

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A APLICAÇÃO DA PENA DE PERDA DA APOSENTADORIA

I – DAS PENALIDADES PREVISTAS PELA PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DE OUTRAS SANÇÕES NÃO PREVISTAS NA LEI N.º 8.429/92

O artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, de forma taxativa, fixou as penalidades para os agentes que praticarem ato de improbidade administrativa. São elas: **suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, “na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”** (g.n.)

Essas sanções possuem natureza civil, contudo, conforme previsto expressamente na Constituição, não excluem as sanções penais eventualmente existentes em lei para a mesma conduta.

A forma e gradação previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal para a aplicação de sanções pela prática de ato de improbidade administrativa **vêm elencadas nos arts. 5º, 6º e 12, da Lei n.º 8.429/92.**

Os artigos 5º e 6º da Lei n.º 8.429/92 prevêm sanções patrimoniais, já o artigo 12 da citada lei disciplina de forma abrangente a imposição de penalidades para o ato de improbidade administrativa.

É dividido o artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa, em três incisos (I, II e III), que se destinam a cada tipo de improbidade, a saber: enriquecimento ilícito (9º), prejuízo ao erário (10) e violação aos princípios da Administração Pública (11), respectivamente.

Em todas essas situações legais, a condenação por ato de improbidade administrativa, segundo as diretrizes da Lei n.º 8.429/92, podem acarretar as seguintes penalidades:

- ressarcimento;
- perda da função pública;
- suspensão dos direitos políticos;

- pagamento de multa civil;
- proibição de contratar com o Poder Público;
- proibição de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Como visto, a Lei de Improbidade Administrativa, ao estipular **gradativamente** as penalidades à serem impostas aos agentes ímprobos, manteve a **matriz da Constituição Federal** no sentido de estabelecer **a perda da função pública** como uma de suas sanções.

Nem a CF e de igual forma a Lei n.º 8.429/92 estabeleceram a possibilidade de **cassação de aposentadoria**, como consequência de sentença condenatória na ação de improbidade administrativa, em decorrência de que o aposentado já não possui mais função pública por estar inativo, tendo cumprido os requisitos básicos e adquirido o direito para a aposentação.

A exceção, em tese, é quando o servidor público aposentado exerce cargo em comissão, investido em uma função pública e, via de consequência, perderá a aludida situação funcional transitória, **sem qualquer reflexo para a sua aposentadoria, caso seja condenado a essa penalidade em ação de improbidade administrativa.**

Função pública é o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou individualmente a determinados servidores que prestam serviços eventuais.

Todo **cargo público** tem função, mas poderá haver função sem cargo. As funções do cargo são definitivas, como averba Hely Lopes Meirelles, enquanto as funções autônomas são provisórias. Daí porque as funções permanentes da Administração devem ser desempenhadas por titulares de cargos e, as transitórias, por servidores designados.

Ao entrar em exercício, o agente público passa a desempenhar as atribuições do cargo ou da função de confiança (art. 15, da Lei n.º 8.112/90), passando a exercer função pública.

Em sendo assim, função pública liga-se ativamente ao vínculo público desempenhado pelo agente público.

Por óbvio que o agente público aposentado que não está investido em cargo em comissão não possui mais função pública.

Ao passar para a inatividade os proventos recebidos pelo servidor perdem a vinculação necessária com o desempenho do cargo ou função, não recebendo mais remuneração como consequência de uma contraprestação, na forma da lei, mas proventos, calculados pelo tempo de contribuição.

Tanto é verdadeira tal assertiva, que **ao se inativar o cargo até então desempenhado pelo servidor público resta o mesmo vago**, sendo ocupado por outro servidor, após a aprovação em concurso público, na forma do artigo 37, II, da CF.

Nos interessa verificar se a perda da função pública em sentido lato, uma das penalidades previstas e aplicadas com fundamento na Lei n.º 8.429/92, abrange o servidor que já se encontra inativo, por ter se aposentado, não exercendo cargo algum e muito menos função pública.

Não resta dúvida que nem a Constituição Federal e muito menos a Lei de Improbidade Administrativa estabeleceram a possibilidade jurídica de cassação de aposentadoria, eis que expressamente vinculam apenas e tão somente a perda do cargo ou da função pública como uma das penalidades a serem aplicadas para os casos graves estabelecidos na Lei n.º 8.429/92 para os agentes públicos.

Em matéria de direito sancionador não se pode aplicar a penalidade ao agente público por analogia, há que haver no texto legislativo expressa autorização para o aplicador da norma fundar a sua convicção.

A única hipótese prevista pela norma legislativa para cassação de aposentadoria é aquela inscrita nos artigos 127, IV e 134, da Lei n.º 8.112/90, para o servidor público inativo que tenha praticado ato irregular quando do exercício de seu cargo/função pública, cuja falta punível seja a demissão.

Assim está redigido o disposto no artigo 134, da Lei n.º 8.112/90, *verbis*:

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

Como já dito, **essa previsão legal elencada na Lei n.º 8.112/90 de cassação de aposentadoria não foi adotada pela Lei de Improbidade Administrativa e muito menos pela Constituição Federal.**

É que, como se sabe, **o rol** previsto no art. 12 da Lei n.º 8.429/92 reveste-se **de taxatividade**, encerrando, por isso mesmo, precisamente por se tratar de sanções disciplinares, **verdadeiro *munus clausus***, a significar desse modo, que não se legitima a imposição, pelo Poder Judiciário, de qualquer outro ato punitivo que não se ache expressamente relacionado na norma legal em questão.

Não há divergência na doutrina¹ que a disciplina concernente às infrações e sanções administrativas acham-se submetidas ao postulado da reserva de lei.

Até mesmo no âmbito do poder de polícia, a Administração Pública não está autorizada a aplicar sanções não previstas em lei, como decidido no RMs n.º 21.9225-GO,² *litteris*:

“(...) 1. A aplicação de penalidades está sujeita ao princípio da legalidade estrita. Mesmo no âmbito do poder de polícia, a Administração não está autorizada a aplicar sanções não previstas em lei. Não é legítima a aplicação a motoristas de taxi, modalidade de transporte individual, de penalidades estabelecidas para infrações no âmbito do transporte coletivo de passageiros. No âmbito do poder estatal sancionador, penal ou administrativo, não se admite tipificação ou penalização por analogia. 2. Recurso ordinário provido.”

Em outro aresto do STJ,³ **foi negada a possibilidade de aplicação subsidiária do Código Penal (art. 71) para impor suspensão de 180 (cento e oitenta) dias a servidor público estadual condenado na esfera disciplinar à título de utilização analógica, em face da ausência de previsão da legislação local.**

Outro exemplo clássico da impossibilidade jurídica de aplicação de penalidade não prevista em lei, é a cassação da aposentadoria como

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 870; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39.ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 806; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei n.º 8.112/90 Interpretada e Comentada*; 6. ed., Niterói-RJ: Impetus, 2012, p. 798.

² STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, RMS n.º 21922/GO, 1ª T., DJ de 21.06.2007, p. 273.

³ STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, RMS n.º 19853/MS, 5ª T., DJ de 8.02.2010.

consectário lógico da condenação criminal, com base na analogia referente a Lei n.º 8.112/90.

Tal qual a lei de improbidade administrativa, a lei penal dispõe da possibilidade da perda do cargo público (função pública) **como efeito secundário de uma condenação criminal, não sendo admitido por outro lado, a conversão dessa penalidade para cassação de aposentadoria, por total falta de previsão legal e a total impossibilidade de aplicação subsidiária, por analogia, de outro comando legal no direito sancionatório.**

Aliás, essa situação vem sendo reconhecida perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ, como se observa dos seguintes julgados:

“PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. EFEITOS. APOSENTADORIA. CASSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Sexta Turma desta Corte não tem admitido a cassação da aposentadoria como consectário lógico da condenação criminal, em razão de ausência de previsão legal. Precedente.

2. Recurso em mandado de segurança a que se dá provimento.”⁴

“PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 92, I, "B", DO CP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INOCORRÊNCIA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. APOSENTADORIA SUPERVENIENTE AO DELITO. POSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (POSIÇÃO VENCIDA DA RELATORA). ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO:

⁴ STJ, rel. Min. Og Fernandes, RMS n.º 31980/ES, 6ª T., DJ de 30.10.2012.

VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL. OCORRÊNCIA.
RECURSO PROVIDO.

1. Segundo a ótica majoritária da colenda Sexta Turma, construída a partir do voto divergente do eminente Ministro Sebastião Reis Júnior, é inviável ter-se como efeito da condenação penal a perda da aposentadoria, em razão de inexistente previsão legal.

2. Recurso especial da defesa a que se dá provimento (com voto vencido da relatora).”⁵

A doutrina⁶ também destaca a impossibilidade de uma interpretação extensiva do artigo 92 do Código Penal, principalmente aquela que atinge o direito a aposentadoria do servidor público:

“Afim, se a condenação criminal permite a perda do cargo e da função, logicamente deve-se abranger o emprego público, cuja diferença única existente com o cargo é que o ocupante deste é submetido a regime estatutário, enquanto o ocupante de emprego público é submetido a regime contratual (CLT). A aposentadoria, que é direito a inatividade remunerada, não é abrangida pelo disposto no art. 92. a condenação criminal, portanto, somente afeta o servidor ativo, ocupante efetivo de cargo, emprego, função ou mandato eletivo. Caso já tenha passado à inatividade, não mais estando em exercício, não pode ser afetado por condenação criminal, ainda que esta advenha de fato cometido quando ainda estava ativo. Se for cabível, a medida de cassação da aposentadoria deve dar-se na órbita administrativa, não sendo atribuição do juiz criminal. (*in* Código Penal Comentado. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 525).

Não estando previsto no rol taxativo inscrito no artigo 12 e seus incisos da Lei n.º 8.429/92 a cassação de aposentadoria do agente público condenado em ação de improbidade administrativa, não deve ser aplicada de forma analógica ou por extensão.

⁵ STJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, REsp n.º 1250950/DF, 6ª T., DJ de 27.06.2012.

⁶ NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 10. ed., São Paulo:RT, p. 525.

Em precedente oportuno,⁷ foi afastada a possibilidade de **em sede de ação popular, utilizar-se, por analogia, a Lei de Improbidade Administrativa, com a finalidade de importar as suas penalidades, exatamente pelo fato do direito administrativo sancionador vincular-se diretamente aos princípios da legalidade e da tipicidade, como fundamento das garantias constitucionais.** Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. OBJETO DIVERSO DA AÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. PENALIDADES. INAPLICABILIDADE DA LEI N.º 8.429/92 EM AÇÃO POPULAR.

1. O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais (Fábio Medina Osório *in* "Direito Administrativo Sancionador", RT, 2000).

2. À luz dos referidos cânones, ressalvadas as hipóteses de aplicação subsidiária textual de leis é inaplicável a sanção, prevista em determinado ordenamento à hipóteses de incidência de outro, por isso que inacumuláveis as sanções da ação popular com a da ação por ato de improbidade administrativa, mercê da distinção entre a legitimidade *ad causam* para ambas e o procedimento o que inviabiliza, inclusive, a cumulação de pedidos.

3. A analogia sancionatória encerra integração da lei *in malam partem*, além de promiscuir a coexistência das leis especiais, com seus respectivos tipos e sanções.

4. A interposição do recurso especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, tenha sido ventilado no acórdão recorrido, sob pena de padecer o recurso da imposição jurisprudencial do prequestionamento, requisito essencial à admissão do mesmo, o que atrai a incidência do enunciado n.º 282 da

⁷ STJ, Rel. Min. Luiz Fux, REsp n.º 704570/SP, 1ª T., DJ de 4.06.2007, p. 302.

Súmula do STF. (ausência de prequestionamento dos arts. 9 e 11, da Lei n.º 9.429/92)

5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.”

Inexistindo, na hipótese *sub oculis*, o necessário elemento normativo legitimador da aplicação de sanção de cassação de perda de aposentadoria, que sequer se acha cominada na Lei de Improbidade Administrativa, a sua adoção implica grave transgressão, por parte do órgão julgador, ao **princípio da reserva constitucional de lei formal em tema de punições disciplinares.**

Cabe destacar que, excetuadas as hipóteses de cassação de aposentadoria ou disponibilidade (art. 127, IV e 134, ambos da Lei n.º 8.112/90) **aplicadas única e exclusivamente na transgressão disciplinar, apurada em processo disciplinar, a imposição de tal sanção em conformidade com a Lei n.º 8.429/92 é inadmissível e ilegal,** por não vigorar mais o exercício da função pública para o agente público, estando o seu antigo cargo vago.

Para ser submetido ao poder sancionador previsto na Lei n.º 8.429/92 em relação a hipótese de perda da função pública do agente, o mesmo deverá estar investido em determinado cargo público ativo⁸ permanente ou transitório.

Sem que haja, portanto, essa necessária **relação de contemporaneidade** entre o exercício da função pública e o ato ímprobo, não há como converter-se a perda da função pública em cassação de aposentadoria, por total ausência de fundamentação legal para tal atitude, com o anteriormente referido.

Nesse contexto, a atualidade do vínculo jurídico-administrativo revela-se pressuposto necessário à validade jurídica de eventual sanção pela prática de ato de improbidade administrativa que estabeleça a perda da função pública. Sem vínculo ativo não há exercício de função pública e, como tal, não há possibilidade jurídica para impor outra restrição jurídica ligada a função do servidor já aposentado.

⁸ “Administrativo. Servidor Público. - Exonerado, o servidor fica fora do âmbito da Administração, e sanção simplesmente administrativa já não o alcançam. - Recurso a que a Corte deu provimento para, reformando a decisão do Tribunal de origem, conceder a segurança.” (STJ, Rel. Min. Fontes de Alencar, RMS n.º 11056-GO, 6ª T., DJ de 1.10.2001, p. 248).

Essa é uma consequência lógica do direito administrativo sancionador, que está diretamente vinculado aos princípios da legalidade e da tipicidade, como materialização das garantias constitucionais.⁹

II – O DIREITO À APOSENTADORIA SUBMETE-SE AO TEMPO DE SERVIÇO E A CONTRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA, SENDO QUE SUA EXTINÇÃO NÃO SE VINCULA À PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA DECRETADA A *POSTERIORI*.

Mesmo não podendo ser aplicada por analogia, a cassação da aposentadoria para o agente público que for condenado à perda da função pública, com base na Lei de Improbidade Administrativa, agrega-se à tal conclusão outro argumento de insuperável razão, que se constitui no fato do **direito a aposentadoria submeter-se aos requisitos próprios do regime jurídico contributivo, e a sua extinção não se correlaciona mais com a perda do vínculo ativo anteriormente desempenhado.**

Desde a promulgação da **Emenda Constitucional nº 20, de 15 dez. 1998**, a aposentadoria deixou de ser por tempo de serviço, para se transformar em um regime de previdência de caráter contributivo, observando critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Destarte, na prática o servidor público, no exercício de suas atribuições, contribui diretamente para ter direito à aposentadoria.

Essa significativa mudança alterou a conjuntura da regra de concessão do benefício da aposentadoria, tendo em vista que os servidores públicos passaram a ser regidos pelo regime geral de previdência social, com as seguintes características:

⁹ "É comum dizer-se que toda a atividade do Estado, particularmente da Administração Pública, está vinculada ao princípio da legalidade, que significa uma existência de prévia habilitação legal para justificar os atos e inclusive as omissões legítimas das mais diversas entidades estatais. (...) Não há dúvidas de que a garantia de uma previsão legal das infrações administrativas é corolário lógico do princípio da legalidade. Não basta, todavia, o mero descumprimento da norma habilitante (quando o administrador age em desacordo com uma autorização legal ou ao desamparo de um permissivo legal), pois necessária a tipificação da sanção correspondente à conduta proibida e, além disso, uma correta e adequada especificação do conteúdo da norma proibitiva. Ocorre que a mera violação da norma habilitante pelo agente público dá lugar, sem dúvida, a inúmeras sanções, a começar pela nulidade do ato, reparação do dano, responsabilidade do Estado perante terceiro. Sem embargo, esse descumprimento do preceito habilitante por si só, não autoriza, desde logo, incidência do Direito Administrativo Sancionador, vale dizer, imposição de multas (não previstas especificamente para o caso), restrições a direitos e imposição de deveres. (...) A tipicidade é considerada um desdobramento e uma garantia da legalidade, uma demarcação do campo em que deve movimentar-se o intérprete." (OSÓRIO, Fábio Medida. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000, ps. 202 e 208/209).

- por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei;
- compulsoriamente, aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição do servidor;
- voluntariamente, desde que cumprido o tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetiva prestação de serviços ao ente público e 05 (cinco) anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, variando a regra para o homem e a mulher. Se homem, ele terá que ter a idade mínima de 60 (sessenta) anos e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição. Se mulher, 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) anos de contribuição. Já com proventos proporcionais a regra dá-se da seguinte forma: 65 (sessenta e cinco) anos de idade se homem e 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Houve, pela Emenda Constitucional nº 20/98, **a extinção da aposentadoria voluntária exclusivamente por tempo de serviço, passando a vigorar as regras do regime contributivo de previdência.**

Com o advento da Emenda Constitucional nº 41/03, designada por “reforma da previdência” foi implementada a terceira alteração da regra estabelecida no artigo 40, da Constituição Federal, desde a promulgação do Texto Maior em 5 de outubro de 1988.

A EC nº 41/03 determinou que os proventos de aposentadoria e as pensões, quando por ocasião de suas concessões, seguirão a regra das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência, com a devida atualização, na forma da lei.

Assim, foi extinta a paridade dos aposentados com os seus pares em atividade, visto que o **novo critério é o contributivo**, levando em conta os valores recolhidos ao regime previdenciário, com a respectiva atualização.

Essa regra é dirigida para as novas aposentadorias a serem concedidas aos servidores públicos em atividade, na forma do art. 7º da supracitada EC.

Foram elencados os seguintes requisitos cumulativos para o servidor público se aposentar com proventos integrais, que corresponderão à

totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei:

- se homem, 60 (sessenta) anos de idade, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher. Todavia, em se tratando de professor, que tenha o tempo exclusivamente do exercício das suas funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, a idade será reduzida em 05 (cinco) anos;
- 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público;
- 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher. Utilizada a redução do tempo de contribuição em 05 (cinco) anos se for professor na situação elencada anteriormente (magistério na educação infantil e ensino fundamental e médio);
- 10 (dez) anos de carreira e 05 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se objetiva a aposentadoria.

Por sua vez, a PEC paralela foi transformada na EC nº 47/05, que manteve o critério contributivo da aposentadoria, criando uma regra de transição, que deixamos de abordar, para não fugirmos ao tema *sub oculis*.

Com a alteração das regras da aposentadoria, deixou a mesma de ser um benefício auferido pela implementação de determinado tempo de serviço, passando a ser uma retribuição correspondente ao tempo de contribuição previdenciária.

Após essa modificação jurídica do sistema de aposentadoria, não resta dúvida que ela deixou de ser um prêmio àquele servidor que permanecesse no serviço público por um determinado período de tempo, para se caracterizar como um fundo, onde o beneficiário contribui pecuniariamente para ter direito de se aposentar, respeitados os requisitos estabelecidos pela lei.

Assim, em decorrência do Estado Constitucional, onde o direito é a única ordem institucional em que é possível realizar o projeto de garantias, por meio de vínculos substanciais da positivação do “dever ser” constitucional, imposto ao próprio direito positivo, e diante do que vem estatuído no Texto Maior, não há como estabelecer a perda do direito de receber o que foi contribuído a título de garantir a aposentadoria do servidor público.

Nesse sentido, Luis Prietro Sanchés¹⁰ destaca:

“el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales.”

O garantismo defendido inicialmente por Luigi Ferrajoli¹¹ e incorporado por Luis Prietro Sanchés, é aquele que defende as bases constitucionais do direito e da democracia, através de um fundamento ético e moral.

Dessa forma, pode-se afirmar, com toda a certeza, que não é ético e nem moral, subtrair recursos descontados mensalmente do servidor de sua remuneração (alíquotas de contribuições previdenciárias) para fins de uma futura aposentadoria.

A perda da função pública, como imposição posterior de penalidade, após todo o *iter* da ação de improbidade administrativa, não possui o efeito de confiscar um direito adquirido pela implementação de descontos e de condições resolutivas já consumadas. Seria um desrespeito à segurança jurídica. Uma coisa é imposição de uma penalidade disciplinar, após a inequívoca demonstração de que houve a prática de uma infração, consumada quando o servidor público estava com o seu vínculo ativo, em pleno exercício do cargo. Outra é a perda ou o confisco de valores que foram descontados para o seu fundo previdenciário oficial, quando inativo. Não nos afigura como ético e nem moral o Poder Público confiscar tais alíquotas previdenciárias descontadas do servidor no curso de seu vínculo ativo, com reflexos, inclusive, na inatividade, onde ele continua sendo descontado de seus proventos em 11% (onze por cento) da sua totalidade.

Sob esse prisma, **é necessário uma releitura do atual art. 134 da Lei no 8.112/90, até mesmo em se tratando de penalidade disciplinar,** pois é **defeso** pela Constituição Federal o **enriquecimento sem causa do Poder Público** que não possui a legitimidade, como responsável pelo fundo de aposentadoria do servidor, **subtrair, confiscar ou locupletar-se**

¹⁰ SANCHÉS, Luis Prietro. “Constitucionalismo y garantismo”. In: *Garantismo - Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 44.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: Una Discusión sobre Derecho y Democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 35.

dos valores ali depositados e que já perfazem o critério de períodos de contribuição.

Por essa razão, entende-se ser **inconstitucional a imposição da presente penalidade de perda do direito de receber a aposentadoria previdenciária, pois o servidor somente a perderá se fraudar o tempo de contribuição, com vantagens fictícias ou inexistentes. Jamais o servidor inativo condenado nos moldes da Lei n.º 8.429/92 perderá o direito de receber os valores com os quais contribuiu mensalmente por muitos anos e que fazem parte de seu fundo de aposentadoria.** Por pertencer ao seu rol de direitos imutáveis, adquiridos por meio de contribuições sucessivas e mensais, jamais poderão ser retirados de seus proventos, **salvo se comprovada fraude ou má-fé na concessão dos mesmos**, pois do contrário, **é direito impostergável** do aposentado receber o numerário correspondente de seu fundo previdenciário de aposentadoria.

Portanto, após a alteração do art. 40 da CF, pela EC nº 20/98, **não há como a Administração Pública se locupletar do que não lhe pertence**, pois todos os valores ali depositados são de titularidade do servidor, sendo os mesmos impenhoráveis, destinados ao pagamento dos proventos de inatividade.

Corroborando a impossibilidade da cassação da aposentadoria como consequência da execução de sentença condenatória em ação de improbidade administrativa, que decretou a perda da função pública, segue o seguinte julgado do STJ:¹²

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. MEDIDA QUE EXTRAPOLA O TÍTULO EXECUTIVO. DESCABIDO EFEITO RETROATIVO DA SANÇÃO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA.

1. Cuidam os autos de execução de sentença que condenou o ora recorrente pela prática de improbidade administrativa, especificamente por ter participado, na qualidade de servidor público municipal, de licitações irregulares realizadas em 1994. Foram-lhe cominadas as

¹² STJ, Rel. Min. Herman Benjamin, REsp nº 1186123, 2ª T., DJ de 4.02.2011.

seguintes sanções: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição temporária de contratar com o Poder Público e multa.

2. O Juízo da execução determinou a cassação da aposentadoria, ao fundamento de que se trata de conseqüência da perda da função pública municipal. O Tribunal de Justiça, por maioria, manteve a decisão.

3. O direito à aposentadoria submete-se aos requisitos próprios do regime jurídico contributivo, e sua extinção não é decorrência lógica da perda da função pública posteriormente decretada.

4. A cassação do referido benefício previdenciário não consta no título executivo nem constitui sanção prevista na Lei 8.429/1992. Ademais, é incontroverso nos autos o fato de que a aposentadoria ocorreu após a conduta ímproba, porém antes do ajuizamento da Ação Civil Pública.

5. A sentença que determina a perda da função pública é condenatória e com efeitos *ex nunc*, não podendo produzir efeitos retroativos ao *decisum*, tampouco ao ajuizamento da ação que acarretou a sanção. A propósito, nos termos do art. 20 da Lei 8.429/1992, "a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória".

6. Forçosa é a conclusão de que, *in casu*, a cassação da aposentadoria ultrapassa os limites do título executivo, sem prejuízo de seu eventual cabimento como penalidade administrativa disciplinar, com base no estatuto funcional ao qual estiver submetido o recorrente.

7. Recurso Especial provido. (g.n.)

No seu voto condutor, no citado RESP nº 1186123, o Min. Herman Benjamin, aduna:

“Ora, a sentença que determina a perda da função pública é condenatória e com efeitos *ex nunc*, não podendo produzir efeitos retroativos à sentença, tampouco ao ajuizamento da ação que acarretou a sanção.

A propósito, nos termos do art. 20 da Lei 8.429/1992, "a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória".

Seguindo o entendimento citado no REsp n.º 1186123/SP, a 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina,¹³ **declarou a impossibilidade de conferir interpretação extensiva na Lei n.º 8.429/92, que cause prejuízo ao agente público inativo, determinado o restabelecimento de sua aposentadoria, pelo fato da mesma não ter previsão legal na lei de improbidade administrativa, *verbis*:**

“ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR QUE TEVE A SUA APOSENTADORIA CASSADA EM DECORRÊNCIA DO CUMPRIMENTO DA APLICAÇÃO DA PENA DE PERDA DO CARGO DETERMINADA EM AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGALIDADE. PENALIDADES DE NATUREZAS DISTINTAS. IMPOSSIBILIDADE DE CONFERIR INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA, QUE CAUSE PREJUÍZO À PARTE, ÀS PENALIDADES DA LEI N. 8.429/1992. SERVIDOR QUE, AO PASSAR PARA A INATIVIDADE, TEM O SEU VÍNCULO FUNCIONAL ROMPIDO. CONDENAÇÃO DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA AO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS E NÃO ADIMPLIDAS. INCIDÊNCIA, NA HIPÓTESE, DO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/1997, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/2009, A PARTIR DA CITAÇÃO (ART. 219 DO CPC). ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC

¹³ TJ/SC, rel. Des. José Volpato, Ap. Cível n.º 2013.081078-6, 4ª C. de Direito Público, julgado em 6.02.2014.

PREENCHIDOS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Consoante entendimento preconizado no Superior Tribunal de Justiça, o "direito à aposentadoria submete-se aos requisitos próprios do regime jurídico contributivo e a sua extinção não é decorrência lógica da perda da função pública posteriormente decretada" (REsp n. 1.186.123/SP, rel. Ministro Herman Benjamin) "Enquanto a perda da função pública acarreta a cessação do vínculo funcional, a passagem para a inatividade tem como pressuposto, justamente, a cessação desse vínculo, de modo que o indivíduo continue a receber uma contraprestação pecuniária sem realizar qualquer atividade de cunho laborativo. [...]. Ao passar para a inatividade, o agente deixa de integrar a carreira, não mais ocupando o cargo para o qual fora nomeado e tornando possível que outro indivíduo venha a ingressar na carreira ou, mesmo, a partir de remoção ou progressão funcional originário. Há, portanto, uma ruptura do vínculo funcional originário. A sua situação jurídica, doravante, será regida por outro vínculo, este de natureza previdenciária, mantido com o mesmo ente federado [...]. É evidente, portanto, que a remuneração regular está associada ao exercício da função pública e o benefício previdenciário ao cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei, com especial ênfase ao imperativo recolhimento da contribuição previdenciária." (ALVES, Rogério Pacheco; e GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 663-664).”

Da mesma forma assim decidiu a 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:¹⁴

CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL. AGRAVO RETIDO. IMPROVIDO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. REJEIÇÃO. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIOS. FIM ILÍCITO. SANÇÃO.PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA.

¹⁴ TJ/DF, Rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira, Ap. Cível n.º 2003.0110486920, 3ª Turma Cível, julgado em 20.06.2013.

EXTENSÃO.

APOSENTADORIA.

IMPOSSIBILIDADE.

1. O Poder Judiciário não pode servir como órgão de pesquisa para a localização de testemunhas.

2. Não há que se falar em inépcia da inicial por ausência de decisão definitiva condenatória na esfera penal, porquanto vigora a regra de independência das instâncias cível, penal e administrativa, salvo se a esfera criminal declarar a inexistência material do fato ou se julgar provado que aquele determinado agente público não foi seu autor, de tal forma que a improbidade administrativa é ato ilícito que pode repercutir na esfera cível, penal e administrativa pela imposição de sanções distintas.

3. Atuando o agente público com desvio de finalidade, com o objetivo de atingir fim proibido impõe-se a aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

4. Quando na instância penal ficar afastada a prática da ocorrência do ato, com a absolvição do réu, com fulcro no art. 386, II e VI, do CPP (fl. 170), bem como nos autos da ação de improbidade não existir elementos suficientes para demonstrar a prática da conduta ímproba, deve ser afastada as sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

5. A cassação da aposentadoria não é decorrência lógica da perda da função pública posteriormente decretada em virtude da ausência de previsão legal, de modo que não é possível retirar esse direito de seu titular sem preceito punitivo expresso. Por sua vez, o direito à aposentadoria submete-se aos requisitos próprios do regime jurídico contributivo, ou seja, não é um privilégio, mas um direito incorporado ao patrimônio do agente, que exerceu durante um período uma contraprestação para ter direito ao recebimento do benefício.

6. Recurso do réu conhecido e provido para afastar a responsabilidade pela prática da conduta consubstanciada na atribuição a terceiro de função típica de policial, bem como, com fundamento no art. 12, III,

aplicar as sanções de: 1) suspensão dos direitos políticos por três anos; 2) pagamento da multa civil no valor de cinco vezes o valor da remuneração; 3) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Recurso do Ministério Público conhecido e improvido.”

Apesar de ser sobre outro fundamento, da perda da função pública não atingir aposentadoria concedida anteriormente aos atos ilícitos praticados por exercício de cargo distinto daquele que deu ensejo à prática dos atos ímprobos, pode se destacar que os seguintes arestos reformaram os efeitos da condenação proclamada no juízo singular, com a finalidade de não permitir que fossem cassadas as aposentadorias dos servidores públicos inativos condenados à perda da função pública nos seguintes julgados: TJ/PR, Rel. Des. Edilson de Oliveira Macedo Filho, AI n.º 5380703/PR, 5ª C.C., julgado em 24.03.2009; TRF-2ª Reg., Rel. Des. Fed. Nizete Lobato, Ap. Cível 2005.50.01.00955-8, 6ª T. Especializada, julgado em 24.06.2013.

Não resta dúvida que a condenação por ato de improbidade administrativa a servidor inativo não pode cassar a sua aposentadoria, por total **ausência de previsão legal** na Lei n.º 8.429/92, cingindo-se apenas a possibilidade de ressarcimento ao erário, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e etc., na forma do disposto no artigo 12, da citada lei, sendo defesa a utilização, por analogia, da Lei n.º 8.112/90, que permite a aplicação de tal penalidade, após o devido processo legal disciplinar.

III. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NÃO PODEM SER CONFISCADAS PELO PODER PÚBLICO – DIREITO ADQUIRIDO AO RECEBIMENTO DOS PROVENTOS

Como visto, a cassação de aposentadoria é a pena administrativa que se assemelha à demissão do servidor público, prevista nos arts. 127 e 134, da Lei no 8.112/90, aplicada ao servidor inativo que tenha praticado infração disciplinar quando com o vínculo ativo.

Após o devido *iter* legal, a aplicação da aludida penalidade gera o rompimento do vínculo financeiro e jurídico, onde o servidor é excluído dos quadros dos inativos, perdendo o direito a receber os seus proventos,

bem como é rompida a relação funcional entre ele e o ente de direito de público.

Tal penalidade, aplicada após o exaurimento da regra do *due process of law*, pressupõe o cometimento de uma infração disciplinar grave praticada ainda no exercício ativo das atividades jurídicas do então servidor público.

Sucedo que a perda/cassação da aposentadoria, equivalente a falta punível com demissão, após as diversas mudanças constitucionais, já declinadas no item anterior, deixou de ser plenamente exercitável por parte da Administração Pública que possui duas situações jurídicas típicas, a saber: a primeira é a decorrente do vínculo ativo com o servidor; e a segunda é aquela em que ela administra um fundo (tipo conta vinculada) com a obrigação de remunerar o servidor quando ele se inativar.

Em sendo assim, extraem-se duas situações jurídicas, onde o poder público, em tese, pode dispor apenas de uma delas, ao nosso sentir, que é a do vínculo do servidor público ativo, que, condenado com a pena máxima, deixa de ostentar tal situação, não podendo, por outro lado, ser desconstituída a regra da contribuição previdenciária, visto que os valores que compõem o fundo do servidor apenas foram contribuídos por ele também, gerando outra relação jurídica, distinta daquela em que ele reuniu os requisitos para sua aposentação.

Deixou de ser um prêmio para constituir-se em ato jurídico perfeito de caráter contributivo, onde o servidor contribuiu por determinado lapso de tempo para obter o direito de receber proventos, oriundos de suas contribuições pecuniárias, vinculadas à regra atuarial.

Com a cessação do vínculo público, perda de qualidade de servidor público, não há como desnaturar ou confiscar as contribuições pecuniárias efetuadas pelo servidor apenas disciplinarmente, que fazem parte de seu fundo de aposentadoria.

A partir da Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993, a aposentadoria dos servidores públicos que eram custeados exclusivamente com recursos públicos passou a ser composta também pelas contribuições dos servidores, como se verifica na redação que foi inserida pela citada Emenda, n.º § 6º do art. 40 da CF, *verbis*:

“Art. 40. [...]”

§ 6º As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.”

E a Lei nº 8.688, de 21 de julho de 1993, que dispõe sobre as alíquotas de contribuição para o plano de seguridade do servidor civil dos entes de direito público federal, regulamentou o citado dispositivo constitucional, estabelecendo a contribuição mensal do servidor ao Plano de Seguridade Social.¹⁵

Dessa forma, se verifica que o benefício de aposentadoria perdeu o seu caráter de simples mudança de situação funcional de ativo para inativo, porquanto a nova metodologia desgarrou-se do antigo sistema de prêmio para consagrar um benefício de natureza previdenciária contributiva.

Cabe ressaltar que esta alteração constitucional é posterior (1993) à promulgação da Lei nº. 8.112/90 que teve os seus efeitos legais vigorando a partir de janeiro de 1991.

Assim, a idéia de prêmio que fez o legislador estabelecer a perda ou a cassação da aposentadoria do servidor inativo que houver praticado na atividade infração punível com a demissão deve ser revista, tendo em conta que o poder constituinte derivado alterou a sua natureza jurídica, passando-se para o benefício previdenciário (seguro), já não vige mais.

Sendo definido pelo art. 201 (EC nº 20, de 15.12.1998), que determina ser a Previdência Social organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Portanto, passou a aposentadoria do servidor público a vincular-se a contribuição previdenciária mensal, afastando-se em definitivo do seu antigo caráter retributivo ligado somente ao tempo de serviço prestado aos entes de direito público.

Assegurada pela Constituição como direito social, a aposentadoria do servidor público visa a protegê-lo de eventos como doença, invalidez, morte, idade, reclusão, proteção à maturidade, acidente de trabalho, etc.

¹⁵ “Art. 2º A contribuição mensal do servidor do Plano de Seguridade Social incidirá sobre sua remuneração e será calculada mediante aplicação das alíquotas estabelecidas na seguinte tabela.”

Destarte, adquirindo o direito da aposentação, ligada ao tempo de contribuição do servidor, conjugado com o tempo de serviço, torna-se direito imutável do mesmo, que não se vincula à boa ou à má qualidade do trabalho desempenhado pelo mesmo quando em atividade.

O direito previdenciário somente permite que haja a cassação de aposentadorias se forem oriundas de fraude. É a única hipótese em que se admite a suspensão provisória dos proventos, com o corte do benefício, após o cumprimento de todas as formalidades legais.

Adquirido o direito (art. 5º, inc. XXXVI, da CF) à aposentadoria, a mesma é imutável e não poderá ser cassada do universo jurídico do servidor público por ocasião de supostas infrações disciplinares.

A subtração dos valores destinados ao custeio da aposentadoria do servidor público constitui enriquecimento sem causa do Poder Público.

A cassação da aposentadoria do servidor público constitui, dessa forma, enriquecimento sem causa do Poder Público, em total violação ao art. 884 do Código Civil, por ele já ter contribuído para a aquisição da contraprestação pecuniária, que é justamente seu provento.

Havendo, como há, a contraprestação do servidor público, que contribuiu pecuniariamente e cumpriu o tempo de serviço necessário para a aquisição de seu direito social à aposentadoria, mesmo que ele tenha praticado ato tido como ilícito, capaz de retirar-lhe o rótulo de servidor público ou condená-lo à prática de ato de improbidade administrativa, não há como retirar-lhe os valores que compõem o seu fundo criado justamente para custear a inatividade.

Deve haver, portanto, uma releitura sobre a possibilidade da perda da aposentadoria, até mesmo para as situações previstas em lei, hipótese descrita pelos artigos 127 e 134 da Lei n.º 8.112/90, em face do fato superveniente que foi a alteração do caráter da aposentadoria, que deixou de ser prêmio adquirido pelo servidor após efetivo serviço prestado, para se tornar regime contributivo, onde a contribuição mensal do servidor servirá para respaldar o futuro provento, segundo cálculos atuariais.

Essa situação jurídica atual reforma o caso contra a possibilidade de não repasse dos proventos adquiridos pelo servidor público aposentado.

Para casos similares, onde ocorre a devida contraprestação do serviço, mesmo que a contratação tenha sido efetivada de forma ilegal, a parte condenada pela prática do ato de improbidade administrativa, não se obriga a ressarcir ao erário, pois caracteriza-se em enriquecimento ilícito da Administração Pública.¹⁶

Da mesma forma, ocorrendo a contribuição pecuniária do servidor público, durante vários anos, seguindo os critérios e condições estabelecidas pela Administração Pública, para que pudesse se aposentar, a aquisição desse direito **é imutável** pertencendo ao seu **patrimônio jurídico**.

A subtração desse direito, como reflexo de condenação disciplinar, após a tramitação de processo administrativo, mesmo ocorrendo a previsão legal, já não se afigura mais, como possível, como já dito alhures, por caracterizar-se em **enriquecimento ilícito do Estado**.

Da mesma forma, e com muito mais razão não há como admitir-se que a condenação judicial pela prática de ato de improbidade administrativa poderá resultar na penalidade, não prevista na Lei n.º 8.429/92, de perda ou cassação da aposentadoria.

Vamos mais além, mesmo o servidor público perdendo a sua condição jurídica de servidor, se já estiver aposentado, não poderá deixar de receber os seus proventos, por tratar-se de direito já adquirido e consumado, que já não mais se vincula à função pública até então desempenhada pelo mesmo.

Por essa razão, entendemos que apesar da condenação pela prática de ato de improbidade estabelecer a possibilidade de ser decretada a perda da função do servidor público, acarretando em sua possível exclusão do serviço público, não há como transformar essa punição em perda da aposentadoria, por total falta de previsão legal para tal hipótese jurídica.

Em, direito sancionatório, com muito mais razão, veda-se a aplicação extensiva ou analógica de outros textos legais, com a finalidade de viabilizar punição não prevista na lei de regência.

¹⁶ STJ, Rel Min. Eliana Calmon, REsp n.º 1214605/SP, 2ª T., DJ de 13.06.2013; REsp n.º 1184973/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª T., DJ de 21.10.2010; REsp n.º 927.905/MG, Rel. Min., Mauro Campbell Marques, 2ª T., DJ de 4.10.2010.

Destarte, em sendo assim, ilegal será a aplicação de penalidade de cassação de aposentadoria para o agente público condenado pela prática de ato de improbidade.

Rio de Janeiro, 25 de março de 2014.

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS