

## Urbano Ruiz: Não há ilegalidade em cassar aposentadoria de servidor

Tem havido divergências entre julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo e das cortes superiores (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), no tocante à legalidade ou até mesmo a constitucionalidade da cassação de aposentadoria, pena disciplinar prevista tanto no estatuto dos funcionários públicos civis do Estado como da União, que pode ser imposta se provado que o inativo praticou, quando em atividade, falta grave punida com a pena de demissão ou de demissão a bem do serviço público (Lei Estadual 10261/68, art. 259 e Lei Federal 8112/90, art. 134). 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. Este trabalho tem o propósito de discutir o tema e sustentar a legalidade, conveniência e oportunidade da cassação.

Precedentes do TJ-SP têm entendido que após a EC 03/93 e subsequente legislação estadual, a inatividade passou a ter o sentido de benefício previdenciário (seguro), custeada pelo erário e pelos próprios segurados; a cassação pode gerar enriquecimento ilícito — sem causa — por se apropriar de numerário do servidor cassado; a concessão da aposentadoria constitui ato jurídico perfeito, protegido pela Constituição Federal e pela Lei de Introdução ao Código Civil, não sendo crível que a negação, por alguns julgados, da inexistência de direito adquirido em relação à aposentadoria. Antes da EC a aposentadoria decorria de verdadeira benesse do Estado. Mas, o instituto se modificou, constituindo hoje contraprestação da contribuição do próprio servidor (AI – 3ª Câmara do TJ – 2120920.81.2014.8.26.0000, Des. José Luiz Gavião de Almeida). Nesse mesmo sentido o MS 0005462-84.2013.8.26.0000, Des. Elliot Akel, para quem a aposentadoria não representa mais um prêmio ao servidor, constituindo um seguro, ou seja, um direito de caráter retributivo face ao binômio custeio/benefício. A pena de cassação do benefício importa, ademais, em violação aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. Nessa mesma linha foi o acórdão da lavra do Des. Paulo Dimas Mascaretti, no MS 0237774-66.2012.8.26.0000. Assim também decidiu o Des. Getúlio Evaristo dos Santos no MS 2012743-23.2014.8.26.0000.

Mas, com vantagem, precedentes do STJ e do STF mostram, como no MS 3306/SC, rel. Min. Castro Meira, que o artigo 40 da CF assegura o regime de previdência ao servidor público titular de cargo efetivo, pois com a demissão perde a titularidade do cargo. No caso decidido pelo STJ, o servidor foi demitido quando contava com tempo suficiente à aposentadoria, mas, a requereu quando não mais tinha vínculo com o Estado e o benefício lhe foi negado, sobrevindo a impetração que terminou denegada. O professor José Afonso da Silva, ao comentar o artigo 40 da CF esclarece que “o direito aí previsto só cabe ao “funcionário público”, estritamente considerado, que é o “servidor titular de cargo efetivo” de que fala o texto constitucional, sujeito agora à contribuição previdenciária de que sempre esteve isento, em valor que preserve o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário” (Comentário Contextual à Constituição, 4ª. Ed., Malheiros, 2007, p. 361). Do mesmo teor é a lição de seu Curso de Direito Constitucional Positivo, 28ª ed., pág. 691.

A cassação de aposentadoria é penalidade por falta gravíssima praticada pelo servidor quando ainda em atividade. Se aplicada a pena de demissão o servidor não faria jus à aposentadoria, de modo que, tendo cometido a falta e em seguida se aposentado, deve esta ser cassada, como adverte José Santos de Carvalho Filho, in Manual de Direito Administrativo, RJ, editora Lumen Juris, 24ª ed., p. 663. Nessa linha o precedente do STF no MS 21.948/RJ, relatado pelo ministro Néri da Silveira, DJ 07.12.95, que assim decidiu:

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

Na mesma linha: “Administrativo. Titular de Cartório. Perda da Delegação. Processo Disciplinar. Direito Adquirido. Aposentadoria inexistente. Recurso desprovido”. A perda da delegação equivale à imposição de demissão a servidor público, porquanto igualmente fez cessar o vínculo existente com o ente público. Não pode ser aposentado no regime próprio dos servidores públicos, uma vez que despida da titularidade de cargo efetivo, em razão da pena disciplinar.”

Mais recentemente o ministro Sepúlveda Pertence, nos ED no AI 504.188-6/RS – STF, decidiu:

“Servidor público: legitimidade da pena de cassação de aposentadoria, por ilícito administrativo cometido pelo servidor ainda na atividade, conforme reiterada jurisprudência do STF (v.g. RMS 24.557, 2ª, 2.9.03, Carlos Veloso; MS 21.948, Pleno, 29.9.94, Neri da Silveira, DJ 26.9.03).

Esse também foi o entendimento do ministro Herman Benjamin, no MS 20.444-DF (2013/0314970-8), ao admitir a legalidade da cassação da aposentadoria de agente público condenado pela prática de atos de improbidade administrativa.

No MS 19572-DF, relatado pela ministra Eliana Calmon, foi decidido que “desde que o ilícito administrativo tenha cometido pelo servidor ainda na atividade, é plenamente aplicável a pena de

---

cassação de aposentadoria, não se podendo falar em ato jurídico perfeito, tampouco em ofensa a direito adquirido”.

Como decidido no MS 17.535/DF, relatado pelo ministro Benedito Gonçalves, “o ordenamento jurídico não acoberta condutas ilícitas praticadas enquanto o servidor se encontrar na atividade...”

Entendimento contrário, adotado pelo TJ-SP, como já foi dito, estimula o ilícito, a impunidade, pois o servidor que já tenha preenchido os requisitos necessários pedirá a aposentadoria, que não poderá ser cassada, assim que surpreendido na prática de ilícitos. Mas, como esclarecido pela ‘ratio legis’, o propósito foi o de permitir a inatividade apenas aos que não foram e não tinham a possibilidade de serem penalizados, excluídos dos quadros da Administração.

Alguns afirmam, ainda, que a impossibilidade da cassação se assentada no artigo 5º, inciso XXXVI da CF e artigo 6º da LICC, sob alegação de que a lei não prejudicará o direito adquirido. Apenas o ato eivado de vícios poderá ser invalidado. Não se trata, entretanto, de declaração de nulidade. O artigo 172 do Estatuto Federal (Lei 8.112) não permite, como se sabe, a aposentadoria de servidor que responde a inquérito disciplinar. Não se pode, entretanto, premiar a desídia, a negligência. Há de se considerar, aqui, os prazos de decadência e de prescrição. A pretensão punitiva se submete a prazos quinquenais, contados, no caso da prescrição, da “actio nata”, da ciência da prática do ilícito. Não se pode, em resumo, sustentar que a aposentadoria torna o servidor impune ou imune a qualquer penalidade. Como já foi dito, apenas o servidor em exercício, sem penalidade, tem direito à inativação (artigo 40 da CF) e, por isso, sua responsabilidade deve ser apurada de modo a saber se tinha ou não direito à inativação. Haveria abuso do direito de punir se a aposentadoria fosse concedida para em seguida ser cassada (artigo 5º, incisos V e X, da CF combinado com o artigo 187 do Código Civil). O ministro Moreira Alves, do STF, enfatizou em conhecido acórdão, que não há direito adquirido contra lei, ou seja, o servidor que praticou falta grave não tem direito adquirido à aposentadoria.

Acrescente-se ainda que apenas se poderia falar em violação aos princípios da proporcionalidade, segurança jurídica, razoabilidade e ampla defesa, no caso de cassação da aposentadoria se prescrito o direito de instauração do processo disciplinar ou se verificada a decadência.

Sem consistência, ainda, a alegação de que a penalidade passaria à família ou aos seus dependentes, privados dos benefícios da aposentadoria. Essa possibilidade existe na imposição de qualquer penalidade e deve ser considerada, sobretudo pelo autor do ilícito. Pondere-se, entretanto, que nada impede que procure outro emprego ou nova ocupação e compute o tempo de serviço público na subsequente aposentadoria, como permite o parágrafo 9º, do artigo 201 da CF.

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 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.

Enfatize-se que o artigo 195 da CF esclarece que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, além do empregador, do trabalhador, da receita de concursos de prognósticos e também de recursos do importador.

Acrescente-se que o parágrafo 19 do artigo 40 instituiu o abono de permanência para os servidores que tenham completado as exigências para aposentadoria voluntária e optem por permanecer em atividade, quando então farão jus ao abono, ou seja, a um crédito no mesmo valor da contribuição — de 11% sobre sua remuneração, o que significa que deixam de contribuir, sem que possam, por mais essa razão, falar em contrato de seguro.

Esse abono foi instituído em 2003, pela EC 41 e implantado em nosso Estado quando da criação do SPPREV, o que ocorreu em 2007, quando muitos já tinham completado as exigências necessárias à aposentadoria o que significa que nem todos contribuíram para a previdência social. Em resumo, insista-se, a contribuição do servidor, isoladamente, não gerou o direito aos proventos da aposentadoria e, essa contribuição mensal, se vertida, significou tributo, como bem reconhece, ainda, Sacha Calmon Navarro Coelho, em seu Curso de Direito Tributário Brasileiro, RJ – Forense, 2007. Essa natureza tributária é expressamente declarada no artigo 149 da CF.

O implemento da obrigação tributária, ou seja, o recolhimento do valor da contribuição, como afirmado no voto vencido do desembargador Eros Piceli, não assegura o direito à aposentadoria. Nem mesmo tem direito à repetição do indébito, caso deixe, por exemplo, de contribuir depois de 20 anos, sem preencher os requisitos para obtenção do benefício, pois de indébito não se trata, mas de obrigação tributária, cujo fato gerador é o trabalho.

Não há, por consequência, qualquer ilegalidade na cassação de aposentadoria, tendo o funcionário cometido falta grave, passível de demissão.?

**Date Created**

30/03/2015