

A INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 20/1998

Maria José Queiroz Lemos¹

RESUMO

Este estudo tem por objetivo trazer à discussão a inconstitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria de servidor inativo, vitimado por um processo administrativo disciplinar em decorrência de uma irregularidade. O marco teórico é sustentado pelos institutos do direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada e, ainda, o papel do Tribunal de Contas validando o processo de concessão do benefício originado pela edição de atos administrativos em consonância com a legislação previdenciária. Ainda, estudam-se aspectos gerais do regime de previdência após a Reforma Previdenciária, instituída pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, com as novas regras de inativação, destacando a necessária e indispensável contribuição do servidor e da Administração Pública, o que afasta a velha concepção de que a aposentadoria do servidor é um prêmio. Assim, em face dos novos paradigmas instituídos, conclui-se que a pena de cassação de aposentadoria do servidor é um ato abusivo aos direitos fundamentais do servidor, o que a torna um procedimento que viola a Constituição da República de 1988.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Cassação. Aposentadoria. Servidor Público.

ABSTRACT

This study aims at discussing the unconstitutionality of the penalty of forfeiture of retirement benefits of retired server, victim of an administrative disciplinary proceeding because of an irregularity. The theoretical point is supported by the institutes of the acquired right, perfect juridical act, res judicata, and also by the role of the Justice Court validating the process of granting the benefit caused by the issue of administrative acts in accordance with the pertinent law. Still, we study general aspects of the pension scheme after the reform of Social Previdence, established by Constitutional Amendment 20, December 15, 1998, with the new rules of inactivation, emphasizing the necessary and indispensable contribution of the server and Public Administration, which removes the old conception that retirement is a premium to the server. Thus, the new established paradigms conclusion is that the penalty of forfeiture of retirement from the server is an abusive act to the fundamental rights of the server, making it a procedure that violates the Constitution of 1988.

Keywords: Unconstitutionality. Cassation. Retirement. Public Server.

¹Bacharel em Comunicação Social, 1984 – UFPR; Especialização em Marketing, 1987 – FAE; Especialização em Previdência Privada, 1997 – PUC/PR; Especialização em Metodologia do Ensino em 1998 – PUC/PR; Acadêmica de Direito, 10º Período – OPET. Contato: mavelemos@terra.com.br

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a situação do servidor que no exercício da atividade funcional vem a cometer uma irregularidade e, após o trânsito em julgado da decisão proferida em processo administrativo disciplinar, instaurado pela Administração Pública, é demitido. Entretanto, a decisão advém quando o servidor já se encontrava aposentado.

Situação muito comum a punição de servidor que comete uma falta grave. Contudo, a polêmica se instaura se a decisão foi proferida quando o servidor já se encontra aposentado e seus familiares ainda dependam economicamente de seus proventos.

Segundo Wladimir Novais Martinez,² a aposentadoria é um direito após o cumprimento das exigências previstas em lei. Para Wagner Balera³, são prestações pecuniárias, destinadas a prover a subsistência nas eventualidades que impossibilitem de, por seu esforço, auferir recursos, ou a reforça-lhes os ganhos para enfrentar encargos de família, ou amparar, em caso de morte, o que delas dependiam economicamente.

Com a publicação da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, o desconto da contribuição previdenciária é obrigatório para que o servidor público venha obter a aposentadoria.

Portanto, vê-se que a aposentadoria é um direito fundamental, com regras e princípios próprios.

O Tribunal de Contas, entre suas competências legais, cabe proceder o registro das aposentadorias e pensões. Trata-se de uma exigência constitucional.

Num caso hipotético, se um ex-servidor já se encontrara aposentado, com o devido registro do ato administrativo pela Casa de Contas, o cancelamento da aposentadoria não estaria agredindo os princípios constitucionais do “ato jurídico perfeito” e “da coisa julgada”?

E o princípio do direito adquirido, também não estaria sendo violado, quando a Administração Pública procede o cancelamento do benefício de ex-

²MARTINEZ. Wladimir Novais. **Princípios do direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr.,1995. p. 259.

³BALERA, Wagner. **Curso de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr.,1998. p. 73.

servidor, que se encontra aposentado, recebendo seus proventos regularmente?

A Administração Pública pode e deve anular seus próprios atos quando eivados de irregularidades, trata-se da aplicação do princípio da legalidade. E também deve punir o servidor infrator, após decisão proferida em processo administrativo. Entretanto, se o servidor já implementou todos os requisitos da aposentadoria, presente o devido custeio em razão da regular contribuição previdenciária, e ainda, o ato de concessão fora editado e apreciado pelo Tribunal de Contas que procedeu o seu registro, não deveria prevalecer, portanto, o princípio da segurança jurídica? Seria possível rever o ato de aposentadoria por decisão alheia à legislação previdenciária?

Dessa forma, em razão da natureza do benefício de aposentadoria, poderia uma pena criminal ou administrativa refletir na esfera previdenciária, onde o benefício foi regulamente concedido? A punição poderia atingir um direito já assegurado pela Constituição?

Assim sendo, o que se pretende discutir, especificamente, é até que ponto a demissão decorrida da prática de uma ilicitude por parte de servidor inativo pode impor a ele próprio e sua família a interrupção definitiva do pagamento de seus proventos.

Até a edição da Emenda Constitucional n.º 03/93, a aposentadoria dos servidores públicos era totalmente financiada com recursos advindos exclusivamente do Estado, e não previa qualquer participação do servidor. Entretanto, não era uma imposição à Administração. Contudo, pela regra trazida pela Emenda Constitucional n.º 20/98, a aposentadoria dos servidores públicos passou a ser obrigatoriamente de caráter contributivo, isto é, o servidor passou a contribuir para o custeio da previdência.

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

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

cassação da aposentadoria?

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

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

Ademais, pretende-se abordar que a concessão de aposentadoria e o ilícito cometido pelo servidor não possuem nexo de causalidade, e a cassação do benefício já incorporado ao patrimônio do servidor e protegido pelos princípios constitucionais é arbitrária.

2 O DIREITO À MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA

Não paira qualquer ilegalidade quanto à situação do servidor ativo, que no curso do vínculo estatutário perde a condição de servidor em decorrência de processo administrativo disciplinar, que decide pela demissão. Nesse caso, o ex-servidor deixa de ser segurado do Regime Próprio de Previdência e, conseqüentemente, não tem o direito de requerer no futuro a concessão de aposentadoria.

O processo administrativo disciplinar vem para aferir a responsabilidade do servidor, que deve assegurar-lhe todos os princípios constitucionais e infraconstitucionais, principalmente da ampla defesa e do contraditório, para real apuração dos fatos, mesmo para os casos de infração confessada, ou documentalmente e manifestamente evidente, sob pena de nulidade de todo o

certame.

Observa-se que na Administração Federal, os artigos 143 a 182 da Lei Federal nº 8112/90⁴, preveem o processo administrativo disciplinar. Uma vez comprovada a irregularidade por parte do servidor, o artigo 127, IV, determina a cassação de aposentadoria do servidor que se encontra na inatividade.

O processo administrativo disciplinar que decide pela demissão de servidor ativo que já tem tempo de contribuição para obter o benefício de aposentadoria ou se tratando de servidor que já se encontra aposentado, o processo administrativo disciplinar que concluiu pela pena de cassação do benefício previdenciário afronta diretamente os princípios e normas constitucionais.

Tratando-se de servidor inativado ou ativo que já implementou o direito à aposentadoria, seja civil ou militar, a partir do momento que o benefício deixou de ser prêmio e passou a ser um direito subjetivo constitucional, a essência da prestação previdenciária experimentou significativa transformação, deflagrando-se efeitos antes não considerados, que justificam e asseguram a manutenção do servidor no Regime Próprio de Previdência, o que torna a decisão que conclui pela pena de cassação da aposentadoria inconstitucional.⁵

E, nesse sentido, para sustentar a tese de inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria do servidor após a edição da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, tomamos como referência os dispostos nos artigos 127, IV e 134 da Lei Federal n.º 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, e no artigo 291 da Lei Estadual n. 6174/70, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Funcionários Cíveis do Poder Executivo do Estado do Paraná:

Artigo 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

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

⁴Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 31 mar. 2011.

⁵REIS, Jair Teixeira dos. **A inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria após a Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993**. Revista de Previdência Social. n. 352, mar. 2010. p. 211.

demissão.

Artigo 291 - São penas disciplinares:

I - advertência;

II - repreensão;

III - suspensão;

IV - multa;

V - destituição de função;

VI - demissão;

VII - cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Entretanto, como é de conhecimento público, a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/98 no caput do artigo 40 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), estabeleceu-se o regime contributivo no Sistema de Seguridade dos servidores públicos. Ocorre que o regime contributivo é, por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo, isto é, toda contribuição vertida a título de custeio deve, de outro vértice, corresponder à concessão de um benefício previdenciário, de forma obrigatória.⁶

Mister destacar que o artigo 1.º da Emenda Constitucional n.º 3,⁷ de 17 de março de 1993, deu nova redação ao § 6.º do artigo 40 da Constituição da República e instituiu a contribuição previdenciária por parte dos servidores e dos entes públicos. Entretanto, não disciplinou por meio de lei, como então exigia a redação do parágrafo citado. Todavia, com a publicação da Lei n.º 9.717/99, que regulamentou novamente o artigo 40 com redação trazida pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, a contribuição previdenciária tornou-se obrigatória.

O marco teórico que desencadeia na inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, seria a contribuição que somente se explica e se justifica ante a perspectiva de sua retribuição em forma de benefício. Assim, a aposentadoria somente se torna direito mediante a prévia contribuição. Um não existe sem o outro. Nem há contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. Trata-se de uma regra constitucional prevista nos artigos.

⁶DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Reforma da previdência na vida do servidor público civil da união**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 141.

⁷Artigo 1º. Os dispositivos da CRFB/1988, abaixo enumerados passam a vigorar com a seguinte alterações:

Artigo 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.

40, caput, 195, §5º, ambos da Carta Magna, *in verbis*:

Artigo 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Artigo 195. Omissis

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Tanto assim, que no regime anterior à Reforma Previdenciária (antes da edição da Emenda Constitucional n.º 20/98), a contribuição não era pressuposto para obtenção do direito aos proventos. Os pressupostos limitavam-se ao cumprimento de tempo de serviço, invalidação ou idade para compulsória. A contribuição não era exigência e muito menos ainda requisito para obtenção do benefício de aposentadoria. A natureza de aposentadoria era de um prêmio, de benesse do ente público ao servidor público⁸.

Com a Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, mudou-se a natureza jurídica do benefício previdenciário e deixou de se caracterizar com benesse. Agora, a contribuição é requisito para a aquisição do direito. Assim, uma vez implementados os requisitos da idade e tempo de contribuição, o direito está protegido, não merecendo qualquer censura, tendo em vista que nesse regime – contributivo – há relação direta entre custeio e o benefício.

Calha transcrever trecho do voto do Exmo. Ministro Celso de Mello, do STF, proferido na ADI n.º 2010, Ação Direta de Inconstitucionalidade:

O regime contributivo é, por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo. A questão do equilíbrio atuarial (CF, artigo 195 parágrafo 5.º). Contribuição de seguridade sobre pensões e proventos. Ausência de causa suficiente. Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver necessariamente correlação entre custo e benefício. A existência de escrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula, segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, e vice-versa.

⁸RIGOLIN. Ivan Barbosa. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. 3. ed.mar. 2007, passim.

Com os novos critérios e exigências instituídos pela Emenda Constitucional n.º 20/98, principalmente a obrigatoriedade da contribuição previdenciária, requisito indispensável para o deferimento de qualquer benefício, o ente Previdência está vinculado à concessão e à manutenção do benefício perante o segurado⁹.

Diante do novo paradigma inaugurado com a Reforma Previdenciária, com a exigência de contribuição previdenciária visando financiar a aposentadoria, o processo administrativo disciplinar que conclui pela pena de cassação do benefício previdenciário viola diretamente o artigo 40, “caput”, e § 5.º do artigo 195, ambos da Constituição da República, pois como mencionado acima, o sistema previdenciário tornou-se retributivo, o que acarreta na concessão e manutenção do benefício, após o implemento de tempo exigido de contribuição. Em outras palavras, com a contribuição (custeio), impõe-se a manutenção da aposentadoria (benefício).

Desse modo, o processo administrativo disciplinar que decide pela pena de cassação de aposentadoria carece da mais primitiva noção de lógica constitucional.

Ademais, como já mencionado, a concessão de aposentadoria obedece uma tramitação específica que, necessariamente, deve culminar com o registro do ato administrativo pelo Tribunal de Contas, nos termos do artigo 71, III, da CF, já transcrito na oportunidade. Assim, a inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria viola também diretamente os princípios manifestados no inciso XXXVI, do artigo 5.º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988)¹⁰.

E nesse sentido, relata Ivan Barbosa Rigolin¹¹:

Quer-se apenas afirmar o seguinte, em apertada síntese que se adianta: se uma aposentadoria foi constitucional, legal e regularmente deferida pela Administração a um servidor; se para a concessão da aposentadoria foram, reconhecidamente pela Administração, satisfeitos todos os requisitos constitucionais e legais; então essa

⁹STEPHANES, Reinhold. **Reforma da previdência sem segredos**. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 77.

¹⁰Artigo 5º. Omissis

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹¹RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. 3. ed. mar. 2007, passim.

aposentação constitui Ato Jurídico Perfeito, como tal definido na Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6.º, § 1.º, mas sobretudo como tal previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), artigo 5.º, inc. XXXVI, como imune a qualquer prejuízo posterior à sua constituição ou configuração.

A aposentadoria do servidor decorre de um ato complexo da Administração Pública, após o implemento de tempo de contribuição, da idade e, eventualmente, do pedágio por parte do servidor. Complexo porque necessita da manifestação de vontade de dois ou mais órgãos para obtenção de uma única vontade, no caso a aposentadoria¹².

Com a demissão do servidor aposentado, já usufruindo do benefício previdenciário, cujo ato de concessão encontra-se registrado pelo Tribunal de Contas, cumprindo as formalidades legais, tem-se que a pena de cassação da aposentadoria viola os princípios do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, previstos no artigo 5.º, XXXVI, da Carta Magna.

O benefício em manutenção está protegido pelo manto protetor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), visto que os procedimentos aposentatórios, do pedido inicial até o registro pelo Tribunal de Contas geraram efeitos concretos, que se consumaram, considerando que os atos administrativos não se encontram maculados de vícios.

Por força do artigo 5.º, XXXVI, da CF/88, não há como justificar a adoção de medidas extremas pelo Poder Público que venham cessar direitos individuais assegurados pelo estado democrático de direito, a ponto de cancelar um benefício previdenciário concedido regularmente.

Uma vez deferida a aposentadoria e registrada pelo Tribunal de Contas, não se pode cancelar o ato concessório, pois o direito dela decorrente já se incorporou ao patrimônio do segurado. Assim nos ensina Tarsis Nametala Sarlo Jorge¹³:

Assim, podemos concluir, que o servidor em atividade tem sua situação jurídica regida por uma relação de serviço, de natureza objetiva. Já aposentado, coloca-se em situação jurídica subjetiva, pois uma vez concedida a aposentadoria, faz nascer o direito adquirido.

¹²GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 82.

¹³SARLO JORGE, Tarsis Nametala. **Teoria geral do direito previdenciário e questões controvertidas do regime geral e do regime dos servidores públicos e dos crimes previdenciários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.183.

A cassação da aposentadoria por ato decorrente de processo administrativo disciplinar não pode ocorrer, visto que a situação do servidor aposentado é regulada pela lei previdenciária em vigor ao tempo da concessão do benefício, não podendo ser interrompido o pagamento dos proventos por decisão que venha ofender o artigo 5.º, XXXVI, da CF.

Portanto, as transgressões aos princípios do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, previstos no artigo 5.º, XXXVI, e ainda com a instituição da contribuição previdenciária de forma compulsória, nos termos do artigo 40, caput, e também, por força do princípio retributivo contido no § 5.º, do artigo 195, todos previstos na Constituição da República, são suficientes para determinar a inconstitucionalidade do ato de cassação de aposentadoria.

Ademais, cumpre observar que a pena de cassação de aposentadoria também fere o princípio da segurança jurídica.

Para o Hely Lopes Meirelles¹⁴, o princípio da segurança jurídica é "uma das vigas mestras do Estado de Direito" e, "ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito".

Segundo Carlos Aurélio Mota de Souza,¹⁵ o princípio da segurança está implícito no valor de justiça, pois é a garantia de estabilidade das relações jurídicas, e se destina também à segurança das pessoas. Visa à manutenção do status quo, considerando que não há razão para invalidar o ato que já atingiu sua finalidade.

Por força desse princípio, o servidor aposentado encontra-se protegido, porque o benefício restou concedido à luz da legislação, de modo que não pode ato superveniente desestabilizar um direito que se encontra em pleno exercício, também em razão de ser um princípio protetor de um direito que já gerou efeitos concretos no patrimônio do segurado, *in casu*, a aposentadoria no patrimônio do servidor.

Como já mencionado, a aposentadoria visa assegurar o bem-estar dos indivíduos e garantir a sobrevivência na velhice e na doença, tendo em vista o seu caráter alimentar. Esse é o mote da Previdência Social, seja pública ou privada.

¹⁴MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 99.

¹⁵*Ibidem*. p. 100.

Sobre o assunto Wladimir Novaes Martinez¹⁶ afirma:

A previdência destina-se à subsistência do trabalhador e de seus dependentes. Esse lastro de essencialidade e destinação básica da prestação dá-lhe o caráter alimentar. A prestação previdenciária mantém os meios habituais de subsistência. É tarifada pelo mínimo dessa subsistência como garantia de sobrevivência.

E ainda, complementa-se o raciocínio:

A seguridade social se constitui em um dos mais completos sistemas de proteção social já desenvolvidos pela humanidade, com o intuito de garantir uma vida digna às pessoas contra as vicissitudes da vida, fazendo com que elas possam a continuar a exercer os demais direitos que lhes são garantidos e reconhecidos¹⁷.

Assim, considera-se que a aposentadoria é um dos atributos essenciais da Seguridade Social e, por conseguinte, do Estado Social de Direito, pois visa garantir um mínimo essencial à população para que possa viver adequadamente.

Portanto, a manutenção da aposentadoria é a garantia mínima de sobrevivência do servidor e seus dependentes, e assim atende aos princípios constitucionais, dentre eles a dignidade da pessoa humana.

Afirma Lauro Cesar Mazetto Ferreira¹⁸ que:

[...] a dignidade da pessoa, fundamento de nosso sistema jurídico, é o ponto-chave do reconhecimento e proteção dos direitos humanos, é o fim último deles, que garantem um patamar de direitos seja capaz de preservar seu objetivo fundamental.

Considerando o tempo mínimo de contribuição, o servidor aposentado já conta com idade que o impede, em tese, de entrar no mercado de trabalho. Ademais, não sendo segurado obrigatório ou facultativo do Regime Geral (INSS). Por lei, nem poderia, visto que a legislação assegura apenas a vinculação a um Regime Previdenciário. Não há dúvida que a decisão administrativa de cassar a aposentadoria poderá acarretar miséria e pobreza

¹⁶MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr., 1995. p. 380.

¹⁷FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTr., 2007. p. 198.

¹⁸FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTr., 2007. p. 195.

extrema do ex-servidor, e ainda de seus dependentes, pois lhe faltarão os proventos para a sua manutenção com dignidade.

Assim sendo, a decisão administrativa de cancelar a aposentadoria importa em injustificável ofensa ao princípio da segurança jurídica, como também revela um prejuízo evidente do fim social da aposentadoria e afronta aos direitos sociais fundamentais.

Como mencionado, os proventos de aposentadoria têm como escopo dar ao segurado e seus dependentes tranquilidade quando da ocorrência de uma contingência (incapacidade pela idade, invalidez ou morte), e assim manter a qualidade de vida para que não ocorra sua diminuição e proporcionar meios para a manutenção das necessidades básicas.

Por sua vez, Robert Alexy¹⁹ enfatiza:

Direitos Sociais Fundamentais são direitos do indivíduo em face do Estado, afirmando que, em função da preservação da autodeterminação do ser humano – que se obtém não apenas a partir da liberdade de agir, mas sim de uma liberdade de fato – há que se ter um conteúdo mínimo a ser provido, para assegurar as condições mínimas de vida digna.

Por conseguinte, não se pode simplesmente anular, cassar ou cancelar a aposentadoria por fato totalmente estranho ao processo concessório, sob pena de violação do princípio da estabilidade jurídica. Apenas se admite a cassação da aposentadoria se o benefício foi irregularmente concedido, ou se não foram satisfeitos os requisitos das normas concessórias.

Por fim, destaca-se que a cassação de aposentadoria não guarda qualquer relação com o princípio da equivalência das penas, que não admite aplicação de pena divorciada da falta ou da ilegalidade praticada, ou seja, a cassação de aposentadoria não é proporcional ao ato praticado e considerado irregular na esfera penal, pois se algum rouba, pune-se pelo roubo; se pratica concussão (extorsão por parte do servidor público), pune-se por isso e apenas por isso; se o servidor difamou alguém, aplica-se a pena por isso. Logo, apenas e tão-somente deve ser cassada a aposentadoria se o servidor obteve o benefício de forma irregular, não condizente com a legislação previdenciária.

Outrossim, a pena não pode perpetuar e muito menos ser transmitida

¹⁹ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 76.

aos familiares e herdeiros. Explica-se: uma vez obtida a aposentadoria, o benefício tende a durar alguns anos, pois se extingue com a morte do servidor, podendo ainda, nesse caso, gerar o benefício de pensão por morte à viúva ou aos filhos menores e inválidos.

A aplicação da pena tende a se perpetuar com a cassação da aposentadoria, pois o servidor não irá receber o benefício previdenciário enquanto viver e, ainda, a pena que deveria alcançar apenas a sua pessoa poderá atingir quem não cometeu nenhuma conduta tipificada, o que fere qualquer lógica jurídica e moral.

Nesse diapasão, e observando-se o princípio da intranscendência da pena, o artigo 5.º, XLV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), não deixa margem para dúvidas, vejamos:

Artigo 5.º. Omissis

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

Os herdeiros são apenas alcançados para reparar os danos, no limite do patrimônio transferido.

Nesse sentido Raúl Eugenio Zaffaroni²⁰ apregoa:

A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado. Daí que se deva evitar toda a consequência da pena que afete a terceiros.
[...] O §3.º do artigo 5.º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que “a pena não pode passar da pessoa do delinquente”.

Entende Juarez Cirino dos Santos²¹ que “somente a culpabilidade pode fundamentar a responsabilidade penal pessoal para realização do tipo de injusto”.

Além do que, a aplicação da pena deve ser proporcional ao bem jurídico lesado. A cassação da aposentadoria não corresponde ao equilíbrio entre o ato ilegal praticado e a sanção imposta, visto que a interrupção dos proventos se

²⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro** - parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.171.

²¹SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal** – parte geral. Curitiba: Lumen Juris- ICPC, 2006. p. 31.

perpetua na vida do ex-servidor.

Dessa maneira, no caso de aposentadoria, a pena de cassação do benefício não pode ser aplicada aos familiares do servidor, dependentes obrigatórios pela legislação previdenciária, mas somente ao infrator, porém, tende a se perpetuar até o óbito deste, o que se revelou inconstitucional.

3 CONCLUSÃO

Diante das considerações explicitadas ao longo deste estudo, conclui-se que é flagrante a inconstitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria, visto que afrontados diretamente os institutos do ato jurídico perfeito, o direito adquirido e coisa julgada e ainda o princípio da segurança jurídica, os fins sociais da aposentadoria, e a penalidade extensiva aos familiares.

O benefício de aposentadoria é concedido ao servidor que cumpre as exigências das leis previdenciárias e cabe ao Tribunal de Contas o registro do ato administrativo de concessão. O registro ocorreu quando os procedimentos de inativação se harmonizavam com a legalidade. Assim, após o registro do ato pela Corte de Contas, o ato se aperfeiçoa e passa a surtir todos os necessários efeitos no mundo jurídico, principalmente os princípios previstos no artigo 5.º, XXXVI, da Constituição da República.

Como restou demonstrado, o ato de registro da aposentadoria pelo Tribunal de Contas não é passível de revogação por parte do Poder Executivo, exceção quando presente uma irregularidade no processo de aposentação.

Portanto, o ato de cassação de aposentadoria, mesmo decorrente de processo administrativo disciplinar, fere diretamente os princípios constitucionais consignados no artigo 5.º, XXXVI, da Carta Magna.

Além do que, com a Reforma Previdenciária instituída pela Emenda Constitucional n.º 20/98, que alterou substancialmente o Regime de Previdência dos servidores públicos, a contribuição previdenciária passou a ser uma exigência para a obtenção da aposentadoria. Assim, alterou-se a natureza do benefício, que de prêmio ao servidor pelo longo trabalho prestado ao serviço público, passou a ser um direito subjetivo do funcionário e uma obrigação da Administração, pois passou de prêmio à retributiva em face a contribuição.

Com a instituição da contribuição previdenciária o benefício passou a ter

uma conotação de seguro, formado por um programa de pagamento mensal, visando um benefício futuro, inclusive para os seus dependentes, como meio de compensação parcial ou total da perda da capacidade laborativa por idade, doença, invalidez ou morte. Com a instituição da contribuição previdenciária, portanto, impõe-se necessariamente a contrapartida por parte da Administração. A concepção do financiamento (custeio) liga-se à ideia da reparação, ou seja, trata-se da aplicação do princípio previdenciário da retribuição.

Logo, foge a qualquer lógica jurídica a cassação da aposentadoria do servidor, que ao longo de atividade laboral contribuiu para o custeio do benefício. O servidor, portanto, financiou o benefício que recebe e, assim, a concessão da aposentadoria deixou de ser um ato deliberado e discricionário da Administração, mas um direito do servidor após o implemento dos requisitos concessórios, de modo que a cassação da aposentadoria somente poderá ocorrer quando presente uma irregularidade no processo concessório.

Ademais, a pena de cassação de aposentadoria fere o princípio do direito penal da proporcionalidade, pois a cessação dos proventos prolongar-se-á durante a vida do ex-servidor, ou seja, não há uma relação valorativa equivalente entre o ato praticado e a pena imposta. Assim, o sentido de realizar justiça em face ao ato ilegal praticado extrapola o justo, considerando que a pena perpetuar-se-á em sua vida. Nesse sentido, também fere o princípio da personalidade, visto que a pena transcende a pessoa autora do delito e atinge os dependentes do ex-servidor, no caso, cônjuge e filhos. Como é cediço, a pena tem caráter pessoal de modo que não pode atingir terceiros, mas apenas e tão-somente à pessoa do condenado.

Ante ao exposto, conclui-se que é inconstitucional a pena de cassação de aposentadoria do servidor que obteve o benefício em atendimento à legislação previdenciária.

Assim, as questões formuladas no início desse trabalho encontram-se respondidas, pois inegável é que a pena de cassação dos proventos atinge direitos fundamentais do segurado beneficiado pela aposentadoria, direitos inclusive que lhe proporcionam a sobrevivência, e também de sua família.

Por fim, destaca-se que o tema do trabalho é tratado timidamente pela doutrina e, considerando que a tese ainda é pouco debatida nos Tribunais, não

há jurisprudência e tampouco súmulas.

4 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALERA, Wagner. **Curso de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: LTr., 1998.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Reforma da previdência na vida do servidor público civil da união**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. **Seguridade social e direitos humanos**. São Paulo: LTr., 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novais. **Princípios do direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr., 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

REIS, Jair Teixeira dos. **A inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria após a Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993**. Revista de Previdência Social. n. 352, mar. 2010.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. 3. ed.mar. 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – parte geral**. Curitiba: Lumen Juris-ICPC, 2006.

SARLO JORGE, Tarsis Nametala. **Teoria geral do direito previdenciário e questões controvertidas do regime geral e do regime dos servidores públicos e dos crimes previdenciários**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STEPHANES, Reinhold. **Reforma da previdência sem segredos**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.