

APROVADA POR UNANIMIDADE

A “APOSENTADORIA ESPECIAL” DE AGENTES POLÍTICOS E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

MARCUS PAULO QUEIROZ MACÊDO

**Promotor de Justiça de Araxá/MG
Mestre em Direito Direitos Coletivos,
Cidadania e Função Social pela
UNAERP – Universidade de Ribeirão
Preto**

1. Introdução

É comum a existência, nas legislações municipais e estaduais, da previsão de benefícios previdenciários especiais de aposentadoria e de pensão para ex-agentes políticos e seus familiares, sobretudo para o caso de ex-prefeitos e de ex-governadores⁷⁴ e seus viúvos.

São “especiais” porque dissociados do regime geral de Previdência Social brasileira, ou de qualquer outro fundo gestor de previdência, estadual ou municipal e, o que é pior, não são derivados de qualquer contribuição previdenciária, além de se restringirem a dada classe de agentes públicos, não se estendendo aos servidores públicos do mesmo ente federativo, o que fere diversos princípios constitucionais administrativos⁷⁵.

⁷⁴ Em Minas Gerais o Ministério Público local ajuizou, em 08.04.2011, a ação civil pública n. 00895802-97.2011.8.13.0024, distribuída junto à 2ª Vara da Fazenda Estadual da Capital, questionando o pagamento de aposentadoria aos ex-governadores Rondon Pacheco, Francelino Pereira dos Santos, Hélio Carvalho Garcia, Eduardo Brandão de Azeredo e à viúva de um ex-governador, Sra. Coracy Uchoa Pinheiro. A antecipação de tutela requerida foi concedida em 20.06.2011.

⁷⁵ Quanto a esta inconstitucionalidade, assevera José Nilo de Castro: “Os municípios não devem, aliás, não podem, por leis municipais, conceder subsídio mensal vitalício a ex-Prefeitos, ou pensão às suas viúvas, bem como às dos ex-Vereadores, que, a despeito da autonomia municipal, de que se é cioso, aqui e alhures, e intransigente defensor, a lei municipal concessiva dessas vantagens pecuniárias não se compadeceria, como não se compadeceria, dos preceitos e princípios gerais adotados na CR.

Destarte, subsídios mensal e vitalício de ex-Prefeito ou de ex-Vereador também, como pensão a viúvas suas, só poderiam ser criados em atenção à regra federal constitucional e nunca pelos Municípios, que não

De fato, o tema não é recente, são inúmeras as ações judiciais questionando pensões e aposentadorias de ex-agentes políticos⁷⁶, havendo uma vasta jurisprudência desfavorável do E. STF quanto ao tema⁷⁷, inclusive com decisões reafirmadas recentemente⁷⁸, sendo inúmeros os julgados que não permitem o pagamento

têm poder constituinte originário ou derivado. Nesse sentido pronunciou-se o STF (RE n. 112.044-4-PB, j. 28.3.1989).

Ademais, inconcebível, por outro lado, pudessem os Municípios estabelecer regras, em matéria de seguridade social, senão em conformidade com as previstas nos arts. 40 e seus parágrafos e 149, parágrafo único, da CF e, na moldura desta, o que prescrevem as Constituições dos respectivos Estados-membros. Conseqüentemente, porque depende de ato normativo específico (Lei Municipal de iniciativa privativa da Câmara Municipal, e de Resolução, com base nos arts. 29, V e VI, e 29-A da CF) o estabelecimento dos limites e critérios para a remuneração do exercício efetivo dos mandatos dos agentes políticos locais, na sua duração certa, indubitável se revela concluir que toda e qualquer atribuição de vantagens pecuniárias, mensal e permanente, por lei municipal, anômala e extravagante, não poderia ter, como não pode, outra matriz senão a Constituição Federal, haja vista que, a despeito de o Município não ter, como se afirmou, poder constituinte originário nem derivado, essa matéria lhe escapa a tratamento.

À impossibilidade jurídica de o Município conceder subsídio mensal e vitalício a ex-Prefeitos, mediante lei municipal própria, perfeitamente admissível é o entendimento de que inconstitucional se revelaria lei municipal que atribuísse pensão a viúvas de ex-agentes políticos locais. Estende-se a impossibilidade jurídica pelo fato de que a condição de beneficiários se atrela àquela inerente à investidura e exercício do mandato eletivo local. Ora, existe ali razão fundamental para se negar aos Municípios o poder de concederem subsídio mensal vitalício a ex-Prefeitos; aqui prevalece o mesmo princípio, a mesma regra, a obstar os Municípios a que prodigalizem recursos públicos em pensão a dependentes de ex-agentes políticos locais. Inconstitucional a concessão em lei; a hipótese rende ensejo à declaração de inconstitucionalidade do ato normativo municipal que assim dispuser.

Ademais, há que se mencionar que a Constituição de 1988 suprimiu benefício similar aos ex-Presidentes da República, inviabilizando-se a instituição, por analogia também, de favores idênticos aos ex-agentes políticos locais.” (*Direito Municipal Positivo*, 6. ed. rev. atual., Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 190/191).

⁷⁶ Na comarca de Araxá/MG, por exemplo, foi ajuizada, em 04.03.2009, a ação civil pública de autos n. 0040 09 086206-7, da 2ª Vara Cível daquela Comarca, que atualmente ainda não foi sentenciada em primeiro grau.

⁷⁷ Por todos, veja-se: “DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO PARA EX-PREFEITOS DO MUNICÍPIO DE ANGICAL, PIAUÍ. BENEFÍCIO CRIADO POR LEI MUNICIPAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que os Municípios não podem sem previsão na Constituição Federal, instituir benefício dessa natureza para seus ex-prefeitos. 2. Precedentes do S.T.F. 3. E não há que se falar em direito adquirido contra a Constituição, como o fez o acórdão recorrido, conflitando, também neste ponto, com a pacífica jurisprudência desta Corte. 4. R.E. conhecido e provido, para o indeferimento do Mandado de Segurança. 5. Custas ‘ex lege’. (RE 224.971-0, Relator Ministro Sidney Sanches, p. em 26.03.99)”. No mesmo sentido: RE n. 112.044-4 e a Representação n. 1.025.

⁷⁸ ADI 3853/MS - MATO GROSSO DO SUL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 12/09/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno REQTE.(S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASILREQDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2006, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. ACRÉSCIMO DO ART. 29-A, CAPUT e §§ 1º, 2º E 3º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO SUL-MATO-GROSSENSE. INSTITUIÇÃO DE SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO AOS EX-GOVERNADORES DAQUELE ESTADO, DE NATUREZA IDÊNTICA AO PERCEBIDO PELO ATUAL CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. GARANTIA DE PENSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, NA METADE DO VALOR PERCEBIDO EM

deste tipo de verba, dada a sua inequívoca afronta a diversos princípios e regras constitucionais, gerando vultuosíssimo prejuízo ao erário brasileiro, conforme se verá na sequência desta exposição.

2. Da ofensa aos direitos fundamentais da proteção ao patrimônio público e à dignidade da pessoa humana pelo estabelecimento, por parte das legislações estaduais e municipais, de aposentadorias e pensões a ex-agentes políticos e seus parentes.

A dignidade da pessoa humana, inequívoco direito fundamental, adquire peculiar importância e conotação no Direito Administrativo e na Teoria Geral do Estado, conforme ressalta Marçal Justen Filho:

O regime de direito administrativo e o exercício do poder político apenas adquirem sentido completo e perfeito quando relacionados ao princípio máximo da supremacia da dignidade humana (CF/88, art. 1º, III), como síntese dos direitos fundamentais.

Todos os princípios jurídicos se vinculam à dignidade humana, que consiste na concepção de que o ser humano não é instrumento, em qualquer das acepções que a palavra apresente. O ser humano não pode ser tratado como objeto. É o protagonista de toda a relação social, e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de “fins últimos” de outros seres humanos ou de uma “coletividade” indeterminada. Não há valor equiparável ou superior à pessoa humana, que é reconhecida com integridade, abrangendo tanto os aspectos físicos como também seus aspectos imateriais. A dignidade relaciona-se com a “integridade” do ser humano, na acepção de um todo insuscetível de redução, em qualquer de seus aspectos fundamentais.

O que se pode afirmar é que a promoção da dignidade humana não seria atingida se as relações intersubjetivas fossem deixadas ao sabor dos esforços

VIDA PELO TITULAR. 1. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em 'caráter permanente', receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. 2. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 3. Conquanto a norma faça menção ao termo 'benefício', não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público. **4. Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República).** 5. **Precedentes.** 6. **Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente** para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.” (negritos meus).

individuais, desorganizados. O Estado e outras organizações da sociedade civil são instrumentos para realizar a dignidade humana e os valores fundamentais. A existência do Estado apenas se justifica em face do aludido princípio⁷⁹.

Por outro lado, também a proteção ao patrimônio público (de que faz parte a probidade administrativa) e à moralidade administrativa são direitos fundamentais⁸⁰, eis que constam expressamente do art. 5º da Constituição da República, o qual integra o seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), e tem a seguinte redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao **patrimônio público** ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;[...] (negritos meus)

Além do patrimônio público e da moralidade administrativa terem sido expressamente elencados e positivados pela Constituição da República como direitos fundamentais no artigo 5º, ela também se preocupou em traçar, ao largo do seu texto, diversas outras disposições protetivas a estes direitos, as quais são assim sintetizadas e agrupadas por Fernando Rodrigues Martins:

As regras de garantia dizem respeito à possibilidade de ajuizamento de ação popular para anulação de ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa (art. 5.º, LXXIII, e art. 129, III, CF). As regras de competência são aquelas respeitantes às atribuições estabelecidas à União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto ao patrimônio e à moralidade administrativa (arts. 23, 24, 25 e 29, CF). Regras gerais são aquelas que estabelecem ao longo do texto constitucional a responsabilização dos agentes pela malversação do patrimônio público ou desrespeito à moralidade administrativa (arts. 15 e 85, CF). E, por fim, regras específicas são aquelas indicativas dos princípios a serem observados quanto ao patrimônio público e à moralidade administrativa e explicitadora da improbidade administrativa (art. 37, *caput* e §§ 4.º e 5.º, CF)⁸¹.

Postos tais paradigmas, torna-se claro que, devido ao fato das normas estaduais e municipais que estabelecem aposentadorias e pensões a ex-agentes políticos e a seus parentes de forma contrária à Constituição da República (o que será objeto de

⁷⁹ *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 76/77.

⁸⁰ Neste sentido, Fernando Rodrigues Martins (*Controle do Patrimônio Público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 48/65).

⁸¹ *Controle do Patrimônio Público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

análise específica no próximo item) causarem grave prejuízo ao erário, elas inequivocamente afrontam os direitos fundamentais do patrimônio público e da dignidade da pessoa humana, e por isto, devem serem cabalmente extirpadas do ordenamento jurídico pátrio, a fim de deixarem de produzir qualquer efeito, pois, conforme adverte Gregório Assagra de Almeida:

Em um Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias constitucionais fundamentais compõem o núcleo da Constituição e, por isso, possuem eficácia irradiante para o legislativo, o executivo e o judiciário, bem como a todas as outras pessoas individuais ou coletivas. Eles funcionam como diretrizes da ordem jurídica constitucional e dos seus respectivos modelos explicativos⁸².

3. Da ofensa aos princípios e regras constitucionais pelo estabelecimento, por parte das legislações estaduais e municipais, de aposentadorias e pensões a ex-agentes políticos e seus parentes.

3.1. Da ofensa aos Princípios constitucionais gerais da seguridade social.

Os Estados, Distrito Federal e os Municípios, bem como suas autarquias e fundações, tem seus próprios institutos previdenciários, sendo que, por isto, em geral, têm regimes previdenciários específicos, dissociados do regime geral da previdência social, à exceção dos ocupantes de cargos comissionados e dos servidores públicos contratados, que se submetem ao regime geral da previdência social⁸³.

Todavia, a formatação constitucional do regime previdenciário público, no que tange também aos seus princípios informadores, é a mesma do regime geral da previdência social, tanto que “aplicar-se-á, subsidiariamente, a esse regime dos servidores públicos titulares de cargo efetivo o regime geral da previdência social (art. 40, § 12⁸⁴ e

⁸² *Direito Material Coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 335.

⁸³ Constituição da República: “Art. 40. [...] § 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. [...]”

⁸⁴ “Constituição da República: “Art. 40. [...] § 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.”

art. 201 CF)”⁸⁵, especialmente quanto à base estrutural de ambos, que consiste nos seus caracteres contributivos e a na necessidade de um equilíbrio econômico e atuarial, calcado no princípio da reponsabilidade.

3.1.1. Da ofensa ao princípio do seguro social e do caráter contributivo dos benefícios previdenciários.

Dispõe o *caput* do art. 40 da Constituição da República:

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

Por sua vez, também assenta o art. 201 da Constituição da República:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de **caráter contributivo** e de filiação obrigatória, **observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial**, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] (negritos meus)

Ainda pertinente à questão pode ser colacionado o disposto no art. 149,

§ 1º:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 1º **Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40**, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. [...] (negritos meus)

Da mera leitura destes dispositivos constitucionais decorre um dos mais importantes princípios da seguridade social, seja para a previdência pública ou para a privada: o do seguro social, pelo qual qualquer cidadão beneficiário dos benefícios previdenciários deve para os mesmos contribuir, pois a base da cobertura assenta-se na contribuição.

⁸⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 301.

Bem se vê das dicções constitucionais, especialmente daquela constante do art. 149, § 1º, que o caráter contributivo das pensões e das aposentadorias públicas não é opcional, mas cogente.

Daí que, considerando-se que as legislações estaduais e municipais que estabelecem a concessão de benefícios previdenciários vitalícios a ex-membros de poder e/ou aos seus familiares não impõem contraprestações por meio de contribuições, elas são inequivocamente inconstitucionais por desrespeito ao princípio constitucional do seguro social e ao caráter contributivo dos benefícios previdenciários.

3.1.2. Da ofensa ao princípio da igualdade.

“O **princípio da igualdade** é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional global”⁸⁶ e, por isto, todas as normas constitucionais são regidas por ele, nas suas variadas facetas, principalmente no que tange à atuação dos Estado na irradiação e no exercício de seus poderes, uma vez que “a realização dos direitos individuais de liberdade pressupõe que a Administração trate, nos assuntos administrativos, os cidadãos de igual maneira”⁸⁷.

Por isto mesmo é que seus efeitos também se estendem aos regimes previdenciários e aos seus benefícios, sendo o princípio da igualdade um dos princípios informadores da seguridade social⁸⁸, tanto assim que vem expressamente previsto no art. 201 da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 201. [...] § 1º. **É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social**, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (negritos meus)

Desta maneira, inexistindo qualquer razão fática a permitir ou justificar o *discrimen*, certamente as normas que fixam aposentadorias e pensões sem exigir

⁸⁶ JJ. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada, volume 1*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p. 336; negritos no original.

⁸⁷ Hans J. Wolff; Otto Bachof e Rolf Stoiber, *Direito Administrativo – Vol 1*. 3. ed. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 2006, p. 524.

⁸⁸ Quanto a isto, cf. Suzani Andrade Ferraro [Princípios Constitucionais da Seguridade Social. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (organizadores). *Os princípios da Constituição de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 698/699].

contribuição e tempo de serviço ferem a igualdade, haja vista que tratam cidadãos de forma desigualitária, estabelecendo privilégios, já que os demais súditos do Estado que não sejam ex-membros de poder ou seus parentes, para terem benefícios similares, devem contribuir e trabalhar por longo tempo, e não apenas por um mandato, ou mesmo dias, como ocorre em diversas situações.

3.1.3. Da ofensa ao princípio do equilíbrio econômico e atuarial.

Os retro transcritos art. 40, *caput*, e art. 201, *caput*, da Constituição da República assentam textualmente que os benefícios previdenciários devem preservar o equilíbrio financeiro atuarial, o que implica em haver necessariamente uma correlação e uma proporcionalidade entre os benefícios previdenciários e suas fontes de custeio, especialmente pelas contribuições dos segurados.

Ademais, o art. 195, § 5º, da Constituição da República, pelas mesmas razões, veda a criação de qualquer benefício previdenciário sem que haja a sua respectiva fonte de custeio⁸⁹, como se dá nestes casos.

Assim sendo, por expressa vedação constitucional não pode haver a concessão de benefícios previdenciários sem que, em contrapartida, estabeleça-se as respectivas contribuições, inclusive de inativos, e fontes de custeio e, também por isto, as aposentadorias e pensões de ex-ocupantes de cargos públicos e seus parentes, por não prevêê-las, são inconstitucionais.

3.2. Da ofensa aos princípios e regras constitucionais da Administração Pública.

3.2.2. Da ofensa aos princípios constitucionais da simetria⁹⁰ e do equilíbrio federativo.

⁸⁹ “Art. 195. [...] § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

⁹⁰ “O modelo de federalismo de equilíbrio adotado no Brasil acolhe o princípio da simetria, segundo o qual há uma principiologia a harmonizar as estruturas e e regras que formam o sistema nacional e os sistemas estaduais, de tal modo que não destoam os modelos adotados no plano nacional e nos segmentos federados em suas linhas magnas. O equilíbrio federativo, neste quadro, vem com a unidade que se realiza na diversidade congregada e harmoniosa.” (trecho do voto vencedor da Ministra Carmén Lúcia, relatora da

Na Constituição da República não há qualquer previsão de nenhum tipo de benefício vitalício a ex-ocupantes da presidência, do Senado ou da Câmara de Deputado, de modo que, sob pena de grave desequilíbrio no pacto federativo, não é de nenhum modo aceitável que Estados, Distrito Federal e/ou Municípios venham a fixar benefícios de tal natureza⁹¹, em detrimento da União.

3.2.3. Da ofensa à regra prevista no art. 40, § 2º, da Constituição da República⁹².

Esta regra constitucional também é de uma dicção claríssima: somente poderão ser concedidas aposentadorias e pensões a ocupantes de cargos públicos **efetivos**.

Considerando-se que sob um regime democrático de Direito como o nosso os agentes políticos ocupam mandatos com tempo determinado, de forma transitória, os seus titulares não o são em caráter efetivo e, por isto, em face da legalidade estrita que deve conduzir o agir administrativo, não lhes é possível ser beneficiários de aposentadorias vitalícias.

ADI n. 3.853-2/MS). Este princípio já foi por diversas outras vezes acolhido pelo STF (Precedentes: Rp. 949/RN; Rpn. 1.193/MA; Rpn. 892/RS; Rp 1309/RJ).

⁹¹ “ADI 1461 MC/AP – AMAPÁ MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 26/06/1996 Órgão Julgador: Tribunal Pleno REQTE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL REQDO.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAPA EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. EX-GOVERNADOR DE ESTADO. SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO A TÍTULO DE REPRESENTAÇÃO. EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 003, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1995, DO ESTADO DO AMAPÁ. 1. Normas estaduais que instituíram subsídio mensal e vitalício a título de representação para Governador de Estado e Prefeito Municipal, após cessada a investidura no respectivo cargo, apenas foram acolhidas pelo Judiciário quando vigente a norma-padrão no âmbito federal. 2. **Não é, contudo, o que se verifica no momento, em face de inexistir parâmetro federal correspondente, suscetível de ser reproduzido em Constituição de Estado-Membro.** 3. O Constituinte de 88 não alçou esse tema a nível constitucional. 4. Medida liminar deferida.” (negritos meus). Também na ementa do julgado da ADI 3853/MS menciona-se expressamente que a concessão de aposentaria e pensões para ex-governadores e seus parentes “afronta o equilíbrio federativo”.

⁹² “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [...] § 2º - **Os proventos de aposentadoria e as pensões**, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no **cargo efetivo** em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. [...]” (negritos meus)

3.2.4. Da ofensa à regra prevista no art. 169, § 1º, incisos I e II, da Constituição da República⁹³.

Para a concessão de qualquer vantagem ou benefício, a servidores ativos ou inativos, deve haver a prévia dotação orçamentária, além de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, o que não ocorre com as legislações, estaduais e municipais, que preveem aposentadorias e pensões a ex-ocupantes de mandatos, e/ou a seus parentes.

3.2.5. Da ofensa ao princípio da legalidade administrativa.

Os principais princípios da Administração Pública brasileira estão elencados no art. 37 da Constituição da República⁹⁴, sendo que deles toma particular destaque o princípio da legalidade administrativa, pelo qual “a atividade administrativa encontra na lei seu fundamento e seu limite de validade”⁹⁵.

Logo, diante da supremacia da Constituição, que é a Lei Maior de todo o ordenamento jurídico brasileiro, os atos administrativos concessivos de aposentadorias e pensões em contradição aos dispositivos constitucionais pertinentes afrontam a mencionado princípio da legalidade administrativa e, por isto, são nulos de pleno direito, devendo serem assim declarados administrativamente ou judicialmente.

⁹³ “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Parágrafo único. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas: § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. [...]”

⁹⁴ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

⁹⁵ Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 87/88.

3.2.6. Da ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Assim como o princípio da legalidade, também o princípio da moralidade e o da impessoalidade administrativa estão expressamente elencados no *caput* do art. 37 da Constituição da República.

No princípio da impessoalidade “se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar todos os Administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas.”⁹⁶

Ora, ao se estabelecer benefícios sem aparo constitucional para os ocupantes de mandatos públicos, benefícios estes em dúvida alguma que se corporificam em verdadeiras “benesses vitalícias”, afronta-se inequivocamente a impessoalidade administrativa que deve nortear o agir administrativo⁹⁷, por se tratar de forma pessoal os destinatários das normas em questão.

Já acerca da moralidade administrativa e do alcance do referido princípio, ressalta Hely Lopes Meirelles, invocando a lição de Maurice Hauriou:

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da *moral comum*, mas sim de uma *moral jurídica*, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “non omne quod licet honestum est”. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a *moral administrativa* é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum⁹⁸.

Nos hipóteses legais em apreço, também não se verifica a incidência do princípio da moralidade administrativa, uma vez que, conforme assevera a Ministra

⁹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 104.

⁹⁷ Neste sentido, expressamente a ADI 3853/MS.

⁹⁸ *Direito Administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 83; itálicos no original.

Carmén Lúcia no seu voto vencedor na ADI3.853-2/MS, o mais importante e recente precedente do STF acerca da questão:

O conteúdo do princípio da moralidade põe-se no sentido de ser a norma ou o comportamento administrativo tendente a realizar interesse público específico, objetivamente determinado. [...]

O conteúdo da ética pública para o gasto estipulado como forma de agraciar pessoas, que não mais fazem parte dos quadros do Estado (mas um dia o fizeram na condição de agente público), não é demonstrado na espécie. Também por isso a norma apreciada revela-se incompatível com os princípios constitucionalmente definidos.⁹⁹.

Com efeito, não se revela possível, sequer ao senso comum, visualizar interesse público e moralidade administrativa a embasar e a justificar a concessão de aposentadorias e pensões desta natureza, mormente pelas inúmeras e graves ofensas a princípios e regras constitucionais, como retro demonstrado, e ao gigante gasto público que ensejam.

4. Do papel do Ministério Público na coibição de aposentadorias e pensões a ex-agentes políticos e seus parentes.

A Administração Pública é dotada do poder de autotutela, podendo declarar a nulidade de seus atos¹⁰⁰, anulando-os:

[...] quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.¹⁰¹.

Desta maneira, nos vários entes federativos brasileiros em que existe o pagamento de aposentadorias e/ou pensões a ex-ocupantes de mandatos políticos, a própria Administração Pública envolvida, utilizando-se da autotutela administrativa, pode (e deve) cassar os benefícios já concedidos, eis que não há direito adquirido em face da Constituição da República¹⁰², ou negar futuros requerimentos.

⁹⁹ Trecho do voto vencedor da Ministra Carmén Lúcia, relatora da ADI n. 3.853-2/MS.

¹⁰⁰ Súmula STF n. 346: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

¹⁰¹ Trecho da Súmula STF n. 473.

¹⁰² Neste sentido e por todos, Nagib Slaibi Filho: “Como norma jurídica mais elevada, a Constituição nova não respeita a ordem jurídica anterior – isto é, não há direito adquirido oponível em face da nova ordem constitucional, a não ser que a nova Constituição assim disponha expressamente (o art. 49, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é um exemplo de tal previsão). A idéia de que a nova Constituição

Não havendo o exercício da autotela administrativa, necessária se fará a intervenção judicial para se cessar as enormes lesões ao direito fundamental do patrimônio público e à dignidade do cidadão brasileiro, seja por meio de uma iniciativa singular e própria do mesmo, através de uma ação popular¹⁰³, seja por ação de um dos Ministérios Públicos brasileiros¹⁰⁴, que deverá ajuizar a ação coletiva pertinente¹⁰⁵ (ações ordinárias com declaração incidental de inconstitucionalidade ou de não recepção e/ou ações diretas de inconstitucionalidade, conforme o caso¹⁰⁶), ou através da atuação de outro co-legitimado a elas, desde que a estes haja pertinência temática.

Ressalte-se ser tranquila a legitimidade do Ministério Público para o oficiamento judicial e extrajudicial em casos que tais, seja por ele ser um dos guardiões do ordenamento jurídico nacional¹⁰⁷, seja por lhe ter sido constitucionalmente atribuída a

não respeita o direito anterior decorre, tão somente, da aplicação do princípio da supremacia da Constituição perante todos os atos jurídicos.” (*Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 93).

¹⁰³ Constituição da República: “Art. 5º [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...]”.

¹⁰⁴ “Dizer ‘Ministério Público brasileiro’ é pouco mais que uma figura de linguagem, uma vez que não existe um, mas vários Ministérios Públicos. Quanto a isto não deixa qualquer dúvida a redação do art. 128 da Constituição da República.” (Marcus Paulo Queiroz Macêdo, O litisconsórcio entre Ministérios Públicos e os fundos previstos no art. 13 da Lei 7.347/1985. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 172, p. 264-284, junho 2009, p. 276).

¹⁰⁵ “Nesta medida, além das ações previstas no CDC e na LACP, outras existem no direito pátrio passíveis de veicular pretensões de natureza coletiva (por isto, devem também ser tomadas por “ações coletivas”), a exemplo da ação popular, da ação popular ambiental, do mandado de segurança coletivo, da ação de improbidade administrativa, da ação declaratória de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental” (Marcus Paulo Queiroz Macêdo, A responsabilidade civil em face de danos decorrentes do deferimento de tutelas de urgência em ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 171, p. 213-241, maio 2009, p. 215).

¹⁰⁶ Diz Luís Roberto Barroso: “*Leis anteriores à Constituição em vigor*. O entendimento consagrado de longa data pelo Supremo Tribunal Federal é o de que não cabe ação direta contra lei anterior à Constituição. Isso porque, ocorrendo incompatibilidade entre ato normativo infraconstitucional e a Constituição superveniente, fica ele revogado, não havendo sentido em buscar, por via de controle abstrato, paralisar a eficácia de norma que já não integra validamente o ordenamento. A eventual contrariedade entre a norma anterior e a Constituição posterior somente poderá ser reconhecida incidentalmente, em controle concreto de constitucionalidade.” (*O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 158/159; itálicos no original)

¹⁰⁷ Constituição da República: “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

função de zelar pelos interesses sociais e pelo patrimônio público¹⁰⁸, de forma específica¹⁰⁹.

5. Conclusões

Em síntese, do exposto pode-se concluir:

1º) Vigor no Brasil o princípio da supremacia da Constituição, que confere a esta predominância sobre as demais normas jurídicas, de modo que disposições de leis ordinárias, federais, estaduais ou municipais, que estejam em contradição com a Constituição da República são inválidas, não podendo produzir efeitos;

2º) A proteção ao patrimônio público (de que faz parte a probidade administrativa) e à moralidade administrativa são direitos fundamentais, eis que constam expressamente do art. 5º da Constituição da República, o qual integra o seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”)

3º) A infringência aos princípios constitucionais da Administração Pública é considerada atentado contra o direito fundamental à probidade administrativa e, no limite, à própria dignidade do cidadão brasileiro, titular do patrimônio material e imaterial da Administração Pública brasileira;

4º) As normas estaduais e municipais que estabelecem aposentadorias e pensões a ex-agentes políticos e a seus parentes afrontam os princípios constitucionais gerais e especiais da seguridade social (arts. 195, § 5º, 201, 40, 149, § 1º da CR), o princípio da igualdade, o princípio da simetria e do equilíbrio federativo, a regra prevista no art. 40, § 2º, da CR, a regra prevista no art. 169, § 1º, incisos I e II, da CR, além dos

¹⁰⁸ Após a edição da “Lei da Ação Civil Pública” (Lei n. 7.347/85), foi alvo de intenso e infundado debate a possibilidade do Ministério Público ajuizá-las em defesa do patrimônio público, o que é efetivamente compatível com suas finalidades institucionais e que acabou por prevalecer, sendo hoje tranquila a aceitação de tal legitimidade, inclusive por entendimento sumulado do STJ (Súmula n. 329: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”). Cf. quanto a isto Fernando Rodrigues Martins, *Controle do Patrimônio Público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 371/375.

¹⁰⁹ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, **para a proteção do patrimônio público** e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]” (negritos meus).

princípios constitucionais da Administração Pública da Legalidade, da Impessoalidade e da Moralidade Administrativa, arrolados no art. 37 da CR;

5º) Devido ao fato das normas estaduais e municipais que estabelecem aposentadorias e pensões a ex-agentes políticos e a seus parentes de forma contrária à Constituição da República causarem grave prejuízo ao erário, elas inequivocamente afrontam os direitos fundamentais do patrimônio público e da dignidade da pessoa humana, e por isto, devem serem cabalmente extirpadas do ordenamento jurídico pátrio, a fim de deixarem de produzir qualquer efeito;

6º) Nos vários entes federativos brasileiros em que existe o pagamento de aposentadorias e/ou pensões a ex-ocupantes de mandatos políticos, a própria Administração Pública envolvida, utilizando-se da autotutela administrativa, pode (e deve) cassar os benefícios já concedidos, eis que não há direito adquirido em face da Constituição da República, ou negar futuros requerimentos;

7º) Não havendo o exercício da autotela administrativa, necessária se fará a intervenção judicial para se cessar as enormes lesões ao direito fundamental do patrimônio público e à dignidade do cidadão brasileiro, seja por meio de uma iniciativa singular e própria do mesmo, através de uma ação popular, seja por ação de um dos Ministérios Públicos brasileiros, que deverá ajuizar a ação coletiva pertinente (ações ordinárias com declaração incidental de inconstitucionalidade ou de não recepção e/ou ações diretas de inconstitucionalidade, conforme o caso), ou através da atuação de outro co-legitimado a elas, desde que a estes haja pertinência temática.