

DIREITO À REINTEGRAÇÃO AO CARGO PÚBLICO DO SERVIDOR ESTATUTÁRIO APOSENTADO E A (IM)POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO MINISTERIAL

Ronaldo de Souza Silva Filho

Bacharel em Direito

Resumo

O presente estudo tem como escopo a interpretação do artigo 37, §10 da Constituição Federal, a fim de verificar a possibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria do servidor estatutário, aposentado voluntariamente pelo regime geral de previdência, com os vencimentos do cargo público que ocupa. Partindo da hipótese de que tal acumulação é possível, buscou-se analisar também o entendimento das cortes superiores a respeito da possibilidade de caracterização de ato de improbidade, bem como a viabilidade de ação coletiva para tutelar os direitos dos servidores pelo Ministério Público. Para análise da situação acima descrita, foram realizadas pesquisas bibliográficas e, sobretudo, jurisprudenciais nos Tribunais Superiores. Nesse contexto, a proposta deste artigo visa a apresentar as interpretações conferidas ao mencionado dispositivo constitucional e os mecanismos de atuação do Ministério Público diante de tais casos.

Palavras-Chave: Servidor estatutário. Aposentadoria voluntária. Reintegração ao cargo. Ação Civil Pública.

Abstract

The purpose of this study is to interpret article 37, §10 of the Federal Constitution, in order to verify the possibility of accumulation of retirement benefits of the statutory servant voluntarily retired by the general pension scheme with the expiration of the public office in which it occurred the retirement. Assuming that such accumulation is possible, we also sought to analyze the understanding of the superior courts regarding the possibility of characterization of improbidity act, as well as the viability of collective action to protect the rights of the servants by the Public Ministry. To analyze the situation described above, bibliographical researches and, above all, jurisprudence of the Superior Courts were carried out. In this context, the purpose of this article is to present the interpretations given to the aforementioned constitutional provision and the mechanisms of action of the Public Prosecutor's Office in these cases.

Keywords: Statutory server. Voluntary retirement. Reintegration to the position. Related searches.

1 Introdução

Aposentadoria é direito consubstanciado no recebimento de determinado valor à pessoa física que cumpre determinados requisitos exigidos em Lei. Ultrapassado é o conceito pelo qual se define a aposentadoria como, simplesmente, um direito à inatividade remunerada, vez que há casos nos quais é possível a percepção de proventos de aposentadoria com salário/remuneração em atividade, como se verá mais adiante.

A Constituição Federal disciplinou as regras estruturantes dos sistemas públicos de aposentação existentes no Brasil. Nos artigos 40, 42 e 142, tratou do Regime Próprio de Previdência, aplicável aos servidores públicos civis e militares estatutários ocupantes de cargos efetivos, enquanto que, no art. 201, dispôs acerca do Regime Geral de Previdência, de caráter residual, aplicável aos empregados públicos, servidores temporários, servidores ocupantes de cargo comissionado exclusivamente e trabalhadores da iniciativa privada.

Em termos gerais, ambos os regimes previdenciários conferem direito subjetivo igual ao trabalhador, diferindo apenas sobre regras de aquisição e gozo. É importante esclarecer que a Carta Constitucional não esgota todas as regras referentes à previdência, mas tão só estabeleceu normas gerais. Cabe aos Estados, Distrito Federal e Municípios editar suas próprias regras conforme as especificidades locais, desde que observados os parâmetros constitucionais, sob pena de suspensão da eficácia da lei local que lhe for contrário¹.

Dentre as várias modalidades de aposentadoria, apenas aquela chamada de “voluntária”, por tempo de contribuição, interessa ao presente trabalho. Além dos requisitos temporais de idade e de contribuição, faz-se necessária a manifestação de vontade do indivíduo, porquanto, ainda que preenchidas as duas condições acima, o sujeito pode continuar a laborar, hipótese na qual além da remuneração normal do cargo/emprego, faz jus ao abono de permanência enquanto não requerer a aposentadoria voluntária ou completar a idade para aposentadoria compulsória.

Quanto à possibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria com remuneração de cargo público, a Constituição pretérita, de 1967, nada esclarecia sobre o tema, havendo fundada dúvida a respeito da sua admissibilidade, notadamente porque a Emenda nº 1/1969, trouxe dispositivo vedando a concentração remuneratória na hipótese, ressalvadas algumas exceções.

¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas. 2018. p. 815.

Por sua vez, a atual Constituição apenas tratou do tema dez anos após sua promulgação, com a introdução da Emenda Constitucional nº 20/1998. Foi acrescentado ao art. 37 o parágrafo 10. No entanto, a regra continuou a mesma: impossibilidade de acumular proventos com vencimentos, exceto nas hipóteses ali previstas, como nos casos de cargo acumulável na atividade (tratados no inciso XVI do mesmo artigo 37), cargo eletivo ou cargo comissionado².

Em que pese a omissão no texto do mencionado artigo, a doutrina entende que a norma tem um alcance mais amplo. Deve também ser observada nos casos de proventos pagos em razão de disponibilidade remunerada (art. 41, §3º da CF). Nesse sentido, é esclarecedor o raciocínio de FILHO, CARVALHO³:

Na verdade, seria iníquo que servidor aposentado pudesse, em algumas situações, acumular seus proventos com vencimentos de outro cargo, e que servidor posto em disponibilidade não o pudesse: em ambos os casos, o servidor auferiria remuneração sem estar em atividade. Sendo assim, servidor em disponibilidade pode ocupar, por exemplo, cargo em comissão.

No entanto, a amplitude da referida norma é ainda maior conforme se verá no capítulo seguinte.

2 Da possibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria do regime geral com vencimentos de cargo público estatutário

A Lei nº. 8.213/91, a qual disciplina as regras constitucionais relativas ao Regime Geral de Previdência, não prevê restrição ao recebimento de aposentadoria com salário de trabalhador em atividade, ressalvado, por óbvio, os casos de aposentadoria por invalidez. Apenas prescreve em seu art. 124, inciso II, a proibição de recebimento de mais de uma aposentadoria voluntária.

É sedimentado no Tribunal Superior do Trabalho o entendimento de que a aposentadoria voluntária, por si só, não desfaz o contrato individual de trabalho. Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial nº 361 SBDI-1/TST, *in verbis*:

²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. p. 784.

³CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 827.

A aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral.

O entendimento acima também é prevalente no TST quanto às lides envolvendo empregados públicos que, apesar de já aposentados pelo regime geral de previdência, continuam no exercício da sua função, como se percebe dos julgados abaixo transcritos:

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DA DISPENSA. EMPREGADO PÚBLICO CELETISTA. EMPRESA PÚBLICA. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PROVENTOS. DISCRIMINAÇÃO POLÍTICA. No tocante aos efeitos da aposentadoria espontânea, o assunto não mais comporta discussão, porque já está superado pela atual e iterativa jurisprudência do TST (OJ 361 da SBDI-1), segundo a qual a aposentadoria não põe fim ao contrato de trabalho. Por outro lado, segundo a jurisprudência da SBDI-1 do TST, é possível cumular a percepção dos proventos de aposentadoria com os salários decorrentes do vínculo empregatício, porquanto o § 10 do art. 37 da Constituição Federal, que veda tal cumulação para algumas hipóteses, faz menção expressa tão somente aos arts. 40, 42 e 142, todos da Carta Magna, ou seja, regimes previdenciários especiais, não abrangendo nessa limitação os empregados aposentados pelo Regime Geral de Previdência, caso da reclamante. [...] ⁴

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EMPREGADO PÚBLICO. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CUMULAÇÃO DOS PROVENTOS COM OS VENCIMENTOS. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº.

⁴TST. Recurso de Revista:2202006720085010242, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de julgamento:12/12/2018. Disponível em:<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659750928/recurso-de-revista-rr-2202006720085010242?ref=topic_feed>. Acesso em: 9 jan. 2019.

361 da SBDI-1, ‘a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação’. Ademais, o entendimento desta Corte Superior é no sentido de que não há vedação da cumulação de proventos com a remuneração do cargo público quando a aposentadoria seja vinculada ao Regime Geral de Previdência Social. Agravo de instrumento desprovido⁵.

O posicionamento do TST apresentado acima decorre, sobretudo, do entendimento firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.721, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2007. Nesta, o STF delineou a independência entre o vínculo previdenciário mantido pelo trabalhador (público ou privado) com o INSS e o direito à continuidade laboral com o empregador (público ou privado), segundo ementa abaixo:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº. 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI 9.528/97 QUE ADICIONOU AO ART. 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA ACÇÃO.

[...]

3. A Constituição versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente).

4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmbito de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência Social e o Instituto Nacional de Previdência Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador.

⁵TST. Agravo Interno em Recurso de Revista: 24395020145090411, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 12/12/2018. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659750928/recurso-de-revista-rr-24395020145090411?ref=topic_feed>. Acesso em: 9 jan. 2019.

5. Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático de vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que está apenas exercita seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum.
6. A mera concessão de aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.
7. Inconstitucionalidade do §2º do art. 453 da Consolidação da Leis Trabalhistas, introduzido pela Lei nº 9528/97⁶.

No que toca ao servidor público estatutário ocupante de cargo efetivo, o regime próprio de previdência deve ser instituído por Lei pela pessoa jurídica da qual faz parte. Caso assim não proceda o vínculo previdenciário do servidor se dará necessariamente com o Instituto Nacional da Seguridade Social por meio do regime geral de previdência, sob pena de afronta ao direito de aposentadoria.

A simples leitura do art. 37, §10 da Constituição Federal deixa clara e indubitosa a impossibilidade de acumulação de proventos com remuneração, ressalvados os casos previstos no próprio dispositivo.

Art. 37. [...]

§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Acontece que a vedação para cumulação é limitada expressamente a proventos advindos dos regimes próprios de previdência dos servidores civis (art. 40) e militares (arts. 42 e 142). Nada declarou sobre os proventos pagos pelo INSS sob Regime Geral de Previdência (art. 201).

Caso a intenção do constituinte originário fosse vedar a percepção simultânea de quaisquer proventos de aposentadoria, não teria especificado os artigos referentes apenas a regimes próprios.

⁶STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.721/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe 29.06.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68093>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

Ressalte-se que, sendo plenamente possível ao servidor já aposentado pelo RGPS ser nomeado para novo cargo público, caso aprovado para tal, é exatamente porque não incide a hipótese do art. 37, §10 da CF/88. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras do Min. Marco Aurélio no Recurso Extraordinário 387.269:

Como consta em bom vernáculo no texto constitucional, 'é vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição', os cargos eletivos e os cargos em comissões declarados em lei de livre nomeação e exoneração'. Vale dizer que, consoante bem decidiu o Tribunal de origem, a glosa diz respeito à acumulação de proventos decorrentes de aposentadoria como servidor público, considerado o regime específico e remuneração do novo cargo. A recorrida aposentou-se pelo regime geral de previdência social, não havendo, assim, a impossibilidade de assumir novo cargo. Pouco importa que haja sido servidora do Município. À luz do texto constitucional, cumpre perquirir a fonte dos proventos, que indubitavelmente, não está nos cofres públicos⁷.

Ademais, a natureza jurídica dos vínculos mantidos pelo servidor é diferente. Um é de natureza previdenciária com o INSS; o outro é funcional-administrativa com a Administração Pública da qual faz parte. Some-se a isso o fato de que os proventos e vencimentos possuem fonte de custeio diversas, conforme bem delineado em julgado do TST abaixo, em consonância com jurisprudência do STF:

Acrescente-se que a vedação de acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública de que cogitam os arts. 37, §10, 40, 42 e 142 da Constituição Federal leva em consideração a unicidade das fontes dos proventos e da remuneração dos cargos, empregos ou funções

⁷STF. Recurso Extraordinário 387.269, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 17.12.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68093>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

públicas, mas não alcança as situações jurídicas em que a fonte de custeio dos proventos de aposentadoria decorre do regime geral de Previdência Social e da remuneração dos cofres públicos⁸.

Se o servidor estatutário, por não possuir regime próprio, é aposentado voluntariamente pelo INSS, não fazendo jus a qualquer benefício de natureza previdenciária paga pelos cofres do ente público a que pertence, nem mesmo recebendo qualquer tipo de complementação de proventos, não deverá ser exonerado somente em razão da aposentadoria.

O Ministério Público Federal, em parecer de autoria do ex Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, nos autos do RE nº 669.645/SC entende que

A vedação contida no §10 do art. 37 não alcança servidores públicos aposentados pelo Regime Geral de Previdência Social, pois veda, especificamente, a percepção cumulativa de proventos decorrentes do regime especial dos servidores públicos com a remuneração de cargo, emprego ou função pública. Logo, carece de legitimidade o ato exoneratório do servidor público, seja por não ter sido precedido de processo administrativo, seja por inexistir vedação constitucional de acumulação de proventos de aposentadoria do RGPS com vencimentos de cargo público⁹.

Na mesma linha de raciocínio é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que pode ser representada pelos acórdãos abaixo ementados:

Agravo regimental nos embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo e Constitucional. Servidor público. Cumulação de proventos de aposentadoria oriunda do regime geral de previdência com vencimentos de cargo público. Possibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência do

⁸TST. Recurso de Revista 76300-55.2007.5.10.0001, Relator Min. Luiz Philippe Vieira de Melo Filho, Data de Publicação: DEJT 25/02/2011. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307152615/recurso-de-revista-rr-14487420145090411/inteiro-teor-307152640>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

⁹MPF. Parecer nº 7657/RJMB no RE 669.645/SC, datado de 28/09/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=1852716&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019.

Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da possibilidade de cumulação de vencimentos de cargo público com proventos de aposentadoria oriunda do regime geral de previdência. 2. Agravo regimental não provido¹⁰.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL COM REMUNERAÇÃO DE CARGO EFETIVO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - A jurisprudência desta Suprema Corte é assente no sentido de ser possível a acumulação de proventos decorrentes de aposentadoria no Regime Geral de Previdenciária Social com remuneração de cargo público, pois, nesse caso, não há acumulação vedada pela Constituição Federal. II - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC¹¹.

Oportuno esclarecer que a matéria aqui tratada (acumulação de proventos de servidor estatutário aposentado pelo RGPS com vencimentos de cargo público) ainda não é objeto de repercussão geral reconhecida pelo STF, nem é objeto de súmula, mas representa entendimento dominante naquela corte¹².

Em que pesem os fortes argumentos apresentados acima, algumas turmas de tribunais locais e juízes primevos ainda não se dobraram à tese da cumulatividade dos proventos do RGPS com vencimentos de cargo público. Em tais casos, interpretam o art. 37, §10 de maneira genérica, englobando todo e qualquer regime de aposentadoria.

¹⁰ STF. Agravo Regimental n. 915.420-ED-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 5.6.2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000362477&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

¹¹ STF. Agravo Regimental n. 1.121.013-AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 11.9.2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000363528&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

¹² Assim também são as seguintes decisões monocráticas: Recurso Extraordinário n. 1.140.380, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 28.6.2018; Recurso Extraordinário n. 1.111.722, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 19.3.2018; e Recurso Extraordinário n. 1.033.369, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 16.6.2017.

Por fim, um fato importante que deve ser levado em consideração na análise de tais casos é a previsão no Estatuto do Servidor Público das hipóteses de vacância. A vacância do cargo pela aposentadoria, em se tratando de servidor estatutário, só ocorre se foi originada de regime próprio, ou no caso de regime geral, se decorrente de invalidez. Pois, como visto no item 5 da ementa da ADI 1.721, o STF declarou que não cabe ao legislador infraconstitucional criar nova modalidade de vacância se tal hipótese não foi prevista no texto constitucional.

3 Papel do Ministério Público nas demandas envolvendo pedido de reintegração de servidor aposentado pelo Regime Geral de Previdência

Tendo como premissa o entendimento esposado acima, há de se perquirir se o Ministério Público tem legitimidade para propor ação judicial objetivando a reintegração de servidores públicos exonerados unicamente em razão da concessão de aposentadoria voluntária pelo INSS, bem como se o ato exoneratório ilegal configura ato ímprobo.

3.1 Da configuração do ato de Improbidade Administrativa

O ato de exoneração motivado tão somente pela concessão de aposentadoria voluntária pelo RGPS, na esteira do raciocínio do Supremo Tribunal Federal demonstrado no capítulo anterior, configura ato contrário ao art. 37, §10 da Constituição Federal, nulo portanto. Há vício no elemento objeto do ato administrativo, porquanto é juridicamente impossível. O ato exoneratório importa violação da lei.

No âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, o ato exoneratório em questão não se enquadra em nenhuma das hipóteses dos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 10 (lesão ao erário), o que, em tese, ensejaria a aplicação subsidiária do art. 11, por violação ao princípio da legalidade. Mas, não basta que o ato praticado pelo agente público seja contrário à lei para configurar ato ímprobo. A ocorrência daquela, por si só, não resulta nesta¹³.

O vocábulo latino *improbitate* significa desonestidade. A desonestidade pressupõe a consciência de ilicitude da conduta, existência de dolo, má-fé. Portanto, para ser caracterizada como conduta ímproba, o ato ilegal deve ser revestido do mesmo traço das outras modalidades de improbidade (arts. 9º

¹³ FILHO, MARINO PAZZAGLINI. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais e processuais de responsabilidade fiscal*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2018. p. 104.f

e 10): desonestidade, dolo e má-fé. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ a teor do julgado abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. MÁ-FÉ (DOLO). APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador.

4. Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva. Precedentes: REsp. 654.721/MT, Primeira Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009; REsp. 717.375/PR, Segunda Turma, DJ 08/05/06; REsp. 658.415/RS, Segunda Turma, DJ de 3.8.2006; REsp. 604.151/RS, Primeira Turma, DJ de 08/06/2006¹⁴.

¹⁴ STJ. Recurso Especial 1130198 RR 2009/0145722-5, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/12/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17995504/recurso-especial-resp-1130198-rr-2009-0145722-5/inteiro-teor-17995505?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

Considerando a necessidade da existência da má-fé do Administrador Público no ato de exoneração do servidor, sem dúvida será aplicável a Lei de Improbidade Administrativa. Acontece que, no caso concreto, muitas vezes não há ocorrência de dolo. O que existe é simples adoção de entendimento contrário, ou mesmo seu desconhecimento.

Via de regra, antes do Administrador Público tomar decisão final acerca do ato exoneratório, submete o processo administrativo ao parecer da consultoria jurídica do próprio órgão ou entidade, o qual, na imensa maioria das vezes, opina pela impossibilidade de manutenção do vínculo funcional. Como visto no final do capítulo anterior, ainda há parcela minoritária do judiciário, sobretudo juízes de primeiro grau, que não adotam a posição do STF sobre o tema, interpretando o art. 37, §10 de forma genérica.

Ora, se o próprio magistrado, conhecedor da lei, em tese, entende não ser cabível a cumulação de proventos de aposentadoria do RGPS com vencimentos de cargo público, não é de se exigir que o Administrador Público entenda de forma contrária, salvo desvio de finalidade no ato exoneratório envolto de má-fé.

Desse modo, deve sempre ser averiguado o caso concreto, a fim de saber se efetivamente houve desonestidade do Administrador ou foi apenas adoção de entendimento contrário, que, embora prejudicial ao servidor, não pode ensejar, *a prima facie*, ato de improbidade, haja vista tratar-se de tema que possui certa divergência nos juízos inferiores.

3.2 Da reintegração do servidor como Direito individual homogêneo de relevância social

Em que pese, *a priori*, não ser cabível aplicação das punições da Lei nº 8.429/92, é possível a realização do controle de legalidade do ato exoneratório pelo Ministério Público, via Ação Civil Pública. Dentre as ações coletivas, a ACP é a que possui um maior campo de hipóteses de cabimento. De acordo com a Lei nº. 7.347/85, em seu art. 1º, IV e VI, compete aos seus legitimados, dentre eles o Ministério Público, a defesa do patrimônio público e social, e outros direitos e interesses difusos e coletivos. Apesar de não fazer menção expressa aos interesses individuais homogêneos, doutrina e jurisprudência são uniformes em admitir que sua tutela também pode ocorrer via ACP¹⁵.

De fato, o tema tratado no presente artigo não se refere a direito coletivo, muito menos a direito difuso, porquanto estes possuem natureza

¹⁵ ZAVASCKI. Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

indivisível, ou seja, referem-se a direitos que não podem ser divididos ou usufruídos individualmente por aqueles que compõem a coletividade/comunidade¹⁶. Trata-se, *a prima facie*, de direito individual homogêneo por ser, sob o aspecto objetivo, um direito divisível.

No entanto, somente é cabível a tutela de direitos individuais via ação coletiva quando há interesse social relevante na demanda. Esse é o entendimento do plenário do STF, em didático julgamento do Recurso Extraordinário 631.111, cuja ementa abaixo transcrita:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISTINÇÕES. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127 E 129, III, DA CF. LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA. COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS. SEGURO DPVAT. AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADEATIVA. [...]

4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender “interesses sociais”. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127).

5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também

¹⁶ ASSUMPÇÃO NEVES. Daniel Amorim. *Ações constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 229.

comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos.

6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3.º, e art. 301, VIII e § 4.º)¹⁷.

Em casos envolvendo servidores públicos, as cortes superiores têm admitido a ação coletiva intentada pelo Ministério Público em casos como não pagamento de verbas salariais a determinada categoria de servidores. Nesse sentido é o parecer do MPF acatado nos autos do RE nº 459.456, de Relatoria da Ministra Carmem Lúcia e entendimento da 5ª Turma do STJ:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DE RELEVÂNCIA SOCIAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO [...] Nessa linha, a manifestação da Procuradoria-Geral da República: “(...) se a defesa de tais interesses [individuais homogêneos] envolver relevante abrangência social, como a hipótese dos presentes autos, que trata da revisão geral anual dos servidores públicos, deverá a ação civil pública correspondente ser intentada pela instituição. Ou seja, se, no caso concreto, a defesa

¹⁷ STF, Recurso Extraordinário 631.111, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 7/8/2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342219/recurso-extraordinario-re-631111-go-stf/inteiro-teor-159437490?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

coletiva de interesses transindividuais assumir importante papel social, não se poderá negar ao Ministério Público a defesa desse direito. (...) Depreende-se da análise dos autos, sem dúvida alguma, que a quaestio iuris é eminentemente social, na medida em que se trata de prestação pecuniária para todos aqueles que trabalham no serviço público, não havendo que se questionar, portanto, a legitimidade do Parquet para atuar no feito” (fls. 452 e 454). E ainda: RE 488.056, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 9.9.2010; transitada em julgado em 7.10.2010; e RE 192.690, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 10.5.2010, transitada em julgado em 30.6.2010. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. 7. Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, § 1-Aº, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) e determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no julgamento da ação¹⁸.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ‘AD CAUSAM’ DO MINISTÉRIO PÚBLICO – LEI 6.766/79, ARTS. 38 E 40 – LEI Nº 7.347/85, ART. 21 – CF. ART. 129, III E IX.

1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública.

2. é o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário-mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual.

3. Recurso conhecido e provido. Decisão por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento.

Assim, diante dos julgados acima, para que seja possível a atuação ministerial no caso em apreço - reintegração de servidores públicos estatutários aposentados pelo RGPS e exonerados ilegalmente com base apenas em tal

¹⁸STJ. Recurso Especial 95347/ SE; Relator Ministro Vicente Leal, Quinta Turma, 23/05/2000. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/453855/recurso-especial-resp-95347-se-1996-0029908-0>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

fundamento – deve o Órgão Ministerial analisar a existência de relevância social na demanda como, por exemplo, - a) a quantidade de sujeitos contemplados com o interesse tutelado; b) a expressão pecuniária envolvida; c) a repercussão pública da matéria tratada, já que se trata de ação que tem seu fundamento em uma violação à norma constitucional; e, por fim, e) verificar a real necessidade de dar tratamento processual coletivo à matéria, considerando a possibilidade de que a multiplicação de feitos com decisões judiciais divergentes causariam certa confusão e descrédito do judiciário.

4 Conclusão

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou uma análise mais aprofundada acerca da interpretação conferida ao art. 37, §10 da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, oportunizou verificar um cenário para uma eventual intervenção do Ministério Público, via ação coletiva, em prol do direito de servidores públicos face à Administração.

Apesar de ainda não haver uma interpretação uniforme, sobretudo nos Tribunais inferiores e juízos de primeiro grau, a Corte Suprema tem entendimento firme de que o servidor público estatutário, aposentado voluntariamente pelo regime geral de previdência, têm direito de permanecer no cargo que ocupa, tendo em vista que a vedação contida no art. 37, §10 da Carta Maior apenas impõe a vedação para servidores aposentados pelo regime próprio de previdência.

Em se tratando de tutela de tais interesses do servidor público, é possível a propositura de Ação Civil Pública para pleitear a reintegração destes quando exonerados ilegalmente com fundamento, tão só, na concessão da aposentadoria voluntária pelo RGPS. No entanto, como se refere a direito individual homogêneo, só haveria intervenção do Ministério Público caso houvesse relevante interesse social.

Ao analisar decisões de Tribunais Superiores restou verificado que a caracterização do interesse social relevante na demanda depende de uma conjuntura de aspectos de ordem social, econômica e jurídica, as quais devem ser analisadas à luz do caso concreto tanto pelo *Parquet* quanto pelo órgão judiciário.

Desse modo, tendo como premissa a jurisprudência do STF sobre o tema, é possível a atuação ministerial a fim de verificar a ocorrência de ato de improbidade praticado pelo administrador público, ou, não sendo o caso, o manejo de Ação Civil Pública quando presente o relevante interesse social.

Referências

ASSUMPÇÃO NEVES. Daniel Amorim. *Ações constitucionais*. 2.ed. São Paulo. Método, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanela. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MPF. Parecer nº 7657/RJMB no RE 669.645/SC, datado de 28/09/2012. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/processo/ver-processopeca.asp?id=1852716&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.721/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, DJe 29.06.2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68093>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

_____. Recurso Extraordinário 387.269, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 17.12.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68093>>. Acessado em: 19 jan. 2019.

_____. Agravo Regimental n. 915.420-ED-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 5.6.2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizar-Ementa.asp?s1=000362477&base=baseMonocraticas>>. Acessado em: 23 jan. 2019.

_____. Agravo Regimental n. 1.121.013-AgR, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 11.9.2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000363528&base=baseMonocraticas>>. Acessado em: 23 jan. 2019.

_____. Recurso Extraordinário 631.111, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 7/8/2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342219/recurso-extraordinario-re-631111-go-stf/inteiro-teor-159437490?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

_____. Recurso Extraordinário 459456, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 27/12/2010. Disponível em: <<https://www.google.com/search?client=firefox-b-ab&q=RE+459456>>. Acesso: 2 fev. 2019.

STJ. Recurso Especial 1130198 RR 2009/0145722-5, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/12/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17995504/recurso-especial-resp-1130198-rr-2009-0145722-5/inteiro-teor-17995505?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 31 jan. 2019.

TST. Recurso de Revista 76300-55.2007.5.10.0001, Relator Min. Luiz Philippe Vieira de Melo Filho, Data de Publicação: DEJT 25/02/2011. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/307152615/recurso-de-revista-rr-14487420145090411/inteiro-teor-307152640>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

_____. Recurso de Revista:2202006720085010242, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de julgamento: 12/12/2018. Disponível em:<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659750928/recurso-de-revista-rr-2202006720085010242?ref=topic_feed>. Acesso em: 9 jan. 2019.

_____. Agravo Interno em Recurso de Revista: 24395020145090411, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 12/12/2018. Disponível em:<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/659750928/recurso-de-revista-rr-24395020145090411?ref=topic_feed>. Acesso em: 9 jan. 2019.

ZAVASCKI. Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.