiares, uma vez que seriam privados de futura pensão em caso de morte do servidor público.

⁹ Ver Campos (2013, p. 13). Tal entendimento seria reforçado pelo art. 172 da Lei nº 8.112/1990, o qual determina que o servidor que responde a processo administrativo disciplinar somente poderá ser aposentado voluntariamente após a conclusão do procedimento e cumprimento da eventual pena aplicada. Esse dispositivo, portanto, ratificaria a ideia de que, deferida a aposentadoria, ela se tornaria um ato jurídico perfeito, uma vez que foi concedida sem qualquer vício de legalidade, devendo ser, dessa forma, mantida (RIGOLIN, 2007, p. 1051).

Com isso, a sanção não ficaria restrita à pessoa do acusado, mas também incidiria sobre terceiros beneficiários, que seriam materialmente afetados pela decisão tomada no processo administrativo disciplinar. É dizer: em caso de suspensão da concessão de aposentadoria do servidor público, os pensionistas também ficariam sem o benefício previdenciário. Como o ordenamento jurídico brasileiro não tolera nenhum tipo de pena que ultrapasse a pessoa do condenado ou tenha pretensão de perpetuidade, também por esse motivo, a cassação de aposentadoria deveria ser extirpada do rol de sanções disciplinares aplicáveis aos servidores públicos, sendo incompatível com o regime constitucional.¹⁰

Em síntese, portanto, a alegação de invalidade da pena administrativa tem quatro fundamentos: (i) a natureza contributiva do regime previdenciário dos servidores públicos após as alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 3/1993, nº 20/1998 e nº 41/2003; (ii) a lesão ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido de recebimento da aposentadoria; (iii) a natureza de direito fundamental do benefício previdenciário, diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, além da desproporcionalidade da sanção disciplinar; e (iv) o caráter perpétuo da pena e o fato de ultrapassar a pessoa do acusado.¹¹

Os quatro argumentos acima elencados foram apresentados ao Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, ajuizada pela

¹⁰ Geraldo Ataliba (1994) opõe-se vigorosamente à aplicação de sanções que possam ter caráter permanente, como, por exemplo, a inabilitação para o exercício de profissão, do que resultaria o exercício abusivo do *ius puniendi* por parte do Estado.

¹¹ Zélia Luiza Piedorna (2005) relaciona as quatro alegações apontadas e adiciona o argumento de violação do princípio da proporcionalidade pelo aniquilamento da proteção previdenciária da velhice pela punição disciplinar.

Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita do Brasil – ANFIP. Na ADI 4882, a postulante requer a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 127, IV, e 134 da Lei nº 8.112/1990, com fundamento nas teses expostas.¹² Não obstante a inexistência de manifestação definitiva do Supremo sobre o tema, a tese da inconstitucionalidade tem sido refletida em julgamentos de tribunais inferiores, com base nos argumentos expostos neste item¹³.

Esclarecidas as razões jurídicas que fundamentam a invalidade da pena de cassação de aposentadoria, passemos agora a analisar os motivos que sustentam a constitucionalidade da sanção, ainda que consideradas as alterações constitucionais promovidas no regime previdenciário dos servidores públicos.

4. As teses em prol da constitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria de servidor público

A constitucionalidade da cassação da aposentadoria tem sido defendida ao longo do tempo pela jurisprudência dominante dos Tri-

¹² O Ministro Gilmar Mendes, relator do feito, aplicou o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, em razão da relevância da matéria. Após as manifestações proferidas pela AGU e pela PGR, bem como as informações prestadas pela Presidência da República e pelo Congresso Nacional, a ação encontra-se aparelhada e pronta para julgamento, aguardando o pedido de pauta do Ministro-relator. Os autos estão conclusos desde 23/6/2015 para análise de pedidos de ingresso de *amici curiae* na ação, mas não há qualquer previsão para o julgamento da causa.

¹³ A título exemplificativo, cite-se o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que entendeu pela incompatibilidade da cassação de aposentadoria de delegado de polícia, em razão das modificações produzidas pelas Emendas Constitucionais nº 3/1993 e 20/1998. No julgamento foi dado destaque para a natureza de seguro do benefício previdenciário, e não de prêmio a ser concedido ao servidor que prestou seus serviços dentro dos padrões exigidos em lei. Em acréscimo, também ficou demonstrada a existência de violação dos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana (SÃO PAULO, 2014).

bunais Superiores. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça têm defendido a validade da sanção disciplinar em casos anteriores e posteriores às emendas constitucionais que alteraram o regime previdenciário dos servidores públicos. A seguir, faremos um breve retrospecto das decisões proferidas por essas Cortes.

O primeiro precedente a tratar do tema no STF foi o MS nº 21.948, de relatoria do Ministro Néri da Silveira. No caso em análise, fora aplicada em processo administrativo punitivo a pena de cassação de aposentadoria a procurador autárquico do INSS com mais de 37 (trinta e sete) anos de serviços, acusado de desídia e de valer-se do cargo em detrimento da dignidade da função pública (art. 117, IX e XV, da Lei nº 8.112/1990). Por meio de mandado de segurança, o impetrado alegou a inconstitucionalidade da sanção.

O Ministro Néri da Silveira destacou em seu voto a validade dos dispositivos atacados, uma vez que o art. 41, §1º, da Constituição prevê a possibilidade de perda de cargo do servidor público em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo punitivo. Ressaltou ainda que o fato de o servidor ter tempo de serviço para a aposentadoria não poderia impedir a Administração Pública de investigar e punir eventual falta que tenha praticado ainda no exercício de suas atividades.¹⁴

¹⁴O mesmo entendimento foi empregado no MS nº 22.728, de relatoria do Ministro Moreira Alves. No caso, fora aplicada a penalidade a servidora pública da Secretaria de Planejamento da Presidência, em razão de improbidade administrativa e aplicação irregular de recursos públicos. O Ministro-relator ressaltou que a sanção disciplinar não viola ato jurídico perfeito, na medida em que “o ato jurídico perfeito impede que se desconstitua aposentadoria pela aplicação de lei posterior a ela, mas não há que se invocar esse princípio, que se situa no âmbito do direito intertemporal, para se pretender a inconstitucionalidade de lei que, com relação às aposentadorias ocorridas posteriormente a esta, comine sua cassação pela prática, na

A decisão foi tomada em momento anterior à edição da EC nº 20/1998, bem como envolvia servidores públicos que preencheram os requisitos para aposentadoria antes da instauração do regime contributivo, de modo que não foram devidamente enfrentados os argumentos ligados à mudança do regime previdenciário.

O mesmo entendimento foi mantido em precedentes do STF posteriores às alterações promovidas pelas emendas constitucionais. É o caso, por exemplo, do MS nº 23.299, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, amplamente citado pela jurisprudência. Nessa hipótese, tratava-se de servidora do INSS acusada de improbidade administrativa por valer-se do cargo para obter vantagem de caráter pecuniário. Na linha dos julgados anteriores, o Ministro-relator afirmou que não se poderia alegar ofensa a ato jurídico perfeito, uma vez que “a cassação da inatividade remunerada do servidor público é pena disciplinar legalmente prevista, à qual não se pode opor, como ato jurídico intangível, a concessão da aposentadoria, cuja existência, ao contrário, constitui o antecedente necessário de sua aplicabilidade”¹⁵.

Seguindo a tese adotada até o momento na Corte, o Ministro Ricardo Lewandowski, no ano de 2015, deferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o qual, no âmbito de agravo de instrumento, declarou incidentalmente a incons-

atividade – e, portanto, anteriormente à sua concessão –, de falta punível com a demissão” (BRASIL, 1998).

¹⁵Em sentido semelhante, no MS nº 23.219-AgR, o Ministro Eros Grau assinalou que a natureza contributiva do benefício previdenciário não seria um empecilho para a aplicação da penalidade. A questão não foi devidamente problematizada no voto, sendo referida apenas lateralmente e tendo sido citado como fundamento o precedente relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, o qual também não havia discutido em detalhes a circunstância da mudança de regime. Também o acórdão do AI 504.188-6, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

tucionalidade de dispositivos de lei estadual que, da mesma forma que a Lei nº 8.112/1990, previa a pena de cassação de aposentadoria para delegado de polícia estadual, desconstituindo a aplicação da penalidade realizada em processo administrativo disciplinar. Em seu voto, o Ministro-relator reforçou que o entendimento dominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pela constitucionalidade da sanção disciplinar, citando expressamente os precedentes do Plenário da Corte comentados acima.¹⁶

Com base nos precedentes do STF, o Superior Tribunal de Justiça também tem reconhecido a validade da sanção disciplinar. A Primeira Seção do STJ, que aprecia matérias de direito público, em especial questões administrativas e tributárias, adota entendimento pacífico pela constitucionalidade da cassação de aposentadoria de servidor público, como se observa em recentes acórdãos proferidos no ano de 2015¹⁷. É importante destacar que o STJ costuma citar os julgados do STF sobre o tema sem qualquer questionamento quanto às premissas adotadas nas decisões, sendo a tese adotada, em grande parte, de modo acrítico pela Corte. Cabe também a ressalva de que há votos vencidos no STJ sustentando a inconstitucionalidade da penalidade, em razão das mudanças promovidas pelas emendas constitucionais e pela circunstância de os precedentes do STF não terem enfrentado diretamente a questão¹⁸.

Além da jurisprudência dos Tribunais Superiores, outros argumentos acadêmicos são também utilizados para defender a validade da sanção aplicada. Dentre eles, aponta-se que a questão deve ser analisada sob a perspectiva do direito administrativo, e não do direito previdenciário. Segundo alegado, a aplicação da penalidade de cassação da aposentadoria está em conformidade com o regime jurídico funcional e disciplinar do servidor público previsto pela Constituição Federal, não tendo relação imediata com o benefício previdenciário. A cassação da aposentadoria, como penalidade disciplinar, integra o regime estatutário dos servidores públicos e, portanto, não se poderia cogitar de eventuais reflexos previdenciários da sanção como um fundamento para invalidação de norma atinente ao regime disciplinar do funcionalismo público. Os regimes são diferentes e devem ser observados sob enfoques diversos, uma vez que a aposentadoria não eliminaria o vínculo jurídico-administrativo do servidor (RIBEIRO, 2012, p. 58-59).

¹⁶ STF, STA 729-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 28/maio/2015. No mesmo sentido, em 03/jun./2014, o acórdão do AgRg no RMS 32.624, Rel. Min. Celso de Melo.

¹⁷ STJ, MS 17.537, Primeira Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 11/mar./2015; STJ, MS 20.936, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 12/ago./2015.

¹⁸ Ver voto-vista proferido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no MS 17.537.

Em acréscimo, os defensores da constitucionalidade também sustentam que, no regime estatutário, o servidor só adquire o direito à aposentação caso sejam respeitadas as disposições regulamentares e constitucionais. Na prática, então, o ilícito administrativo cometido durante o exercício da função pública vicia todos os atos posteriores, incluindo a concessão de aposentadoria, de modo que não haveria verdadeiramente a produção de um ato jurídico perfeito. Pelo contrário, a concessão de aposentadoria deu-se em desconformidade com a lei vigente ao tempo em que se efetuou e, nos termos em que o define o art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), não poderia produzir um ato jurídico perfeito, na medida em que “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

Por outro lado, também deve ser afastada a alegação de que haveria enriquecimento ilícito por parte da União. O caráter universal e solidário da previdência social, reforçado pela Emenda Constitucional nº 41/2003, levaria à desnecessidade de restituição dos valores recolhidos pelo servidor punido, pois não mais se configuraria uma relação sinalagmática de pagamento de contribuição e fruição do benefício, de modo que seria permitido pelo atual regime previdenciário o pagamento de contribuições sem uma necessária contrapartida, como ocorre com a contribuição previdenciária paga pelos inativos.¹⁹

¹⁹Esse é o entendimento defendido pelo desembargador do TJ-SP, Urbano Ruiz (2015): “No tocante ao outro argumento, dos que se opõem à cassação da aposentadoria, fundados no caráter contratual da contribuição previdenciária, de natureza securitária, a revelar comutatividade e reciprocidade na obrigação, o STF, ao decidir a declaratória de constitucionalidade da contribuição previdenciária, agora paga também pelos aposentados e pensionistas, assentou que o sistema previdenciário, objeto do artigo 40 da CF, nunca foi de natureza jurídico-contratual, regido por norma de direito privado. Como dito no voto vencido, redigido pelo desembargador Eros

Em último lugar, a penalidade deveria ser mantida com base no princípio da moralidade. Não seria compatível com o dever de moralidade permitir que um servidor público que praticou ilícitos durante o exercício de suas funções mantenha-se sustentado por toda a coletividade que, no final das contas, paga pelos benefícios recebidos na inatividade. Ao extinguir a pena, seria criada uma verdadeira imunidade para servidores aposentados.

Em outro sentido, a extinção da pena de cassação traria também um estímulo à prática de atos de improbidade administrativa por servidores já com os requisitos para requerer a aposentadoria, mas que se mantêm no cargo em virtude do abono de permanência, disposto no art. 40, §19, da Constituição. Como existe a certeza de que o servidor não terá a sua aposentadoria cassada, bastaria que o indivíduo, ao menor sinal de ser suspeito de praticar ilícito, requisitasse o seu direito de aposentação e, com isso, escapasse de possível processo administrativo disciplinar. A eliminação da pena, portanto, geraria um maior incentivo à prática de ilícitos na Administração Pública, em especial para servidores já com direito à aposentadoria²⁰.

Piceli, o valor pago pelo servidor a título de contribuição previdenciária nunca foi e nem é prestação sinalagmática, mas tributo destinado ao custeio da atuação do Estado na área da previdência social. Nos termos do artigo 195 da CF, deve ser custeada por toda sociedade, de forma direta e indireta, o que se poderá denominar princípio estrutural da solidariedade, como decidiu o STF nas ADIs 3.105/DF e 3.128/DF, relatado originalmente pela ministra Ellen Gracie, relator designado para o acórdão ministro Joaquim Barbosa”.

²⁰“Os casos submetidos a julgamento têm revelado que funcionários com direito à aposentadoria continuam em atividade por longos anos, atraídos pelo abono de permanência (CF, artigo 40, parágrafo 19), e muitos se envolvem em práticas ilícitas, puníveis com a pena de demissão. Contudo, aposentam-se de imediato, evitando a imposição da penalidade e, quando sobrevém a cassação da aposentadoria, ingressam com ações sustentando, muitas vezes com sucesso, que a penalidade é ilegal ou até mesmo inconstitucional, permanecendo impunes, o que significa, em verdade, estímulo à corrupção” (RUIZ, 2015).

5. O caminho do meio: a constitucionalidade da cassação de aposentadoria e a possibilidade de contagem do tempo de contribuição no regime geral de previdência social

As duas teses expostas nos itens anteriores têm seus pontos fortes e fracos. Os argumentos em prol da inconstitucionalidade têm razão ao afirmar que a alteração do regime previdenciário operado pelas Emendas Constitucionais nº 3/1993, nº 20/1998 e nº 41/2003 modifica a natureza da aposentadoria. Se antes o benefício era considerado um prêmio concedido ao servidor pelos bons serviços prestados à coletividade, atualmente a cobrança compulsória de contribuição previdenciária transforma a relação entre o servidor público e a previdência, uma vez que o indivíduo, de fato, contribui financeiramente, por meio de contribuição de natureza tributária, para a formação do fundo necessário à concessão do benefício. Nessa perspectiva, é parcialmente verdadeira a conclusão de que a cassação de aposentadoria produziria enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, considerando que haveria um confisco pelo poder público.

Nesse ponto, seria incabível sustentar que o caráter solidário da previdência social seria suficiente para afastar a alegação de enriquecimento ilícito por parte do Estado. O princípio da solidariedade não afasta o direito individual do beneficiário de receber a aposentadoria²¹. É

²¹ “O fato de ser a solidariedade uma das características do seguro social não significa que os beneficiários não tenham direito de receber o benefício. Eu diria que a solidariedade até reforça o direito, porque ela foi idealizada exatamente para garantir o direito dos segurados ao benefício. De outro modo, não haveria recursos suficientes para manter os benefícios da previdência social. A solidariedade significa que pessoas que não vão usufruir do benefício contribuem para a formação dos recursos necessários à manutenção do sistema de previdência social; é o caso dos inativos e pensionistas e também dos servidores que não possuem dependentes mas têm que con-

certo que a natureza solidária do sistema tem como consequência a inexistência de uma comutatividade estrita entre contribuição e benefício. O regime próprio de previdência social adotado no Brasil é o de repartição simples (*pay as you go*), o qual, diferentemente do regime de capitalização (*funding*), não forma um fundo individual para cada servidor, mas sim um fundo coletivo, em que as contribuições pagas pelos funcionários da ativa financiam os benefícios pagos aos servidores inativos. Não há, portanto, um montante específico reservado para cada segurado.

Como constitui um fundo coletivo, é possível pensar em diversas situações em que segurados contribuem sem receber nenhum tipo de benefício, apenas aumentando os valores disponíveis para os demais segurados. Esse seria o caso, por exemplo, de morte do servidor público antes do recebimento da aposentadoria em que o indivíduo não deixa qualquer herdeiro para usufruir da pensão. Nessa hipótese, todas as contribuições vertidas não resultaram em qualquer contraprestação estatal.

Essas situações, contudo, são excepcionais. Em regra, não se pode cogitar da cobrança de contribuição previdenciária sem a fruição de qualquer benefício. A solidariedade deve ser entendida como um mecanismo para ampliar os sujeitos passivos responsáveis pelo custeio da seguridade social, mas, ao mesmo tempo, deve manter um mínimo de correlação entre os aportes dos segurados e as prestações estatais. A dimensão solidária do sistema não pode ser totalmente ofuscada pela dimensão contri-

tribuir necessariamente para a manutenção do benefício; são as hipóteses em que à contribuição não corresponde qualquer benefício. Mas para os servidores assegurados, à contribuição tem necessariamente que corresponder um benefício, desde que preenchidos os requisitos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional. A regra da solidariedade convive (e não exclui) o direito individual ao benefício para o qual o servidor contribuiu” (DI PIETRO, 2015).

butiva, de modo que a regra é que os segurados recebam algum tipo de benefício em contraprestação aos aportes realizados, ainda que não haja propriamente uma relação sinalagmática entre contribuição revertida ao sistema e recebimento de benefícios previdenciários²².

Por essa razão, faz sentido a alegação de que a sanção de cassação da aposentadoria consistiria, em última análise, em um confisco dos valores revertidos pelo indiciado ao sistema previdenciário. Afinal, o servidor seria privado de um direito para o qual contribuiu durante todo o período de atividade.

Ademais, é importante esclarecer que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não enfrentou diretamente a questão de a natureza contributiva do regime previdenciário constituir empecilho à penalidade de cassação da aposentadoria. A análise dos precedentes realizada no item anterior comprova que a Corte apenas se ateve a repetir os argumentos expostos no primeiro julgado sobre o tema (MS nº 21.948, Rel. Min. Néri da Silveira) sem problematizar e enfrentar adequadamente a natureza contributiva do sistema. Apesar de ventilado lateralmente no MS nº 23.219-AgR pelo Ministro Eros Grau, o voto apenas repetiu o precedente relatado por Sepúlveda Pertence (MS nº 23.299), que, de resto, também nada dispôs sobre a mudança do regime previdenciário, muito menos trouxe razões jurídicas adequadas para solucionar o problema. Os demais tribunais, incluindo o STJ, apenas repetem acriticamente os precedentes, entendendo que esse é o entendimento atual do STF.

²² Esse entendimento ficou registrado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 661.256-RG, que tratava da discussão acerca da existência do direito à desaposestação. Confira-se o seguinte trecho do voto: “De forma particular, não se extrai da ordem constitucional a exigência de que haja correlação estrita entre os aportes dos segurados e as prestações que receberão futuramente. De modo compatível com esse cenário normativo, a legislação brasileira consagra, historicamente, a opção por um modelo de repartição simples, em que todas as contribuições atuais formam um fundo geral para o custeio das prestações devidas no presente. Inexistem, assim, contas individuais vinculadas a cada segurado [...]. Isso não significa, contudo, que o legislador disponha de liberdade absoluta para formatar o sistema segundo quaisquer critérios de conveniência. Em vez disso, há pelo menos dois limites principais à sua atuação. Em primeiro lugar, a falta de uma comutatividade absoluta ou rígida entre contribuições e benefícios não significa que a correspondência possa ser inteiramente desprezada. Ao contrário, a Constituição deixa claro que os salários de contribuição compõem a base de cálculo para a definição das prestações previdenciárias e que estes, assim como os próprios benefícios resultantes, devem ser atualizados a fim de que preservem a sua expressão econômica. Essas circunstâncias têm levado este Supremo Tribunal Federal a destacar a existência de uma relação necessária entre os aportes dos segurados e as prestações estatais. Em segundo lugar, e com maior relevância, o modelo concebido pelo legislador precisa ser compatível com o princípio da isonomia, repartindo de forma equitativa os ônus e bônus do sistema previdenciário. Essa é uma exigência expressa do art. 201, § 1º, da Constituição, que impõe a adoção de critérios uniformes para a concessão de aposentadorias. Daí a necessidade de que a legislação institua uma fórmula estável de correspondência entre contribuições e benefícios, aplicável a todos os segurados. Essa fórmula conterá, inevitavelmente, algumas variáveis indeterminadas *a priori*, desde a maior ou menor extensão do período de fruição dos benefícios até a existência ou não de pensionistas. É de se notar, porém, que essas incógnitas aplicam-se ao conjunto de segurados de forma impessoal, e não seletivamente” (BRASIL, 2016).

Dessa forma, não há como se afirmar que a jurisprudência pacífica do STF é pela constitucionalidade da sanção. A oportunidade que o Supremo Tribunal Federal terá para tratar adequadamente da matéria é a ADI 4882, incluindo o dever de justificar o motivo da permanência da penalidade no atual sistema contributivo, algo ainda não discutido na Corte. Por isso, não há de se falar que exista consenso da jurisprudência do Supremo sobre o tema, pois o principal argumento em prol da inconstitucionalidade não foi devidamente enfrentado pelo Tribunal.

Por outro lado, os defensores da constitucionalidade têm razão quando argumentam que não há propriamente um ato jurídico perfeito a resguardar o servidor inativo. Se havia circunstância que não foi revelada no momento da concessão da aposentadoria, a higidez do ato é, no mínimo, questionável. Isso porque, caso se soubesse da conduta ilícita e fosse aberto procedimento administrativo punitivo a tempo, nos termos do art. 172 da Lei nº 8.112/1990, não seria possível a concessão do benefício. Como, no momento do deferimento da aposentadoria, não era de conhecimento da Administração Pública a conduta delituosa praticada pelo servidor público, a alegação de impossibilidade de aplicação de pena em momento posterior criaria um verdadeiro *bill* de indenidade para o servidor aposentado: seria impossível responsabilizá-lo, ao menos no campo administrativo, por ato ilícito praticado ainda na atividade. Tal circunstância não parece estar em conformidade com o Estado democrático de direito, o qual exige a responsabilidade dos indivíduos que cometem ilícitos administrativos.

É preciso também levar a sério o argumento de que a eliminação da penalidade criaria incentivos perversos aos servidores públicos que já preenchem os requisitos para a requisição do benefício, mas permanecem em atividade em razão do abono de permanência. Sabendo que teria imunidade em caso de aposentadoria, ao menor indício de que poderia ser acusado de uma conduta ilícita durante o exercício do cargo, o servidor poderia requerer a aposentadoria e livrar-se de uma possível punição. Do ponto de vista da criação de uma estrutura adequada de incentivos²³, esse não parece ser o melhor desenho institucional, uma vez que facilitaria a adoção de comportamentos ilícitos pelos servidores. Nesse cenário, haveria um maior estímulo à prática de condutas delituosas após a reunião dos requisitos necessários para a obtenção da aposentadoria, pois o servidor saberia que teria na concessão do benefício um *escudo* para se proteger de eventuais processos disciplinares.

Em acréscimo, não se pode desprezar que a cassação da aposentadoria parece apelar para um senso de justiça e de moralidade acessível

²³ Sobre o tema, ver Friedman (2001, p. 11).

a qualquer cidadão comum. Ainda que, no sistema atual, a aposentadoria não constitua um prêmio para o servidor, aos olhos da sociedade parece imoral que um indivíduo que, comprovadamente, se utilizou do cargo público para obter vantagem pessoal ou que, de outra forma, não tenha desempenhado de forma adequada o seu ofício, receba dos cofres públicos uma remuneração robusta por um longo período de tempo e sem prestar nenhum serviço efetivo à coletividade. A cassação parece ser uma punição justa, no sentido mais popular da expressão, para aqueles que não cumpriram os padrões mínimos de moralidade no exercício de suas funções.

Outros dois aspectos referentes ao regime próprio de previdência social devem ser lembrados. Em primeiro lugar, a média do valor das aposentadorias no serviço público é muito maior do que no setor privado. A primeira razão para isso é bastante simples: a remuneração do serviço público no Brasil, seja em qual categoria for, é, em média, muito mais elevada do que a do setor privado²⁴. A segunda razão está nas peculiaridades do regime próprio de previdência, que permite o pagamento de proventos mais elevados do que o regime geral.²⁵

²⁴Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2013, elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apontam que o rendimento médio dos servidores públicos federais é 288% maior do que a média nacional. No ano de 2015, a média da despesa mensal com a remuneração dos servidores ativos do Poder Executivo federal era de R\$ 9.723,00 (nove mil setecentos e vinte e três reais), segundo o Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais, divulgado em fevereiro de 2015 pelo Ministério do Planejamento, o que representa uma remuneração próxima a 1% dos mais ricos no país e três vezes maior que o PIB *per capita* brasileiro em 2014. Se analisarmos a média da despesa mensal de outros poderes, os valores são ainda mais elevados: (i) R\$ 15.034,00 (quinze mil e trinta e quatro reais) para o Poder Legislativo; (ii) R\$ 15.255,00 (quinze mil, duzentos e cinquenta e cinco reais) para o Poder Judiciário; e (iii) R\$ 13.971,00 (treze mil, novecentos e setenta e um reais) para o Ministério Público da União.

²⁵Enquanto o teto previdenciário do RGPS gira em torno de R\$ 4.500,00(quatro mil e quinhentos reais), a

Com essas informações em mente, é impossível não concluir que a aposentadoria no serviço público, mesmo no regime contributivo, ainda constitui uma vantagem, uma vez que os valores são muito mais elevados do que o benefício pago aos trabalhadores do setor privado. Por que manter essa distinção favorável para servidores que comprovadamente cometeram ilícitos? Não seria claramente injusto permitir que o indivíduo se aposente com valores exorbitantes mesmo tendo uma conduta reprovável durante o exercício de suas funções?

Em segundo lugar, além do elevado montante dos proventos do regime próprio em comparação com o regime geral, outro dado não pode ser esquecido. Ainda que o servidor arque com a contribuição previdenciária (11% sobre o valor de sua remuneração, nos termos do art. 4º da Lei nº 10.887/2004), e com isso contribua financeiramente para a sua aposentadoria, uma parte relevante do valor disponível no fundo também é custeada pelos cofres públicos.²⁶

Assim, do ponto de vista financeiro, não é verdade que o servidor público é o único responsável pela formação da sua aposentadoria. Pelo contrário, uma expressiva parcela do seu

despesa média com aposentados do Poder Executivo da União é de R\$ 8.739,00 (oito mil setecentos e trinta e nove reais). A média dos outros poderes é ainda mais alarmante: (i) incríveis R\$ 26.285,00 (vinte e seis mil, duzentos e oitenta e cinco reais) no Poder Legislativo; (ii) R\$ 18.303 (dezoito mil trezentos e três reais) no Poder Judiciário; e (iii) R\$ 16.932 (dezesseis mil, novecentos e trinta e dois reais) no Ministério Público da União, de acordo com os dados trazidos pelo Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais, divulgado em fevereiro de 2015 pelo Ministério do Planejamento.

²⁶De acordo com o art. 8º da Lei nº 10.887/2004, a contribuição da União para o custeio do regime de previdência é o dobro da contribuição do servidor ativo. E mais: o parágrafo único do dispositivo mencionado afirma que a União é responsável por cobrir eventuais insuficiências financeiras do regime decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários. Em outras palavras, há uma quantidade significativa de recursos públicos drenados para o pagamento de aposentadorias de servidores (BRASIL, 2004).

provento de inatividade vem justamente da contribuição paga pelo poder público, o que enfraquece a tese de enriquecimento ilícito por parte do Estado no momento da cassação da aposentadoria. Novamente, as perguntas que merecem resposta são: o que justificaria manter uma aposentadoria em regime privilegiado para indivíduos punidos em processo administrativo disciplinar? Como justificar isso perante a sociedade?

Diante desse cenário, a proposta do presente trabalho é buscar o caminho do meio.

Entendemos que não há razão jurídica para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 127, IV, e 134 da Lei nº 8.112/1990. De fato, o art. 41, §1º, II, da Constituição permite a perda do cargo para servidor público condenado em processo administrativo disciplinar. Com a perda do cargo, ficaria insubsistente o ato de concessão de aposentadoria. Ainda que o regime administrativo não se confunda com o previdenciário, é certo que o servidor apenas tem direito aos benefícios do regime próprio de previdência se está empossado em um cargo público efetivo. Caso contrário, o regime de previdência ao qual está vinculado seria o RGPS. Tanto é assim que o art. 183, §1º, da Lei nº 8.112/1990 determina que os ocupantes de cargo em comissão que não sejam, simultaneamente, ocupantes de cargo ou emprego efetivo na Administração Pública não têm direito aos benefícios do regime próprio de previdência.

Por outro lado, como já explicado acima, não há de se falar em ato jurídico perfeito ou direito adquirido. A higidez do ato de concessão de aposentadoria fica prejudicada justamente pelo conhecimento *a posteriori* de fato impeditivo de concessão do benefício, com fundamento no art. 172 da Lei nº 8.112/1990. Caso a conduta delituosa fosse conhecida antes da requisição da aposentadoria, sendo instaurado o devido processo administrativo disciplinar, o servidor ficaria impedido de ter seu pedido deferido, o que levaria a sua demissão em caso de aplicação de pena.

Também não se sustenta o argumento do caráter perpétuo da pena e a sua característica de ultrapassar a pessoa do acusado. O fato de a sanção ser *definitiva*, não quer dizer que ela é *perpétua*. A cassação da aposentadoria em um cargo específico não impede o servidor de vir a se aposentar em outro cargo, desde que cumpra os requisitos mínimos. Não se trata de uma impossibilidade eterna de auferir benefício previdenciário no regime próprio, mas sim de concessão de aposentadoria em razão de um ilícito cometido em cargo específico. Em princípio, não há qualquer empecilho à aposentadoria por outro cargo público.

Além disso, o mero fato de a penalidade atingir indiretamente os familiares do servidor não significa que ela ultrapassa a pessoa do indiciado. Se assim fosse, o ordenamento jurídico brasileiro não permitiria

nenhuma condenação pecuniária, tendo em vista que qualquer perda financeira provocada por decisão do poder público, em alguma medida, prejudica materialmente os familiares do apenado. Fora isso, não há como alegar que há, em qualquer hipótese, um direito subjetivo à obtenção de pensão pelos herdeiros do servidor público, especialmente quando eles dispõem de meios para obtenção da própria sobrevivência.

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 de contribuição no regime próprio para efeito de aposentadoria no regime geral, com fundamento no art. 201, §9º, da Constituição*.²⁷

Essa solução, além de fundamentada na Constituição e na legislação pertinente, compreende uma série de benefícios. *Primeiro*, respeita a natureza contributiva do regime próprio de previdência social, de modo que o aporte financeiro realizado pelo servidor terá como contrapartida, ainda que sem uma comutatividade direta, um benefício previdenciário concedido pelo Estado. *Segundo*, privilegia a jusfundamentalidade do direito à aposentadoria, na medida em que o indivíduo condenado não ficará sem uma proteção mínima da seguridade social, o que, de modo indireto, também promove o princípio da dignidade da pessoa humana. *Terceiro*, ao mesmo tempo em que preserva os direitos do indiciado, também alcança os anseios de punição da sociedade, na medida em que não concede ao servidor faltoso um regime mais benéfico do que o disponibilizado para a maior parte dos demais cidadãos, garantindo-lhe o mesmo tratamento dos demais empregados regidos pelo RGPS. *Quarto*, desonera os já combalidos fundos de pensão dos servidores públicos, sem deixar de prestar um cobertor de segurança mínimo ao servidor apenado. *Quinto*, cria uma estrutura correta de incentivos aos servidores que se mantêm no cargo mesmo tendo direito à aposentadoria, de maneira a não estimular a prática de condutas delituosas. *Sexto*, preserva a proporcionalidade e a isonomia nas sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos, na medida em que trata da mesma forma aqueles que praticaram conduta ilícita passível da penalidade de demissão durante a atividade, uma vez que tanto os que foram demitidos quanto

²⁷ De acordo com o dispositivo, “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” (BRASIL, 1988). Assim, o servidor que teve a sua aposentadoria cassada poderia requerer a sua filiação no RGPS e postular a contagem recíproca do tempo de contribuição do regime próprio. Nos termos do art. 99 da Lei nº 8.213/1991, o benefício seria pago na forma da legislação do regime geral de previdência e de acordo com a contagem do tempo de contribuição, ficando inteiramente regido pelo RGPS.

os que tiveram a aposentadoria cassada podem, igualmente, aproveitar o tempo de contribuição no regime próprio para o regime geral de previdência.²⁸

6. Síntese conclusiva

O caminho do meio proposto no presente trabalho busca compatibilizar tanto os principais argumentos pela constitucionalidade dos arts. 127, IV, e 134 da Lei nº 8.112/1990 quanto a questão essencial levantada pelos defensores da inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria: a natureza contributiva do regime próprio de previdência social, promovida pelas Emendas Constitucionais nº 03/1993, nº 20/1998 e nº 41/2013.

O aproveitamento do tempo de contribuição no RGPS para servidores punidos com a cassação de aposentadoria constitui o melhor mecanismo para preservar os interesses contrapostos no presente caso: de um lado, o direito individual do servidor de ter uma contrapartida financeira do Estado pelos anos de contribuição previdenciária vertida aos cofres públicos; de outro lado, o interesse da sociedade em punir os servidores que não executam suas atividades de acordo com os padrões exigidos.

A esperança é que as ponderações apresentadas no presente trabalho contribuam para o debate sobre o tema, bem como funcionem como auxílio argumentativo para a decisão a ser proferida nos autos da ADI 4882. Defendemos que o Supremo Tribunal Federal enfrente adequadamente as teses contrapostas, respondendo aos argumentos contrários à manutenção da penalidade no regime administrativo brasileiro, de modo a pacificar a questão.

A melhor postura, a mais adequada à Constituição, é a que preserva a validade da sanção disciplinar da cassação da aposentadoria, de um lado, mas permite, de outro, o aproveitamento, no RGPS, do tempo de contribuição prestado pelo servidor ao Regime Próprio, mediante compensação financeira entre os sistemas públicos de seguro social.

²⁸ A proposta aqui apresentada já encontra ressonância na jurisprudência. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em sede de apelação no processo nº 2004.83.02.005904-2, adotou entendimento defendido neste trabalho, ao afirmar expressamente que o servidor que teve a pena de cassação de aposentadoria decretada em processo administrativo disciplinar, apesar de não ter direito a reaver as parcelas da contribuição previdenciária já vertidas ao sistema, poderia aproveitar o tempo de contribuição no RGPS. Ver TRF 5ª Região, Apelação cível nº 392178/PE, Rel. Des. Francisco Wildo, j. em 23/mar./2010. A mesma solução também é defendida por João Batista Ribeiro: “Na hipótese em comentário, não há qualquer proibição na legislação que impeça ao servidor público, aposentado pelo Regime Próprio de Previdência que, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, tenha sido punido com a pena de cassação de aposentadoria, prevista no art. 134 da Lei nº 8.112, de 1990, filie-se ao RGPS e, após o cumprimento da carência mínima exigida (art. 24, §único, da Lei nº 8.213/1991), aproveite a regra do art. 99, da Lei nº 8.213, de 1991, a fim de lhe garantir o direito à aposentação” (RIBEIRO, 2012, p. 65).

A proposta apresentada, além de dar solução jurídica à questão, é a mais justa e a que preserva o núcleo essencial do Direito Fundamental à Previdência, em situação de isonomia entre os servidores públicos e os segurados do Regime Geral de Previdência.

Sobre os autores

Marcelo Leonardo Tavares é doutor e mestre em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil; professor adjunto de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), RJ, Brasil.

E-mail: marceloltavares@globocom

Estêvão Gomes Corrêa dos Santos é mestre em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), RJ, Brasil.

E-mail: estevaogcs@gmail.com

Título, resumo e palavras-chave em inglês²⁹

RETIREMENT REPEAL PENALTY: A MIDDLE PATH

ABSTRACT: This article aims to examine the constitutionality of the retirement repeal penalty after the changes in Brazilian Constitution that modified the national social security system. We will analyze the arguments in favor and against the constitutionality of the administrative sanction and propose a middle path, which seeks to balance the validity of the penalty with the individual right of public servants to receive a financial contribution paid by the State after by years of contribution for the social security system.

KEYWORDS: PENSION LAW. RETIREMENT REPEAL PENALTY. CONSTITUTIONALITY.

Como citar este artigo

(ABNT)

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

²⁹ Sem revisão do editor.

(APA)

Tavares, Marcelo Leonardo, & Santos, Estêvão Gomes Corrêa dos. (2016). Cassação de aposentadoria: o caminho do meio. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 53(212), 81-100. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p81

Referências

ATALIBA, Geraldo. Inconstitucionalidade de punições permanentes. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 33, n. 95, p. 15-25, jul./set. 1994.

BASTOS, Talita Ferreira; BEZERRA, Laerço Salustiano. A inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria. *Tributação em Revista*, v. 19, n. 64, p. 40-43, jan./jun. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*, 12 dez. 1990.

_____. Emenda Constitucional nº 3, de 1993. *Diário Oficial da União*, 18 mar. 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 21.948. Relator: Min. Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, 7 dez. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 22.728/PR. *Diário da Justiça*, 13 nov. 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no mandado de segurança n. 23.299. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 12 abr. 2002.

_____. Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004. *Diário Oficial da União*, 21 jun. 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no mandado de segurança n. 23.219. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça*, 19 ago. 2005a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento n. 504.188-6. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 11 nov. 2005b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança n. 32.624. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça eletrônico*, 23 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança n. 17.537. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. *Diário da Justiça eletrônico*, 9 jun. 2015a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada n. 729. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça eletrônico*, 23 jun. 2015b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4882. Relator: Min. Gilmar Mendes. 2015c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 661.256. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. *Diário da Justiça eletrônico*, 2016.

CAMPOS, Adir Claudio. A impossibilidade de cassação da aposentadoria de servidor público após a EC nº 20/98. *Fórum Administrativo*, v. 13, n. 153, p. 9-15, nov. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores. *Conjur*, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. Inconstitucionalidade da “cassação” de aposentadoria no Brasil: considerações gerais e modulação sobre o tema em face da realidade nacional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, p. 201-226, jan./abr. 2014.

FRIEDMAN, David. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios do direito penal. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 775, p. 449-470, maio 2000.

PIEDORNA, Zélia Luiza. A inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria. *Revista de Direito Social*, v. 5, n. 20, p. 19-34, out./dez. 2005.

RIBEIRO, João Batista. A penalidade de cassação de aposentadoria do servidor público no regime contributivo. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 25, n. 92, p. 49-67, jan./jun. 2012.

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. *Revista Zênite: IDAF informativo de direito*, v. 6, n. 72, p. 1049-1056, jul. 2007.

RUIZ, Urbano. Pena disciplinar: servidor que comete falta grave pode ter aposentadoria cassada. *Conjur*, 30 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-30/urbano-ruiz-nao-ilegalidade-cassar-aposentadoria-servidor>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de segurança n. 0237774-66.2012.8.26.0000. Relator: Des. Paulo Dimas Mascaretti. *Diário da Justiça do Estado de São Paulo*, 10 jun. 2014.

TAVARES, Marcelo Leonardo. A constitucionalização do direito previdenciário. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 937-958.