

DIREITO ADQUIRIDO

Cicero Marques Ferreira¹
Paulo Scheider²

RESUMO

É consenso que o estudo de caso sistematizado do direito adquirido, sobretudo perante fatos antagônicos, que colocam margens de dúvidas diante a segurança jurídica, que é de fundamental importância, visto que diante dos aspectos favoráveis e desfavoráveis, com visão sistêmica do assunto, com condão de fazer valer sua aplicabilidade, fomentando a segurança jurídica, diante de argumentos teóricos e posições dos pretórios Superiores, sendo assim buscar soluções para as questões controvertidas, através de fundamentação robusta.

Palavras – Chaves: Direito Adquirido, Servidor Público, Constituição Federal, Cláusula pétrea, aspectos favoráveis e desfavoráveis, relevância social, visão panorâmica do direito adquirido, Legislação, Decisões dos Tribunais.

ABSTRACT

It is a consensus that the systematized case study of acquired law, especially in the face of antagonistic facts, poses margins of doubt in the face of legal certainty, which is of fundamental importance, given the favorable and unfavorable aspects, with a systemic view of the subject, with a To assert its applicability, fostering legal security, in the face of theoretical arguments and positions of the Superiors, and thus seek solutions to the controversial issues through a robust foundation.

Key Words: Acquired Law, Public Servant, Federal Constitution, Petty Clause, favorable and unfavorable aspects, social relevance, overview of the acquired right, Legislation, Decisions of the Courts.

¹Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Direito no Centro Universitário de Várzea Grande/MT (UNIVAG). E-mail: marquesmabelus@gmail.com

²Professor do UNIVAG – Centro Universitário de Várzea Grande e Pós Graduado em Didática do Ensino Superior Direito, Email: paulo@schneideradvogados.com.br. Celular (65) 99982 – 7770

1 – INTRODUÇÃO

O hodierno trabalho, dentre outros fatores relevantes, transmitirá com precisão as decisões no caso concreto do direito adquirido, além de buscar meios inovadores para que os servidores públicos possam lutar pelos seus direitos, sendo assim, este trabalho fomentará a aplicabilidade íntegra da nossa Constituição Federal, buscando informações, a fim de que possamos ter uma visão panorâmica do assunto; analisando-o com algumas nuances, através de algumas decisões e leis, que são literalmente antagônicas no que menciona a carta magna. Assim, observa-se que este estudo buscará utilizar todos métodos legais possíveis para garantir a sua aplicabilidade aos direitos fundamentais, visando sempre a incolumidade jurídica, diante de todos Servidores Públicos.

É indispensável ressaltar o constrangimento do Cidadão para almejar de forma efetiva o seu direito; agora imagina a perda de um direito já adquirido pelas pessoas, portanto surge a oportunidade da testilha de caso a caso, em buscar métodos basilares a fim de defender o direito fundamental de cada cidadão Brasileiro.

Em prosseguimento, serão apresentadas fundamentações robustas, através de fontes inovadoras, abordando estudos exploratório, descritivo e explicativo, levando também em consideração, algumas opiniões públicas, visto que, desta maneira serão defendidas de forma íntegra o Direito Adquirido, postulado como Cláusula Pétrea, assim faz mister ressaltar a importância da publicação deste artigo científico, que irá ampliar o conhecimento, fomentando a otimização de sua aplicabilidade no caso concreto, devido sua grande relevância social no mundo Jurídico.

2 – TEMA

O estudo de caso sistematizado do direito adquirido, sobretudo perante aos fatos antagônicos, que colocam margens de dúvidas diante a segurança jurídica.

3 – DELIMITAÇÃO DO TEMA

O direito adquirido do servidor público, sobrevivendo a cassação da aposentadoria do inativo, diante de uma possível condenação judicial, após a sua efetiva aposentadoria.

4 – OBJETIVO GERAL

Identificar a sistematização de sua aplicabilidade no caso concreto do direito adquirido.

4.1 – Objetivos Específicos

- a) Levantar as possibilidades e situações favoráveis e desfavoráveis do direito adquirido perante a perda da função pública, mesmo após a aposentadoria;
- b) Descrever as possíveis alternativas, diante das decisões dos tribunais, referente ao direito já incorporado no seu patrimônio;
- c) Analisar de forma universal, diante das interdisciplinaridades de outras áreas do conhecimento jurídico, do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal da República;

5 – REFERENCIALTEÓRICO

5.1 – Contexto do Direito Adquirido

A contextualização do direito adquirido em toda história, visto que, só foi consagrada pela primeira vez na Constituição de 1934, agora na atualidade está no texto da Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXVI, preceitua: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Os direitos adquiridos são os que já estavam irrevogavelmente conferidos e definitivamente adquiridos antes da norma nova, assim são aqueles, que podem ser exercidos atualmente, ao qual o poder público deve proteção, não só para defendê-los dos ataques de terceiros, como também, para assegurar suas consequências.

Outro aspecto relevante, faz mister ressaltar que as qualidades constitutivas do estado das pessoas constituem direitos adquiridos, no momento da realização do fato ou ato que cumpre todas as condições exigidas pela lei vigente no momento de sua realização, levando em consideração dois elementos: existência de um fato em virtude do qual se adquire o direito e a qual o fato seja capaz de produzir o direito, assim o homem concretiza com o fato aquisitivo.

Concomitantemente, para que um fato possa produzir a aquisição de um direito, necessita de quatro requisitos: que este esteja completo, surgimento em tempo idôneo, pessoa capaz, observância na lei.

Outro aspecto relevante, que vale ressaltar diante da testilha do direito adquirido, seria o aspecto em que o Servidor Público que possui em seu estatuto um direito quando o mesmo foi nomeado para o cargo, nada impede que o poder público extinga o direito previsto no estatuto do mesmo, por entender inconveniente à administração pública. Logo, o servidor não tem direito adquirido, visto que as leis que traduzem normas gerais e abstratas são normalmente alteráveis.

Em prosseguimento, as leis que regem as vantagens do servidor público dependem sempre de um suporte fático ou, se melhor dizendo, um fato gerador que a lei expressamente estabelece, tais como: o ingresso do servidor público admitisse adicional de tempo de serviço, conferindo o percentual de cinco por cento dos vencimentos para cada período de cinco anos de efetivo exercício, a administração poderá extingui-lo, entretanto, o direito adquirido que completou o fato gerador permanecerá, porém, caso não consuma o fato gerador, a situação seria apenas uma expectativa para efetivação do direito.

Além do mais, cumpre realçar que a aposentadoria seria a cessação do exercício das atividades, com o recebimento de retribuição denominada de proventos, assim após passar pelo crivo da administração pública, verificando os pressupostos normativos, reconhecendo o benefício da inatividade renumerada, seguindo também a apreciação da legalidade do ato do tribunal de contas, para fins de registro, conforme artigo 71, inciso III, da Carta magna.

“Aposentadoria conceito: é o direito garantido pela constituição, ao servidor público, de perceber determinada renumeração na inatividade, diante da ocorrência de certos fatos jurídicos previamente estabelecidos”. (SANTOS CARVALHO FILHO, 25ª edição, página 689”).

5.2 – Servidores Públicos

Em análise do contexto dos Servidores Públicos como demonstra no artigo parágrafo 1º do Código Penal, in verbis:

“Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem embora transitoriamente ou sem renumeração, exerce cargo, emprego ou função pública. Parágrafo primeiro equipara-se ao funcionário público que exerce cargo, emprego, ou função de entidade parastatal e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para execução de atividade típica da administração pública”. (Art. 327, código Penal).

Observa-se que, somente os ocupantes de cargo de provimento efetivo, que possibilita a aquisição de estabilidade, depois de decorrido três anos de exercício, sendo assim denominada de estabilidade ordinária, que somente perderá o cargo ou vínculo de trabalho com administração, dentre outras, nos seguintes casos:

- a) Em virtude de sentença judicial transitado em julgado;
- b) Mediante processo administrativo, em que seja assegurada ampla defesa.

Nesta diapasão, para aquisição da estabilidade é obrigatória a avaliação de desempenho por comissão instituída para essa finalidade, agora por outro lado, vislumbra a vitaliciedade, que só perderá o cargo mediante sentença transitado em julgado, vindo ser uma prerrogativa especial de permanência no Serviço Público.

5.3 – Responsabilidade dos Servidores Públicos

Em inobservâncias de proibições dos Servidores públicos, não atendendo os preceitos éticos, e além do decoro da classe, levará o mesmo ser responsabilizado, tanto criminalmente, prevista nos artigos 312 a 326 do Código Penal, como administrativamente, dentre outras formas de coibir a má conduta. A Súmula nº 18 do Supremo Tribunal Federal, in verbis:

“Pela falta residual não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do Servidor Público”.

Segundo artigo 935 do Código Civil, in verbis:

“A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu Autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Além do mais, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, os superiores têm o dever de tomar as providências para apurar a responsabilidade de servidores, no momento da ciência dos atos ou fatos, que possam imputar infrações, caso não o faça, será responsabilizado como demonstra o artigo 320 do Código penal.

Em conseqüência, faz mister ressaltar que as sanções mais comuns mencionadas nos Estatutos, são: advertência, repreensão, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade, assim como é notório que a mais maléfica para o servidor seria a perda de sua aposentadoria, principalmente quando o mesmo encontra-se na inatividade.

5.4 – Prescrição

A aplicabilidade das sanções disciplinar não é perpétuo, em geral, para infrações puníveis com demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade, o prazo é de cinco anos, agora para infrações leves, o prazo seria de dois anos, começando o prazo na data em que o fato se tornou-se conhecido, de acordo com artigo 142, inciso I, parágrafo 1º, da lei 8112/90 (Servidores públicos), em consonância com artigo 37 parágrafo 5º da Constituição Federal, aliás, *Ipsis litteris*, a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticado por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimentos.

5.5 – Aposentadoria diante do Direito Adquirido

É consenso que na contemporaneidade vem surgindo alguns aspectos favoráveis e outros desfavoráveis, diante de sua literalidade da preconização da Constituição Federal, apesar deste direito está em testilha no Supremo Tribunal Federal, a fim de consolidar o direito fundamental dos Cidadãos, que está consagrado como cláusula pétrea, como demonstra o artigo 60 parágrafo 4º da carta magna, visto que não pode ser objeto de deliberação a proposta de Emenda que vise abolir direitos e garantias individuais, sendo assim, se o servidor já tem o direito adquirido, que é um dos vetores dos direito individuais, não podem sofrer alteração constitucional, a fim de retroagir para alcançá-lo ou suprimi-lo.

Além disso, a Constituição foi inteligível em estabelecer para os servidores públicos, o regime de previdência de caráter contributivo, de forma a ser preservado o equilíbrio financeiro e atuarial, como demonstra o artigo 40, caput da Constituição Federal.

Concomitantemente, *Ipsis verbis*, aos Servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas Autarquias e Fundações é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Em primeira análise, de forma obscura, faz mister ressaltar algumas situações desfavorável ao direito adquirido, como demonstra alguns autores, de acordo com a lei 8112/90.

Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado na atividade, falta punível com a demissão. (Art. 134 *in verbis*).

Concomitante, observa-se no seu artigo 127, inciso IV, são penalidades disciplinares, a cassação de aposentadoria e disponibilidade.

“A cassação da aposentadoria ou disponibilidade é a extinção da aposentadoria ou da disponibilidade, acarretando o retorno (reversão) do servidor à atividade, para que possa ser aplicada a pena de demissão, ocorrendo quando o servidor cometeu falta grave, verificada depois do ato da aposentadoria”. (MEDAUAR, 2014, p. 353).

“Em outra análise verifica-se também que o ato de aposentadoria do Servidor Público pode estar contaminado de vício de legalidade, como ocorre como qualquer ato administrativo. Nesta situação deve o servidor retornar à atividade. Outrossim, a cassação da aposentadoria, porém, tem natureza diversa, cuida-se de penalidade por falta gravíssima praticado pelo servidor quando ainda em atividade. Se esta falta fosse suscetível, por exemplo, de pena de demissão, o servidor não faria jus à aposentadoria, de modo que, tendo cometido a falta e obtido a aposentadoria, deve esta ser cassada, trata-se, por conseguinte, de penalidade funcional ainda que aplicada a servidor inativo”. (CARVALHO FILHO, 2006, p. 598-599).

Nessa toada, ainda convém ressaltar, não há direito adquirido do ex-servidor ao benefício da aposentadoria, se tiver dado ensejo, enquanto em atividade, à pena de demissão. Por isso, seria inteiramente cabível a cassação de aposentadoria, até mesmo se fosse aposentadoria compulsória do magistrado, que tem natureza punitiva, neste sentido fica sujeito à cassação, caso a decisão superveniente a decretar em razão da condenação à perda do cargo, evitando manobras de infração gravíssima cometida pelo inativo antes, logo era possível o retorno do mesmo, a fim de aplicar a penalidade de demissão.

Em suma, o Supremo Tribunal de Justiça em decisão da 1ª seção do dia 25-02-16, decidiu a cassação de aposentadoria, denegando a segurança, com base a lei 8112/90, nos artigos nº 132, inciso IV e artigo nº134 da mencionada legislação.

Em segunda análise, em outrora, a aposentadoria tinha natureza prêmio ocorria sem a contraprestação alguma por parte do servidor, o benefício era suportado integralmente pelo poder público.

Além disso, o Ministro Lewandowski, pela 2ª turma, RE – 610.290/MS com fundamento que o benefício previdenciário trata-se de caráter contributivo, havendo sua plausibilidade, apesar de tratar da cassação da pensão dos dependentes e não da cassação da aposentadoria.

Em prosseguimento o órgão especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão proferido no MS 2091987-98.2014.8.26.0000, entendeu que pela maioria dos votos, a cassação de aposentadoria se tornou incompatível com a instituição do regime previdenciário.

Ainda convém mencionar que no Direito Brasileiro não é possível a punição permanente, caso o mesmo tenha pena de demissão, ele poderá ocupar o cargo novamente, só bastará preencher os requisitos, sendo assim, se vier ocupar outro cargo, emprego ou função, será computado para fins de aposentadoria e disponibilidade, com fundamento da constituição Federal:

O tempo de contribuição Federal, Estadual ou Municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.(Artigo 40, parágrafo 9º in verbis).

Outro fator importante seria quando o trabalhador regido pela CLT (Consolidação da Lei do Trabalho) e ao mesmo tempo com o vínculo de aposentadoria diante ao INSS, caso for demitido a sua aposentadoria seria inerte, assim seria a mesma situação dos trabalhadores Celetistas e temporário, a sua demissão não perderá os benefício previdenciário já conquistado, passando ter dois vínculo: um ligado ao exercício do cargo e outro de natureza previdenciário, como demonstra na Constituição Federal.

“Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou emprego público, aplica-se ao regime geral da previdência social”. (Artigo 40, parágrafo 13, in verbis).

Cabe mencionar, que o regime próprio do servidor antes era financiado inteiramente pelos cofres públicos, porque a aposentadoria era um direito decorrente do cargo, neste diapasão houve a intenção de aproximar a aposentadoria do servidor público ao do empregado privado, de acordo com a Constituição Federal.

“Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo, observará o que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social”. (Artigo 40, parágrafo 12, in verbis).

Outrossim, a EC nº 03/93 e EC nº 20/98, passou exigir a contribuição pecuniária do Servidor, assim ficaria uma parte do servidor e outra do poder público, destarte, aquela financiaria a sua própria previdência, ficando agora de natureza subjetiva para o servidor.

Observam-se as fontes robustas em defesa ao direito adquirido, diante de uma possível demissão do funcionário público após a sua efetiva aposentadoria, seria uma contraprestação estatal decorrente da exclusividade da contribuição do próprio servidor público, este, está comprando o seu direito de aposentadoria, aproximando com um contrato de seguro, logo deve ser correspondente ao benefício previdenciário, independentemente de demissão.

Outrossim, a aproximação do público com privado demonstrado, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos legais para obter o benefício, desta forma, observa-se que a aposentadoria de caráter contributivo e retributivo do regime previdenciário do servidor, que também está sendo combatida pela ADI nº 4882/DF, para relatar que não pode haver contribuição sem benefício, destarte, a legislação estatutária ainda não se adaptou inteiramente, continuando prever a cassação de aposentadoria, ao novo artigo da Constituição Federal.

“Para o cálculos de proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão consideradas as renumerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o artigo 201, na forma da lei”. (Artigo 40, parágrafo 3º, in verbis).

In comento do artigo 201 da CF, a previdência social será organizada sob a forma do regime geral de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei.

Em seqüência, demonstra que a penalidade seria um enriquecimento ilícito do Estado, que não deveria conceder a aposentadoria, além do mais, deveria no mínimo ressarcir as contribuições realizadas diante do evento em pauta; obedecendo direito fundamental, haja vista, que foram preenchidos os requisitos, caracterizando um ato jurídico perfeito, logo, viola o devido processo legal, da razoabilidade, proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana; além de outras normas pertinentes, destacam-se:

- a) A República Federativa do Brasil tem como fundamento, a dignidade da pessoa humana, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal;
- b) A lei não prejudicará o direito adquirido, de acordo com inciso XXXVI, do artigo 5º da Constituição Federal;
- c) Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários, conforme a súmula do STF nº 359.

6 – CONCLUSÃO

Em virtude dos fatos supramencionados, sobretudo a busca do consagrado direito adquirido, vislumbra a Ação Direta de Inconstitucionalidade, demonstrando que a legislação que prevê a cassação de aposentadoria após a sua efetividade, e que a demora para apuração da falta considerada grave do Servidor Público possui parâmetros antagônicos diante o princípio da celeridade processual, que é mencionada na Carta Magna, onde dita um tempo razoável para finalização processual, assim fica incontroverso com os ditames legais, afrontando dentre outros princípios, da igualdade e imparcialidade, devido ter tratamento diferenciado dos empregados regidos pela consolidação das leis do trabalho, sendo assim impropério diante a nossa Lei Maior. Ainda convém mencionar que este trabalho deve ter outros entendimentos, a fim de reforçar os direitos fundamentais, por isso, vindos nesta toada diante da complexidade do assunto abordado, está sendo objeto de apuração de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal a aplicabilidade da cassação da aposentadoria dos servidores punidos após a sua efetiva inatividade, por conseguinte, os cidadãos aguardam que os direitos fundamentais sejam resguardados em sua integralidade, desta forma, este trabalho não tem nenhuma pretensão de esgotar a mencionada testilha, uma vez que, de proêmio há necessidade da publicação deste artigo científico, a fim de servir de parâmetros para aqueles trabalhos que necessitam de sustentáculos para a defesa da nossa democracia, que de proêmio resguarda os direitos dos cidadãos Brasileiro.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988;

CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 16^o Rio de Janeiro.

Hiper notícia, Quinta – feira, 26 de fevereiro de 2015, http://www.stf.jus.br/portal/processo/verprocesso_andamento.asp?incidente=4334549

JOSÉ Luiz Blaszak, Advogado e Professor de Direito Administrativo e Direito Eleitoral; ex – Juiz, membro do TRE/MT e membro da academia Mato – Grossense de Direito Constitucional.

MARIA Sylvia Zanella Di Pietro. Advogada e Professora titular Aposentada de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo (USP). Revista consulta jurídica, 16 de abril de 2015, Maria Sylvia Zanella Di Pietro;

MEDAUAR Odete, Direito Administrativo moderno, 18^o ed., 2012;

NERY FERRARI, MARIA MACEDO, Regina Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Direito Constitucional, 2011.