

A INCONSTITUCIONALIDADE DA
SANÇÃO DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE
APOSENTADORIA: DIREITO DE APOSENTAR,
NECESSIDADE DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR E
PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA
APOSENTADORIA

Wilbran Schneider Borges Junior

*THE UNCONSTITUTIONALITY OF RETIREMENT
FORFEITURE AS A DISCIPLINARY SANCTION: THE RIGHT
TO RETIRE, THE NEED OF DISCIPLINARY PUNISHMENT
AND MEETING REQUIREMENTS TO RETIRE*

A INCONSTITUCIONALIDADE DA SANÇÃO DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA: DIREITO DE APOSENTAR, NECESSIDADE DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR E PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA APOSENTADORIA

*THE UNCONSTITUTIONALITY OF RETIREMENT FORFEITURE AS A DISCIPLINARY SANCTION: THE
RIGHT TO RETIRE, THE NEED OF DISCIPLINARY PUNISHMENT AND MEETING REQUIREMENTS TO
RETIRE*

Wilbran Schneider Borges Junior.

*(Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo pela UNIDERP-
Anhanguera – LFG. Servidor da Defensoria Pública da União).*

RESUMO

O trabalho demonstrará que a cassação de aposentadoria como sanção disciplinar não possui o escopo de também retirar o direito de se aposentar do ex-servidor. Uma vez preenchidos os requisitos legais para concessão, é dever de o Estado concedê-la. A aplicação engessada do direito, tal como ocorre nesse caso, não distingue a autonomia entre o regime jurídico disciplinar e o regime de previdência que o servidor se encontra vinculado, mormente quando vinculado ao Regime Próprio de Servidores. A indisciplina deve ser combatida pela Administração Pública, mas não pode ultrapassar direitos totalmente autônomos e fundamentais do servidor, entre eles, o da aposentação. A aposentadoria é patrimônio jurídico do servidor intocável por decisão administrativa disciplinar. O direito previdenciário deve ser visto sob enfoque apartado, posteriormente à aplicação da sanção disciplinar, esta de específico e único âmbito de direito administrativo. Ademais, a perda da condição de segurado no Regime Próprio, ocorrida em razão de demissão ou cassação de aposentadoria não prejudica, não afeta, o direito de aposentadoria, para o qual ocorreu o preenchimento de todos os requisitos legais. No futuro próximo, o tema tende a sofrer uma pacificação na Suprema Corte, norte que será para todas as relações jurídicas nessas condições.

Palavras-chave: Disciplinar. Cassação. Aposentadoria. Inconstitucionalidade. Direito adquirido.

ABSTRACT

The work will demonstrate that the forfeiture of retirement as a disciplinary sanction does not have the scope to also withdraw the right to retire from the former server. Once completed the legal requirements for granting it is the duty of the State to grant it. The plaster application of the law, as occurs in this case, does not distinguish between the autonomy disciplinary legal system and the social security system that the server is bound, especially when related to the own servers Regime. The discipline must be fought by the public authorities but may not exceed totally autonomous and fundamental rights of the server, including the retirement. Retirement is legal heritage Untouchable server for disciplinary administrative decision. The social security law must be viewed in focus departed, after the application of disciplinary action, this specific and unique context of administrative law. Moreover, the loss of insured status in the Special Policy, which occurred due to resignation or retirement cancellation without prejudice, does not affect the right to retirement, to which occurred completing all legal requirements. In the near future, the subject tends to experience a peace in the Supreme Court, north it will be for all legal relationships under these conditions.

Keywords: Discipline. Forfeiture. Retirement. Unconstitutionality. Vested right.

Data de submissão: 28/02/2015.

Data de aceitação: 04/08/2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 POSSÍVEL ORIGEM DA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA COMO SANÇÃO DISCIPLINAR. 3 REVOLUÇÃO DO PENSAMENTO ADMINISTRATIVO TOCANTE ÀS PUNIÇÕES DISCIPLINARES. 4 MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. 4.1 Direito à aposentadoria. 4.2 Direito adquirido à aposentadoria e exegese criativa do direito. 5 RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA E PREVIDENCIÁRIA ENTRE SERVIDOR E ESTADO. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

A sanção disciplinar de cassação de aposentadoria remonta à época muito antiga. Diz-se que ela teve seu auge quando a interpretação do princípio da supremacia do interesse público não esbarrava em quaisquer limites, salvo se devidamente positivados. Ela é uma dentre as diversas sanções disciplinares que o servidor público está sujeito na realização das suas atribuições funcionais. Trata-se tão só de penalidade funcional, nada tem de índole previdenciária.¹

Ninguém se olvida do Poder Disciplinar e na devida atividade de controle, esta última consubstanciada, muitas vezes, no Poder Hierárquico que detém a Administração Pública. É fato notório que ela precisa e necessita de uma maior prevalência de seus interesses face os do particular ou mesmo dos seus agentes públicos. Afinal, ela faz prevalecer o interesse da coletividade, a qual é maior que qualquer interesse individualmente aferido.²

Entretences, é inexorável que esse quase que insuperável direito de sobreposição do interesse público sobre o privado está, nos últimos anos, sendo questionada judicial e doutrinariamente face postulados de direitos fundamentais. Ademais, a nova exegese a ser empregada ao princípio em tela, bem assim ao direito de punir que detém o Estado-Administrador atinge as sanções disciplinares a serem possivelmente impostas aos servidores que eventualmente cometerem qualquer infração administrativa.

Com efeito, o direito de punir de que se fala não encontra, salvo o instituto da demissão, tratamento constitucional. Logo, cabe aos estatutos dos servidores de cada ente federado dispor sobre referidos institutos sancionatórios. Na omissão, caberia falar em aplicação analógica da Lei n° 4.898/1965.³

No amparo desse argumento e da já vetusta interpretação de compatibilidade com a Constituição Federal, todas as penas disciplinares não poderão, em hipótese nenhuma, conflitar com princípios implícitos ou explícitos da ordem constitucional ou mesmo de tratados internacionais de direitos humanos, ainda que incorporados como normas

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 2014.

² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**, 2014.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 2014.

supralegais.⁴

Por essa razão, o enfoque da pena disciplinar de **cassação de aposentadoria** vem sendo questionada. Outrora de forma tímida, já de hodierno de forma mais incisiva até mesmo no Tribunal Constitucional.

O tema tende a ganhar novos contornos e uma evolução jurisprudencial que, de forma inabalável, atingirá os entes políticos na relação com seus servidores. É que não se coaduna com os princípios fundamentais insertos na Carta Política, bem assim da interpretação a eles empregada, a cassação de aposentadoria de servidor público já na inatividade ou mesmo que já tenha implementado todos os requisitos para gozar o benefício previdenciário em questão.

A inconstitucionalidade é tão manifesta na referida sanção disciplinar, todavia passou despercebida por várias décadas. Foi pouco questionada neste interregno, talvez porque, assim como outros dispositivos legais, permaneceram pouco utilizados pelo administrador. A ilação posta advém pelo fato de haver crescente número de punições aos servidores públicos de todas as esferas dos entes federados.

Indubitável, portanto, que a trivial aplicação da punição de cassação de aposentadoria, assim como de outras sanções, faça surgir situações peculiares e que devam sofrer a devida restrição de aplicação. Dessa forma, feita a devida conjugação de dispositivos e analisados os novos enfoques constitucionais e interpretações aos princípios desde muito regentes no seio da Administração Pública, irremediável salientar que todas as disposições no sentido de tolher o direito de aposentadoria do servidor ou ex-servidor público não estão consentâneas com princípios fundamentais regentes na República Federativa do Brasil.

⁴ BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**, 2013.

2. POSSÍVEL ORIGEM DA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA COMO SANÇÃO DISCIPLINAR

Bem se falava, nos remotos tempos da Administração Burocrática e Patrimonialista, que a aposentadoria era, em verdade, um prêmio ao servidor público que laborou pelo tempo necessário ao Estado. Após longos anos de serviços prestados ao Estado, constatava-se a necessidade de colocá-lo em inatividade remunerada. Nesta senda, eventuais licenças remuneradas não gozadas em épocas contemporâneas poderiam ser computadas para fim de receber o prêmio final, a tão sonhada aposentadoria.

Todos os agentes públicos, com a plena ciência que lhes é peculiar, sabiam que a indisciplina, o ato infracional do regulamento disciplinar era severamente punido. É que o cargo público, **esse plexo de deveres e atribuições** atribuído ao agente público, que possuía o condão de lhes proporcionar, ao final da vida laborativa, a tão esperada recompensa.⁵

Nesse período a inatividade decorria tão só do cargo e do tempo de serviço prestado para o Estado. Nada mais se requeria. Ao tempo de se aposentar, era mister a existência do cargo público e o período de tempo de serviço necessário. Este último requisito poderia, inclusive, ser real ou fictício.

Bresser Pereira ao comentar o referido período afirma com proficiência que:

O mais grave dos privilégios foi o estabelecimento de um sistema de aposentadoria com remuneração integral, sem nenhuma relação com o tempo de serviço prestado diretamente ao Estado. Este fato, mais a instituição de aposentadorias especiais, que permitiram aos servidores aposentarem-se muito cedo, em torno dos 50 anos.⁶

Nesse espectro dizia-se como irremediável uma reforma administrativa, a qual não avançou com o texto primitivo da Constituição de 1988, a qual já trouxe regras de aposentadoria e para eventuais atitudes a serem aderidas por toda a Administração Pública brasileira, em todos os entes federados. Era incontestado que uma reforma profunda na Administração

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2011.

⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Revista do Serviço Público**, 1996, p. 09.

Pública ainda muito burocrática aconteceria. Todavia, ela só adveio com as Emendas Constitucionais nº 19 e 20, em meados de 1998.

Referidas ações do Poder Constituinte Derivado Reformador terminaram por inovar alguns pontos no Estado-Administrador, entre as quais a aposentadoria. Esta passou a ser tratada como um direito do servidor público que contribuiu para o Regime Previdenciário que se encontra vinculado; não era mais vista como um prêmio pelo tempo de serviço, senão um benefício pelo tempo de contribuição que verteu para o sistema previdenciário ao qual estava vinculado.

Em suma, ocorreu uma revolução na garantia da inatividade do servidor público. Conquanto não tenha sido implementada uma reforma nos estatutos de servidores e face à questão da impunidade dos servidores desidiosos, resquícios ainda daquela Administração que se buscava modificar, somente tempos depois das ditas Reformas Constitucionais é que se começou a sentir alguns dissabores.

Essa verdadeira mudança de paradigma acabou por punir o cidadão de forma desproporcional. Passou-se então a se repensar qual seria a medida adequada e proporcional, bem assim sob qual visão deveria ser visto o princípio da supremacia do interesse público, tão presente nas motivações das punições administrativas aos agentes públicos.⁷

3. REVOLUÇÃO DO PENSAMENTO ADMINISTRATIVO TOCANTE ÀS PUNIÇÕES DISCIPLINARES

Indagar se deve haver punição ao agente faltoso é impensável. Ela é necessária nas três esferas a que o agente público encontra-se submetido. Tanto nas esferas penal, civil e administrativa a punição deverá prosperar, se presentes os devidos requisitos. É o interesse público verdadeiramente presente. Em última análise é o princípio da eficiência, moralidade e legalidade sendo colocados em prática.⁸

É sabido, no entanto, que a pena administrativa de cassação de aposentadoria, conforme

⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**, 2014.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 2014.

o olhar de sua origem alhures esposado, era vista como a punição mais do que certa ao servidor público faltoso na atividade, acaso já se encontrava aposentado. Presenciava-se, à época, uma ideia diversa acerca da previsão de aposentadoria, não se pondo a consagrar o cunho social e fundamental que ela desempenha ao ser humano.⁹

O sucessivo tempo de serviço prestado ao Estado não era analisado sobre o prisma do princípio da solidariedade. A aposentadoria detinha cunho nitidamente retributivo e de bônus aos longos anos de serviço desempenhados ao Poder Público. Não fazia parte do patrimônio jurídico do servidor público à medida que os anos se passavam.

A evolução de pensamento, mormente às reformas previdenciárias engendradas, bem assim daquele aplicado ao princípio da supremacia do interesse público consubstanciaram novos horizontes.

Outrora o princípio alhures comentado era por insuperável. Em eventual conflito, deveras ele prevaleceria. Porém, como sempre acontece, a análise do caso concreto se faz repensar os parâmetros de aplicação dados às normas positivadas.

Alerta Dirley da Cunha Junior:

Não pode o Estado, a pretexto de agir em nome da supremacia do interesse público, suprimir direitos de seus cidadãos reconhecido pela ordem jurídica. O direito administrativo contemporâneo não pode mais conviver com argumentos de autoridade. O princípio da autoridade segue lugar ao princípio da dignidade da pessoa humana (...) Nesse contexto, o Direito Administrativo deixa de se preocupar exclusivamente com o Estado e a Administração Pública para considerar com prioridade a pessoa humana, que da condição de simples administrado passa a ser elevada a condição de cidadão e titular de direitos.¹⁰

Na aberta visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, dessa forma é axiomático:

no constitucionalismo pós-moderno, que não transpõe os direitos fundamentais, não há como sustentar-se o antigo princípio da supremacia do interesse público. Cedição é que este partia da existência de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 2014.

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**, 2014, p. 36.

e privados.¹¹

Decerto começou-se a mudar o paradigma de aplicação de penalidades a servidores faltosos razão da inserção, no campo exegético, da jurisprudência de valores (*Wertjurisprudenz*). Isso acabou por oxigenar uma aplicação do ordenamento jurídico que hodiernamente é criativa, não mais legalista e engessada.¹²

Lado outro, existe a premência e inevitável questão de partilha a todos os integrantes da sociedade dos infortúnios da vida, também denominados riscos sociais. Ela ocorre ainda que atinjam pequena parcela da sociedade. Este aquinhoamento é devido em grande parte ao fato do atingimento do Estado social e respectivas Constituições Sociais.

Por essa razão, claudicar em aplicar cegamente a pena disciplinar aqui rechaçada é afrontar postulados constitucionais e internacionais de proteção à pessoa humana.

4. MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA

4.1. Direito à aposentadoria

As leis de diversos entes da federação são incisivas: a prática de infração de disciplinar que enseja demissão, mesmo que o servidor público venha a ser aposentado durante o trâmite do processo administrativo disciplinar, possui consequências. Uma das maiores é a cassação de aposentadoria.¹³

Inobstante o servidor público tenha preenchido todos os requisitos necessários para aproveitar do benefício, perderá o direito ao percebimento da aposentadoria dos cofres públicos. Não se entra em qualquer digressão acerca do direito social e fundamental de obter aposentadoria, de suposto enriquecimento ilícito do Estado ou até mesmo de

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 2014, p. 147.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2014.

¹³ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**, 2014.

privação, por via reflexa e mediata, de outros direitos fundamentais que são atingidos com o recebimento dos proventos de inatividade.¹⁴

Essa consequência desastrosa tinha razão de existir antigamente, em um Estado não Social. Tinha maior sustentáculo antes das reformas previdenciárias ocorridas, que passaram a entender que com o passar dos meses e anos e respectivo direcionamento de contribuições previdenciárias ao regime previdenciário que o servidor se encontrava vinculado, isso estaria a construir um patrimônio jurídico ao segurado. Quando do implemento dos requisitos legais poderia usufruir do benefício social, seja qual for o regime previdenciário que estivesse vinculado.

Assim, a cassação de aposentadoria só se daria em razão de sua concessão irregular, em total afronta à lei. Somente seria aplicada essa sanção quando o servidor não teria preenchido os requisitos para o benefício. Dessa feita, deveria voltar ele à atividade até completar os requisitos para tanto.¹⁵

Não fosse só, ficou consolidado que o benefício previdenciário de aposentadoria corresponderia proporcionalmente aos valores contribuídos ao regime que se encontra vinculados o cidadão.

Com efeito, enfatiza novamente Dirley da Cunha Júnior:

a aposentadoria é um direito fundamental, de natureza social, à inatividade remunerada, assegurado ao servidor em caso de invalidez, idade ou a pedido, se satisfeitas, neste último caso, certas condições. Nestes termos, atendidos certos requisitos, o servidor tem o direito de se aposentar por invalidez, compulsoriamente ou voluntariamente.¹⁶

No arrimo do explanado até aqui, é bem nítida a diferença entre o direito a não ter a respectiva aposentadoria cassada e aquele inerente à atividade administrativa, o de combate e punição das infrações administrativas.

O Estado-Administrador tem o irrefutável dever de analisar, investigar e dizer se tal ou qual conduta é considerada infração às normas legais, com as passíveis consequências de

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 2014.

¹⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**, 2012.

¹⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**, 2014, p. 281.

estilo. O poder de império dos atos administrativos pressupõe que, ainda que de ofício, haja o devido cotejo com as leis postas para se aferir eventual ilícito administrativo.¹⁷

No entanto, de outra banda, o servidor que está a contribuir com o regime previdenciário não pode fazer qualquer opção. Isso porque uma vez exercente de cargo, emprego ou função públicos deverá contribuir com a Previdência Social de forma obrigatória.¹⁸ Nada obstante, a diferenciação, no ponto do aqui discutido, faz-se em razão daqueles que são titulares de cargos e funções públicos, devidamente vinculados ao Regime Próprio de Previdência.

Com efeito, somente para aqueles regidos pelo Regime Próprio de Previdência Social é que a punição disciplinar de cassação de aposentadoria se torna efetiva. Se o servidor público, embora seja titular de cargo público, mas vinculado ao Regime Geral de Previdência Social não terá sua aposentadoria cassada, em evidente afronto à razoabilidade. Ora, só para aqueles vinculados em Regime próprio que as regras são diferenciadas, sendo evidente, em um primeiro plano, que algum erro de exegese ou constitucionalidade paira sobre a referida pena administrativa.

A aposentadoria, direito social e direito humano de instituição obrigatória no Brasil, conforme art. 5º, §3º, da Constituição Federal tem um tratamento livre de divergências no Supremo Tribunal Federal – STF.

Em voto no da ADI 3105-8, o qual vale sua transcrição, foi consignado de forma ímpar pelo Ministro Marco Aurélio:

O cidadão, que a lei aposentou, jubilou ou reformou, assim como o a que ela conferiu uma pensão, não recebe esse benefício, a paga de serviços que esteja prestando, mas a retribuição de serviços que já prestou, e cujas contas se liquidaram e encerraram com um saldo a seu favor, saldo reconhecido pelo estado com a estipulação legal de lhe mortizar mediante uma renda vitalícia na pensão, na reforma, na jubilação ou na aposentadoria.

O aposentado, o jubilado, o reformado, o pensionista do Tesouro são credores da Nação, por títulos definitivos, perenes e irretroatáveis”. (sem negrito no original)

(...)

“Sob um regime, que afiança os direitos adquiridos, santifica os contratos, submete ao cânon da sua inviolabilidade o Poder Público, e, em garantia delas, adstringe as leis à norma tutelar da irretroatividade,

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2011.

¹⁸ SANTOS, Marisa Ferreira dos; Coord. LENZA, Pedro. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 2013.

não há consideração de natureza alguma, juridicamente aceitável, moralmente honesta, socialmente digna, logicamente sensata, pela qual se possa autorizar o estado a não honrar a dívida, que com esses credores contraiu, obrigações que para com eles firmou.

A aposentadoria, a jubilação, a reforma, são bens patrimoniais, que entraram no ativo dos beneficiados como renda constituída e indestrutível para toda a sua vida, numa situação jurídica semelhante à de outros elementos da propriedade individual, adquiridos, à maneira de usufruto, com a limitação de pessoas, perpétuas e intransferíveis.

(...)

Vale ressaltar, que a aposentadoria é um investimento a longo prazo, que inicia-se no início da atividade laboral, seja qual for, e se protraí no tempo, sempre disjungida da função, profissão ou atividade a que pertença o trabalhador, permitindo-se até o pagamento na forma autônoma. Não se imbrica na função exercida do obreiro. Indefectivelmente, o aposentado é tão-somente aposentado. Não se fazendo necessário a colocação de funcionário aposentado, juiz aposentado, médico aposentado, etc, pelo átimo de motivo, que é tão-somente aposentado. A aposentação gira por fora de qualquer atividade laboral. É uma conquista, ao longo dos anos, de descontos realizados para esse mister. Não está a aposentadoria subjugada a cargo, função ou atividade, porque delas se supera, é independente, autônoma, e tem vida própria. Todo trabalhador brasileiro que contribuir com qualquer Previdência, tem direito à aposentadoria.

(...)

O direito de trabalhar não se confunde com o direito aos benefícios previdenciários, ambos defluem de situações perfeitamente caracterizadas e não coincidentes. A aposentadoria, por si só, constitui fato gerador da cessação do vínculo de emprego, conquanto a relação mantida pelo empregado com a instituição previdenciária não se confunde com a que o vincula ao empregador.

São duas relações jurídicas individualizadas, não equiparáveis, sequer semelhantes: uma pessoa física com uma pessoa jurídica de direito privado (empregado e empregador) e com outra jurídica de direito público. A Constituição considera a aposentadoria como um benefício.

Rememore-se, dessa feita, tratar-se de direito social intocável. Aliás, conforme consignado por todos os Ministros, em verdadeiro *obiter dictum*, já no ano de 2004, a aposentadoria é extra labor. Ela vai se incorporando ao patrimônio jurídico do segurado de forma gradativa e intangível.

A qualquer momento, o direito de se aposentar está desvinculado totalmente do cargo, função ou emprego que detinha o servidor público. Ela é desprendida de forma intragável da atividade administrativa. Esse entendimento é utente no âmbito daquela Corte Suprema.

Nesse ponto, perscrutar outros julgados da Corte se torna desnecessário. O excerto acima transcrito transluz a perfeita harmonia do Supremo Tribunal Federal quanto ao entendimento a ser dado nos questionamentos atuais perante qualquer sanção de cassação de aposentadoria, mormente no provimento jurisdicional a ser prolatado na ADI 4882. Isso valerá tanto ao servidor já aposentado ou mesmo daquele que preencheu os requisitos legais no Regime jurídico no qual se encontra vinculado e de lá foi demitido.

4.2. Direito adquirido à aposentadoria e exegese criativa do direito

Vale ressaltar que se trata de verdadeiro direito adquirido face ao Regime jurídico e não perante a Administração Pública. O conceito legal, previsto no art. 6º, da LINDB, dita ser “é o que faz parte do patrimônio jurídico da pessoa, que implementou todas as condições para esse fim, ponde utilizá-la a qualquer momento.”

Essa garantia fundamental está incutida também no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Disso resulta o que foi asseverado também por Ministros do STF: “Deste conceito, destaca-se o fato do direito adquirido pertencer ao patrimônio jurídico e não econômico e também, pela composição de todas as condições, ou seja, um fato consumado”.

Lado outro, exsurge que é fato incontroverso que o direito adquirido, intimamente imbricado com as mais variadas dicotomias apresentadas ao Direito, apresenta e insere-se “normalmente, nas questões de direito intertemporal. Não temos, no nosso direito, uma garantia ampla e genérica de irretroatividade das leis, mas a garantia de que determinadas situações jurídicas consolidadas não serão alcançadas pela lei nova.”¹⁹

Aliás, disso resultar, de acordo com a posição tópica do tema na atual Constituição Federal, ser “uma garantia do cidadão contra o Poder Público: só a este é oponível, não podendo ser invocada pelo próprio Estado contra o cidadão.”²⁰

Ora, se o servidor implementou os requisitos legais para concessão de aposentadoria e

¹⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 630.501-RS, 2013.

²⁰ COSTA; FERREIRA FILHO e VIEIRA. **Súmulas do STF organizadas por assunto. Anotadas e Comentadas**. 2014, p. 159.

venha ou não a ser inativado antes de eventual demissão, não é essa punição administrativa que abalará seu patrimônio jurídico. É bem distinto o seu direito de se aposentar.

A sanção disciplinar de cassação de aposentadoria está em plena afronta ao direito fundamental adquirido de se aposentar. A aplicação cega da norma legal de cassação de aposentadoria, prevista, por exemplo, no art. 127, IV, da Lei nº 8.112/90, afronta postulados e princípios bem maiores.

A cegueira deliberada na aplicação dos dispositivos com o mesmo teor, previstos nos mais diversos estatutos de servidores, engessa o direito, proscree direitos fundamentais basilares e abala o meio social.

Na visão de Luís Roberto Barroso a aplicação e exegese do Direito passa por um revolução sem igual. Tem-se que:

No Direito, a temática, já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal, ou a intervenção estatal e seus limites, como no Welfare State. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito político, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, fala-se em delegificação, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*. A segurança jurídica e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido, sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As formas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.²¹

Dessa forma, trazendo os ensinamentos para o campo do aqui argumentado, tem-se que a atividade exegética, tanto para a Administração Pública, quanto e primordialmente ao Judiciário deve ser aberta. Não se aplica a lei, muitas vezes maldita, se o campo dos direitos humanos, fundamentais e se o mundo dos fatos terão consequências não esperadas no caso concreto.²²

Deixar um servidor que jubizou, aposentou, reformou sem a devida contraprestação do

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**, 2001, p. 13-14.

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 2013.

Estado, afigura-se um dissenso, uma ilegalidade e inconstitucionalidade mais do que manifesta. Se ocorreu o atingimento dos requisitos para o benefício previdenciário de aposentadoria naquele regime previdenciário anteriormente vinculado, é direito mais do que adquirido de ter o benefício.

O entendimento é tão antigo, porém inaplicado. O STF tem enunciado de sua Súmula que trata especificamente sobre o assunto: Enunciado 359 - Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.

Com isso, garantir a aposentadoria no mesmo regime previdenciário no qual se encontra vinculado o servidor público quando do preenchimento dos requisitos legais é obrigatório. Eventual sanção disciplinar de demissão ou cassação da aposentadoria jamais poderia lhe tolher esse direito, uma vez que ela não tem qualquer relação com o direito da Administração Pública expungir de seus quadros o servidor faltoso. As relações jurídicas são diversas de qualquer ângulo em que se analise.

Ademais, nem se diga que se estaria limitando e impondo um reconhecimento de direito adquirido a certo regime jurídico. É sabido que isso é vedado. O que se propugna nada tem com o direito a regime jurídico, senão o verdadeiro direito adquirido. Aquele que pode ser exercitado de imediato.²³

Dessa forma, uma vez cumpridos os requisitos para glosar do benefício previdenciário, é direito concreto e ínsito ao futuro beneficiário. Não se trata de garantir uma expectativa de direito, o que desaguaria na possibilidade vedada pelo Supremo Tribunal Federal de direito adquirido a regime jurídico.

5. RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA E PREVIDENCIÁRIA ENTRE SERVIDOR E ESTADO

Outrossim, ainda que se recalcitre em crer que o Estado estaria exercendo o já mitigado princípio do interesse público e estritamente vinculado ao princípio da legalidade estrita,

²³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE nº 575.089/RS, 2008.

ressalte-se o enfoque da relação previdenciária, hoje de cunho obrigatório e vinculado. Essa relação se amolda ao poder de império do Estado frente a ter vertidas contribuições previdenciárias dos futuros beneficiários-contribuintes.

A mais abalizada doutrina propugna que a característica própria das contribuições, como espécie tributária autônoma, é o fato delas somente poder ser instituídas para atender a finalidade específica. Ainda, tem o produto de sua arrecadação destinado a sua finalidade precípua, diferente dos impostos, que também são tributos, porém a sua instituição independente de qualquer finalidade específica e cuja arrecadação não pode ter vinculações determinadas.²⁴

Dessa feita, imperativo notar que a lição é de relação do poder de império, configurando-se como uma prestação imposta pelo Estado aos servidores públicos que em perspectiva deverão ser contemplados com a contraprestação estatal. Esta consubstanciada na devida e preciosa aposentadoria, provedora e eliminadora de diversos riscos sociais.

Nesse novo espectro presente no ordenamento jurídico atual, outrora consideradas como pura benesse estatal, hoje é uma relação jurídica que se conclui a longo prazo e de forma coercitiva. Uma vez vinculado aos quadros da Administração Pública, seja qual for o vínculo, deverá ter contribuições à previdência social pertinente proporcional aos ganhos.²⁵

Agora, uma vez podendo se aposentar, mas o servidor é demitido e uma vez aposentado, mas a aposentadoria sendo cassada e em ambos os casos não lhe é permitido permanecer recebendo os proventos de aposentadoria, tem-se inegável reconhecimento do enriquecimento sem qualquer causa do Estado. Ademais, trata-se de inevitável ação inconstitucional, tendo como paradigma os direitos fundamentais.

Ademais, por ser uma relação jurídica de império, é nítido o enriquecimento, uma vez o servidor terá contribuído com sucessivos descontos previdenciários, mas não será ressarcido. Não fosse só, também não terá direito a se aposentar no regime no qual conclui todos os requisitos para tanto.

²⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**, 2012.

²⁵ SANTOS, Marisa Ferreira dos; Coord. LENZA, Pedro. **Direito Previdenciário Esquemático**, 2013.

Mesmo que se diga que o art. 201, §9º da Constituição Federal assegure a compensação entre regimes, poderá haver enriquecimento ilícito e será olvidado o princípio da progressividade e capacidade contributiva. Na opção em receber o benefício pelo Regime Geral de Previdência Social, os valores que excederem o percentual deste Regime serão indevidamente locupletados pelo Estado, em verdadeiro confisco.

Sem contar no consagrado postulado da dignidade da pessoa humana - art. 1º, III, da CF - que está a ser sobejamente violado, os princípios da impessoalidade e moralidade, regentes da Administração Pública no seio constitucional, são suprimidos sem quaisquer perguntas quando aplicada a pena disciplinar de cassação da aposentadoria. No mesmo sentido o são se o servidor demitido é obstado a ter recebido a aposentadoria para o qual preencheu todos os requisitos.

Não bastasse outros princípios de estatura constitucional e infraconstitucional nem mesmo são repensados pela a Administração Pública, entre eles o da proporcionalidade, razoabilidade e da segurança jurídica – art. 2º da Lei 9.784/99. Nesse sentido, por serem distintas as relações jurídicas, cada uma deve ser analisada sob o prisma isolado, para que não se inquine a interpretação que deva defluir de uma e de outra.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se verberou, há clara distinção entre o direito de a Administração Pública punir o servidor no âmbito disciplinar e o de se aposentar. Um não está imbricado ao outro. Irrompe da nova exegese que vem sendo afirmada para o Direito Administrativo que ele encontra limites mais do que certos. Os direitos fundamentais previstos no texto constitucional não podem ser deixados de lado. No Brasil, eles têm aplicação imediata e não sofrem limitações desarrazoadas.

Ademais, é sabido que o direito de aposentadoria é direito social fundamental, a teor do art. 5º, §3º, da Constituição Federal. Nesse espectro, há manifesta inconstitucionalidade da pena disciplinar de cassação de aposentadoria daquele servidor já aposentado e que é obstado de perceber seus proventos, em clara afronta, ainda, ao seu direito adquirido.

Também não poderá haver óbice à concessão do benefício adquirido quanto ao servidor demitido, ex-segurado do Regime Próprio, que ao tempo da demissão já tinha preenchidos todos os requisitos para aposentação naquele regime. Isso se dá por interpretação de onde há a mesma razão deve haver a aplicação do mesmo direito.

É assim pela já bem falada exegese criativa e social do direito. Dessa feita, afasta-se a visão e aplicação estanque do ordenamento jurídico. Com efeito, a perda superveniente ou prematura da condição de segurado não afeta o direito da aposentadoria.

Com efeito, os questionamentos judiciais hodiernos estão em crescimento. No Corte Constitucional ele também será objeto de análise no controle concentrado de constitucionalidade. Com certeza, deveras a posição do Supremo mudará o modo de proceder da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. 10. ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista da EMERJ, v.4, n.15, p-11-47, 2001. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/revistaexemplaresanteriores.htm>. Acesso em: 22 de junho de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de**

novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm > Acesso em: 24 fevereiro 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 26 fevereiro 2015.

BRASIL. Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965. **Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm>. Acesso em: 26 fevereiro 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm> Acesso em: 25 fevereiro 2015.

BRASIL. Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm > Acesso em: 25 fevereiro 2015.

BRASIL. Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 25 fevereiro 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3105-DF. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Intimado: Congresso Nacional. Relatora MIna. Ellen Gracie. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 26 fevereiro 2015. 22:15:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4882-DF. Requerente: Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil. Intimado: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator Min. Gilmar Mendes. Pendente de julgamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 janeiro 2015. 12:15:00.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 575.089-RS. Recorrente: Reni Nunes Machado. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 22 fevereiro 2015. 18:20:00

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 630.501-RS. Recorrente: Aloysio Kalil. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relatora Mina. Ellen Gracie. Supremo Tribunal Federal, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 15 fevereiro 2015. 14:35:00

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

COSTA, Mauro José Gomes da; FERREIRA FILHO, Roberval Rocha; VIEIRA, Albino Carlos Martins. **Súmulas do STF organizadas por assunto. Anotadas e Comentadas**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Revista do Serviço Público**. n. 47. Jan/abr. 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=87>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; Coord. LENZA, Pedro. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.