

**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade**TCDF - GCMA**

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

Processo n.º: 28.185/15-e**Jurisdicionada:** Polícia Civil do Distrito Federal – PCDF**Assunto:** Aposentadoria**Ato do Sirac n.º:** 1690-5

Ementa: Ato de aposentadoria voluntária, com proventos integrais, de Durval Barbosa Rodrigues, matrícula n.º 140.852-9, no cargo de Delegado de Polícia, nos termos do art. 6º EC n.º 41/03, c/c o art. 2º da EC n.º 47/05, de acordo com o ato publicado no DODF de 23.04.12. Decisão n.º 5.139/15. Diligência à PCDF para justificar o motivo da manutenção do servidor em seu quadro, tendo em vista o trânsito em julgado da ACPIA n.º 2005.01.1.055353-7, na qual foi condenado à perda da função pública, bem como para corrigir, no Sirac, impropriedades apontadas pelo órgão de controle interno. Diligência à PGDF para se manifestar acerca da situação jurídica do servidor em face do decidido naquela ação judicial. Decisão n.º 5.200/16. Nova diligência à PCDF para efetuar correções no Sirac e envidar esforços no sentido de que seja editado ato de cassação de aposentadoria do servidor, em observância ao decidido na referida ação judicial. Alerta à PGDF para que instrua os órgãos do DF sobre a necessidade de abertura de PAD para apuração imediata de irregularidades praticadas no serviço público, ainda que em trâmite ações judiciais com o mesmo objeto (civil ou penal). Interposição de pedido de reexame, em face da Decisão n.º 5.200/16. Decisão n.º 6.197/16. Conhecimento do recurso em face da Decisão n.º 5.200/16, com efeito suspensivo. Sobrestamento do exame de mérito do recurso até o deslinde do MS n.º 2016.00.2.048651-2. Ingresso de requerimento formulado pelo patrono do servidor em tela noticiando possível descumprimento da Decisão n.º 6.197/16, por parte da PCDF, com pedido para que sejam anulados os atos praticados desde então. Decisão n.º 4.616/17. Conhecimento da peça como representação. Concessão de medida cautelar no sentido de determinar à PCDF a suspensão, até ulterior deliberação, da prática de atos que importem na efetivação da cassação de aposentadoria do representante, em face do efeito suspensivo conferido pela Decisão n.º 6.197/16. Prazo para manifestação da PCDF. Ausência de manifestação. Trânsito em julgado do MS n.º 2016.00.2.048651-2. Decisão n.º 2.831/18. Diligência. **Nesta fase:** análise de mérito do pedido de reexame e da representação, em cotejamento com as informações apresentadas pela PCDF em atenção à determinação exarada nesta etapa recursal (Decisão n.º 2.831/18). Unidade instrutiva sugere: ter por atendida a Decisão n.º 2.831/18; considerar improcedente a representação; negar provimento ao pedido de reexame; e determinar à PCDF que apure, com vistas ao ressarcimento, eventuais quantias pagas indevidamente após o trânsito em julgado da ACPIA n.º 2005.01.1.055353-7. Ministério Público aquiesce. VOTO divergente, em parte. Atendimento da diligência. Improcedência da representação. Cessação dos efeitos da cautelar. Acolhimento, em parte, das razões recursais para tornar insubsistente o item II.c da Decisão n.º 5.200/16, que determinara a edição de ato de cassação da aposentadoria. Atos ímprobos praticados enquanto Diretor-

**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade**TCDF - GCMA**

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

Presidente da Codeplan. Alcance da perda da função da pública decretada pelo TJDF. Considerações sobre a matéria. Ordenamento jurídico inaugurado pela CF/88. Balanceamento de princípios e direitos de assento constitucional. Limites interpretativos de normas que restrinjam direitos. Matéria de legalidade estrita. Jurisprudência. Impossibilidade de se alcançar cargo diverso como efeito automático do que decidido pelo Poder Judiciário, a menos que conste expressamente do decreto condenatório. Reafirmação do poder-dever da Administração de apurar faltas funcionais praticadas por servidor enquanto na atividade, mediante procedimento administrativo próprio, e, em sendo o caso, aplicar as correspondentes sanções.

RELATÓRIO

Tratam os autos do ato de aposentadoria voluntária, com proventos integrais, de Durval Barbosa Rodrigues, matrícula n.º 140.852-9, no cargo de Delegado de Polícia, nos termos do art. 6º EC n.º 41/03, c/c o art. 2º da EC n.º 47/05, de acordo com o ato publicado no DODF de 23.04.12.

Por meio da Decisão n.º 5.200/16, o Tribunal deliberou por:

*"I – dar por cumprida a Decisão nº 5.139/2015; II – determinar o retorno do ato, em diligência, para que o jurisdicionado, no prazo de 30 (trinta) dias, adote as seguintes providências, juntando a documentação comprobatória na aba "Anexos e Observações": a) exclua, na aba "Tempos", campo Tempo Averbado, os períodos de 02.07.1971 a 05.04.1973 e 19.05.2006 a 31.12.2006, registrados em duplicidade; b) corrija, na aba "Histórico", o posicionamento funcional do servidor para "Delegado de Polícia - Primeira Classe"; c) **envide esforços no sentido de que seja editado ato de cassação de aposentadoria do servidor Durval Barbosa Rodrigues, a contar de 27.01.2015, assinado por autoridade competente, em observância ao trânsito em julgado da Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 2005.01.1.055353-7 - TJDF, em que o interessado foi condenado à perda de sua função pública;** III – alertar a Procuradoria-Geral do Distrito Federal para que instrua os órgãos do Distrito Federal sobre a necessidade de abertura de processo administrativo para apuração imediata de irregularidades praticadas no serviço público, conforme artigo 143 da Lei nº 8.112/90 e 211 da Lei Complementar nº 840/11, ainda que em trâmite ações judiciais com o mesmo objeto (civil ou penal), em homenagem ao princípio da independência das instâncias." (Destaquei)*

Em face da determinação constante do item II.c dessa deliberação, o interessado interpôs pedido de reexame (peça 39), o qual foi conhecido mediante a Decisão n.º 6.197/16, com efeito suspensivo (peça 43).

Todavia, na oportunidade, foi determinado o **sobrestamento** do exame de mérito do recurso até o deslinde do MS n.º 2016.00.2.048651-2, impetrado pelo interessado com vistas a suspender os efeitos da Decisão n.º 5.200//16 desta Corte de Contas (peça 32).

Mais adiante, ingressou nesta Casa requerimento formulado pelo representante legal do servidor em tela noticiando **possível descumprimento** da Decisão n.º 6.197/16, por parte da PCDF, com pedido para que fossem anulados os

**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade**TCDF - GCMA**

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

atos praticados desde então, tendo em conta o efeito suspensivo conferido pela referida deliberação (peça 72).

Em conformidade com a Decisão n.º 4.616/17 (peça 74), o requerimento foi admitido como se representação fosse, com a concessão de medida cautelar no sentido de determinar à PCDF que suspendesse, até ulterior deliberação desta Corte de Contas, a prática de atos que importassem na efetivação da cassação de aposentadoria, em face do efeito suspensivo conferido pela Decisão n.º 6.197/16. Foi oportunizado, ainda, prazo para manifestação da PCDF.

Na última assentada, o Tribunal, por meio da Decisão n.º 2.831/18 (peça 95), assim decidiu:

“O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I – tomar conhecimento: a) do expediente de peça 93 (e-DOC 4335467B-c), oriundo da Procuradoria-Geral do Distrito Federal; b) do trânsito em julgado do MS n.º 2016.00.2.048651-2, ocorrido em 25.09.17, conforme o Acórdão n.º 1.023.126 do Conselho Especial do TJDF, que denegou a segurança; II – considerar parcialmente cumprida a Decisão n.º 4.616/17; III – determinar à PCDF que, no prazo de 30 (trinta) dias, esclareça se o Processo Administrativo Disciplinar n.º 09/17 (Protocolo n.º 052.001.890/17) foi aberto com vistas a dar cumprimento à determinação constante do item II.c da Decisão n.º 5.200/16, voltada à edição de ato de cassação de aposentadoria do servidor; IV – dar ciência desta decisão ao servidor, por meio de seu representante legal, à PCDF e à PGDF; V – autorizar: a) o levantamento do sobrestamento determinado por meio do item III da Decisão n.º 6.197/16; b) o retorno dos autos à Sefipe para análise do mérito da representação, à vista das informações colhidas na diligência objeto do item III anterior, e do pedido de reexame. O Conselheiro RENATO RAINHA deixou de atuar nos autos, por força do art. 153, § 1º, do RI/TCDF. A Senhora Presidente, Conselheira ANILCEIA MACHADO, por força do art. 150 do RI/TCDF, deixou de presidir a sessão durante o julgamento deste processo.”

A unidade instrutiva, por meio da informação acostada à peça 89, no que é acompanhada, na íntegra, pelo titular da Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sefipe (peça 90), manifesta-se do seguinte modo:

“9. Em cumprimento à citada diligência, a PCDF encaminhou a este Tribunal os Ofícios nº 129/2018-Ass/DGPC (e-DOC 600C5527-c) e 192/2019-CGP (e-DOC 427A805F-c), com os devidos esclarecimentos.

10. Assim, passa-se à análise do cumprimento da diligência objeto do item III da Decisão nº 2.831/2018, da representação e do pedido de reexame.

11. Cumpre ressaltar que o pedido de reexame foi encaminhado a esta SEFIPE para análise, e não ao Núcleo de Recursos – NUREC, em razão de ter sido interposto em 2016, portanto em data anterior ao surgimento do núcleo especializado, momento no qual iniciou sua tramitação com o respectivo exame de admissibilidade nesta Secretaria.

Do cumprimento de diligência e da análise da representação

12. Por meio do Ofício nº 129/2018-Ass/DGPC (e-DOC 600C5527-c), a PCDF esclarece que o Processo Administrativo Disciplinar nº 09/17 (Protocolo nº 052.001.890/17) foi instaurado “com escopo de apurar possível cometimento de ilícito funcional imputado ao Delegado de Polícia aposentado quando em atividade, nos exatos termos do ofício da Procuradoria-Geral do Distrito Federal -



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

PGDF. Portanto, o objeto do PAD nº 09/2017-CPD/PCDF não é ultimar a cassação da aposentadoria 'com vistas a dar cumprimento a determinação constante do item II.c da Decisão nº 5.200/16' (documento anexo), mas sim apurar transgressão disciplinar".

13. Segue afirmando que o processo que trata a respeito da cassação de aposentadoria do servidor, de nº 052.000.174/2005, sobrestado em razão da Decisão nº 4.616/2017, é "de atribuição do DGP/PCDF e não da CPD/PCDF, porquanto não envolve questões disciplinares e sim o cumprimento de decisão judicial transitada em julgado que decretou a perda do cargo".

14. Destaca, ademais, que "foi o próprio TCDF quem advertiu sobre a necessidade da instauração de PAD para apurar eventual transgressão disciplinar", conforme item III da Decisão nº 5.200/2016.

15. Por meio do Ofício nº 192/2019-CGP (e-DOC 427A805F-c), a PCDF solicita "informações acerca da suspensão das apurações do PAD 09/2017-CPD, que apura possível transgressão disciplinar do Sr. Durval Barbosa Rodrigues, haja vista que o prazo de prescrição encontra-se em andamento".

16. Pelos esclarecimentos prestados pela PCDF, observa-se que o Processo Administrativo Disciplinar nº 09/17 (Protocolo nº 052.001.890/17) não foi aberto com vistas a dar cumprimento à determinação constante do item II.c da Decisão nº 5.200/16, mas com o objetivo de dar cumprimento ao item III da mesma decisão, em razão da necessidade de abertura de processo administrativo para apuração imediata de irregularidades praticadas no serviço público, conforme artigo 143 da Lei nº 8.112/90 e 211 da Lei Complementar nº 840/11, ainda que em trâmite ações judiciais com o mesmo objeto (civil ou penal), em homenagem ao princípio da independência das instâncias.

17. Segundo o citado princípio, as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si, afastando-se a responsabilidade administrativa apenas no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria, o que não ocorreu nos autos em epígrafe.

18. Observe-se que a apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, de irregularidades no serviço público de que tenha ciência é dever da autoridade administrativa superior, constituindo-se em ato vinculado, não cabendo a este a avaliação quanto a conveniência e/ou oportunidade da apuração, conforme aponta o artigo 143 da Lei nº 8.112/90.

19. Nesse sentido, a sindicância e, eventualmente, o processo administrativo disciplinar deveriam ter sido instaurados quando do conhecimento pela autoridade superior da possível prática de crimes contra a Administração Pública e/ou de atos de improbidade administrativa, ambos elencados no artigo 132, incisos I e IV, da Lei nº 8.112/90 como condutas a ensejar a penalidade de demissão, com possível conversão em cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ex vi do artigo 134 da citada lei.

20. Outrossim, o próprio Código Penal Brasileiro tipifica como crime, em seu artigo 320, a conduta de deixar o funcionário público, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente, com pena de detenção de quinze dias a um mês ou multa.

21. Assim, indispensável a abertura de processo administrativo em casos que tais, em face dos crimes contra a Administração Pública e dos atos de improbidade administrativa supostamente praticados e que são objeto de processos civis e



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

criminais em trâmite no TJDF.

22. Registre-se, todavia, que a abertura tempestiva de processo de apuração pela Administração Pública não a exime, em nenhuma hipótese, do cumprimento de decisão judicial, podendo o servidor ser apenado em qualquer dessas instâncias.

23. Dessa forma, diante dos esclarecimentos prestados pela PCDF em cumprimento ao item III da Decisão nº 2.831/2018, pode-se considerar improcedente a representação em apreço, com a consequente revogação da medida cautelar objeto da Decisão nº 4.616/2017.

Do pedido de reexame

24. Preliminarmente, o recorrente sustenta que os atos que deram causa à perda da função pública no âmbito do Judiciário foram praticados no exercício da função de Diretor-Presidente da CODEPLAN, e não como Delegado de Polícia.

25. Faz juntada de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP segundo os quais a perda da função pública atinge apenas a função na qual o ato de improbidade fora praticado. Assim, considera que a manutenção dos termos da Decisão nº 5.200/2016 configura julgamento extra petita, vedado pelo ordenamento jurídico, na medida em que restou consignado na sentença, confirmada pelo colegiado do TJDF, que a perda é “DA” função pública, e não “DE” cargo público.

26. Ato contínuo, destaca que a aposentadoria que foi considerada ilegal pelo Tribunal, nos autos do Processo nº 18.827/2007, mediante Decisão nº 1.355/2012, publicada no DODF de 19/04/2012, refere-se àquela decorrente da publicação da Portaria de 10/02/2005. Assim, quando instaurada a ação por ato de improbidade administrativa em 01/06/2005, por ato praticado no exercício da função de Diretor-Presidente da CODEPLAN, o servidor já estava aposentado no cargo de Delegado de Polícia.

27. Assevera que a novel aposentadoria de que trata estes autos haveria de ser analisada no bojo do Processo nº 18.827/2007. Entretanto, foram autuados novos autos, com designação de novo relator, o que, a seu juízo, configura afronta ao Código de Processo Civil, tornando imprópria, desde o seu nascedouro, a instrução do feito.

28. Outro ponto que considera irregular diz respeito ao fato de que a Conselheira Anilcéia Machado se declarou impossibilitada de participar do anterior julgamento da aposentação do recorrente, nos termos da Decisão nº 1.355/2012 (Processo nº 18.827/2007). No entanto, participou ativamente do julgado na Decisão nº 5.200/2016 (Processo nº 28.185/2015), o que revela ofensa ao art. 145 do CPC e à Resolução nº 38 do próprio TCDF, tornando totalmente ilegal e nulo o referido decisor.

29. Destaca também como irregular a ausência de contraditório e ampla defesa no curso do Processo nº 28.185/2015, sob argumento defendido pelo corpo técnico de que qualquer resultado a que se chegasse na análise da defesa não teria o condão de modificar a sentença condenatória proferida no bojo da Ação Civil Pública. Todavia, entende que o direito de defesa na ação de improbidade administrativa não se comunica com o direito de defesa nestes autos, vez que lá diz respeito ao mérito e não ao cumprimento do julgado.

30. Alega, ainda, ausência de fundamentação legal do voto condutor da Decisão nº 5.200/2016 e ofensa ao ato jurídico perfeito, na medida em que preenchia, à época da aposentação, todos os requisitos legais exigidos, tornando-se o ato



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

insuscetível de modificação posterior, vez que incorporado ao seu patrimônio jurídico. Ademais, a cassação de sua aposentadoria não teria sido objeto da sentença judicial desfavorável ao autor.

31. Por fim, levanta a prescrição declarada no âmbito da Ação Penal nº 2009.01.1.193018-5, que, a seu juízo, converte-se em decadência no âmbito administrativo, bem como alega o caráter alimentar dos estípendios vertidos em pensão alimentícia aos filhos menores.

32. Ao final requer a nulidade do Processo nº 28.185/2015, em razão dos argumentos expostos.

33. De fato, os atos que deram causa à penalidade de perda da função pública decretada pelo Poder Judiciário foram praticados enquanto Diretor-Presidente da CODEPLAN, e não como Delegado de Polícia.

34. Entretanto, apesar de o recorrente trazer à baila julgado único do TJSP, que afirma ser paradigma de entendimento jurisprudencial pacífico, o tema é controverso mesmo no âmbito do STJ, que possui diferentes decisões advindas da Primeira Seção (Primeira e Segunda Turmas), responsável pelos julgamentos que envolvem o Direito Público.

35. Enquanto a Primeira Turma defende, de forma não unânime, interpretação restritiva ao artigo 12 da Lei n. 8.429/1992, encontrando-se a penalidade de perda da função pública restrita ao cargo que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita, a Segunda Turma possui entendimento diametralmente oposto, no sentido de que a citada penalidade visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função.

36. No REsp 1.766.149/RJ (Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 01.02.2019), a Ministra Relatora defendeu ser necessária a reflexão mais apurada a respeito da interpretação restritiva que a Primeira Turma vem dando sobre a questão, colacionando julgados da Segunda Turma do STJ e doutrina do Ministro Teoria Zavascki sobre o tema. Pugnou, assim, pela não vinculação da penalidade à função exercida pelo agente público à época em que praticou o ato de improbidade administrativa reconhecido na sentença judicial.

37. Pede-se vênia para transcrever excertos de seu voto:

Isso porque o maior bem jurídico tutelado pela Lei n. 8.429/92 é a probidade na Administração Pública, ou seja, busca-se, por meio desse comando normativo, afastar das relações com o Poder Público aquele cujo comportamento mostrou-se incompatível no trato da coisa pública, independentemente do cargo que ocupe quando da execução da condenação.

Sobre o assunto, eis os ensinamentos do saudoso Ministro desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki: [...]

Além do mais, saliente-se que, em observância aos ditames constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, o art. 20 da LIA estabelece que "a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença"; vale dizer, não é possível a execução provisória da sanção de perda do cargo. [...]

Dessarte, creio que a orientação no sentido de a sanção da perda do cargo público recair exclusivamente sobre aquele que serviu de instrumento para a prática da conduta caracterizada como ímproba, não alcançando o ocupado quando do trânsito em julgado da ação, compromete o objetivo maior da Lei n. 8.429/92, que é o de impedir a permanência daquele agente cujo comportamento evidenciou-se



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

incompatível com os ditames da probidade na Administração, qualidade essencial para a garantia de um Estado Democrático de Direito.

38. Entretanto, seguindo voto divergente do Ministro Gurgel de Faria, a Primeira Turma manteve o entendimento no sentido de que a sanção de perda da função pública, prevista entre aquelas do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, está relacionada ao cargo que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita.

39. Por sua vez, a Segunda Turma do STJ possui julgados que tratam da matéria diferentemente, a exemplo do REsp 924.439/RJ (Rel. Ministra Eliana Calmon) e do REsp 1.069.603/RO (Rel. Ministro Humberto Martins).

40. No citado REsp 924.439/RJ, discutiu-se se a sanção de perda da função pública restringe-se ao cargo ocupado por ocasião da prática do ato ímprobo, ou atinge qualquer vínculo que o réu tenha com a Administração Pública por ocasião do trânsito em julgado da decisão judicial.

41. Primeiramente, a Relatora Ministra Eliana Calmon definiu função pública como “toda atividade exercida por pessoa física, ainda que transitoriamente e sem remuneração, investida na categoria de agente pública por eleição, nomeação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função, na Administração Pública direta, indireta ou fundacional dos entes da Federação e dos poderes estatais, em empresas incorporadas ao patrimônio público ou em entidades para cuja criação, ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual”.

42. Em seguida, realizou estudo teleológico da Lei de Improbidade Administrativa para concluir que a sanção discutida (perda da função pública) não pode se restringir à função exercida pelo agente público à época da prática do ato, uma vez que seu objetivo é desligar da Administração Pública os que exibiram inidoneidade moral e desvio ético:

A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida.

*A partir dessa premissa é possível concluir que **a intenção do legislador ao prever a sanção de perda da função pública é de extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública.***

Assim, não é razoável entendermos que a referida sanção incide apenas sobre a função exercida pelo agente público à época em que praticou o ato de improbidade administrativa reconhecido na sentença judicial, mas abrange qualquer função pública que ele esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível.

[...]

*Em adição, **destaca-se que o diploma legal em análise não faz menção à perda da função contemporânea ao ato ímprobo.*** (sem grifos no original)

43. Nesse sentido, a Segunda Turma do STJ, por unanimidade, acatou o voto da Ministra Relatora, dando origem ao acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 12 DA LEI 8.429/1992 – PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA – ABRANGÊNCIA DA SANÇÃO – PARÂMETROS: EXTENSÃO DOS DANOS CAUSADOS E PROVEITO OBTIDO – SÚMULA 7/STJ – RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem deixou de condenar o agente na



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

perda da função pública, sob o fundamento de que o mesmo não mais se encontrava no exercício do cargo, no qual cometeu os atos de improbidade administrativa.

2. A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida.

3. A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irrecorrível.

4. A simples configuração do ato de improbidade administrativa não implica condenação automática da perda da função pública, pois a fixação das penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 deve considerar a extensão do dano e o proveito obtido pelo agente, conforme os parâmetros disciplinados no parágrafo único desse dispositivo legal. Precedente do STJ.

5. É indispensável que se faça uma valoração da extensão dos danos causados, bem como do proveito obtido pelo agente, ao aplicar a sanção de perda da função pública. Análise obstaculizada, em recurso especial, em razão da Súmula 7/STJ.

6. Recurso especial provido, para determinar o retorno dos autos à origem, para que se verifique a possibilidade de condenação do recorrido na perda da função pública.

(REsp 924.439/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.08.2009) (sem grifos no original)

44. Por sua vez, por meio do REsp 1.069.603/RO, discutiu-se igualmente os efeitos da pena de perda da função pública elencada no artigo 12 da Lei nº 8.429/1992, mas sob diferente viés: se a mesma se limita à proibição do exercício da função até então desempenhada pelo agente ímprobo, ou acarreta a perda do direito de ocupar o cargo público por meio do qual a desempenhava.

45. Na ocasião, cuidou-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal - MPF em que defendia que a perda da função pública seria expressão abrangente que não se limitaria à função em si, mas englobaria a hipótese de perda do emprego e/ou do cargo público, sob pena de restrição ao alcance da Lei de Improbidade Administrativa.

46. Pede-se vênia para transcrever excerto do voto do Ministro Relator Humberto Martins, que deu provimento ao recurso especial, acatando a tese do MPF:

*Percebe-se, nitidamente, que a **sanção de perda da função pública** pela prática de ato de improbidade, na verdade, **afeta o vínculo jurídico** que o agente mantém com a Administração Pública, **seja qual for a sua natureza; o mesmo vínculo que o legitima ao exercício da função pública que não mais poderá exercer.***

*A embasar esse entendimento, deve-se notar que a intenção da Constituição Federal e a da Lei é **afastar todo e qualquer agente ímprobo da Administração Pública**, daí porque também se prevê a possibilidade de suspensão dos direitos políticos de 3 a 10 anos, conforme o ato ímprobo praticado. É que, dessa forma, por exemplo, caso o agente seja político, no final de mandato, a sanção de perda da função pública não será inócua, uma vez que o pleno exercício dos direitos políticos é uma das condições de elegibilidade (art. 14, § 3º, II, da CF-1988); e, de consequência, além de não mais poder desempenhar a função pública decorrente do cargo para o qual fora eleito, não mais poderá o agente ímprobo ser eleito para outro mandato que esteja compreendido no período de suspensão de seus direitos políticos.*

[...]



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

Nessa linha, se a sanção da perda da função pública aplicada a agente político detentor de cargo eletivo é a perda do mandato, o que se confunde com a perda do próprio do cargo, não se mostra razoável, e até mesmo possível, entender que um servidor público, ocupante de cargo público, perderá tão somente o direito de exercer a função pública que decorre do exercício do seu cargo.

Esse entendimento, data vênua, militaria contra a própria Administração Pública, uma vez que admitir-se-ia a existência de um cargo público cujas atribuições não poderiam ser exercidas pelo servidor que o ocupa.

*Não se pode, pois, chegar a outra conclusão senão a de que **o art. 12 da Lei n. 8.429/1992 se refere à extinção do vínculo jurídico entre o agente e a Administração Pública**, de tal sorte que, se o caso de improbidade se referir a servidor público, ele perderá o direito de ocupar o cargo público, o qual lhe proporcionava desempenhar a função pública correlata.*

Ainda como reforço de argumento, vale citar o art. 41, § 1º, I, da Constituição Federal ("o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado") combinado com o art. 132, IV, da Lei n. 8.112/1990 ("a demissão será aplicada no caso de improbidade administrativa"), os quais vêm a corroborar que a intenção do legislador, quanto à sanção de perda da função pública do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, refere-se à perda do próprio cargo ocupado pelo agente ímprobo.

47. Seguindo o entendimento do Ministro Relator, a Segunda Turma do STJ, novamente por unanimidade, prolatou o acórdão assim ementado:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 12 DA LEI N. 8.429/1992. PENA DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DOS SEUS EFEITOS.

1. Não se discute nos autos a caracterização de ato de improbidade em razão da acumulação ilegal de cargos públicos.

2. Recurso especial no qual se discute se a sanção de perda da função pública se limita à proibição do exercício da função até então desempenhada pelo agente ímprobo, ou acarreta a perda do direito de ocupar o cargo público por meio do qual a desempenhava.

3. O art. 12 da Lei n. 8.429/1992, quanto à sanção de perda da função pública, refere-se à extinção do vínculo jurídico entre o agente ímprobo e a Administração Pública, de tal sorte que, se o caso de improbidade se referir a servidor público, ele perderá o direito de ocupar o cargo público, o qual lhe proporcionava desempenhar a função pública correlata, que não mais poderá exercer.

Recurso especial provido para cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença.

(REsp 1.069.603/RO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 21.11.2014) (sem grifos no original)

48. Nesse mesmo sentido o Agravo Interno no REsp 1.701.967/RS (Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.09.2018).

49. Dessa forma, apesar de haver julgados do TJSP e da Primeira Turma do STJ, por maioria, segundo os quais a perda da função pública atinge apenas a função na qual o ato de improbidade fora praticado, há julgados unânimes da Segunda Turma do STJ que apontam para uma concepção ampla de função pública, afetando o vínculo jurídico que o agente mantém com a Administração Pública, seja qual for a sua natureza, uma vez que o objetivo da Lei de Improbidade é extirpar aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético, conforme demonstrado nos parágrafos precedentes.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

50. Quanto ao fato de o servidor se encontrar aposentado quando da instauração da ação judicial que culminou na decretação da perda da função pública, a questão foi discutida por essa Unidade Técnica na informação de 11.07.2016 (eDOC 0EF5178E-e).

51. Com efeito, diferentemente do alegado pelo recorrente, a jurisprudência sobre a possibilidade de conversão da pena de perda da função pública, aplicada em sede de ação de improbidade administrativa, em cassação de aposentadoria mais uma vez não é majoritária pela impossibilidade, mas ainda é vacilante no âmbito do STJ, que possui decisões antagônicas advindas das Turmas da Primeira Seção, sob os mesmos fundamentos apresentados nos parágrafos precedentes.

52. Observa-se que a Primeira Turma do STJ defende a impossibilidade da aplicação da pena de cassação de aposentadoria em sede de ação de improbidade administrativa, sob o fundamento de que “o art. 12 da Lei 8.429/92, quando cuida das sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometem atos de improbidade administrativa, não contempla a cassação de aposentadoria, mas tão só a perda da função pública. As normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva” (AgInt no REsp 1.643.337/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25.04.2018; REsp 1.564.682/RO, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 14.12.2015; entre outros).

53. Por sua vez, a Segunda Turma do STJ possui entendimento contrário, pugnano pela possibilidade de cassação de aposentadoria, uma vez que constituiria consequência lógica da condenação à perda da função pública. Assim, “a ausência de previsão expressa da pena de cassação de aposentadoria na Lei de Improbidade Administrativa não constitui óbice à sua aplicação na hipótese de servidor aposentado, condenado judicialmente pela prática de atos de improbidade administrativa” (AgInt no REsp 1.628.455/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 12/03/2018; AgRg no AREsp 826.114/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25/05/2016; entre outros).

54. Tal entendimento foi recentemente adotado pela Ministra Assusete Magalhães, integrante da Segunda Turma do STJ, em decisão monocrática no REsp 1.451.449/DF (publicado em 23.11.2018), que tratou a respeito de condutas ímprobas praticadas por Delegado de Polícia. Esclareceu a Ministra que “não se pode olvidar da possibilidade de aplicação da pena de cassação de aposentadoria, ainda que não haja previsão expressa na Lei n. 8.429/92, na medida em que se apresenta como uma decorrência lógica da perda de cargo público, sanção essa última expressamente prevista no referido texto legal”.

55. Ademais, interessante notar que, apesar da divergência entre a Primeira e a Segunda Turma do STJ, a Primeira Seção do Tribunal já se manifestou pela possibilidade da cassação de aposentadoria (MS 20.444/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/11/2013, DJe 11/3/2014).

56. Reforça as teses defendidas pela Segunda Turma do STJ o disposto no parágrafo único do artigo 137 da Lei nº 8.112/90, no sentido de que não poderá retornar ao serviço público o servidor que for demitido (ou destituído do cargo em comissão) em razão de crime contra a administração pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e corrupção.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

57. Se o servidor demitido em razão de improbidade administrativa não poderá jamais retornar ao serviço público, igualmente não se pode permitir a permanência do vínculo de servidor que tenha cometido as mesmas irregularidades e se aposentado posteriormente, tendo em vista que o bem tutelado é a moralidade administrativa e que os efeitos citados decorrem da comprovação da prática de condutas específicas tidas como incompatíveis com os princípios que regem a Administração Pública, e não da mera aplicação da penalidade em si.

58. Ainda, não se pode conceber que o direito constitucional à aposentadoria possua o condão de anistiar condutas irregulares praticadas pelos servidores na atividade ou mesmo de antecipar o termo final da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública.

59. Pela possibilidade de cassação de aposentadoria em razão de condenação por improbidade administrativa é a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, segundo os quais:

[...] é irrelevante que o ilícito, verbi gratia, tenha sido praticado em detrimento de um ente municipal e o agente, por ocasião da aplicação da sanção, mantenha uma relação funcional com a administração estadual, pois a dissolução deverá abranger todos os vínculos mantidos com o Poder Público, designativo que abrange os sujeitos passivos dos atos de improbidade.

60. Seguem os autores afirmando que, tratando-se de agente público aposentado antes da prolação da sentença condenatória:

[...] haverá de ser cancelado o vínculo de ordem previdenciária existente com o Poder Público, o qual nada mais é do que a continuidade do vínculo existente por ocasião da prática dos atos de improbidade, tendo ocorrido unicamente a modificação da situação jurídica de ativo para inativo.

61. Quanto ao tema, merece destaque ainda excerto de artigo publicado na Revista de Informações Legislativas do Senado Federal que tratou da constitucionalidade da penalidade administrativa de cassação de aposentadoria:

*Em outro sentido, a extinção da pena de cassação traria também um estímulo à prática de atos de improbidade administrativa por servidores já com os requisitos para requerer a aposentadoria, mas que se mantêm no cargo em virtude do abono de permanência, disposto no art. 40, §19, da Constituição. Como existe a certeza de que o servidor não terá a sua aposentadoria cassada, **bastaria que o indivíduo, ao menor sinal de ser suspeito de praticar ilícito, requisitasse o seu direito de aposentação** e, com isso, escapasse de possível processo administrativo disciplinar. A eliminação da pena, portanto, geraria um maior incentivo à prática de ilícitos na Administração Pública, em especial para servidores já com direito à aposentadoria. (sem grifos no original)*

62. Ademais, importa salientar que esta e. Corte de Contas já se manifestou, em caso semelhante analisado nos autos do Processo nº 8.280/2006, pela possibilidade de cassação de aposentadoria em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado, nos termos da Decisão nº 5.979/2011. Apesar de se tratar de processo penal, e não de processo civil por improbidade administrativa, entende-se que os fundamentos para aplicação da penalidade analisada são os mesmos, uma vez que a lei penal também não prevê expressamente a cassação de aposentadoria e a sentença penal condenatória, de forma semelhante, impôs ao réu a perda do cargo público, e não a citada cassação.

63. Com relação ao fato de que o servidor já estava aposentado no cargo de Delegado de Polícia quando instaurada a ação por ato de improbidade



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

administrativa, observe-se que o citado ato de aposentadoria foi considerado ilegal por este Tribunal por meio da Decisão nº 1.355/2012, sendo publicada nova aposentadoria no DODF de 23.04.2012.

64. Assim, apesar de os fundamentos carreados nos parágrafos precedentes serem perfeitamente aplicáveis ainda que o servidor tenha se aposentado antes de instaurada a ação por ato de improbidade administrativa, em razão da interpretação ampla dada ao termo “função pública” constante do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, que abrange qualquer vínculo com a Administração Pública, entende-se que não se pode conferir a um ato considerado ilegal (aposentadoria publicada em 10.02.2005), que em regra não gera efeitos e é eliminado do mundo jurídico com efeitos *ex tunc*, o efeito de tornar tábula rasa tanto a sentença condenatória quanto o disposto na Lei nº 8.429/1992.

65. No que se refere à prevenção arguida, que tornaria nula a instrução do feito por atribuir a novo relator a distribuição da presente concessão, Daniel Amorim define a prevenção como:

[...] fenômeno de extrema importância na eventualidade de existirem duas ou mais ações conexas, havendo a reunião de todas perante um mesmo juízo, para que neste seja proferida decisão sobre todas (que a doutrina entende, inclusive, poder ser feito por meio de apenas uma sentença) em prol do princípio da harmonia das decisões.

66. Segue afirmando que “a função da prevenção nas hipóteses de reunião por conexão é definir em qual juízo as ações serão reunidas, ou seja, determinar qual juízo irá concentrar as ações sob seu comando, e ao final decidi-las”.

67. Por sua vez, a conexão encontra-se definida no artigo 55 do CPC/2015, reputando-se conexas 02 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o **pedido** ou a **causa de pedir**. Ademais, estabelece seu § 1º que “os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, **salvo se um deles já houver sido sentenciado**”.

68. Aplicando-se, *mutatis mutandis*, tal raciocínio ao presente processo administrativo, observa-se que seu objeto relaciona-se ao controle de legalidade de atos administrativos, não cabendo falar em conexão uma vez que os Processos nº 18.827/2007 e 28.185/2015 tratam de atos administrativos distintos, com fundamentos diversos, um publicado em 2005, já julgado ilegal por este Tribunal (Decisão nº 1.355/2012) e arquivado, e outro publicado em 2012, em análise nos presentes autos.

69. Assim, não havendo identidade entre o pedido e a causa de pedir, ou no presente caso entre os objetos de análise, mas apenas entre os beneficiários dos atos sujeitos ao controle deste Tribunal, e tendo em vista, ainda, o julgamento e arquivamento do Processo nº 18.827/2007 em 2012, não há que se falar em conexão, tampouco em prevenção do relator, a ensejar a nulidade da presente instrução processual.

70. Defende o recorrente, ainda, a nulidade da Decisão nº 5.200/2016, em razão da participação da Conselheira Anilcéia Machado, que havia se declarado impossibilitada de participar de julgamento no Processo nº 18.827/2007 que resultou na Decisão nº 1.355/2012.

71. Observe-se que o Conselheiro Ronaldo Costa Couto, quando do julgamento que resultou na Decisão nº 1.355/2012, havia se declarado impedido, enquanto a Conselheira Anilcéia Machado, juntamente com o Conselheiro Renato Rainha, declararam-se suspeitos por motivo de foro íntimo, por força do art. 16, VIII, do



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

RI/TCDF (atuais artigos 152 e 153 do RI/TCDF – Resolução nº 296/2016), c/c o art. 135, parágrafo único, do CPC (atual artigo 145, § 1º, do CPC/2015).

72. Como é cediço, nas causas que ensejam o impedimento (art. 152 do RI/TCDF e art. 144 do CPC/2015), de caráter objetivo, há presunção absoluta de parcialidade do julgador, relacionadas a preceitos de ordem pública, razão pela qual entende-se que podem ser arguidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, entendimento reproduzido pelo art. 152, § 4º, do RI/TCDF, sendo causa, inclusive, de ação rescisória (art. 966, inciso II, do CPC/2015).

73. Por outro lado, nas hipóteses de suspeição (art. 153 do RI/TCDF e art. 145 do CPC/2015), de caráter subjetivo, há apenas presunção relativa de parcialidade, que admite prova em contrário, razão pela qual deve ser alegada na primeira oportunidade ou no prazo de 15 (quinze) dias a contar do conhecimento do fato, sob pena de preclusão, nos termos do artigo 153, § 3º, do RI/TCDF e do artigo 146 do CPC/2015.

74. Ainda, possuindo caráter subjetivo e tendo ocorrido por motivo de foro íntimo, as causas de suspeição podem se modificar ao longo do tempo, sobretudo passados mais de 04 (quatro) anos entre as citadas decisões, cabendo ao julgador declarar sua permanência ou ao interessado comprovar sua ocorrência.

75. Dessa forma, observa-se que o recorrente não mostra, claramente, a razão objetiva que impediria a participação da Conselheira no julgamento que resultou na decisão recorrida, tampouco demonstra eventual causa subjetiva que ensejaria sua suspeição nos presentes autos, que, conforme debatido alhures, não possui conexão com o Processo nº 18.827/2007, apesar de ter o mesmo interessado.

76. Quanto ao ato jurídico perfeito de aposentadoria e à ausência de contraditório e de ampla defesa alegados pelo recorrente, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento pacífico no sentido de considerar que o ato de aposentadoria consubstancia ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o registro perante o Tribunal de Contas.

77. Consequentemente, não se operaria a decadência antes do respectivo registro pela Corte de Contas, tampouco haveria que se falar em contraditório e ampla defesa antes de completo o ciclo de formação do ato administrativo, conforme expressa o enunciado da Súmula Vinculante nº 3, in verbis:

*Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, **excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.***

78. Ad argumentandum tantum, ainda que se entenda necessária a concessão do contraditório e da ampla defesa nos presentes autos, tais manifestações limitar-se-iam ao ato concessório de aposentadoria publicado no DODF 23.04.2012, e não às condutas de improbidade administrativa apuradas no bojo da Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 2005.01.1.055353-7 - TJDFT, em que o interessado foi condenado à perda de sua função pública, tendo este Tribunal apenas determinado o cumprimento da sentença (item “II.c” da Decisão nº 5.200/2016).

79. Nesse sentido, dispõe o artigo 185 da LC nº 840/11 que “a perda do cargo público ou a cassação de aposentadoria determinada em decisão judicial transitada em julgado dispensa a instauração de processo disciplinar e deve ser declarada pela autoridade competente para fazer a nomeação”. Apesar de tratar de estatuto jurídico não aplicável ao servidor, o citado dispositivo demonstra o entendimento pela dispensa da instauração de processo disciplinar para



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

cumprimento de decisão judicial transitada em julgado no âmbito do Distrito Federal.

80. Ademais, importante mencionar mais uma vez a ressalva feita pelo representante do MPJTCDF (e-DOC 3122DDF0-e) nos presentes autos:

*[...] sequer o Pedido de Reexame, pendente de apreciação no âmbito do TCDF, tem o condão de afastar o imediato cumprimento, pela PCDF, da condenação, já transitada em julgado há mais de 3 (três) anos (conforme § 19), sob pena de se fazer **tabula rasa** a própria decisão judicial condenatória, visto que mesmo que já houvesse ocorrido o registro de legalidade da inativação em apreço, tal fator não impediria o cumprimento da Sentença Judicial definitiva (com: perda da função pública/cassação da aposentadoria).*

81. Observa-se, portanto, que não cabe a rediscussão nos presentes autos das razões de fato e de direito que ensejaram a aplicação, por meio de decisão judicial transitada em julgado, da penalidade de perda da função pública ao recorrente, mas apenas o cumprimento da sentença por parte da Administração Pública.

82. Ademais, por força do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, sempre há a possibilidade de o servidor levar à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito subjetivo que entenda ter ocorrido. Tal direito, inclusive, foi exercido pelo recorrente conforme se observa do MS nº 2016.00.2.048651-2, transitado em julgado desfavoravelmente ao mesmo, impetrado contra a decisão recorrida (Decisão nº 5.200/2016).

83. Com relação à suposta ausência de fundamentação legal do voto condutor da decisão recorrida, observe-se que o Conselheiro Relator utilizou-se de fundamentação per relationem para motivar seu posicionamento, reproduzindo todos os fundamentos esposados pelo Corpo Técnico e pelo MPJTCDF que levaram à Decisão nº 5.200/2016 em seu relatório/voto.

84. Apesar de criticada pela doutrina com o advento do CPC/2015, a citada técnica de fundamentação tem sido considerada compatível com o novo codex processual civil pelo STF e pelo STJ (REsp nº 1.570.427/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 2.9.2016, RMS 50.400/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, DJE de 10.5.2017 e AgInt no AREsp 128.086/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJE de 21.2.2017). Nesse sentido o REsp nº 1.426.406/MT:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE RAZÕES SOBRE A NULIDADE DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 CONFIGURADA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil/1973.

2. O acórdão recorrido, na hipótese, foi omisso, uma vez que, a despeito da oposição de embargos de declaração - pela ausência de motivação sobre a nulidade do contrato de compra e venda de imóvel rural -, não se manifestou de forma satisfatória sobre os pontos fundamentais articulados.

3. **É pacífico no âmbito do STF e do STJ o entendimento de ser possível a fundamentação per relationem ou por referência ou por remissão, não se cogitando nulidade ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, desde que os fundamentos existentes aliunde sejam reproduzidos no julgado definitivo (principal), o que, como visto, não ocorreu na espécie.**

4. O enfrentamento da questão ventilada nos embargos de declaração é absolutamente insuperável e não pode ser engendrado pela primeira vez nesta Corte, principalmente pelo óbice das Súmulas 5 e 7 do STJ.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

5. Recurso especial provido.

(Recurso Especial nº 1.426.406/MT, Rel. Min. Marco Muzzi, Relator designado Min. Luís Felipe Salomão, DJE de 11.5.2017) (sem grifos no original).

85. Dessa forma, observa-se não haver a afronta ao artigo 489 do CPC/2015 ou à Constituição Federal, tendo em vista o entendimento consolidado no STJ e no STF sobre a possibilidade de utilização da fundamentação por referência, ainda que posteriormente ao CPC/2015.

86. Por fim, quanto à prescrição declarada no âmbito da Ação Penal nº 2009.01.1.193018-5, de fato a mesma afeta o âmbito administrativo, uma vez que, conforme artigo 142, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime. Dessa forma, uma vez prescrita a pretensão punitiva no âmbito penal e ainda não aplicada a penalidade no âmbito administrativo pela mesma infração, restaria o reconhecimento da decadência pela Administração Pública.

87. Ocorre que a prescrição alegada se deu em processo diverso da Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 2005.01.1.055353-7 – TJDF, cuja sentença tenta-se dar cumprimento.

88. Frise-se que o recorrente é réu em 37 processos no TJDF, entre ações civis de improbidade administrativa e ações penais, por diversas condutas tipificadas no Código Penal, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei nº 8.112/1990, não cabendo falar em decadência em razão do reconhecimento de prescrição em apenas uma dessas ações, permanecendo a necessidade de cumprimento das decisões que já foram e que serão proferidas pelo Poder Judiciário e, eventualmente, de apuração administrativa das demais condutas atribuídas ao servidor.

89. Desse modo, entende-se que deve ser negado provimento ao pedido de reexame apresentado pelo interessado, por meio de seu representante legal.

90. Tendo em vista o alerta contido no item II.b da Decisão nº 6.197/2016, cumpre ressaltar o entendimento consubstanciado no item I da Decisão nº 5.807/2015, exarada no Processo nº 21.624/2012, no sentido de que o efeito suspensivo não exime o recorrente da devolução dos valores porventura percebidos.

91. Além disso, nos termos da Decisão nº 661/2015, prolatada no bojo do Processo nº 22.875/2014, que tratou de estudos especiais, as quantias indevidamente percebidas por servidores (ativos ou inativos) e pensionistas em virtude de decisão judicial estão sujeitas à repetição, salvo se o pagamento tiver sido decorrente de: 1) decisão judicial transitada em julgado, mas desconstituída por força de ação rescisória (ou qualquer outra modalidade de demanda que revogue ou torne sem efeito a decisão original); 2) sentença confirmada em segunda instância (dupla conformidade, portanto), mas reformada por um dos Tribunais Superiores, quando da análise do Recurso Especial ou do Recurso Extraordinário.

92. Portanto, se as quantias indevidamente percebidas pelo servidor em virtude de decisão judicial precária ou não confirmada em segunda instância estão sujeitas à repetição, com maior razão estarão sujeitas a ressarcimento as quantias percebidas em contrariedade à decisão judicial proferida em 31.03.2014, confirmada em segunda instância (dupla conformidade) em 19.11.2014 e transitada em julgado em 27.01.2015, em prejuízo do servidor, momento a partir do qual se efetiva a penalidade de perda da função pública, nos termos do artigo 20 da Lei nº 8.429/1992.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

93. Destarte, deve o jurisdicionado apurar, com vistas ao ressarcimento ao erário, as eventuais quantias pagas indevidamente após o trânsito em julgado da Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 2005.01.1.055353-7 – TJDFT, em 27.01.2015, data a contar da qual deve ser editado o respectivo ato de cassação de aposentadoria, nos termos do item “II.c” da Decisão nº 5.200/2016.”

Sugere, assim, ao egrégio Plenário:

“I. ter por cumprida a Decisão nº 2.831/2018;

II. tomar conhecimento dos Ofícios nº 129/2018-Ass/DGPC e 192/2019CGP;

III. considerar improcedente a representação em apreço;

IV. revogar a medida cautelar objeto da Decisão nº 4.616/2017, que determinou à Polícia Civil do Distrito Federal a suspensão da prática de atos que importassem na efetivação da cassação de aposentadoria do representante;

V. negar provimento ao pedido de reexame interposto por **DURVAL BARBOSA RODRIGUES**, por meio de seu representante legal, contra a Decisão nº 5.200/2016;

VI. determinar ao Diretor Geral da Polícia Civil do Distrito Federal que, no prazo de 10 (dez) dias, adote as seguintes providências:

a. cumpra o item II.c da Decisão nº 5.200/2016, no sentido de que seja editado ato de cassação de aposentadoria do servidor Durval Barbosa Rodrigues, a contar de 27.01.2015, assinado por autoridade competente, em observância ao trânsito em julgado da Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 2005.01.1.055353-7 - TJDFT, em que o interessado foi condenado à perda de sua função pública;

b. no sistema SIRAC-Concessões, solicitar a devolução do ato nº 001690-5 para fins de anulação, em razão do item anterior;

c. apure, com vistas ao ressarcimento ao erário, as eventuais quantias pagas indevidamente após o trânsito em julgado da Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 2005.01.1.055353-7 – TJDFT, em 27.01.2015, tendo em vista o alerta contido no item II.b da Decisão nº 6.197/2016, a determinação contida no item II.c da Decisão nº 5.200/2016, o artigo 20 da Lei nº 8.429/1992 e os entendimentos consubstanciados no item I da Decisão nº 5.807/2015 e na Decisão nº 661/2015;

VII. dar ciência da decisão que vier a ser adotada ao servidor, por meio de seu representante legal, à Polícia Civil do Distrito Federal e à Procuradoria-Geral do Distrito Federal;

VIII. autorizar a devolução do presente feito a esta Secretaria, para os devidos fins.”

O Ministério Público junto ao TCDF, representado pela Procuradora Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, nos termos do Parecer n.º 280/19-CF (peça 103), endossa as conclusões e sugestões da unidade instrutiva, sendo de destacar o seguinte trecho do referido opinativo:

“6. Retornam os autos objetivando a verificação do cumprimento da decisão anterior. Encaminhadas as justificativas pela PCDF, manifesta-se a instrução, conclusivamente:

(...)



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

7. Quanto ao mérito da Representação, o Ministério Público de Contas já se manifestou pela sua improcedência, posição essa que se ratifica nessa oportunidade, em linha com a conclusão externada pela SEFIPE (parecer nº 279/2018 – DA):

27. Portanto, no entender Ministerial, sequer o Pedido de Reexame, pendente de apreciação no âmbito do TCDF, tem o condão de afastar o imediato cumprimento, pela PCDF, da condenação, já transitada em julgado há mais de 3 (três) anos (conforme § 19), sob pena de se fazer tabula rasa a própria decisão judicial condenatória, visto que mesmo que já houvesse ocorrido o registro de legalidade da inativação em apreço, tal fator não impediria o cumprimento da Sentença Judicial definitiva (com: perda da função pública/cassação da aposentadoria).

28. Pelo exposto, com a ressalva e adendo anterior, opina este Parquet especializado pelo acolhimento das sugestões ofertadas pela SEFIPE.

8. Quanto ao Pedido de Reexame, melhor sorte não assiste ao recorrente. senão vejamos:

9. Indica o recorrente inicialmente “que os atos que deram causa à perda da função pública no âmbito do Judiciário foram praticados no exercício da função de Diretor-Presidente da CODEPLAN, e não como Delegado de Polícia”, caracterizando julgamento extra petita na decisão TCDF nº 5200/2016. Ressalta que houve decisão do TJDF pela perda de função pública e não do cargo público. Quanto a esse ponto, assevera o corpo técnico que não obstante existir decisão da Primeira Turma do STJ, por maioria, de que a sanção de perda da função pública está relacionada ao cargo que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita, a **Segunda Turma do STJ por unanimidade acolheu tese diversa** no sentido de que “A sanção de perda da função pública visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função pública, abrangendo qualquer atividade que o agente esteja exercendo ao tempo da condenação irreversível.” (REsp 924.439/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 19.08.2009).

10. Por intermédio do parecer nº 900/2016 – DA, o MPC seguiu mesma linha defendida, e anteriormente apresentada, pela Segunda Turma do STJ, a saber:

18. Expostas as considerações alvitadas, vale reiterar, de antemão, que, a rigor, assiste razão à SEFIPE. Sob esse aspecto, não é despiciendo repisar que, mediante o Ofício nº 160/2015 - CF, a Procuradoria-Geral do MPC/DF deu ciência ao Tribunal acerca da necessidade de se verificar os aspectos que envolveram a presente concessão, com a adoção das providências necessárias, notadamente em razão dos resultados da mencionada Ação Judicial, que condenou o servidor, entre outras penalidades, à perda da função pública, por meio de Sentença da Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 2005.01.1.055353-7/TJDFT, transitada em julgado em 27.01.2015, após Apelação conhecida e desprovida pela 1ª Turma Cível do TJDF, nos termos do Acórdão nº 833713.

19. Consoante realçado pela Instrução, no julgamento do REsp 1.186.123-SP, pelo colendo STJ, o ilustre Relator Min. Herman Benjamin, enfatizou que a cassação de aposentadoria seria plausível com espeque nas próprias regras administrativas (no caso, Lei nº 8.112/1990). Na mesma diretriz, o REsp 1.317.487-MT, 5ª Turma, Min. Laurita Vaz, DJe 22.08.2014, mencionado alhures.

11. No que diz respeito ao argumento de o servidor se encontrar aposentado quando da instauração da ação judicial que decretou a perda da função pública novamente informa a instrução que a jurisprudência majoritária no STJ é pela possibilidade da cassação da aposentadoria “uma vez que constituiria consequência lógica da condenação à perda da função pública. Assim, “a

**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade**TCDF - GCMA**

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

ausência de previsão expressa da pena de cassação de aposentadoria na Lei de Improbidade Administrativa não constitui óbice à sua aplicação na hipótese de servidor aposentado, condenado judicialmente pela prática de atos de improbidade administrativa” (AgInt no REsp 1.628.455/ES, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 12/03/2018; AgRg no AREsp 826.114/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25/05/2016; entre outros)”. Outro não foi o entendimento do Ministério Público de Contas no parecer nº 279/2018 – G3P, posição essa que agora se retifica por seus termos, a saber:

19. Sob esse aspecto, cabe rememorar que, a mencionada Ação Judicial, que condenou o servidor, entre outras penalidades, à perda da função pública, por meio de Sentença da Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 2005.01.1.055353-7/TJDFT, transitada em julgado em 27.01.2015, após Apelação conhecida e desprovida pela 1ª Turma Cível do TJDFT, nos termos do Acórdão nº 833713.

20. Conforme realçado em análise pretérita, no julgamento do REsp 1.186.123-SP, pelo colendo STJ, o ilustre Relator Min. Herman Benjamin, enfatizou que a cassação de aposentadoria seria plausível com espeque nas próprias regras administrativas (no caso, Lei nº 8.112/1990). Na mesma diretriz, o REsp 1.317.487-MT, 5ª Turma, Min. Laurita Vaz, DJe 22.08.2014, mencionado alhures. Ou seja, se o Poder Judiciário o condenou à perda da função pública, em decorrência de Ação de Improbidade referente ao período de quando estava na ativa, a consequência lógica é a cassação da aposentadoria decorrente desse exercício anterior de tal função pública.

21. Vale repisar que, no caso do REsp 1.186.123-SP, 2ª Turma, Min. Herman Benjamin, DJe 04.02.2011, retrocitado, também se utilizou como baliza de julgamento, naquela situação fática, restar “incontroverso nos autos o fato de que a aposentadoria ocorreu após a conduta ímproba, porém antes do ajuizamento da Ação Civil Pública”, o que não se amolda ao presente caso, porquanto a Ação Civil de Improbidade remonta o ano de 2005 e a concessão de aposentadoria se concretizou em 2012. Ou seja, no presente caso, a aposentadoria ocorreu após a conduta e também após o ajuizamento da Ação, o que reforça fato de que a condenação decorrente também atinge a ulterior aposentação.

22. Corroborar nesse sentido o fato de que a Instrução também dá conta de posteriores julgados, do Relato do próprio Ministro Herman Benjamin, no âmbito do STJ, em especial do AREsp 826.114-RJ (DJe de 25.05.2016), deixando assente que: “a ausência de previsão expressa da pena de cassação de aposentadoria na Lei de Improbidade Administrativa não constitui óbice à sua aplicação na hipótese de servidor aposentado, condenado judicialmente pela prática de atos de improbidade administrativa”, posto que se trata “de consequência lógica da condenação à perda da função pública, pela conduta ímproba, infligir a cassação da aposentadoria ao servidor aposentado no curso da Ação de Improbidade.

12. No que diz respeito ao argumento de que o servidor já se encontrava aposentado no cargo de Delegado de Polícia, também os fundamentos não socorrem ao recorrente, considerando que a aposentadoria anterior foi considerada ilegal pelo TCDF (d. 1355/2012). Assim, houve a publicação de nova inativação em abril de 2012, nestes termos “ainda que o servidor tenha se aposentado antes de instaurada a ação por ato de improbidade administrativa, em razão da interpretação ampla dada ao termo “função pública” constante do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, que abrange qualquer vínculo com a Administração Pública, entende-se que não se pode conferir a um ato considerado ilegal (aposentadoria publicada em 10.02.2005), que em regra não gera efeitos e é eliminado do mundo jurídico com efeitos ex tunc, o efeito de tornar tábuja rasa tanto a sentença condenatória quanto o disposto na Lei nº 8.429/1992. “



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

13. *Em igual sentido não procede o desejo de tornar nula presente inativação tendo em vista distribuição a nova relatora que se considerou suspeita em julgamento de anterior processo (p. 18827/2007), considerando que a suspeição possui “caráter subjetivo e tendo ocorrido por motivo de foro íntimo, as causas de suspeição podem se modificar ao longo do tempo, sobretudo passados mais de 04 (quatro) anos entre as citadas decisões, cabendo ao julgador declarar sua permanência ou ao interessado comprovar sua ocorrência.”*

14. *Por fim, no que diz respeito à argumentação de ausência de ampla defesa e do contraditório, resta apresentar jurisprudência pacífica do STF (Súmula Vinculante nº 03), verbis:*

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

15. *Não é por demais lembrar que a determinação da perda de função pública foi decorrente de **decisão judicial transitada em julgado há mais de 3 (três) anos**. O que se objetiva na atual fase, em breve resumo, é que o órgão jurisdicionado execute a decisão do Poder Judiciário, não cabendo rediscussão das “razões de fato e de direito que ensejaram a aplicação, por meio de decisão judicial transitada em julgado, da penalidade de perda da função pública ao recorrente, mas apenas o cumprimento da sentença por parte da Administração Pública.” Não há também que se falar em prescrição pois “prescrição alegada se deu em processo diverso da Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 2005.01.1.055353-7 – TJDFT, cuja sentença tenta-se dar cumprimento.”*

16. *Nestes termos, em harmonia com a SEFIPE e nos fundamentos antes apresentados, opina-se pela adoção da medidas abaixo sugeridas pelo corpo técnico: (omissis).“*

É o relatório.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

VOTO

De antemão, esclareço que minha atuação neste feito se dá em virtude de ter sido designado para relatar o mérito do **pedido de reexame** de peça 39, interposto pelo Sr. Durval Barbosa Rodrigues contra a Decisão n.º 5.200/16 (peça 32), sendo que a **representação** de peça 72, cujo mérito também se aprecia neste momento, refere-se a possível descumprimento da Decisão n.º 6.197/16, proferida nesta etapa recursal, por intermédio da qual a Corte conheceu do recurso, com efeito suspensivo.

Pontue-se ainda que em face desse possível descumprimento foi exarada a Decisão n.º 2.831/18 (peça 95), com determinação à Polícia Civil do Distrito Federal – PCDF.

Nesta oportunidade, por meio da instrução de peça 100, após detida análise, a Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sefipe pugna pelo atendimento da Decisão n.º 2.831/18; pela improcedência da representação; pela negativa de provimento ao pedido de reexame; e por determinação à PCDF, no sentido de apurar, com vistas ao ressarcimento, eventuais quantias pagas indevidamente após o trânsito em julgado da Ação Civil de Improbidade Administrativa – ACPIA n.º 2005.01.1.055353-7.

Opinou o Ministério Público junto ao TCDF, por meio do Parecer n.º 280/19-CF (peça 103), da lavra da Procuradora Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, de forma convergente.

Sinteticamente, é como os autos se apresentam nesta fase recursal.

Adiante, visando a uma necessária clareza, a exemplo da unidade instrutiva, divido a abordagem da matéria por tópicos, nesta ordem: **1.** análise do cumprimento da diligência determinada pela Decisão n.º 2.831/18 e do mérito da representação; **2.** análise do mérito do pedido de reexame.

1. Análise do cumprimento da diligência determinada pela Decisão n.º 2.831/18 e do mérito da representação

Preliminarmente, não é demais recordar que o Tribunal, por meio da Decisão n.º 5.200/16, deliberou por:

“I – dar por cumprida a Decisão nº 5.139/2015; II – determinar o retorno do ato, em diligência, para que o jurisdicionado, no prazo de 30 (trinta) dias, adote as seguintes providências, juntando a documentação comprobatória na aba "Anexos e Observações": a) exclua, na aba "Tempos", campo Tempo Averbado, os períodos de 02.07.1971 a 05.04.1973 e 19.05.2006 a 31.12.2006, registrados em duplicidade; b) corrija, na aba "Histórico", o posicionamento funcional do servidor para "Delegado de Polícia - Primeira Classe"; c) envie esforços no sentido de que seja editado ato de cassação de aposentadoria do servidor Durval Barbosa Rodrigues, a contar de 27.01.2015, assinado por autoridade competente, em observância ao trânsito em julgado da Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 2005.01.1.055353-7 - TJDF, em que o interessado foi condenado à perda de sua função pública; III – alertar a Procuradoria-Geral do Distrito Federal para que instrua os órgãos do Distrito Federal sobre a necessidade de abertura de processo administrativo para



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

apuração imediata de irregularidades praticadas no serviço público, conforme artigo 143 da Lei nº 8.112/90 e 211 da Lei Complementar nº 840/11, ainda que em trâmite ações judiciais com o mesmo objeto (civil ou penal), em homenagem ao princípio da independência das instâncias.” Grifei

Ato contínuo, na S.O. n.º 4.919, de 08.12.16, em face do MS n.º 2016.00.2.048651-2, impetrado pelo recorrente contra a decisão vergastada, apresentei voto, em suma, pelo conhecimento do pedido de reexame, com efeito suspensivo e pelo sobrestamento do exame de mérito até o trânsito em julgado do *mandamus*, o que foi acolhido na forma da Decisão n.º 6.197/16 (peça 43).

Na ocasião, ponderei que a relatora do mandado de segurança, a Ex.^a Sra. Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, vislumbrou, *prima facie*, ilegalidade na determinação de cassação de aposentadoria do recorrente, razão de deferir tutela provisória de urgência ao servidor, de modo a obstar os efeitos da Decisão n.º 5.200/16.

Posteriormente, ingressou nesta Casa expediente subscrito pelo patrono do aludido servidor (peça 72), noticiando possível descumprimento da Decisão n.º 6.197/16 por parte da PCDF, no que alinhavou, em apertada síntese, os seguintes argumentos:

- tal qual a liminar proferida pelo Conselho Especial do TJDF, foi suspenso o curso da Decisão n.º 5.200/16, agora pelo próprio TCDF, que sustando os efeitos do processo principal teria suspenso igualmente o processo acessório, a saber, o procedimento administrativo disciplinar em curso na PCDF, inclusive com a determinação de notificação da Corporação para conhecimento;
- resta cristalino que ao PAD n.º 09/17, instaurado pela PCDF, não se poderia dar prosseguimento, haja vista os óbices antes erguidos, quais sejam, decisões do TJDF e do TCDF.

Diante disso, requereu a anulação de todo e qualquer ato praticado no Processo Administrativo Disciplinar n.º 09/17, em curso perante a Comissão Permanente de Disciplina da PCDF, a contar da ciência da Decisão n.º 6.197/16, o que incluía a respectiva portaria de instauração (Portaria n.º 48, de 24.08.17).

Ao apreciar a matéria, em juízo de cognição sumária, vislumbrei que se faziam presentes indícios de descumprimento daquela deliberação, razão por que apresentei voto que, acolhido pelos eminentes pares, resultou na Decisão n.º 4.616/17 (peça 74), basicamente para conhecer da representação e determinar à PCDF, cautelarmente, que suspendesse, até ulterior deliberação desta Corte, a prática de atos que importassem na efetivação da cassação de aposentadoria do representante, em face do efeito suspensivo conferido pela Decisão n.º 6.197/16.

Em nova deliberação, expressa na Decisão n.º 2.831/18, por ainda remanescer dúvida quanto à real motivação para a abertura do PAD, foi determinado à PCDF que indicasse “*se o Processo Administrativo Disciplinar n.º 09/17 (Protocolo n.º 052.001.890/17) foi aberto com vistas a dar cumprimento à determinação constante do item II.c da Decisão n.º 5.200/16, voltada à edição de ato de cassação de aposentadoria do servidor*”.

Os órgãos técnico e ministerial entendem que as informações

**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade**TCDF - GCMA**

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

apresentadas pela PCDF permitem concluir da improcedência da representação, pois, segundo indicado, o objeto do PAD **não é** ultimar a cassação da aposentadoria “*com vistas a dar cumprimento à determinação constante do item II.c da Decisão nº 5.200/16*”, conforme se cogitara, mas sim apurar transgressão disciplinar, neste caso, em atendimento a ofício da Procuradoria-Geral do Distrito Federal – PGDF.

Pois bem. Efetivamente, à luz das informações adicionais colacionadas nesta oportunidade, o procedimento administrativo em comento foi iniciado em atendimento a orientação emanada da PGDF sobre a necessidade de abertura de processo administrativo para apuração imediata de irregularidades praticadas no serviço público.

Tal orientação, como demonstra a unidade instrutiva, em verdade, sedimenta-se no item III da Decisão n.º 5.200/16¹, o qual tão somente reafirma o poder-dever da Administração de apurar faltas funcionais e, se for o caso, aplicar a correspondente sanção.

No raio de atuação da PCDF, esse poder-dever tem arrimo no art. 143 da Lei n.º 8.112/90.² Pode-se, inclusive, apenar por condescendência criminosa aquele que, por força das atribuições que lhe foram cometidas, tendo o poder-dever de agir, assim não o fizer (art. 320 do Código Penal).³

Tenho, assim, que os esclarecimentos apresentados, em atenção à diligência determinada pela Decisão n.º 2.831/18, atestam a improcedência da representação.

Nesse sentido, forçoso reconhecer também a necessidade de suspender os efeitos da medida cautelar deferida pela Decisão n.º 4.616/17, que determinou à Polícia Civil a suspensão da prática de atos que importassem na efetivação da cassação de aposentadoria do representante.

2. Análise do mérito do pedido de reexame.

Preliminarmente, acolho, por seus fundamentos, a análise técnica pela rejeição do recurso no ponto que suscita a nulidade da Decisão n.º 5.200/16.

Passo a tratar do ponto relacionado aos efeitos da “perda da função pública” imposta pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF na ACPIA n.º 2005.01.1.055353-7. De longe, essa é a principal divergência posta nos autos.

Importa esclarecer de início que, ao contrário do que sustenta a unidade instrutiva, não se busca aqui **rediscutir as razões de fato e de direito** que ensejaram a aplicação da penalidade de perda da função pública decretada pelo Poder Judiciário.

¹ “III – alertar a Procuradoria-Geral do Distrito Federal para que instrua os órgãos do Distrito Federal sobre a necessidade de abertura de processo administrativo para apuração imediata de irregularidades praticadas no serviço público, conforme artigo 143 da Lei nº 8.112/90 e 211 da Lei Complementar nº 840/11, ainda que em trâmite ações judiciais com o mesmo objeto (civil ou penal), em homenagem ao princípio da independência das instâncias.”

² “Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

³ “Art. 320 - Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

Nem se poderia, afinal diz com o próprio mérito da sentença condenatória, insusceptível de ser contornado pelo Tribunal de Contas.

Na verdade, a insurgência recursal, a qual não desafia a autoridade da coisa julgada, decorre da determinação contida no item II.c da Decisão n.º 5.200/16 para que fosse **editado ato de cassação do recorrente** por força da condenação. Entendeu-se, na espécie, neste controle externo, quando daquela deliberação, que tal medida haveria de ser levada a efeito por consequência dos contornos subjacentes ao pronunciamento judicial, naquilo que decretou a perda da função pública. Daí a pré-falada determinação. Esse é o ponto.

Perceba que, conforme faz prova o próprio pronunciamento da unidade técnica e do Ministério Público, o disposto no art. 12 da Lei n.º 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa, doravante indicada também pela abreviação “LIA”), quando referido para assentar a “perda da função pública”, caso dos autos, comporta temperamentos inclusive por parte do Poder Judiciário.

No caso em apreço, tem-se que o ilícito foi praticado em cargo diverso daquele no qual efetivada a aposentadoria, hipótese que, também, ganha temperamentos no âmbito do Judiciário, mormente quando a sentença condenatória não faça essa extensão.

Explicando melhor, de um lado, defende-se interpretação restritiva ao art. 12 da Lei n.º 8.429/92, de modo a traduzir que a penalidade de perda da função pública ficaria restrita ao cargo que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita; de outro, entendimento diametralmente oposto, no sentido de que a citada penalidade visa a extirpar da Administração Pública aquele que exibiu inidoneidade (ou inabilitação) moral e desvio ético para o exercício da função.

Nesse sentido, fala-se em julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ, tanto em uma quanto em outra direção, assim como do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJ/SP, nesse caso, no sentido da tese da pretensão recursal.

As teses são boas e estão esteadas em robusta fundamentação.

A instrução processual, com o apoio do órgão ministerial, inclusive, reconhece essa particularidade, optando por seguir a corrente que empresta uma interpretação mais elástica ao art. 12 da Lei n.º 8.429/92, no que se refere à decretação de perda da função pública.

Diversamente, esta relatoria se filia à corrente que defende uma interpretação mais restrita, pelos **fundamentos** que exponho a seguir.

Nesse sentido, de introito, anoto que o sistema previdenciário, vocacionado à cobertura de sinistro no caso de ocorrência de risco independente da vontade humana, pode ser entendido como uma espécie de seguro social, para acudir certos riscos, como velhice, morte, doença, invalidez, acidente, entre outros, mediante aposentadoria, pensão a seus dependentes, amparo nas doenças, auxílio doença, dentre outros benefícios.

Essa compreensão ganha maior relevância ao abrigo do princípio da dignidade da pessoa humana, esse, sabidamente, um dos principais fundamentos do Estado constitucional brasileiro (CF, art. 10, III).

A dignidade da pessoa humana, como núcleo essencial de direitos



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

inerentes a todo e qualquer ser humano, é referida na Declaração Universal dos Direitos Humanos com os seguintes dizeres:

“Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados que são de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros.

Art.3º: Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança da sua pessoa.

Art. 25. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do seu alcance.”

Dessa dignidade ecoam, também, direitos previdenciários, a exemplo do disposto no art. 9º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, do qual o Brasil é integrante, ao prever que *“Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social”*.⁴

Com essa ideia inicial de previdência social, convém avançar um pouco mais no tempo, para um breve recorte sobre o sistema de previdência dos servidores públicos na novel ordem jurídica, inaugurada pela Constituição Federal de 1988.

Desde então, mudanças profundas foram operadas, dentre as quais a transmutação do sistema de uma natureza premial (direito decorrente do exercício do cargo, sem contribuição do servidor) para outra de caráter contributiva (direito decorrente de contribuição do servidor).

Nesse contexto, aventou-se a inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria, prevista nos estatutos dos servidores públicos, porque incompatível com a natureza contributiva do novo regime, sob pena de se configurar enriquecimento ilícito do Estado.

Ao enfrentar a matéria, por diversas vezes, o entendimento do STF se formou no sentido de ser constitucional a pena de cassação da aposentadoria por falta funcional praticada enquanto na atividade, não obstante o **caráter contributivo** de que se reveste o benefício previdenciário. Assim, *prima facie*, o tema não ensejaria maiores digressões. Ocorre que, conforme pretendo demonstrar, a discussão sobre a matéria ainda se encontra em aberto no Supremo.

Dessa forma, peço respeitosa vênica para abrir breve parêntesis, de modo a ensaiar uma reflexão em torno da cassação de aposentadoria que tenha sido legitimamente conquistada (aqui entendida como sendo aquela em que preenchidos os requisitos na forma da lei).

Para tanto, informo que a discussão em torno dessa questão de fundo **foi renovada** na ADPF n.º 418/DF⁵, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil – Ajufe. Não se tem,

⁴ Conforme o Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22.07.19.

⁵ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5024074>. Acesso em: 22.07.19.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

ainda, decisão de mérito e, dessa forma, estreme de dúvida que poderá a Suprema Corte decidir por manter o seu entendimento ou alterá-lo. É dizer, a discussão ainda se encontra em aberto.

Na espécie, questiona-se a constitucionalidade do art. 127, IV, e 134 da Lei n.º 8.112/90, sob o fundamento de que a penalidade de cassação de aposentadoria importaria em enriquecimento sem causa da Administração Pública, pois seria incompatível com a natureza contributiva do benefício previdenciário.

Nesse sentir, sobreleva ressaltar que a Constituição de 1988, em sua redação original, exigia a compulsoriedade do financiamento somente dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

Por outro lado, no tocante aos servidores públicos, apenas o Estado possuía o ônus de arcar com a aposentadoria, como proteção social compensatória. É dizer, a aposentadoria dos servidores era um direito decorrente do exercício do cargo, financiado inteiramente pelos cofres públicos, sem contribuição por parte do servidor.

Acontece que anos depois o regramento foi aperfeiçoado para instituir um sistema contributivo e solidário.

Primeiramente, com a Emenda Constitucional n.º 03/93, ao incluir o § 6º do art. 40 da CF, estabeleceu-se a contribuição obrigatória dos servidores públicos federais para o financiamento do sistema:

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

Esse novel dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei n.º 8.688/93, que instituiu as alíquotas de contribuição para o plano de seguridade do servidor público civil da União e de suas autarquias e fundações públicas.

Como se vê, a essa altura, a modificação foi significativa, porquanto o vínculo do servidor passou a ser de natureza contributiva, afastando-se, a partir de então, no que toca à aposentadoria, a natureza jurídica de prêmio concedido ao servidor pelo tempo de serviço trabalhado.

Perante isso, a data de publicação da EC n.º 03/93 é o marco inicial utilizado por aqueles que defendem a tese da inconstitucionalidade da pena administrativa de cassação de aposentadoria relativamente aos servidores públicos federais.

Advoga-se a tese, que me parece razoável, que a despeito da previsão da penalidade de cassação de aposentadoria em legislação anterior, a transmutação da natureza do regime de aposentadoria, de prêmio para seguro, por força da aludida emenda constitucional, não mais autorizaria a manutenção daquela penalidade em face do direito adquirido ao benefício previdenciário, pela quitação das contribuições mensais.

Sim, porque, para além de outros requisitos instituídos em lei, a quitação das contribuições mensais se apresentaria, a partir de então, como condição *sine qua non* para se ter direito ao benefício.

**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade**TCDF - GCMA**

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

Malgrado essa circunstância, observa-se que, em geral, as normas que dispunham sobre aposentadorias, com assento no que dispunha a matriz constitucional, ainda não tratavam da aposentação necessariamente como sendo devida quando vertida a correspondente contribuição. Ainda se falava em aposentadoria por tempo de serviço.

De fato, seria de todo impróprio se falar em aposentadoria por tempo de contribuição porque o sistema se apresentava, ainda, com contornos bastante híbridos, ora com características de natureza premial, sem a correspondente contribuição para fazer face ao tempo correspondente (v.g., a possibilidade de contar em dobro, como tempo de serviço, o tempo de licença-prêmio não usufruída – contagem fictícia), ora com características de natureza contributiva (v.g., no tocante à instituição de contribuição previdenciária dos servidores públicos).

Posteriormente, com o advento da EC n.º 20/98, que promoveu mudanças ainda mais significativas nas regras de aposentadoria dos servidores públicos, o caráter contributivo foi reforçado. Ilustrando, após a publicação daquela emenda, não seria mais possível a contagem em dobro de períodos de licença-prêmio e foi suprimida a possibilidade de concessão de aposentadoria com fundamento exclusivamente no tempo de serviço.

Acrescento, e concluo preliminarmente, que com tais mudanças houve uma clara intenção do Estado em aproximar o regime de aposentadoria do servidor público e o do empregado do setor privado, tanto que, em conformidade com o art. 40, § 12, da CF, determinou-se a aplicação, ao regime próprio, no que couber, dos “*requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social*”.

Logo, se o Estado quis equiparar o regime previdenciário do servidor público e o do trabalhador privado, essa aproximação vem com todas as consequências: o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício.

Sobre tais mudanças, em ensinamento lapidar, Maria Sylvia Zanella di Pietro⁶ anota:

“Sendo de caráter contributivo, é como se o servidor estivesse ‘comprando’ o seu direito à aposentadoria; ele paga por ela. Daí a aproximação com o contrato de seguro. Se o servidor paga a contribuição que o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não pode ser frustrado pela demissão. Se o governo quis equiparar o regime previdenciário do servidor público e o do trabalhador privado, essa aproximação vem com todas as consequências: o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício.”

Dessa maneira, sendo de caráter contributivo, é como se o servidor estivesse “pagando” e “comprando” o seu direito à aposentadoria. Daí a aproximação com o contrato de seguro.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores.** In Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>. Acesso em: 16.07.19.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

Evidente que não há se falar em direito adquirido a regime jurídico. Essa questão é assaz assente na jurisprudência do STF. Não há aqui qualquer espaço para se enveredar por aí.

Mas, pondere-se, por necessário, que aquela Suprema Corte já se manifestou no sentido de se tratar a aposentadoria como um direito adquirido, ao afirmar que *“é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente”*. Nesse sentido:

*“Art. 2º e expressão ‘8º’ do art. 10, ambos da EC 41/2003. Aposentadoria. Tempus regit actum. Regime jurídico. Direito adquirido: não ocorrência. **A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente.** Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na EC 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da EC 41/2003. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na EC 41/2003, posteriormente alterada pela EC 47/2005. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (ADI 3.104, Rel. Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 26.09.07, DJe de 09.11.07). Grifei*

Obviamente, faço referência a esse entendimento sem a pretensão de elevá-lo a uma verdade absoluta, por força, inclusive, da prudência que a matéria requer no aguardo do que se decidirá na ADPF n.º 418/DF.

Ora, se o servidor paga a contribuição que o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não lhe pode ser frustrado pela demissão.

Há vozes que, contrapondo, sustentam que o regime contributivo é de caráter solidário, como reconhecido pelo STF, e, assim, contribui-se para sustentar o sistema, não para pagar, diretamente, a futura aposentadoria.

Indene de dúvida de que a solidariedade é uma das características da previdência social, quando comparada com a previdência privada. Mas isso não importa dizer que os beneficiários não têm direito de receber o benefício.

Por necessário, transcrevo as razões de decidir do relator do RE n.º 610.290/MS, Ministro Ricardo Lewandowski, que esgota a questão:

“O fato de ser a solidariedade uma das características do seguro social não significa que os beneficiários não tenham direito de receber o benefício. Eu diria que a solidariedade até reforça o direito, porque ela foi idealizada exatamente para garantir o direito dos segurados ao benefício. De outro modo, não haveria recursos suficientes para manter os benefícios da previdência social.

A solidariedade significa que pessoas que não vão usufruir do benefício contribuem para a formação dos recursos necessários à manutenção do sistema de previdência social; é o caso dos inativos e pensionistas e também dos servidores que não possuem dependentes mas têm que contribuir necessariamente para a manutenção do benefício; são as hipóteses em que a contribuição não corresponde qualquer benefício. Mas para os servidores



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

assegurados, à contribuição tem necessariamente que corresponder um benefício, desde que preenchidos os requisitos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional.”

Ressalta-se que esse reconhecimento de que, em razão do regime de previdência de caráter contributivo e solidário, deve haver correlação entre custo e benefício, já fora assentado também na ADI n.º 8-MC/DF.

Portanto, a regra da solidariedade convive (e não exclui) com o direito individual ao benefício para o qual o servidor contribuiu, a ser calculado, em regra, de acordo com os critérios definidos no art. 40 da CF, seja provento de aposentadoria, seja provento de pensão (cf. §§ 1º, 2º e 3º).

Soa claro que está no ideário de qualquer um que contribui durante anos para o sistema de previdência, esteado na confiança que o Estado pode e deve oferecer aos seus, de que, preenchidos os requisitos legais, terá o direito a se aposentar.

Daí ressaí, no meu entender, um postulado básico que deve nortear a ação estatal no campo das relações entabuladas com os seus servidores: a confiança de o Estado lhes proporcionar um ambiente de estabilidade, seja por via de atos de natureza geral, seja por comportamentos próprios do Poder Público.

A partir da ideia fundamental de Estado de Direito, tem-se que a proteção substancial da confiança proporciona a tutela de pretensões ou direitos subjetivos, com vistas à preservação de atos, ou mesmo de seus efeitos, impondo, pois, ao Poder Público uma diretriz de comportamento que propicie um ambiente de estabilidade.

Atuação essa orientada a ensejar estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos estatais, procedimentos ou simples comportamentos estatais, afastando qualquer “labirintismo jurídico”.

Portanto, projetando-se legítima confiança quanto aos atos estatais, o Estado atua como uma espécie de garantidor, fiel depositário, relativamente àqueles que vertem aos cofres públicos contribuições previdenciárias, incluindo aqueles que, laborando na iniciativa privada, recolhem mensalmente contribuição junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Nesse último caso, por exemplo, eventual sonegação do empregador pode vir a ensejar a adoção de medidas executivas para a cobrança dos valores devidos à Previdência Social.

Por certo, o ato de cassação de aposentadoria traz consigo algumas consequências que podem revelar, justamente, o malferimento dessa ideia fundamental de Estado de Direito, dessa relação de confiança.

Imaginemos, por exemplo, a situação em que dois servidores estatutários praticaram em coautoria ato ímprobo. Na hipótese, antes de iniciar o processo administrativo disciplinar, um pede exoneração e assume outro cargo público, ao passo que o outro se aposenta no mesmo cargo. De plano, vê-se que no primeiro caso o servidor não terá a sua aposentadoria cassada e nem perderá o cargo; o segundo sofrerá a pena de cassação de aposentadoria.

Nesse passo, a questão que se coloca é que a cassação de uma aposentadoria legitimamente conquistada (nas condições que referi no início desta



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

reflexão) projeta efeitos de “natureza perpétua”, o que é vedado no nosso ordenamento jurídico. Vedação presente já de longa data.

Com efeito, no Brasil, a proibição de pena perpétua é uma tradição constitucional, iniciada com a Constituição de 1934 e, atualmente, a CF/88 inseriu tal proibição no título dos direitos e garantias individuais, não se tratando, pois, de um princípio, mas de uma verdadeira regra (art. 5º, XLVII, “b”).

No limite, apenas por hipótese, imaginemos aqui uma indevida cassação de aposentadoria, posteriormente assim reconhecida. Fiquemos por aqui apenas com esse dado: retirada indevida de um direito.

Os efeitos seriam perpétuos para o servidor porque, a despeito de anos a fio laborando, se veria até o final da vida sem o amparo desse que é, por excelência, uma espécie de seguro, para acudi-lo quando esteja na inatividade.

Ademais, atinge-se de forma severa a sua parentela, que com esse servidor conviva e dele dependa, projetando-se mais, uma vez que retira, em absoluto, a possibilidade de vir a instituir pensão.

Estarão seus dependentes, à sua falta, desamparados, tolhidos do mínimo existencial. Alguns, talvez, atingidos na epigênese.

Arrisco-me a dizer que essa projeção da pena aos dependentes não seria razoável nem mesmo quando considerada à luz do Código de Hamurabi, por excelência “lei do olho por olho, dente por dente”.

A Carta de 1988 conferiu um tratamento prioritário e especial à família por parte do Estado, elevando-a à condição de “base da sociedade” (art. 226), a atrair, por consequência, a extensão de diversos direitos sociais tais como os da educação, saúde, alimentação, trabalho e da previdência social (art. 6º).

Tratamento prioritário que repercute na extensão ao domicílio da garantia de asilo inviolável do indivíduo, ninguém nele podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI, CF), tendo havido, na legislação infraconstitucional, a extensão de outras garantias, como a da impenhorabilidade do imóvel que se enquadre no conceito de bem de família (Lei n.º 8.009/90).

Um indivíduo, por certo, poderá viver vários dias sem uma moradia, mas provavelmente não subsistirá por muitos dias se lhe faltar alimentos. Os proventos de aposentadoria e de pensão ostentam claramente natureza alimentar.

Assim, se o Estado, na perspectiva de proteção especial à família, blindou a casa do indivíduo, com mais razão, por uma conclusão lógica, o faria em relação a direitos que irradiem natureza alimentar.

O Estado Democrático de Direito é não apenas um garantidor de justiça, mas também realizador de justiça. Uma das suas piores faces, que representaria uma subversão do sistema e que superaria até mesmo, importa repetir, o Código de Hamurabi, seria a prática, por vias transversas, de injustiças.

Sendo tais direitos de estatura constitucional, sua restrição ou retirada deve se dar em estreitas hipóteses, ao abrigo de permissivo que não infirme suas



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

balizas elementares.

Por “permissivo”, leia-se previsão legal, compatível com o texto da Carta Maior, justamente pelo caráter vocacionado a amparar o grupo familiar, à falta daquele que labore e, assim, contribua para o sistema.

Exatamente por isso, enxergo na ideia de seguro, de fiel depositário das contribuições previdenciárias que aportam no caixa do Estado, que a cassação da aposentadoria e, assim, a impossibilidade de ter alimentos, desafia a dignidade da pessoa humana, a que tanto já me referi neste voto.

Trazido esse panorama, para melhor se entender o pano de fundo da renovação da discussão em sede da ADPF n.º 418/DF, esclareço que, após a EC n.º 20/98, o STF proferiu acórdão no MS n.º 23.299/SP, no qual, o relator, Min. Sepúlveda Pertence adotou a mesma tese já aplicada aos casos precedentes, porém, segundo defendido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷, não teria enfrentado o tema diante da mudança no regime jurídico da aposentadoria.

Por essa linha, necessário referir que, dentre outros julgados que se seguiram, no AgR no MS n.º 23.219-9/RS, o relator anotou que, não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o STF vinha confirmando a possibilidade de aplicação da pena de cassação de aposentadoria.

O fato é que, em realidade, mais uma vez, o julgado teria se fundado no precedente relatado pelo Min. Pertence, não enfrentando o tema diante da mudança no regime jurídico da aposentadoria.

Contudo, mais recentemente essa particularidade não escapou à apreciação da 2ª Turma do STF, no julgamento do RE n.º 610.290/MS, Relator o Min. Ricardo Lewandowski, trazendo luzes adicionais em torno da *quaestio*.

Ali se cuidou de alegação de inconstitucionalidade de dispositivo de lei estadual que instituiu o benefício previdenciário aos dependentes de policial militar excluído da corporação.

A decisão foi pela constitucionalidade do dispositivo, por se tratar de benefício previdenciário, de caráter contributivo, em cuja ementa constou:

“(…) II – O benefício previdenciário instituído em favor dos dependentes de policial militar excluído da corporação representa uma contraprestação às contribuições previdenciárias pagas durante o período efetivamente trabalhado.”

E, no corpo do r. acórdão, nas palavras de Sua Excelência, anotou-se:

“Da mesma forma, entendo não existir vício material no diploma impugnado. Com efeito, diversamente do sustentado pelo recorrente, não se trata de um benefício gratuito concedido aos dependentes do policial militar, porém, de uma contraprestação às contribuições previdenciárias por ele pagas durante o período efetivamente trabalho.

Dessa forma, sua exclusão da corporação não pode repercutir nos benefícios previdenciários para os quais efetivamente contribuiu.

⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op., cit.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

Entender de forma diversa seria placitar verdadeiro enriquecimento ilícito da Administração Pública que, em um sistema contributivo de seguro, apenas receberia as contribuições do trabalhador, sem nenhuma contraprestação em troca.”

Pode-se argumentar que o acórdão tratou da cassação da pensão dos dependentes e não da cassação de aposentadoria, extraindo-se, portanto, conclusões autônomas.

Há, no entanto, uma particularidade que, a meu juízo, deve ser ponderada, nos moldes aqui discutidos: a pensão, desde longa data, ao contrário dos outros direitos ligados ao cargo, já ostentava natureza previdenciária contributiva. O seu caráter contributivo, inclusive, foi reconhecido nesse julgado.

Em arremate, uma vez mais, valendo-me dos argumentos do eminente Ministro, vê-se que a *“existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula, segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício”*.

Baseado nisso, soa-me claro que a legislação estatutária não se adaptou inteiramente ao novo regime de aposentadoria e, dessa forma, continua a prever a pena de cassação de aposentadoria, sem levar em consideração que ela se tornou incompatível com o regime previdenciário.

Importante deixar claro que não estou a defender qualquer tipo de imunidade ou irresponsabilidade do agente público infrator, porquanto nada impede que responda na esfera criminal e no âmbito da lei de improbidade administrativa, aí incluída eventual reparação civil por prejuízos causados ao erário.

Por essa linha, com acerto, a existência da pena de cassação de disponibilidade é compatível com o novo regime de previdência, por decorrência da estabilidade do servidor.

Tenho, pois, que é desproporcional a cassação da aposentadoria como medida sancionatória decorrente de processo administrativo disciplinar, importando verdadeira violação ao princípio da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Isso por força, inclusive, do próprio fenômeno da mutação constitucional, que poderá, a meu ver, levar o Supremo a evoluir no entendimento, dando uma interpretação conforme a Constituição que albergue a nova realidade do sistema contributivo de previdência.

Sendo assim, forte nessas razões, à luz do princípio da isonomia, da proporcionalidade, da segurança jurídica e do seu corolário lógico, o princípio da proteção à confiança ou da boa-fé, acredito que o STF terá uma boa oportunidade, na renovação do debate na ADPF n.º 418/DF, de lançar novas luzes à questão, dentro dos novos matizes do regime de previdência contributivo, *“em ordem a evitar-se que o aposentado fique eternamente a mercê de decisão desfavorável do Poder Público”*⁸, afinal, os operadores do Direito devem estar atentos para as transformações diárias da sociedade para que o Direito possa ir ao encontro dos anseios delas⁹.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁹ Cf. PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Op., cit.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

Isso, **a título de reflexão**, porquanto não é a questão nodal em descortino e, hoje, reitero, a orientação do Supremo é refratária à compreensão desta relatoria no tocante à cassação de aposentadoria.

Reafirmei, inclusive, no início deste voto (vide exame do cumprimento da diligência), à luz do que entende o STF e da higidez dos comandos da Lei n.º 8.112/90, o poder-dever da PCDF apurar e, se for o caso, aplicar a correspondente sanção àquele que, na atividade, tenha praticado infração funcional, sem propor qualquer recorte quanto à penalidade de cassação de aposentadoria.

Portanto, nessa esteira, fechando o parêntesis, lembro que não se está a orientar a linha argumentativa em direção que leve, por vias transversas, a anistiar condutas irregulares praticadas pelos servidores na atividade ou mesmo de antecipar o termo final da prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública.

Espera-se, isso sim, alcançar a aplicação mais justa do comando judicial que fundamentou a deliberação desta Corte por que fosse editado o ato de cassação.

É ponto incontroverso nos autos que os atos que deram causa à penalidade de perda da função pública decretada pelo TJDF, com supedâneo no art. 12 da Lei n.º 8.429/92, foram praticados enquanto Diretor-Presidente da Codeplan, não na condição de Delegado de Polícia.

Afastou-se desse último para o exercício daquela função pública.

Nesse particular, de lembrar que estive na Codeplan no período de 15.01.99 a 14.01.01, e, posteriormente, tendo regressado às atividades na PCDF, obtive uma primeira aposentadoria, em 10.02.05, a qual veio a ser considerada ilegal, por falta de requisito temporal, conforme a Decisão n.º 1.355/12, exarada no Processo n.º 18.827/07. A presente inativação, como já relatado, deu-se na data de 23.04.12.

Lamentavelmente, enquanto Presidente da Codeplan, ilícitos foram praticados. A condenação foi categórica nesse sentido.

E, por esse rumo, importa notar que, em observância aos ditames constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, o art. 20 da LIA estabelece que *“a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença”*, a que se refere o art. 12 dessa lei.

Desse modo, se não é possível a execução provisória da sanção de perda da função, parece-me claro que sobrevivendo o trânsito em julgado, com a respectiva imposição da pena de “perda da função” pública, não seria adequado conferir interpretação elástica que importe, por arrastamento, na perda de cargo que, na prática, não serviu para a prática do ato ímprobo.

Seria atingir cargo público diferente daquele ocupado pelo agente ao praticar a conduta ilícita. Cargo aquele, inclusive, sobre o qual incidiram as apurações judiciais.

No caso concreto, lembro que, por ocasião do trânsito em julgado da ACPIA n.º 2005.01.1.055353-7 (27.01.15), o Sr. Durval Barbosa já se encontrava aposentado desde 23.04.12.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

Assim, se a perda da função pública se opera do trânsito em julgado e, no caso dos autos, **o referido não mais ocupava “cargo público”**, por já se encontrar aposentado, a cassação não guardaria consonância com o que decidido.

Ressalto que, a se tratar de condenação no âmbito de ACPIA, a mesma se constitui em matéria de **legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva**, quanto ao alcance da decretação da perda de função pública.

Nesse sentido, veja-se:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA. SANÇÃO QUE NÃO ATINGE CARGO PÚBLICO DIVERSO DAQUELE OCUPADO PELO AGENTE PÚBLICO À ÉPOCA PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE. 1. A questão controversa cinge-se a saber se a sanção de perda da função pública em razão de atos então praticados na condição de vereador e tesoureiro poderia atingir cargo público efetivo para o qual, por concurso público, o agente foi nomeado posteriormente aos fatos narrados na inicial da ação de improbidade administrativa. 2. A Primeira Turma do STJ orienta-se no sentido de que as **normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva**, motivo pelo qual a sanção de perda da função pública do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode atingir cargo público diverso ocupado pelo agente daquele que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita. Precedentes: AgRg no AREsp 369.518/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 28/3/2017; EDcl no REsp 1.424.550/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 8/5/2017. 3. Agravo interno não provido.” (AgInt no REsp 1423452/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 13/03/2018). Grifei

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. EXAME VIA IMPRÓPRIA. ATO CONFIGURADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. PERDA DO CARGO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. 1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Consoante jurisprudência pacificada no STJ, não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo. 3. A via do recurso especial é imprópria para a alegação de violação de dispositivo constitucional. 4. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo “indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, pelo menos, eivada de culpa grave nas do artigo 10” (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011). 5. Hipótese em que, em face das premissas fáticas assentadas no acórdão objurgado, que reconheceu o enquadramento do recorrente nos atos de improbidade administrativa (arts. 10, XII, e 11 da Lei n. 8.429/1992), com a indicação expressa do elemento subjetivo (dolo), a modificação do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias demandaria induvidosamente o reexame de



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

*todo o material cognitivo produzido nos autos, desiderato incompatível com a via especial, a teor da Súmula 7 do STJ. 6. A teor do entendimento majoritário da Primeira Turma do STJ, a **sanção da perda do cargo público, prevista entre aquelas do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, não está relacionada ao cargo ocupado pelo agente ímprobo ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas sim àquele (cargo) que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita.** 7. A obrigação de reparar o dano causado ao erário, correspondente ao total das remunerações percebidas pelos parentes dos vereadores que foram nomeados indevidamente para ocupar cargos em comissão, constitui enriquecimento ilícito por parte da Administração, considerando que o serviço público foi desenvolvido. 8. Fixação da multa civil em 3 (três) vezes o valor da remuneração percebida pelo recorrente à época dos fatos. 9. Recurso especial parcialmente provido, na parte conhecida.” (REsp 1766149/RJ, Rel. Ministro Regina Helena Costa, Relator para Acórdão Ministro Gurgel de Faria, DJe 04/02/2019). Grifei*

Não me parece, assim, ser adequado emprestar ao art. 12 da Lei n.º 8.429/92 sentido que implique atingir cargo público diferente daquele ocupado pelo agente ao praticar a conduta ilícita, sobretudo, pelo que expus, pela inviabilidade de incidir, quando do trânsito em julgado da ACPIA, a pena sobre a aposentação.

Dentro dessa linha de inteligência, penso que não se poderia, também, no limite interpretativo da norma, entender-se que o alcance do julgado do TJDF, que diz com a perda “DA” função pública”, recaia na perda “DE” cargo público.

Cargo público é criado por lei, com denominação própria, em número certo e remunerado pelos cofres públicos (art. 3º da Lei n.º 8.112/90). Por seu turno, função pública é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados. É um conceito mais amplo, que se faz presente ao longo da referida Lei n.º 8.112/90.

Daí por que, houvesse a sentença condenatória, de forma específica, definido que a condenação do réu à perda da função pública alcançaria também, como efeito automático, o cargo de Delegado de Polícia e nele o Sr. Durval Barbosa estivesse investido por ocasião do trânsito em julgado, não haveria espaço para questionar-se do seu acerto na seara administrativa, muito menos perante este controle externo.

Assim é que, por exemplo, o art. 185 da Lei Complementar n.º 840/11 [citada aqui apenas em reforço argumentativo, vez que inaplicável à espécie] prevê que “a cassação de aposentadoria determinada em decisão judicial transitada em julgado dispensa a instauração de processo disciplinar e deve ser declarada pela autoridade competente para fazer a nomeação”. Note bem: **cassação determinada pelo juízo, hipótese que não se comunica com a situação em testilha, por óbvio.**

Fosse assim, a discussão administrativa seria inócua e, ao final, esbarraria no preciso limite subjacente ao pronunciamento judicial. Deslinde de discussão judicial opera-se no âmbito judicial.

Por aí se vê também ser indiferente para o desate da questão neste momento a circunstância apontada pela instrução, de o recorrente ser réu em 21 (vinte e uma) ACPIAs e em 16 (dezesesseis) ações penais, ambas perante o TJDF. Estamos apenas a tratar do que concretamente foi objeto da deliberação atacada



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

(determinação para editar ato de cassação de aposentadoria como efeito automático da condenação na ACPIA n.º 2005.01.1.055353-7).

De outra parte, sabe-se que a Lei n.º 8.112/90 não tem aplicabilidade aos funcionários (dirigentes e empregados públicos) de empresas estatais, tais como a Codeplan, porquanto, perante tais pessoas administrativas, é estabelecido vínculo com pessoa jurídica de direito privado.

Esses são regidos, precipuamente, pelas disposições da leis trabalhistas (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) e da Lei n.º 6.404/76. Aqueles, ao abrigo da referida Lei n.º 8.112/90, são considerados “*servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*”, caso dos servidores policiais civis.

Pode-se afirmar, portanto, que, no caso vertente, a se conferir interpretação extensiva ao alcance da expressão “perda da função pública”, como estando a alcançar, inclusive, vínculo jurídico de natureza estatutária, haveria um descompasso decorrente do fato de que apenas os servidores estatutários estão sujeitos à pena de cassação de aposentadoria, ao passo que os empregados públicos, contratados ou nomeados em cargos de confiança, para exercer às vezes o mesmo cargo do servidor punido, não estão sujeito a essa penalidade.

Na hipótese dos autos, repita-se, as irregularidades foram praticadas em função exercida em empresa estatal, não no cargo de Delegado de Polícia, embora nele estivesse investido.

Enxergo, então, que entender que o juízo quis alcançar cargo diverso, de vínculo estatutário, que não era objeto de inquirição nos autos, levaria uma interpretação do decreto condenatório que, ante o assentado até aqui, revela-se incompatível. Renovando as vênias, não consigo enveredar por aí.

É óbvio ululante, mas não é demais reafirmar uma vez mais a essa altura, que aqui não se cogita da inviabilidade de a PCDF, dentro do seu poder-dever, apurar eventuais falhas funcionais que entenda terem ocorrido na atividade e, se for o caso, aplicar a correspondente sanção, aí incluída a possibilidade de que venha a ser editado ato de cassação da aposentadoria.

Entretanto, digno de apontamento que, sob o **ponto de vista estritamente da Lei n.º 8.112/90**, ao servidor aventa-se a possibilidade de cassação de aposentadoria tão somente em 2 (duas) hipóteses:

1. acumulação ilegal de cargo verificada após a inativação e havendo a comprovação da má-fé (art. 133, §6º);
2. falta funcional praticada quando em atividade (art. 146).

A aposentadoria se constitui um direito fundamental que visa à garantia mínima de sobrevivência da pessoa que contribuiu na sua fase produtiva.

Na aplicação da penalidade, deve-se observar o princípio da proporcionalidade ou adequação punitiva, em relação à conduta e à sanção aplicada.

Cabe ao aplicador da pena impor sanção adequada à conduta infratora, devendo ser analisada caso a caso, sopesando todos os elementos que nortearam o cometimento do ilícito funcional. Tudo sem se afastar da prévia e



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

necessária previsão legal.

A Lei n.º 8.112/90 congrega expressamente, no seu art. 128, a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade quando da aplicação da pena, exigindo, ainda, no parágrafo único desse artigo, o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

Perceba ainda que a Lei n.º 8.112/90 alberga, em seu art. 2º, princípios que deverão ser obedecidos pela Administração Pública, alguns expressamente esculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição, tais como o da legalidade, da moralidade e da eficiência, além de outros, não menos importantes, elevados à categoria de princípios, embora não expressamente previstos (finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e interesse público).

Dada a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios contidos no referido dispositivo constitucional, princípios são considerados as balizas-norteadoras, as vigas-mestras do sistema normativo.

Tanto que, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁰ em apontamento lapidar, *“violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”*, porquanto, segundo sustenta:

“A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.”

Por sua vez, o saudoso Hely Lopes Meirelles utiliza, em sua obra, citação do autor publicista argentino, Rafael Bielsa, que afirma que, *“por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato - motivos pressupostos - e de direito - motivos determinantes na lei”*.

De mais a mais, o princípio da motivação se faz presente na CF de maneira implícita, por resultar do princípio democrático e da regra do devido processo legal.

Pelo método das sucessivas derivações ou sucessivas fundamentações, conforme a direção que se tome, todas as normas, fundamentalmente, têm seu fundamento de validade derivado da norma primeira que é a Constituição Federal.

Sempre na Constituição. Fugir daí é solapar princípios e direitos fundamentais que, no caso concreto, havendo sua incidência, devem ser sopesados.

Nisso, por vezes, há um aparente conflito de normas. Digo aparente porque não pode haver antinomia constitucional. Deve, pois, o intérprete buscar, pelo método da ponderação, alcançar o fim buscado pela norma à luz da diretriz

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 943.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

constitucional.

Ora, em estreito juízo de ponderação, se não há previsão legal para a cassação de aposentadoria como efeito automático da sentença condenatória, como motivar o ato da Administração voltado a esse fim, ao abrigo da motivação invocada, dissociados de outros princípios, como o da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade? Não me parece possível. Aquele não haveria de se sobrepor a estes.

Inclusive, a respeito da gravidade e desproporcionalidade da pena de cassação de aposentadoria como efeito da sanção penal de perda do cargo público, já decidiu a Corte Estadual de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n.º 2005.033599-1, de Itajaí, em que foi relator o Des. Gaspar Rubik, Terceira Câmara Criminal, julgado em 05.12.07. Pertinente colacionar o seguinte trecho do acórdão:

"[...] o que leva, pois, a reconhecer a perda do cargo, que, in casu, dar-se-ia por meio de cassação da aposentadoria, como exacerbadamente gravosa, impondo-se sua revogação. A resolução é, de fato, a mais indicada, sobretudo no caso concreto, em que este efeito da condenação tolheria do apelante seu principal meio de subsistência, o qual dificilmente conseguiria substituir, em razão da senilidade. Outrossim, não se mostra excessivo presumir que, quiçá, deparar-se-ia com reprimenda que ultrapassaria a pessoa do acusado, assolando toda a entidade familiar, consequência execrável, vedada pelo art. 5º, inciso XLV, da Lei Maior."

Convém salientar que a ação de improbidade, que visa a apuração dos atos de improbidade administrativa, tem levado alguns a defenderem que a mesma **ostenta, em alguma medida, natureza penal** devido às penalidades que encerra¹¹, ao contrário do que se verifica em relação à ação civil pública, essa claramente de caráter cível.

Nessa vereda, o intérprete não deve se guiar unicamente pelas designações que o legislador dá aos institutos, sob pena de deturpar o funcionamento do sistema jurídico, como averba, com a propriedade que lhe é peculiar, Geraldo Ataliba:¹²

"A designação das entidades e institutos do direito é muito importante. É condição de trabalho seguro, objetivo e científico."

Os nomes empregados em ciência devem corresponder a conceitos científicos unívocos. Nem sempre, entretanto, o legislador atende essa recomendação, ou por não ser um especialista, ou por malícia – no intuito de subtrair-se a exigências constitucionais – e adota terminologia errada ou equivocada."

Disso decorre que o interprete não pode guiar-se pelas designações que o legislador dá aos institutos, mas só pelo critério objetivo científico aqui exposto. É imperativo que assim proceda, pena de deturpar o funcionamento do sistema jurídico, deformando-o e atingindo-o na sua viga mestra, a sua rigidez."

¹¹ Nesse sentido, exemplificando: "Forçoso concluir, pois, que as penas previstas para a improbidade administrativa, por restringirem direitos (poder-se-ia até cogitar do caráter penal da imposição de multa, pois há previsão neste sentido na seara penal) delineiam o contorno sancionatório-penal do sublime instituto da Improbidade Administrativa, donde decorre, por consequência lógica, aplicação dos princípios do processo penal na persecução processual por ato ímprobo." (BERTI, Marcio Guedes. A natureza penal da lei de improbidade administrativa. Revista Jurídica JusVox Ano 1, n.º 02. jul. 2016. Disponível em: <http://www.jusvox.com.br/revista/edicoes-antiores/item/151-a-natureza-penal-da-lei-de-improbidade-administrativa.html>. Acesso em: 29.07.19.

¹² ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. São Paulo: Malheiros, 2004, 6ª edição, p. 155.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

Enquanto o direito comum se destina a regular a realidade jurídica e social considerada em sua totalidade, o direito especial se volta a regular situações específicas.

Portanto, definido aqui o caráter penal da ACPIA, por força da natureza das penalidades que podem ser impostas ao condenado, esclareço que, a despeito de ser norma especial, no que for omissa, deve reverência à norma de caráter geral, em caráter supletivo.¹³

As penalidades previstas no art. 12 da LIA podem ser aplicadas independentemente das sanções previstas no Código Penal.

Ora, a LIA faz referência à perda da função pública sem defini-la a ponto de se poder dizer, com firmeza que compreenderia todo e qualquer função, emprego e/ou cargo de natureza pública.

Por outro lado, ao tratar dos efeitos da condenação, o art. 92, I, do CP, explicita, com mais clareza, quais seriam os efeitos da condenação para esse desiderato, levando a crer que, quando assim o pretendia, o legislador expressamente o fez. O silêncio, neste caso, não autoriza chegar-se a um elastecimento.

Saliente-se que o Código Penal, que congrega penas de encarceramento de até 30 anos, não autoriza expressamente cassar aposentadoria com fundamento em condenação penal. Esse é um vetor orientador para a aplicação de toda e qualquer norma que tenha, ainda que minimamente, viés penal.

Digo isso apenas para contextualizar uma premissa básica do nosso ordenamento jurídico, que nunca é demais reafirmar: **norma que impõe restrição de direitos** deve ser interpretada **restritivamente**. Isso, com mais razão, a se tratar de norma de caráter penal que, de regra, importa na restrição a direitos do ser humano.

A previsão em si da cassação de aposentadoria só se faz presente em normas vocacionadas a regular regime jurídico de servidores públicos. Melhor direi a respeito um pouco mais à frente.

Chama atenção o fato de que não se tem notícia de norma, de **natureza penal**, que expressamente estabeleça a cassação de aposentadoria como efeito extrapenal específico da sentença condenatória e, logo, não se revela compatível com ordenamento o uso de analogia, para esse efeito, *in malam partem*.

Há sim, como disse, no art. 92, I, do Código Penal, dentre os efeitos da condenação, a previsão da perda de “*cargo, função pública ou mandato eletivo*”. Não se fala em momento algum de cassação de aposentadoria.

Assim, em prossecução ao que se vinha de afirmar, a lei é a fonte por excelência do direito penal. Isso por decorrência direta do princípio constitucional da legalidade, com assento no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, segundo o qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação*”

¹³ Segundo Francisco Amaral, “*normas comuns ou gerais são as que se aplicam a um determinado sistema de relações, como as de direito civil. Normas especiais são as que se aplicam a certas relações jurídicas de direito comum, regulando-as diversamente, como ocorre com as de direito do consumidor, ou da previdência social. O direito especial afasta-se das regras de direito comum e destina-se a classes especiais de pessoas, coisas e relações. Enquanto o direito comum destina-se a regular a realidade jurídica e social considerada em sua totalidade, o direito especial forma-se de normas que se destinam a determinadas relações. (...) Direito comum e direito especial não são contrários. Este desenvolve os princípios daquele, sendo o direito comum supletivo do especial. O direito civil é o direito privado comum, supletivo da legislação civil complementar.*” (AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 81-82.)



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

legal”.

Dentro do ideário de Estado Democrático de Direito, é o Estado que edita o direito e a ele se submete e esse direito é ditado por representantes do povo, daí ser democrático. Será plenamente democrático, inclusive, quando o povo participar de forma mais razoável no resultado, também, não só da produção legislativa, mas da produção material desse Estado.

No nosso ordenamento jurídico, temos na República Federativa do Brasil a conformação desse Estado Democrático de Direito, sendo a Constituição a guia-mestra. Não há dissociação da regra de previsão legal para o efeito de cominar sanção.

Tanto que é farta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a cassação da aposentadoria tem previsão legal, mas no âmbito administrativo, não na esfera penal.

De fato, em situação similar tratada no REsp n.º 1.416.477-SP, a 5ª Turma do STJ reformou julgado do TJSP que havia determinado a cassação da aposentadoria de um **Delegado de Polícia Civil**, tendo em vista a falta de previsão legal e a impossibilidade de ampliar essas hipóteses em prejuízo do condenado. A deliberação restou assim ementada:

*“RECURSO ESPECIAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. 1. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL QUANTO AO AGRAVO. SÚMULAS N.S 292 E 528 DO STF. 2. INOBSERVÂNCIA DO ART. 514 DO CPP. DENÚNCIA INSTRUÍDA COM INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE RELATIVA QUE NÃO SE RECONHECE. SÚMULA N. 330 DO STJ. 3. CRIME COMETIDO NA ATIVIDADE. POSTERIOR APOSENTADORIA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. ART. 92, I, ALÍNEA A, DO CP. ROL TAXATIVO. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. 3. AGRAVO NÃO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não há interesse recursal na interposição do agravo, porquanto a decisão que admite parcialmente o recurso especial devolve a esta Corte Superior de Justiça o conhecimento de toda a matéria arguida no apelo nobre, não estando adstrita ao juízo de admissibilidade feito pelo Tribunal de origem. Súmulas n.s 292 e 528 do Pretório Excelso. 2. De acordo com a Súmula n. 330 desta Corte, É desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial. 3. **Condenado por crime funcional praticado em atividade, anteriormente à aposentaria, que se deu no curso da ação penal, não é possível declarar a perda do cargo e da função pública de servidor inativo, como efeito específico da condenação. A cassação da aposentadoria, com lastro no art. 92, I, alínea a, do Código Penal, é ilegítima, tendo em vista a falta de previsão legal e a impossibilidade de ampliar essas hipóteses em prejuízo do condenado.** 3. Agravo não conhecido e recurso especial parcialmente procedente.” (STJ -RECURSO ESPECIAL Nº 1.416.477 – SP (2013/0368017-2) RELATOR: MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) – 18 de novembro de 2014 (Data do Julgamento) (Destaquei)*

No mesmo sentido dessa afirmação:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME COMETIDO NA ATIVIDADE. POSTERIOR APOSENTADORIA. PERDA DO CARGO PÚBLICO.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

ART. 92, I, ALÍNEA A, DO CP. ROL TAXATIVO. CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES. I. A perda do cargo público somente pode ser declarada nas hipóteses restritas e taxativamente previstas na lei, vedada a interpretação extensiva ou analógica em desfavor do réu, sob pena de afronta ao princípio da legalidade. II. A previsão legal é dirigida para a perda de cargo, função pública ou mandato efetivo, o que não é a hipótese dos autos, considerando que o agravado, no decorrer da ação penal, aposentou-se. III. **Consubstanciando a aposentadoria um ato jurídico perfeito, com preenchimento de requisitos legalmente exigidos, não se pode desconstituí-la como efeito extrapenal específico da sentença condenatória, mesmo que o fato apurado tenha sido cometido quando o funcionário ainda estava ativo. A cassação da aposentadoria tem previsão legal, mas no âmbito administrativo, não na esfera penal.** IV. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 1.447.549/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 9/3/2016) (Destaquei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 92 DO CP. EFEITO DA CONDENAÇÃO PENAL. PERDA DO CARGO PÚBLICO. APOSENTADORIA SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NO CP. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. 1. **O art. 92 do Código Penal apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a perda da aposentadoria e, por se tratar de norma penal punitiva, não admite analogia in malam partem.** 2. Precedentes da Quinta e da Sexta Turma. 3. Agravamento regimental improvido.” (AgInt no REsp 1.529.620/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 6/10/2016). (Destaquei)

Portanto, sinteticamente, de acordo com o decidido, entendeu-se que servidor aposentado condenado em ação penal não pode ter sua aposentadoria cassada com fundamento no art. 92, inciso I, do CP,¹⁴ ainda que a sua aposentadoria tenha ocorrido no curso da ação.

Nesse contexto fático e jurídico, é de bom alvitre rememorar a discussão travada no **MS n.º 2016.00.2.048651-2**, de relato da Ex.^a Sra. Desembargadora Ana Maria Duarte Amarante Brito, impetrado pelo ora recorrente para suspender os efeitos da Decisão n.º 5.200/16.

Em assentada pretérita, esta relatoria já havia trazido um breve panorama sobre a discussão travada nesse *writ*. Por necessário, renova-se essa linha de argumentação.

Nesse sentido, de antemão, consigno minha discordância da unidade técnica quando anota que essa ação transitou em julgado desfavoravelmente ao impetrante.

Em realidade, o feito foi extinto sem resolução de mérito, nos termos do Acórdão n.º 1.023.126 do Conselho Especial do TJDFT, devido à notícia de que o “*Tribunal de Contas do Distrito Federal, através da petição de f. 468, informa acerca de recurso administrativo interposto pelo impetrante, segundo o qual lhe foi conferido efeito suspensivo*”¹⁵ (destaque acrescido), fato este, creio eu, respeitante

¹⁴ “Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (...)”

¹⁵ Conforme o documento de peça 88.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

ao pedido de reexame conhecido por esta Corte de Contas com efeito suspensivo, na forma delineada pela Decisão n.º 6.197/16.

Entretanto, anteriormente fora deferida liminar, conforme requerido pelo impetrante, eis que a eminente Desembargadora vislumbra, em sede de cognição sumária, ilegalidade na Decisão n.º 5.200/16, no tocante à determinação para que a autoridade competente assinasse o ato de cassação da aposentadoria, neste ponto, porque não havia notícia da instauração de processo administrativo disciplinar.

Vislumbrou ainda outros motivos que estariam a afastar a cassação da aposentadoria em decorrência dos atos ímprobos apontados na ACPIA n.º 2005.01.1.055353-7. Tudo em linha de intelecção que reafirma o que esta relatoria assentou a folhas volvidas.

Dada a pertinência da linha de argumentação levada a efeito por Sua Excelência, pede-se vênua para reproduzir excerto dos apontamentos, onde elencados alguns desses motivos:

“Entretanto, considerando que os atos ímprobos apontados nos autos nº 2005011055353-7 TJDF não foram praticados no exercício da função de Delegado policial, não vislumbro como poderia o impetrante ter a aposentadoria cassada no âmbito de um hipotético processo administrativo disciplinar perante a Polícia Civil, que é organizada e mantida pela União (art. 21, XIV CF).

Impera pontuar que a lei em questão não tem aplicabilidade aos funcionários (dirigentes e empregados públicos) de empresas estatais, tais como a CODEPLAN, porquanto, perante tais pessoas administrativas é estabelecido vínculo com pessoa jurídica de direito privado. Decerto, a Lei 8.112/90 somente aplica-se aos ‘servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.’ Ademais, considerando a qualidade de dirigente da empresa pública, ser-lhe-iam incidentes as disposições da lei 6.404/76, segundo o escólio de Lucas Rocha Furtado. Portanto, não há embasamento legal que legitime sancionar o impetrante com a perda de sua aposentadoria em razão da prática de atos realizados no exercício da função de dirigente de empresa estatal.

Caso as condutas desabonadoras houvessem sido praticadas ao longo do tempo em que esteve a serviço da Polícia Civil, enquanto delegado, poder-se-ia cogitar da prática de infração administrativa, no campo da improbidade, a ser punida diligentemente e por meio de processo disciplinar na órbita administrativa. Entretanto, não é o caso.

Ademais, tendo a sentença condenado o impetrante tão-somente à perda da função pública, não há como alargar o significado e o alcance da coisa julgada para fazer incluir a cassação de aposentadoria. Já estão previamente definidos os limites objetivos da coisa julgada, que não podem ser alterados; ressaltando-se que eventual cassação administrativa do benefício previdenciário não implicaria malferimento à ‘rés iudicata’, mas seria decorrência simples da independência de instâncias. Porém, como exposto em linhas volvidas, deveria o ilícito haver sido praticado também em cargo sujeito às disposições da Lei 8.112/90. (...).” Grifei

Em suas razões adicionais, a insigne Desembargadora não olvidou de ponderar, fundamentadamente, os entendimentos dos partidários da corrente que



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

invoca o raciocínio segundo o qual a cassação da aposentadoria não seria consequência lógica da perda da função pública e, por outro, daquela que invoca o raciocínio segundo o qual a cassação da aposentadoria seria sim consequência lógica.

Filiou-se à primeira corrente, a qual, conforme defendido por esta relatoria, melhor se amolda à hipótese dos autos. Melhor realiza o princípio de justiça e, ainda, observa premissas básicas do ordenamento jurídico inaugurada pela Constituição Cidadã. Tudo com o devido balanceamento que o caso impõe.

Essa, aliás, foi a posição adotada por mim na condução de matéria similar no bojo do Processo n.º 36.506/16-e, que cuida da aposentadoria voluntária, com proventos integrais, de Thelma Araújo Pereira, matrícula n.º 119.328-7, no cargo de Técnico em Saúde. A servidora fora condenada na ACPIA n.º 2002.01.1036052-9, também, à perda da função pública.

Em sede de cumprimento de sentença, a última decisão judicial respeitante à referida servidora reconheceu que, no caso concreto, a *“cassação da aposentadoria somente poderia ocorrer, com fundamento no art. 134, da Lei n.º 8.112/90, após regular processo administrativo para aplicação de penalidade na esfera administrativa”*, não sendo um efeito automático da condenação, sob pena de ultrajar o princípio da separação de poderes a pretensão de que o Judiciário pratique o ato administrativo.

Ou seja, significa dizer que, nos limites do que foi estabelecido, prevaleceu a compreensão de que ocorrido o trânsito em julgado, no caso concreto, a cassação da aposentadoria dependeria de regular processo administrativo disciplinar, o que, se levado a efeito, repita-se, retiraria um dos elementos necessários para a inativação (ser servidor público).

Exatamente por isso, no voto que apresentei na Sessão Ordinária n.º 5.020, do dia 06.03.18, acolhido à unanimidade pelo Colegiado, nos termos vazados na Decisão n.º 853/18, manifestei-me pela baixa do feito em diligência para que a Secretaria de Saúde adotasse:

“(...) providências com vistas ao que foi decidido na ACPIA n.º 2002.01.1036052-9, quanto à necessidade de instaurar processo administrativo disciplinar para verificar a conduta da servidora, para fins de eventual aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria, caso não prescrita a pretensão punitiva (...).”

Portanto, frente ao que se vem de apresentar, renovando as vênias aos que partilham de entendimento diverso, não vejo como ir além, para conferir alcance maior à sentença condenatória quanto à expressão “perda da função pública”, para retirar do mundo jurídico a aposentadoria do ora recorrente, com supedâneo na determinação contida no item II.c da Decisão n.º 5.200/16.

Quer-se crer que, do contrário, seriam ultrapassados os limites do que restou decidido na Ação Civil de Improbidade Administrativa n.º 2005.01.1.055353-7.

Logo, por tudo o que restou assentado, dou parcial provimento ao apelo, na exata extensão de tornar insubsistente o item II.c da Decisão n.º 5.200/16, que determinara a edição de ato de cassação da aposentadoria.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade

TCDF - GCMA

Folha:

Processo: 28.185/15-e

Rubrica: _____

Nada impede, reitere-se, que a PCDF, dentro do seu poder-dever, adote providências para a instauração de eventual PAD com vistas a verificar a conduta do ora recorrente, quando na ativa, no exercício do cargo de Delegado de Polícia, para fins de eventual aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria, caso não prescrita a pretensão punitiva.

Sendo assim, divergindo, em parte, dos órgãos técnico e ministerial, VOTO no sentido de que o egrégio Plenário:

I – tenha por cumprida a Decisão n.º 2.831/18;

II – tome conhecimento dos Ofícios n.ºs 129/18-Ass/DGPC (peça 98) e 192/19-CGP (peça 99);

III – no mérito, considere:

a) parcialmente procedente o pedido de reexame em apreço, para o efeito de tornar insubsistente o item II.c da Decisão n.º 5.200/16, que determinara a edição de ato de cassação de aposentadoria do ora recorrente;

b) improcedente a representação em apreço, cessando, por consequência, os efeitos da cautelar concedida por meio da Decisão n.º 4.616/17;

IV – autorize:

a) a ciência desta decisão ao recorrente, por meio de seu representante legal, à Polícia Civil do Distrito Federal – PCDF e à Procuradoria-Geral do Distrito Federal – PGDF;

b) o retorno dos autos à Secretaria de Fiscalização de Pessoal – Sefipe para os devidos fins.

Brasília, em 1º de agosto de 2019.

MANOEL DE ANDRADE
Relator