

Inconstitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria dos servidores públicos em sentido estrito

Cristina Aparecida Faceira Medina Mogioni
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

Os agentes públicos, que correspondem às pessoas físicas incumbidas do exercício de uma função pública, em caráter transitório ou definitivo, com ou sem remuneração, podem ser classificados em: Agentes Políticos, Servidores Públicos, Militares e Particulares em Colaboração com o Poder Público.

A classificação adotada é da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual é compatível com a nomenclatura utilizada na Constituição Federal.

Rápida explicação será exposta sobre cada uma das categorias de agentes públicos, tão somente com a finalidade de conceituar os servidores públicos em sentido estrito, em relação aos quais se refere o tema da cassação da aposentadoria.

Agentes políticos

A doutrina dissente sobre o que se deva entender por agente político. Hely Lopes Meirelles apresenta um conceito amplo, entendendo que “agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, designação ou delegação para atribuições constitucionais”. Para este autor, são agentes políticos os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores dos Estados e do Distrito Federal e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais), os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Estaduais e Distritais, e Vereadores), os membros do Poder Judiciário (Juizes, Desembargadores e Ministros), os membros do Ministério Público (Procuradores da República e de Justiça, Promotores Públicos), os membros dos Tribunais de Contas (Conselheiros e Ministros), os representantes diplomáticos e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do serviço público”. Ensina o autor que os agentes políticos “têm plena liberdade funcional” e “ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder”.¹

Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresentam um conceito restrito. Para estes doutrinadores, a ideia de agente político está associada à ideia de governo e de função política. A função política destina-se à direção suprema e geral do Estado, com fixação de metas, diretrizes e planos governamentais. No Brasil, a função

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 76-78.

política é exercida apenas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, já que o Poder Judiciário não fixa metas, diretrizes e planos de governo para nortear a direção suprema e geral do Estado. A participação do Judiciário restringe-se a dizer o Direito aplicável ao caso, sempre mediante controle “a posteriori”. Entendem, portanto, que são agentes políticos os Chefes do Poder Executivo, seus vices e auxiliares imediatos, além dos membros do Poder Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, nos autos do Recurso Extraordinário nº 228.977, manifestou-se no sentido de que os magistrados são agentes políticos, porque investidos para o exercício de atribuições constitucionais, dotados de plena liberdade funcional, com prerrogativas próprias e legislação específica.

Defensável também o entendimento de que os membros do Ministério Público sejam incluídos entre os agentes políticos em razão das funções de controle atribuídas na Constituição Federal de 1988 (artigo 129, inciso II).

Importante ressaltar que o vínculo dos membros da Magistratura e do Ministério Público com o Poder Público é estatutário, haja vista que se submetem a estatutos próprios, que são, respectivamente, a Lei Orgânica da Magistratura e a Lei Orgânica do Ministério Público.

Servidores públicos

Consideram-se servidores públicos, genericamente, as pessoas físicas que entretêm com o Estado ou com entidade de sua Administração Indireta vínculo empregatício, recebendo remuneração dos cofres públicos. Podem ser subdivididos em:

- 1) servidores estatutários;
- 2) servidores empregados ou empregados públicos;
- 3) servidores temporários.

Os servidores estatutários são os titulares de cargos públicos, submetidos a regime institucional ou estatutário, ou seja, estabelecido em lei própria de cada ente da federação. O regime institucional ou estatutário, por decorrer de lei, pode ser modificado unilateralmente, através de nova lei, observados os direitos adquiridos pelos servidores. Na esfera federal, os servidores estatutários submetem-se à Lei nº 8.112/1990.

Os servidores empregados ou empregados públicos são os contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, embora com algumas derrogações decorrentes de normas constitucionais. Ocupam empregos públicos. Podem existir servidores empregados na Administração Direta, nas autarquias e nas fundações públicas, de qualquer esfera de governo, como também nos Poderes Legislativo e Judiciário. Os servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista são empregados.

Na esfera federal, o regime de emprego público do pessoal da Administração Direta, autárquica e fundacional está disciplinado pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, regendo-se pela CLT, desde que a lei não discipline o contrário.

Os servidores temporários são os contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme o disposto no artigo 37, IX, da Constituição Federal. Lei de cada unidade da federação deve disciplinar esta contratação. Os servidores temporários exercem função temporária.

Na esfera federal, a contratação segue o disposto na Lei nº 8.745/93, que sofreu várias alterações posteriores.

Militares

São os membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como os membros das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), conforme, respectivamente, artigos 42 e 142 da Constituição Federal.

O regime é estatutário. O regime jurídico aplicável aos militares é estabelecido em lei própria, como decorre do disposto no artigo 42, § 1º e 142, § 3º, X, da Constituição Federal.

Particulares em colaboração com o Poder Público

São pessoas alheias ao aparelho estatal, particulares que prestam serviço ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração.

Conforme os ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os serviços que prestam decorrem de:

- a) delegação do Poder Público: são os empregados dos concessionários e permissionários de serviço público; os que exercem serviços notariais e de registro; os leiloeiros; os tradutores e intérpretes públicos. Submetem-se à fiscalização do Poder Público e são remunerados pelos usuários do serviço. Correspondem aos agentes delegados, na classificação proposta por Hely Lopes Meirelles.
- b) requisição, nomeação ou designação: são os que exercem funções públicas relevantes, ou seja, um “*múnus público*”, tal como se passa com os jurados, os mesários eleitorais, os membros do Conselho Tutelar, os integrantes de grupos de trabalhos, os recrutados para o serviço militar obrigatório. Quanto a estes últimos, Celso Antônio adverte que não se mantém alheios ao aparelho estatal. Correspondem aos agentes honoríficos na classificação proposta por Hely Lopes Meirelles.
- c) gestão de negócio: são os que assumem a gestão da coisa pública, voluntariamente, em razão de situações anormais para fazer frente a necessidades urgentes, como em momento de epidemia ou enchente.

Vista a classificação dos agentes públicos, convém retomar o entendimento de servidor público em sentido amplo.

Servidor público em sentido amplo é a pessoa física que mantém com o Estado, ou com entidade de sua Administração Indireta, vínculo empregatício, sendo remunerado pelos cofres públicos, que compreende as três categorias mencionadas anteriormente, servidor público estatutário, servidor público empregado e servidor público temporário.

No sentido estrito, servidor público é a pessoa física que mantém com o Estado, ou com pessoa jurídica de direito público de sua Administração Indireta (autarquias e fundações de direito público instituídas pelo Poder Público), vínculo empregatício, sendo remunerado pelos cofres públicos.

O regime normal do servidor público em sentido estrito é o estatutário, estabelecido em lei por cada ente da federação. O servidor público estatutário ocupa cargo efetivo.

Assim, na esfera federal existe a Lei nº 8.122/1990 e, no Estado de São Paulo, a Lei nº 10.261/1968.

A discussão sobre a inconstitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria refere-se, portanto, ao servidor público em sentido estrito, o qual é regido, ordinariamente, por estatuto, ocupando cargo público efetivo.

A cassação de aposentadoria no estatuto federal e no estatuto paulista

A penalidade administrativa de cassação de aposentadoria está inserida nos artigos 127, IV e 134, da Lei nº 8.112/90, e nos artigos 251, VI e 259 da Lei Paulista nº 10.261/68, cujos teores transcrevo:

Lei nº 8.112/90:

Artigo 127. São penalidades disciplinares:

[...]

IV – cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

[...]

Artigo 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Lei nº 10.261/68:

Artigo 251 – São penas disciplinares:

[...]

VI – cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Artigo 259 – Será aplicada a pena de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, se ficar provado que o inativo:

I – praticou, quando em atividade, falta grave para a qual é cominada nesta lei a pena de demissão ou de demissão a bem do serviço público;

II – aceitou ilegalmente cargo ou função pública;

III – aceitou representação de Estado estrangeiro sem prévia autorização do Presidente da República; e

IV – praticou a usura em qualquer de suas formas.

Outros estatutos, advindos de outros entes da federação, também podem prever a penalidade administrativa de cassação de aposentadoria em suas disposições.

Então, havendo outras leis no mesmo sentido, o debate será aproveitado.

A inconstitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria do servidor público em sentido estrito

O debate em torno do assunto passou a figurar com mais visibilidade no cenário jurídico a partir da modificação do regime previdenciário do servidor público em sentido estrito, por força das Emendas Constitucionais (EC) 03/1993, 20/1998 e 41/2003.

É que, antes das modificações constitucionais pelas emendas citadas, a aposentadoria do servidor público constituía-se em “direito vinculado ao cargo público, financiado

inteiramente pelo Poder Público, sem contribuição do servidor”,² de modo que muitos entendiam plausível a penalidade aplicável em caso de infração grave porque o servidor não contribuía para a obtenção do direito à aposentadoria e recebimento de proventos.

A partir da EC 3/1993, houve a introdução do §6º ao artigo 40 da Constituição Federal, no sentido de 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”, impondo-se, portanto, à esfera federal, a obrigatoriedade de contribuição dos servidores.

A EC 20/1998 assegurou o regime de previdência do servidor público estatutário de caráter contributivo, mas de modo facultativo, possibilitando que cada esfera de governo decidisse quanto à instituição da contribuição previdenciária dos servidores públicos. Muitos estados e municípios não instituíram a contribuição previdenciária do servidor público. No Estado de São Paulo, manteve-se o regime contributivo para a pensão (dos dependentes do servidor falecido), nos termos do que estabelecia a Lei Complementar nº 180/1978, mas não houve a instituição da contribuição previdenciária para a aposentadoria até a edição da Lei Complementar nº 943/2003.

A EC 41/2003, por sua vez, modificou a redação do artigo 149, §1º, da Constituição Federal, dispondo que

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

Como conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Vale dizer que o regime previdenciário de caráter contributivo, já aplicado para os servidores federais com base na EC 3/1993, tornou-se obrigatório para Estados e Municípios”.³

Atualmente, portanto, a aposentadoria do servidor público estatutário não decorre simplesmente do exercício do cargo, mas constitui direito de *natureza previdenciária*, tendo em vista que o servidor deve contribuir durante toda sua vida laboral para a obtenção da aposentadoria e, conseqüentemente, recebimento dos proventos.

Neste novo cenário legal é que o debate se intensifica, indagando-se se a penalidade de cassação de aposentadoria do servidor público, prevista em vários estatutos antes das modificações constitucionais, é compatível com a Constituição Federal.

Apesar das respeitáveis vozes no sentido positivo, ou seja, de compatibilidade da cassação da aposentadoria do servidor público com a Constituição Federal, entendo que a melhor doutrina aponta em sentido inverso, de incompatibilidade da sanção administrativa com a Constituição Federal, defendida igualmente por valiosos doutrinadores.

Os principais fundamentos para a defesa da tese da inconstitucionalidade da cassação da aposentadoria são, a meu ver, a imposição da observância do princípio da isonomia, a natureza securitária da aposentadoria do servidor público estatutário, a vedação ao enriquecimento sem causa do Estado e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 726.

³ DI PIETRO, 2017, p. 727.

Do princípio da isonomia

A Constituição Federal, no artigo 5º, *caput* e inciso I, estabelece, respectivamente, que

todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Em matéria de previdência, o princípio da isonomia está implícito nos artigos 40, §12 e 201, §9º, da Constituição Federal, que dispõem:

Art. 40, §12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

Art. 201, §9º. Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

Ao estabelecer que o regime previdenciário do servidor público seguirá os critérios fixados para o regime geral de previdência social, no que couber, a Constituição estabelece regra de equivalência entre os regimes.

Ao possibilitar que os tempos de contribuição sejam computados reciprocamente na administração pública e na atividade privada urbana e rural, a Constituição evidencia o tratamento igualitário em matéria previdenciária.

Em sendo assim, não se vislumbra como possa o servidor público estatutário ser penalizado com a pena de cassação de aposentadoria se o empregado submetido à CLT, e que seja despedido com justa causa, não é impedido de obter sua aposentadoria junto ao Regime Geral de Previdência Social caso tenha preenchido os requisitos para tanto.

A questão ainda fica mais emblemática se o empregado for público (servidor público empregado), como ocorre, por exemplo, em muitos municípios que não instituíram o regime estatutário para seus servidores públicos.

Nessa hipótese, a demissão do empregado público não acarretará a perda ao direito de obtenção de aposentadoria junto ao Regime Geral de Previdência Social.

E isso ocorre porque a demissão do empregado pelo empregador apenas faz cessar o vínculo entre ambos existente, mas não implica modificação dos direitos previdenciários adquiridos pelo empregado, ou seja, a demissão em nada interfere na situação previdenciária do empregado.

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem esclarece a respeito:

Façamos um paralelo com o trabalhador filiado ao Regime Geral de Previdência Social. O que acontece quando demitido do emprego por justa causa, por ter praticado falta grave? O trabalhador tem dois tipos

de vínculos: a) um vínculo de emprego com a empresa, regido pela CLT; e b) um vínculo de natureza previdenciária, com o INSS. Se for demitido, mas já tiver completado os requisitos para aposentadoria, ele poderá requerer o benefício junto ao órgão previdenciário. Se não completou os requisitos, ele poderá inscrever-se como autônomo e continuar a contribuir até completar o tempo de contribuição; ou poderá iniciar outro vínculo de emprego que torne obrigatória a sua vinculação ao regime de seguridade social; ou poderá ingressar no serviço público, passando a contribuir para o Regime Próprio, também em caráter obrigatório. De qualquer forma, fará jus à já referida contagem do tempo de contribuição anterior. Para fins previdenciários, é absolutamente irrelevante saber quantos empregos a pessoa ocupou e quais as razões que o levaram a desvincular-se de uma empresa e vincular-se a outra. Se for demitido, com ou sem justa causa, nada pode impedi-lo de usufruir dos benefícios previdenciários já conquistados à época da demissão.

A mesma regra aplica-se aos servidores públicos celetistas e temporários, que são necessariamente vinculados ao Regime Geral, nos termos do artigo 40, parágrafo 13, da Constituição. Se forem demitidos por justa causa, porque praticaram ilícito administrativo, essa demissão não os fará perder os benefícios previdenciários já conquistados ou a conquistar, mediante preenchimento do requisito de tempo de contribuição exigido em lei. Com relação ao servidor efetivo, não é e não pode ser diferente a conclusão, a partir do momento em que se alterou a natureza de sua aposentadoria. Ele também passa a ter dois tipos de vínculos: um ligado ao exercício do cargo e outro de natureza previdenciária.⁴

Em suma, não há razão para que o servidor público estatutário fique em posição desfavorável em relação aos servidores públicos empregados, perdendo o direito à aposentadoria, que conquistou mediante o pagamento das contribuições previdenciárias recolhidas durante toda a vida laboral.

A natureza securitária do regime previdenciário do servidor público

A natureza securitária do regime previdenciário do servidor público já foi abordada neste texto, mas convém que seja melhormente tratada.

A reforma previdenciária em curso no País – que atinge servidores públicos e empregados do setor privado – não é isolada e está motivada principalmente pelo aumento da expectativa de vida e pela diminuição da oferta de empregos formais e, conseqüentemente, da arrecadação para os cofres da previdência.

Uma das vantagens do regime de previdência do servidor público anteriormente às modificações constitucionais pelas EC 03/1993, 20/1998 e 41/2003, era a de que o servidor público passava à inatividade, na situação de aposentado, recebendo proventos sem nunca ter contribuído para tanto.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores. *ConJur*, 16 abr. 2015 Disponível em: <<https://bit.ly/2L34fYW>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

Quiçá insustentável, para alguns, aludida situação, porque em descompasso com os demais trabalhadores, mas talvez justificável pela ausência de outros direitos dos trabalhadores em geral, como, por exemplo, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Vale dizer, o empregado, ao se aposentar, faz jus ao recebimento dos valores depositados no FGTS, além do que, não é obrigado a deixar seu emprego. Caso demitido, tem direito à indenização.

O servidor público estatutário, ao se aposentar, não recebe FGTS e não pode permanecer no cargo, eis que a aposentadoria acarreta a vacância do cargo (vide art. 33, VII, da Lei nº 8.112/1990), e tampouco recebe qualquer indenização.

Em suma, uma das vantagens do servidor público estatutário era o de receber proventos sem ter contribuído para sua aposentadoria.

Isso, contudo, está superado. Atualmente, o servidor público estatutário submete-se ao regime previdenciário estabelecido no artigo 40, *caput*, da Constituição Federal, que é contributivo e solidário.

O *caput* do art. 40 da CF, com a redação dada pela EC 41/2003, prevê regime de previdência dos servidores públicos de caráter contributivo e solidário, tendo em vista que se apresenta como contraprestação do Poder Público em relação às contribuições recolhidas pelos servidores e pelos entes públicos, incidindo tanto sobre vencimentos e subsídios, quanto sobre proventos e pensões.

Nas palavras da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Sendo de caráter contributivo, é como se o servidor estivesse “comprando” o seu direito à aposentadoria; ele paga por ela. Daí a aproximação com o contrato de seguro. Se o servidor paga a contribuição que o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não pode ser frustrado pela demissão. Se o governo quis equiparar o regime previdenciário do servidor público e o do trabalhador privado, essa aproximação vem com todas as consequências: o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício.⁵

Maria José Queiroz Lemos, em estudo publicado sob o título de *A Inconstitucionalidade da Pena de Cassação de Aposentadoria dos Servidores Públicos à luz da EC 20/1998*, também esclarece:

Dessa maneira, a aposentadoria, que era caracterizada como um prêmio, passou a ser um seguro, um direito de caráter retributivo face ao binômio custeio/benefício, de modo que a aposentadoria deixou de ser tratada como uma benesse da Administração Pública ao servidor que cumpriu com suas obrigações funcionais e passou a ser um direito subjetivo, assegurado em razão do desconto da obrigação previdenciária.

⁵ DI PIETRO, 2015.

Assim, se ausente qualquer irregularidade no ato de concessão, não estando, portanto, os atos administrativos imaculados de vícios, caberia a cassação da aposentadoria?

O marco teórico reside na nova natureza do benefício previdenciário de aposentadoria dos servidores públicos, pois, com a instituição da contribuição previdenciária por parte do servidor e do ente público, tem-se que a exação tornou-se uma garantia da contraprestação do custeio. A partir do desconto da contribuição impõe-se o direito à aquisição do benefício de aposentadoria, em conjunto com o implemento do tempo e idade exigidos pelas normas de concessão.

Cumpridos os requisitos para a aposentadoria, editados os atos de concessão à luz da legislação e presente o registo do benefício, o ato de concessão encontra-se em perfeita harmonia com a Constituição da República e com a legislação previdenciária, o que implica nas garantias para a manutenção do benefício, o que torna a pena de cassação da aposentadoria um ato que viola direitos fundamentais do servidor, como por exemplo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada e, ainda, a segurança jurídica.

[...]

Tratando-se, portanto, de servidor inativado ou ativo que já implementou o direito à aposentadoria, seja civil ou militar, a partir do momento que o benefício deixou de ser prêmio e passou a ser um direito subjetivo constitucional, a essência da prestação previdenciária experimentou significativa transformação, deflagrando-se efeitos antes não considerados, que justificam e asseguram a manutenção do servidor no Regime Próprio de Previdência, o que torna a decisão que conclui pela pena de cassação da aposentadoria inconstitucional.⁶

No sentido do caráter retributivo da aposentadoria do servidor público, destaca-se o seguinte trecho do voto do ilustre Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 2.010:

O REGIME CONTRIBUTIVO É, POR ESSÊNCIA, UM REGIME DE CARÁTER EMINENTEMENTE RETRIBUTIVO. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL (CF, ARTIGO 195 PARÁGRAFO 5.º). CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOBRE PENSÕES E PROVENTOS. AUSÊNCIA DE CAUSA SUFICIENTE.

Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver necessariamente correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula, segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, e vice-versa.

Ante o caráter contributivo/retributivo do regime de previdência do servidor público, conclui-se pela impossibilidade de prevalência, no ordenamento jurídico brasileiro, das sanções administrativas instituídas pela legislação ordinária de cassação da aposentadoria do servidor público.

⁶ TJ-SP. AGR: 2112408-12.2014.8.26.0000 SP 2112408-12.2014.8.26.0000. Relator: Paulo Dimas Mascaretti, DJ: 03/09/2014. *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2CEwRX3>>. Acesso em: 11 out. 2018.

Do enriquecimento sem causa

Acaso a pena de cassação de aposentadoria seja considerada constitucional, haverá enriquecimento sem causa do Estado, eis que não realizará o pagamento da contraprestação, ou seja, dos proventos de aposentadoria, apesar de ter recebido regularmente as contribuições previdenciárias durante todo o período laboral do servidor.

O uso dizer que ocorrerá verdadeiro confisco, pois o servidor perderá o direito à obtenção dos proventos sem correspondente indenização.

No julgamento proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 610.290/MS, em que foi relator o Ministro Ricardo Lewandowski, em que se alegava a inconstitucionalidade de artigo de lei estadual que instituiu benefício previdenciário aos dependentes de policial militar excluído da corporação, ficou assentada a conclusão de que

o benefício previdenciário instituído em favor dos dependentes de policial militar excluído da corporação representa uma contraprestação às contribuições previdenciárias pagas durante o período efetivamente trabalhado.” Além disso, o Ministro ainda consignou que “entender de forma diversa seria plácitar verdadeiro enriquecimento ilícito da Administração Pública que, em um sistema contributivo de seguro, apenas receberia as contribuições do trabalhador, sem nenhuma contraprestação.

Muito embora o precedente tenha se referido ao benefício da pensão, o raciocínio exposto pode ser aproveitado para a aposentadoria, já que igualmente é considerada contraprestação às contribuições previdenciárias pagas durante o período trabalhado.

Da ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana

A cassação da aposentadoria acarreta o não recebimento dos proventos – por óbvio –, o que impede que o servidor público, mesmo tendo contribuído durante todo o período laboral para a obtenção do benefício, usufrua da aposentadoria justamente em época da vida em que dificilmente conseguirá recolocação no mercado de trabalho.

Significa dizer que o servidor será privado do direito à previdência social, até porque, se já estava aposentado, ser-lhe-á vedado computar tal tempo junto ao regime geral de previdência social, diversamente do que ocorreria, por exemplo, com servidor demitido antes de preencher os requisitos para a obtenção da aposentadoria, que poderia aproveitar o período contributivo junto ao regime geral de previdência social, desde que, evidentemente, passasse a contribuir para tal regime.

A prevalecer a conclusão pela cassação da aposentadoria, de uma só vez ficam malferidos os princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, entre outros.

Qual a razoabilidade em admitir que o servidor demitido possa levar o tempo trabalhado para ser computado no regime geral de previdência social, desde que a ele se vincule, negando-se ao servidor com a aposentadoria cassada o recebimento do benefício, sem possibilidade alguma de contar o tempo de contribuição junto ao RGPS?

Jair Teixeira dos Reis, em seu artigo, “A Inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria após a EC 3, de 17 de março de 1993”, bem aborda a questão:

d) a cassação da aposentadoria não respeita o princípio constitucional da proporcionalidade e nem da isonomia, na medida em que, se o servidor for demitido no seu último dia de trabalho, poderá computar todo o seu tempo de contribuição para a futura aposentadoria em regime posterior (RGPS ou regime próprio de outro ente estatal), ainda que diverso; enquanto que se o aposentado tiver o seu benefício cassado, nenhum tempo lhe restará para se aposentar em outros regimes, tratando-se, assim, de pena de caráter perpétuo, vedada pela Lei das leis (cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988).

Quanto à dignidade da pessoa humana, o mesmo autor esclarece:

- o direito à seguridade social como conjunto integrado de ações de iniciativa do poder público com a participação da sociedade (trabalhadores públicos e privados), atuando na área de Saúde, Assistência Social e Previdência Social, é direito humano de segunda dimensão, ou seja, ligados às prestações que o Estado como sociedade avançada deve ao seu conjunto de integrantes (indivíduos);
- as prestações de seguridade social (dentre elas, a Previdência Social) enquanto direitos humanos têm as seguintes características: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, inviolabilidade, interdependência e complementaridade, além do princípio do não retrocesso;
- o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, através do Decreto 591, em diversos artigos faz referência aos direitos que compõem a seguridade social, ressaltando em seu art. 9º o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social, bem como em seu art. 12 o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental;
- a Previdência Social é um sistema elaborado para garantir o bem-estar dos segurados quando por algum infortúnio eles não estiverem em condições de trabalhar, quer seja pela idade avançada, quer porque sofreram um acidente, ou encontra-se com alguma enfermidade ou evento de maternidade; essa garantia de bem-estar, todavia, somente é dada para aquelas pessoas que fazem parte do sistema, ou seja, aquelas que estão inscritas regularmente na previdência (regime geral ou próprio) e que com ela contribuem os segurados. (trecho extraído do acórdão relativo ao Mandado de Segurança 2091987-98.2014.8.26.0000, proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo).

A supressão ao direito à aposentadoria fere a dignidade da pessoa humana, eis que impede, para sempre, a obtenção do direito à previdência social.

Expostas as razões pela inconstitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria do servidor público, convém rebater o principal argumento em sentido inverso, ou seja, o que considera constitucional a pena referida.

Principal argumento pela constitucionalidade da cassação da aposentadoria

O principal argumento pela manutenção da sanção administrativa de cassação da aposentadoria do servidor é o de que a prática de ilícito grave justifica imposição de pena administrativa de igual patamar e, acaso a cassação de aposentadoria não seja aplicada, o servidor não será apenado na esfera administrativa.

Todavia, o objetivo não é o de deixar o ilícito à margem de reprimenda, mas tão somente de analisar a questão à luz das regras constitucionais vigentes. Se o legislador que reformou a Constituição Federal optou pela imposição de regime contributivo à previdência do servidor público, colocando-o em situação semelhante ao trabalhador vinculado à Previdência Social, não há justificativa bastante para que sejam desiguados, onerando-se o servidor com a cassação da aposentadoria quando isso jamais ocorre no sistema do Regime Geral de Previdência Social pelo simples fato de o empregado ser demitido por justa causa.

Além disso, o servidor que cometeu o ilícito responderá perante as esferas cível e penal, podendo ser condenado à indenização ao erário e ser apenado criminalmente, com eventual possibilidade de responder por improbidade administrativa também, de modo que não restará sem a devida reprimenda.

Nesse sentido, destaco o seguinte trecho do voto do Desembargador João Negrini Filho, inserido no Mandado de Segurança nº 2133147-35.2016.8.26.0000, julgado pelo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em 14/12/2016:

Ressalto que a vedação à cassação do benefício previdenciário do servidor que comete ato ilícito grave não pode ser confundida com complacência ou impunidade, visto que ele ainda estará sujeito a outras sanções penais, administrativas e de ordem civil, inclusive com obrigatoriedade de reparar benefícios materiais causados ao erário. Ela apenas visa conciliar tais sanções com o atual texto constitucional.

Havendo, portanto, vias adequadas à punição do servidor que cometeu o ilícito, a tese da complacência ou impunidade fica afastada.

A jurisprudência

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é favorável à tese ora defendida, a não ser pelo julgado antes referido, da relatoria do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, relativamente à pensão.

Os precedentes adiante referidos são anteriores às modificações ocorridas na Constituição Federal pelas EC 03/1993, 20/98 e 41/2003.

No Mandado de Segurança 21.948/RJ, o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a imposição da demissão a servidor, apesar de já ter cômputo suficiente para a aquisição da aposentadoria, aduzindo, entre outras coisas, que é até possível a cassação da aposentadoria. Todavia, o caso referiu-se à demissão ocorrida em setembro de 1993, antes, portanto, da EC 03/1993.

No Mandado de Segurança 22.728/PR, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a cassação da aposentadoria não fere o ato jurídico perfeito. O caso se referia a infrações cometidas no ano de 1991, antes, portanto, da EC 3/1993.

No Mandado de Segurança 23.299/SP, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese de que a cassação de aposentadoria fere o ato jurídico perfeito. Os fatos infracionais datavam de 1992, ou seja, anteriormente à EC 03/1993.

No AgR no MS 23.219, a pena de cassação foi considerada constitucional, mas os fatos infracionais ocorreram em 1991, novamente antes da Emenda Constitucional 03/1993.

Os acórdãos supra referidos, como já dito, referem-se a casos anteriores à EC 03/1993.

No RMS 24.557-7, julgado em setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal não enfrentou a questão da alteração de regime previdenciário, limitando-se a reiterar a jurisprudência anterior à modificação da Constituição Federal pelas EC 03/1993 e 20/1998.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, chegou a proferir acórdãos pela inconstitucionalidade da cassação da aposentadoria, como ocorreu no Mandado de Segurança 2091987-98.2014.8.26.0000, em que figurou como Relator o eminente Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, julgado em 28/01/2015, e assim ementado:

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Demissão a bem do serviço público de Delegado de Polícia, posteriormente à impetração convertida em pena de cassação da aposentadoria, pronunciada pelo Governador do Estado. Hipótese em que incumbe ao Judiciário, no controle de legalidade, a verificação dos antecedentes de fato e sua congruência com as justificativas que determinaram a decisão administrativa, ou seja, o exame dos motivos que a ensejaram. Disciplina punitiva que deve subordinar-se ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, no qual se contém a razoabilidade, impondo-se então a equivalência entre a infração e a sanção aplicável. Ato administrativo impugnado que contém indicação plausível dos motivos que conduziram a autoridade apontada como coatora ao entendimento de que os fatos atribuídos ao impetrante poderiam ser tomados como de natureza grave a ponto de lhe ser aplicada a pena máxima, mostrando-se então legítima a opção adotada. Insubsistência do ato, no entanto, pela manifesta incompatibilidade das leis que preconizam a cassação de aposentadoria como sanção disciplinar com a nova ordem constitucional, estabelecida a partir da promulgação das ECs nºs. 03/93 e 20/98. Aposentadoria que não mais representa um prêmio ao servidor, constituindo um seguro, ou seja, um direito de caráter retributivo face ao binômio custeio/benefício. Pena de cassação de aposentadoria que importa, ademais, em violação aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida.

Posteriormente, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça voltou a analisar a questão, modificando sua jurisprudência, para concluir pela constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, em acórdãos não unânimes, a exemplo dos proferidos nos autos dos Mandados de Segurança nº 2133147-35.2016.8.26.0000 e nº 2133269-48.2016.8.26.0000.

O Supremo Tribunal Federal enfrentará a questão nos julgamentos da ADPF 418 e da ADI 4.882.

A ADPF 418 foi interposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), sob assertiva de que a cassação da aposentadoria ou da pensão

configurará a violação (a) do direito adquirido, (b) do devido processo legal no sentido material, e (c) ao princípio da moralidade por permitir o enriquecimento sem causa do Estado.

A ADI 4882 foi ajuizada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip), sob alegação de que as regras legais a respeito da cassação da aposentadoria violam o princípio constitucional da segurança jurídica, do devido processo legal, da razoabilidade, da proporcionalidade e da dignidade humana. A entidade acrescenta a essas violações constitucionais a possibilidade de dano certo e imediato ao servidor, o desrespeito ao direito adquirido e, no caso de pensionistas, afirma que a pena “passará da pessoa do suposto servidor apenado”.

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal, que dará a palavra final sobre a questão, acolha a tese da inconstitucionalidade da sanção administrativa da cassação da aposentadoria do servidor público frente à nova ordem constitucional vigente, por ser, sem dúvida, a que resguarda aos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade, além de impedir o enriquecimento sem causa do Estado e, sobretudo, a que respeita o caráter retributivo do regime previdenciário do servidor público, caráter este também existente no regime geral de previdência social, inexistindo razão alguma para a diferenciação entre os servidores públicos em sentido estrito e os empregados regidos pela CLT – os quais podem existir, inclusive, na estrutura da Administração Pública. Solução diversa ferirá de morte, ainda, o tão caro princípio da isonomia.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores. *ConJur*, 16 abr. 2015 Disponível em: <<https://bit.ly/2L34fYW>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TJ-SP. AGR: 2112408-12.2014.8.26.0000 SP 2112408-12.2014.8.26.0000. Relator: Paulo Dimas Mascaretti, DJ: 03/09/2014. *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2CEwRX3>>. Acesso em: 11 out. 2018.