

Aposentadoria voluntária do servidor público: efeitos do rompimento do vínculo e a sanção de cassação de aposentadoria

Emerson Garcia*

Sumário

1. Contextualização do problema. 2. Os efeitos da inatividade em relação ao vínculo funcional. 3. A sanção de cassação de aposentadoria. Epílogo.

1. Contextualização do problema

É relativamente comum que as leis que disciplinam o regime jurídico dos servidores públicos nos distintos níveis federativos ou mesmo que versem sobre carreiras específicas, a exemplo da Defensoria Pública, do Ministério Público e da Magistratura, disponham sobre os seus direitos e deveres, tipifiquem infrações disciplinares e ainda tratem, ao menos em suas linhas gerais, do processo administrativo disciplinar.

As infrações disciplinares são integradas pelos preceitos primário e secundário: enquanto aquele descreve a conduta ilícita, trazendo consigo uma norma proibitiva implícita, este último detalha as respectivas sanções. De um modo geral, a sanção mais grave é a demissão, que acarreta a dissolução do vínculo funcional.

Sensível à constatação de que o vínculo funcional também pode ser abreviado com a fruição de um direito social em particular, a aposentadoria, quer voluntária, quer compulsória, as leis que versam sobre regimes jurídicos costumam prever outra sanção, cujo fim precípua é o de evitar a impunidade caso o servidor público pratique uma infração administrativa e não seja punido em momento anterior à passagem para a inatividade. Trata-se da cassação da aposentadoria¹.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, que promoveu amplas e viscerais alterações no sistema de previdência

* Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors* (Haia – Holanda). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

¹ À guisa de ilustração, vide Lei nº 8.112/1990 (Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), art. 127, IV; Lei Complementar nº 75/1993 (Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União), art. 239, V; e Lei Complementar nº 80/1994 (Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências), arts. 50, §1º, V; 95, §1º, V; e 134, §2º.

social, foi incluído o §14 no art. 37 da Constituição de 1988, com o seguinte teor: “a aposentadoria concedida com a utilização de tempo de contribuição decorrente de cargo, emprego ou função pública, inclusive do Regime Geral de Previdência Social, acarretará o rompimento do vínculo que gerou o referido tempo de contribuição”.

Nas definições oferecidas por Di Pietro,² *cargo* é a unidade de atribuições, criada por lei, com denominação e remuneração próprias, ocupada por servidor estatutário; *emprego* é a unidade de atribuições, criada por lei, com denominação e remuneração próprias, ocupada por servidor celetista; *função* é o conjunto de atribuições exercidas por servidores contratados temporariamente, com base no art. 37, IX, da CRFB/1988, ou por servidores em função de chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não tenha criado o respectivo cargo (normalmente, funções de confiança ou cargos em comissão previstos no art. 37, V, da CRFB/1988).

Fica evidente, portanto, o alcance do §14 do art. 37 da Constituição de 1988: utilizado, para fins de aposentadoria, o tempo de contribuição decorrente do vínculo mantido com a Administração Pública, direta ou indireta, tem-se o correlato rompimento do vínculo que gerou esse tempo de contribuição. Apesar da simplicidade dessa constatação, algumas vozes se levantaram para sustentar que o preceito teria alcance mais amplo, acarretando a ausência de recepção, com a correlata revogação tácita, das normas estatutárias que cominavam a pena de cassação de aposentadoria. Assim entendem com base na premissa de que, até a reforma constitucional, a passagem para a inatividade não dissolveria o vínculo funcional, sendo justamente esse vínculo que possibilitava a aplicação da referida sanção. Uma vez dissolvido o vínculo, por imposição constitucional, não mais é possível a aplicação de uma sanção que o pressupõe.

O objetivo de nossas breves reflexões é justamente o de demonstrar o equívoco do entendimento que apregoa a supressão, da nossa ordem jurídica, da sanção de cassação de aposentadoria.

2. Os efeitos da inatividade em relação ao vínculo funcional

Até o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, a aposentadoria gerava distintos efeitos conforme a natureza do vínculo funcional mantido com a Administração Pública, vale dizer, se cargo ou emprego público.

Tratando-se de cargo público, a passagem para a inatividade produzia, como principal consequência, a dissolução do vínculo funcional. O inativo deixa de integrar a carreira, não mais é alcançado pelos direitos, deveres e prerrogativas concernentes ao regime jurídico e o valor que lhe é devido, transmutado de remuneração ou subsídio em provento, passa a ser da alçada de uma unidade previdenciária.

Carreira, de acordo com a doutrina especializada, indica o conjunto de classes, as quais congregam vários cargos, sendo organizada de modo a permitir a progressão

² *Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 684-686.

funcional consoante os critérios previstos em lei, normalmente o mérito e a antiguidade. Os cargos que integram as classes são considerados cargos de carreira. Cargos isolados, por sua vez, são aqueles que fazem parte do quadro, mas não possibilitam a progressão funcional. Com a inatividade, o agente público deixa de integrar a carreira, já que não mais ocupa o cargo para o qual fora nomeado. Dessa maneira, será possível que outro agente venha a ingressar na carreira ou mesmo ocupar o antigo órgão do inativo. Não é por outra razão que os regimes jurídicos em geral tratam do ingresso nos cargos iniciais da carreira, dos critérios de promoção e remoção e do retorno daqueles que estavam na inatividade, indicando claramente que os agentes que se encontram nesta situação não integram a carreira. Idêntico entendimento será aplicado em relação aos agentes que se encontrem em disponibilidade, os quais, não obstante fora da carreira em razão da inatividade, podem a ela volver em caso de aproveitamento.

Com a passagem para a inatividade, tem-se a dissolução do vínculo funcional do agente público, que deixa de integrar a respectiva carreira. Por tal razão, o agente não mais é alcançado pelos direitos e deveres afetos aos servidores públicos em geral e não mais fruirá as prerrogativas concernentes ao cargo outrora ocupado. À guisa de ilustração, ao passarem para a inatividade, os agentes que possuíam o foro por prerrogativa de função não mais o terão³, o mesmo ocorrendo em relação àqueles que tinham porte de arma, constatação que é reforçada pela existência de diversas normas dispendo sobre o porte de arma dos inativos⁴, claro indicativo de que as prerrogativas da ativa não se estendem automaticamente para a inatividade. Tal ocorre justamente em razão da cessação do vínculo.

O inativo, por não mais integrar o quadro de agentes que atuam em prol da Administração Pública, não está sujeito aos efeitos do princípio hierárquico. Sob o prisma do superior hierárquico, deixa de se projetar, sobre o inativo, os poderes de direção, controle e de mutação de competência, neste último caso com a possibilidade de resolução de conflitos de competência, delegação e substituição primária.⁵ Em relação ao inativo, desaparece o dever de obediência. Deixa de existir o dever de cumprir ordens ou a possibilidade de ter os seus atos anulados ou revogados, respectivamente, por razões de ilegalidade ou conveniência. O aspecto mais sintomático da dissolução do vínculo funcional é o de que a passagem para a inatividade faz que os indivíduos simplesmente deixem de ser agentes públicos, não podendo mais, na síntese de

³ Vide: STF, Pleno, Tema nº 453, RE nº 549.560/CE, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 22/03/2012, DJ de 30/05/2014; 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 11/09/2007, DJ de 23/11/2007; e 2ª T., RE nº 295.217/RJ, Rel. Min. Nêri da Silveira, j. em 08/04/2002, DJ de 26/04/2002. A respeito dos magistrados, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a vitaliciedade é garantia inerente aos ativos, não amparando o foro por prerrogativa de função após a aposentadoria (STF, Pleno, RE. nº 546.609/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 22/03/2012, DJ de 29/05/2014).

⁴ V.g.: Lei Complementar nº 75/1993, art. 234 (membros do Ministério Público da União); Lei nº 7.289/1984 (Policiais Militares do Distrito Federal, art. 50); Lei nº 6.880/1980, art. 50 (Oficial das Forças Armadas); e Decreto nº 9.847/2019, art. 30, que regulamenta o Estatuto do Desarmamento e dispõe sobre os requisitos para o porte de arma dos inativos que, enquanto em atividade, têm essa prerrogativa assegurada.

⁵ Cf. OTERO, Paulo. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 109-153.

Maurer⁶, “praticar atos administrativos (*Verwaltungsakte*) ou celebrar contratos administrativos (*Verwaltungsverträge*)”.

A passagem para a inatividade faz surgir o direito à percepção dos respectivos proventos, que não são integrados à folha de pagamento regular. Os proventos exigem a formalização de um novo ato jurídico, distinto da nomeação para o cargo público e correlata posse, consistente no ato de aposentação, que deve ser objeto de registro no âmbito do Tribunal de Contas competente (CRFB/1988, art. 71, III), momento em que se aperfeiçoa juridicamente e sua eficácia torna-se definitiva. Cada ente federado que possua regime próprio de previdência social contará com uma única unidade gestora, que será responsável pela realização de todos os pagamentos. O disposto no art. 40, §20, da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003, não deixa margem a dúvidas a esse respeito ao dispor que fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvada a situação dos militares das Forças Armadas.

Enquanto estiver na ativa, o agente público manterá uma relação jurídica de ordem funcional com o ente público ao qual está vinculado. Com a passagem para a inatividade, essa relação jurídica é dissolvida, daí decorrendo uma nova relação, desta feita com o ente gestor do regime de previdência social. De acordo com o §14 do art. 37 da Constituição de 1988, inserido pela Emenda Constitucional nº 103/2019, essas duas relações jurídicas não podem subsistir em hipótese alguma. A possibilidade de coexistência sempre foi rechaçada em relação aos ocupantes de cargos públicos sujeitos a Regime Próprio de Previdência Social, o que decorria da forma de acesso e da visão de que a aposentadoria era o corolário de um vínculo funcional em particular, que influa diretamente na fixação e no reajuste dos respectivos proventos. O mesmo já não se verificava em relação aos empregos públicos, nos quais a relação jurídica do agente com o seu empregador era regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), estando vinculado, como contribuinte obrigatório, ao Regime Geral de Previdência Social, sendo os proventos fixados com base no binômio tempo e valor de contribuição, com influência, em alguns casos, dos aspectos circunstanciais da atividade desenvolvida, a exemplo da insalubridade.

A CLT fazia menção a essa temática em seu art. 453, com a redação dada pela Lei nº 6.204/1975, segundo o qual, “no tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente.” A aposentadoria voluntária, portanto, acarretava a extinção do contrato de trabalho. Em momento posterior, a Lei nº 9.528/1997 inseriu dois parágrafos nesse preceito: de acordo com o primeiro, “na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação

⁶ *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 17ª ed. München: Verlag C. H. Beck, 2009, p. 532.

de concurso público”; o parágrafo segundo, por sua vez, dispunha que “o ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício”.

Instado a se pronunciar sobre a compatibilidade do §1º do art. 453 da CLT com a ordem constitucional, o Supremo Tribunal Federal inclinou-se pela negativa, “quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos – vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal –, quer porque se funda na ideia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício”.⁷ Ao ver do Tribunal, por serem duas relações jurídicas distintas, mantidas, respectivamente, com o empregador e o Regime Geral de Previdência Social, o surgimento desta não importava na extinção daquela.

Vale ressaltar que o §2º do art. 18 da Lei nº 8.213/1990, em sua redação original, dispunha que “o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, somente tem direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios, não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado, observado o disposto no art. 122 desta lei”. Como se percebe, era expressamente prevista a possibilidade de o aposentado continuar em atividade, constatação que permanece a mesma com a redação atual, atribuída pela Lei nº 9.528/1997, segundo a qual “o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus à prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”. Com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, esse preceito não mais será aplicado aos empregados públicos.

3. A sanção de cassação de aposentadoria

É preciso distinguir os efeitos das medidas de demissão e cassação da aposentadoria. A primeira apresenta contornos imediatamente funcionais e imediatamente patrimoniais, já que dissolve a relação jurídica mantida com o Poder Público e, em consequência, priva o agente público da percepção da contraprestação pecuniária devida pela atividade desempenhada. A segunda, por sua vez, é essencialmente patrimonial, impedindo que o indivíduo continue a receber um benefício financeiro decorrente de atividades, públicas ou privadas, que desempenhou durante a sua vida laborativa. Este último aspecto torna-se particularmente perceptível ao observarmos que o regime previdenciário, na atualidade, possui natureza contributiva, de modo que o indivíduo, durante toda a sua vida funcional, forma um vínculo de natureza previdenciária, com o ente definido em lei, habilitando-o a gozar de certos benefícios tão logo preencha os requisitos exigidos.

⁷ Pleno, ADI nº 1.770/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 11/10/2006, DJ de 01/12/2006.

A exemplo da demissão, a aposentadoria também acarreta a cessação do vínculo funcional, de modo que o indivíduo continue a receber uma contraprestação pecuniária sem realizar qualquer atividade de cunho laborativo. Há, portanto, uma ruptura do vínculo funcional originário. A situação jurídica do agente, doravante, será regida por outro vínculo, este de natureza previdenciária, mantido com o mesmo ente federado (v.g.: servidor federal aposentado recebe benefício previdenciário dos cofres da União) ou com ente federado diverso (v.g.: servidor municipal pode vir a receber o seu benefício previdenciário do Instituto Nacional de Seguridade Social, autarquia federal). 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. Esse recolhimento, vale observar, também pode estar associado ao exercício de uma atividade privada ou de atividade pública pretérita e diversa, cujo lapso de exercício pode ser computado para fins de gozo do benefício previdenciário a ser atribuído, ao agente público, ao passar para a inatividade.

Nesse momento, já é possível constatar, com relativa clareza, que a situação jurídica do agente inativo não é mera continuação da situação por ele ostentada quando em atividade. É factível que demissão e cassação da aposentadoria são sanções ontologicamente diversas e que produzem efeitos distintos na esfera jurídica do indivíduo. Não podem, portanto, ser vistas como verso e reverso da mesma moeda. Na medida em que consubstanciam sanções distintas, somente poderão ser aplicadas quando previstas em lei (v.g.: a Lei nº 8.112/1990, que veicula o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, comina, nos incisos III e IV do art. 127, as sanções de “demissão” e “cassação de aposentadoria ou disponibilidade”⁸). A ausência de cominação da sanção de cassação de aposentadoria não permitiria fosse considerada implícita na sanção de demissão.

A cassação da aposentadoria não é o *símile* da demissão. O *símile* da demissão, em verdade, é a aposentadoria, já que ambas produzem o efeito de dissolver o vínculo funcional. René Chapus⁹, ao tratar do “fim da carreira dos funcionários públicos”, distinguiu o “modo normal”, que decorre do atingimento da idade máxima, dos “outros modos”, que podem ser de iniciativa da Administração, nas hipóteses legais, a exemplo da demissão, ou do funcionário, neste último caso com o requerimento de aposentadoria ou de dispensa.

A sanção de cassação de aposentadoria tanto pode resultar da incidência do direito administrativo sancionador, sendo aplicada, portanto, por uma autoridade administrativa, como decorrer de um processo judicial, como emanação do direito sancionador judicial *cível lato sensu*, a exemplo do que se verifica em relação ao

⁸ O STF já decidiu da seguinte forma: “Mandado de Segurança. Servidor público. Penalidade de cassação da aposentadoria por improbidade administrativa e por aplicação irregular de dinheiros públicos... Improcedência da alegação de que a pena de cassação da aposentadoria é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito”. (Pleno, MS nº 22.728-1, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 22/4/1998, DJU de 13/11/1998). O STJ, analisando a situação de Delegatário de Serventia do Registro Público, assentou que “ainda que estivesse aposentado voluntariamente, a perda do benefício poderia ter sido imposta em processo disciplinar, sem que isso consistisse em afronta a direito adquirido. Precedentes do STJ e STF” (5ª T., RMS nº 17.115/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 1º/6/2004, DJU de 28/6/2004).

⁹ *Droit administratif general*, Tome 2. 15ª ed. Paris: Montchrestien, p. 228-231.

membro do Ministério Público. Em ambos os casos, a causa de pedir está associada a um ilícito praticado durante o exercício funcional, mas em nenhuma delas o poder sancionador é legitimado pelo vínculo funcional. Essa constatação, certamente óbvia quando a sanção é aplicada por um órgão jurisdicional, também se situa no mesmo patamar da obviedade quando aplicada por autoridade administrativa. Assim ocorre porque a aplicação do direito administrativo sancionador não está condicionada à existência de vínculos dessa natureza, o que é facilmente perceptível no nosso cotidiano, em que a Administração Pública aplica sanções pela infração às mais variadas normas, a exemplo daquelas afetas ao trânsito e às posturas municipais.

Não custa lembrar que a sistematização, enquanto disciplina autônoma, do “direito administrativo sancionador” ou do “direito sancionador administrativo”, foi proficuamente oferecida pelos juristas espanhóis. Tal certamente foi influenciado pelo teor do art. 25, 3, da Constituição espanhola de 1978, *verbis*: “[l]a Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”. Na medida em que a própria ordem constitucional reconheceu, expressamente, a possibilidade de a Administração impor sanções, era imprescindível identificar as bases em que tal se daria. Alejandro Nieto¹⁰, célebre monografista do tema e cujo aprofundamento dogmático em muito dificulta a tarefa daqueles que tentam se aventurar nessa seara, há muito esclareceu a funcionalidade do “*derecho administrativo sancionador*”: ele decorre do “poder sancionador da Administração”, tão antigo que, durante vários séculos, foi considerado um elemento essencial do poder de polícia. Referido poder, à evidência, coexiste com o poder sancionador dos tribunais, normalmente adstrito, em diversos países, à seara penal. Esse aspecto também foi realçado por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández¹¹, ao afirmarem, referindo-se à “*potestad sancionatoria administrativa*”, que “[s]e distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales”. O direito administrativo sancionador, portanto, não pressupõe, sempre e sempre, a existência de vínculo funcional.

Epílogo

Ao introduzir um §14 no art. 37 da Constituição de 1988, a Emenda Constitucional nº 103/2019 não produziu feito outro senão o de obstar a continuidade do vínculo funcional do ocupante de cargo, emprego ou função pública que tenha se aposentado com a utilização do tempo de contribuição correspondente a esse vínculo. Com isso, foi superado o entendimento anterior, encampado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a aposentadoria, embora extinguisse o vínculo funcional dos ocupantes de cargo público, não tinha o condão de extinguir a relação de trabalho, o que permitia a manutenção do emprego público. Em consequência, não há qualquer óbice à aplicação da sanção de cassação de aposentadoria caso estejam presentes os seus pressupostos justificadores.

¹⁰ *Derecho administrativo sancionador*. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002, p. 22.

¹¹ *Curso de derecho administrativo*, vol. II. 9ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 2004, p. 163.