

EXTENSIBILIDADE DOS DIREITOS FUNCIONAIS AOS APOSENTADOS

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO*

1. Nem sempre as Constituições brasileiras contiveram mandamentos disciplinadores dos servidores públicos. Com efeito, as Constituições Imperial de 1824 e a Republicana de 1891 silenciaram sobre a matéria.

Foi a Constituição de 1934 que pela primeira vez tratou da disciplina (arts. 168 a 173), coerente, aliás, com seu desiderato social, que tomou como figurino as Constituições Mexicana e de Weimar. Regulando o direito à aposentadoria, previu a voluntária a partir de trinta anos de serviço (art. 170, 4º); a compulsória aos 68 anos de idade (art. 170, 3º); e a por invalidez (art. 170, 5º e 6º), registrando, ainda, que os proventos da inatividade não poderiam exceder os vencimentos da atividade (170, 7º).

A Constituição de 1937 também tratou dos funcionários públicos (arts. 156 a 159), e repetiu basicamente a mesma disciplina da Carta anterior (art. 156, d, e e f), inclusive no que toca ao limite remuneratório dos proventos (art. 156, g). O Constituinte de 1946 tornou a disciplinar a matéria (art. 191, § 1º a 4º), conquanto tenha elevado para trinta e cinco anos o tempo para a aposentadoria voluntária (art. 191, § 1º) e para setenta anos a idade para a compulsória (191, II). Por outro lado, foi suprimida norma que limitava os proventos da inatividade, e pela primeira vez ficou estatuído que tais proventos seriam revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificassem os vencimentos dos funcionários em atividade (art. 193).

Repetindo a sistemática que já se vinha tornando tradição, a Constituição de 1967, com a Emenda nº 1/69, regulou os funcionários públicos (arts. 97 a 111, e, no concernente à aposentadoria, manteve a base anterior, inclusive quanto à revisão dos proventos em caso de alteração do poder aquisitivo causador da elevação dos vencimentos da atividade (art. 102, § 1º). Restabeleceu, entretanto, a restrição quanto ao valor dos proventos, inscrita na Constituição de 1937, impedindo viessem eles a exceder a remuneração da atividade (art. 102, § 2º).

2. Em relação à estratégia de constitucionalização normativa da matéria, a Constituição de 1988 não destoou das demais, e, dentro do capítulo destinado à Administração Pública, tratou dos servidores públicos, de um lado editando normas de caráter mais genérico (arts. 37 a 38), e de outro mandamentos mais particularizados (arts. 39 a 41).

Manteve, ainda, com pequenas alterações o sistema anterior que regulava a aposentadoria. Suprimiu, todavia, como o fizera a Constituição de 1946, a regra da

limitação dos proventos, e, por outro lado, deu maior elastério à *extensibilidade dos direitos funcionais dos servidores em atividade aos aposentados*.

3. De fato, o Constituinte foi mais pródigo para com os aposentados, e, embora seja moroso o processo social e jurídico de conscientização de seus direitos, o que tem ocasionado, inclusive, a inaplicabilidade, na prática, de tais garantias constitucionais, o certo é que o art. 40, § 4º, da Carta vigente, foi claro no que pretendia.

Dispôs, assim, que “*os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei*”.

4. No processo histórico-constitucional, como visto acima, o direito à aposentadoria não foi esquecido quando o constituinte decidiu guindar a disciplina do funcionalismo público ao patamar constitucional. Considerado como justa recompensa pelos anos de trabalho contínuo, o direito vinha a assegurar aos servidores remuneração na inatividade, ou seja, mesmo sem o exercício de suas funções teriam o direito de perceber um *quantum* para sua subsistência.

Esse, aliás, o figurino do instituto, bem delineado por HELY LOPES MEIRELLES, como “*a garantia de inatividade remunerada, reconhecida aos funcionários que já prestaram longos anos de serviço, ou se tornaram incapacitados para as suas funções*”. (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1989, p. 385).

Tal direito - bem o anota OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO - “*objetiva oferecer repouso merecido pelo trabalho efetuado e, por isso, visa assegurar meio de sua subsistência em determinado nível de vida, de caráter alimentar*”. E conclui o autor: “*Considerada outrora como favor, por parte do Estado, hoje se tem como um direito do funcionário público efetivo*”. (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. II, 1979, p. 442).

5. Vários são os efeitos decorrentes do exercício do direito de aposentadoria, mas dentre eles parece oportuno analisar, posto que de modo sucinto, o efeito da extensibilidade, aos aposentados, dos direitos funcionais dos servidores em atividade, consagrado no já aludido art. 40, § 4º, da Const. Federal.

6. O primeiro aspecto da extensibilidade dos direitos funcionais diz respeito à revisão dos proventos. Assegura-se aos aposentados que seus proventos sejam revistos na mesma proporção e na mesma data em que se modificarem os vencimentos dos servidores em atividade.

Na Carta precedente, rezava o art. 102, § 1º, que a revisão de proventos ocorreria quando, *por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda*, se modificassem os vencimentos da atividade. Essa causa específica mencionada no dispositivo continha inafastável restrição, e, por esse motivo, gerou interpretações díspares e decisões judiciais divergentes.

PONTES DE MIRANDA, a respeito, e sob a Carta anterior, anotava: “*Desde que a lei reconhece ter havido desvalorização da moeda, ou aumento do custo de*

vida, e modifica os proventos dos funcionários em atividade, essa declaração pelo Poder Legislativo lhe impõe o dever de rever os proventos dos inativos” (Comentários à Constituição de 1967, tomo III, 1987, p. 521). Veja-se que o grande jurista reconhecia o direito, mas não tinha como deixar de curvar-se à restrição constitucional, qual seja, a de o aumento dos servidores em atividade ter sido provocado pela perda do poder aquisitivo da moeda.

Ao mesmo propósito, verificamos que HELY LOPES MEIRELLES confessou mudança de posição quanto à matéria. Comentando o mesmo art. 102, § 1º, da Carta anterior, disse o saudoso jurista: “Em edições anteriores, consignamos que o quantum desse reajustamento ficaria a critério da Administração, não devendo acompanhar necessariamente o percentual atribuído ao funcionalismo ativo. Atualmente, evoluímos no sentido de que a intenção do texto constitucional é evitar que o aposentado sofra as conseqüências da desvalorização da moeda. Ora, essa desvalorização é um fato que atinge a ambos, ativo e inativo, na mesma proporção, de modo que não se atenderia ao mandamento constitucional através de uma revisão em bases inferiores às adotadas para o reajustamento do pessoal da ativa...” (Direito Administrativo Brasileiro, 7ª ed., 1979, p. 422). Observe-se, entretanto, que a evolução do pensamento do grande jurista **continuava a levar em conta a desvalorização da moeda**, com o que se tinha que admitir que apenas os aumentos genéricos, mas não os específicos dos cargos, rendiam ensejo à revisão dos proventos.

Em síntese, tinha-se como assentado que a revisão dos proventos só poderia consumir-se se a modificação dos vencimentos da atividade tivesse por causa a perda do poder aquisitivo da moeda. Exatamente por força dessa restrição, assinalava peremptoriamente CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “*Dai se deduz que nem todo aumento conferido ao pessoal da ativa beneficia os inativos*”. (Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos, 1975, p. 56).

A Constituição vigente suprimiu a restrição, e se limitou a assegurar a revisão dos proventos apenas em razão da modificação da remuneração dos servidores em atividade. Ficou, assim, superada a querela pertinente aos denominados *aumentos específicos*, conferidos apenas a determinados cargos ou a grupos ocupacionais restritos, tidos anteriormente como desassociados à desvalorização da moeda, e creditados, como regra, à maior valorização de suas funções. Fato anteriormente impeditivo da revisão dos proventos, hoje não mais se pode questionar que, seja qual for o motivo da elevação remuneratória da atividade, o direito à revisão está assegurado na Constituição Federal.

Nesse sentido, dando realce à diferença entre os textos, bem como à maior generosidade do hoje vigorante, CELSO RIBEIRO BASTOS registrou que “*no texto atual basta que haja qualquer sorte de mudança no estado do servidor na ativa, decorrente ou não de alteração do poder aquisitivo da moeda.*” (Comentários à Constituição do Brasil, 3º. vol., tomo III, 1992, p. 215).

Acentue-se, ainda, que a garantia da revisão dos proventos deverá estar associada a dois princípios a serem observados pelo legislador: *os princípios da proporcionalidade e da temporalidade*. Significa o primeiro que a revisão deverá ser concedida na mesma proporção que beneficiou os servidores da atividade, e o segundo, que seja fixada na mesma data em que se deu a elevação remuneratória destes últimos.

7. Se a inovação constitucional dessa primeira parte do dispositivo (art. 40 § 4º) consistiu na supressão de elemento restritivo do anterior, a segunda parte representou verdadeiro *ius novum*, jamais contemplado nas leis fundamentais precedentes.

Passou a Constituição a assegurar também aos aposentados a extensão de todos os benefícios ou vantagens concedidos posteriormente aos servidores da atividade, mesmo quando se tivessem originado de transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se tenha dado a aposentadoria. É o direito que nos permitimos denominar de **extensibilidade dos direitos funcionais da atividade**. Pela novidade que reflete, tal direito merece algumas observações.

8. A extensibilidade alcança, em primeiro lugar, quaisquer *benefícios ou vantagens*. Os termos podem provocar alguma confusão. Um benefício é, em sentido lato, uma vantagem; e esta não deixa de ser um benefício. Não obstante, deve fazer-se a distinção. O *benefício* deve corresponder a uma vantagem de caráter social conferida aos servidores públicos, que, em última análise, vai proporcionar a fixação de um *quantum*. Na verdade, esta valorização é secundária, porque o intento primordial é o adjutório social, algo que proporcione ao servidor uma melhoria de vida para si e para seus familiares.

Já as *vantagens* devem ser entendidas como *vantagens pecuniárias*, que teve a inexcedível conceituação de HELY LOPES MEIRELLES nesses termos: “*Vantagens pecuniárias são acréscimos de estipêndio do funcionário, concedidas a título definitivo ou transitório, pela decorrência do tempo de serviço (ex facto temporis), ou pelo desempenho de funções especiais (ex facto officii), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (propter laborem), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (propter personam)*”. (*Ob. cit.*, 14ª ed., 1989, p. 400).

Diante de uma interpretação mais rígida, ter-se-ia que considerar que o constituinte, ao condicionar a revisão dos proventos à modificação da *remuneração* dos servidores em atividade, já estaria incluindo aí as vantagens pecuniárias, já que estas, bem como o vencimento-base do cargo, compõem o *sentido de remuneração*. Para dirimir, porém, eventual distorção no sentido transmitido pela norma, preferiu o constituinte ser mais incisivo, estendendo expressamente aos aposentados os *benefícios sociais e as vantagens pecuniárias* conferidos aos servidores em atividade.

9. A extensibilidade dos direitos funcionais da atividade é assegurada aos aposentados ainda que os já referidos benefícios e vantagens tenham decorrido de *transformação ou reclassificação* do cargo ou função em que se deu a aposentadoria.

“*A transformação de cargo*”, como bem anotou DIÓGENES GASPARINI, “*significa uma alteração tal que muda sua natureza*”. Aduz que “*com a transformação o que se tem realmente é a extinção de um ou de alguns cargos e a criação de outro ou de outros*” (*Direito Administrativo*, 1992, p. 196). O instituto, aliás, tem previsão no art. 48, X, da Const. Federal, em ordem a exigir seja perpetrado através de lei, resultante de disciplina do Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República.

A transformação do cargo ou da função, como regra, importa em melhoria funcional para o servidor da atividade. Se o cargo ou função transformados forem idênticos àqueles antes ocupados pelo servidor inativo, terá este direito a auferir a mesma vantagem atribuída ao servidor ativo por força da transformação.

Reclassificação, por outro lado, significa a alteração do sistema de classes de determinada carreira. Normalmente é admitida quando o Poder Público altera o plano de cargos anterior, instituindo novos cargos, extinguindo outros ou alterando nomenclaturas e vantagens de outros. Por vezes, na reclassificação se encontra a previsão da transformação de certos cargos. Assim, pode-se dizer que a transformação algumas vezes resulta da implantação de novo sistema de cargos, normalmente ensejador de reclassificação destes.

Seja como for, se o cargo antes ocupado pelo servidor aposentado for alvo de reclassificação, beneficiando os titulares em atividade, o benefício deverá estender-se também àquele, em ordem a manter a paridade determinada pela Constituição.

10. Questão que já suscitou controvérsia diz respeito à aplicabilidade do art. 40, § 2º, da CF, e isso porque, ao prever a extensibilidade de benefícios e vantagens da atividade para os aposentados, emprega o dispositivo, ao final, a ressalva “*na forma da lei*”.

Depois de comentar o art. 40 e seus parágrafos, da Constituição Federal, SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA conclui: “*As novidades do art. 40 são auto-aplicáveis - na linguagem comum - devendo ser executadas de acordo com as regras existentes para as hipóteses semelhantes ou análogas*” (*Comentários à Constituição*, 3º vol., 1991, p. 469). O autor, todavia, não elucidou mais detidamente seu pensamento.

Entendemos que não se pode deixar de considerar a ressalva contida na parte final do dispositivo. É de todos sabido que não há palavras ou expressões inúteis na Constituição. Mas não vamos ao extremo de subordinar a eficácia do conteúdo da norma à edição da lei nela prevista. De início, é mister destacar que a ressalva só se refere à extensibilidade dos direitos funcionais, contida na segunda parte do dispositivo, não incidindo sobre a primeira parte. Esta é *self-executing*, porque nada há mais a regular para a revisão dos proventos. Não obstante, ainda em relação à segunda parte, deve ela ser interpretada no sentido de que, estabelecida a transformação ou reclassificação sem condicionamentos para os servidores na atividade, ou criado o benefício ou vantagens, a extensão aos aposentados é de aplicabilidade imediata. Em outras palavras, se a modificação para os servidores da ativa é *de caráter objetivo*, nenhum óbice há para que os aposentados também recebam a alteração. Em nosso entender, a lei no caso só é exigível *quando para os próprios servidores na atividade sejam estabelecidos condicionamentos e pressupostos funcionais específicos*, a demonstrar que a alteração não foi genérica e indiscriminada, mas ao revés sofreu algumas limitações. Nessa hipótese, circunscrito o âmbito de incidência da norma para os servidores em atividade, o mesmo a lei poderia fazer para os inativos. Fora daí, a extensibilidade deve ser imediata, pena de ser convertida em letra morta a norma constitucional benéfica.

11. Não há, porém confundir a eficácia imediata do capítulo final do dispositivo com sua abrangência para os aposentados. Significa dizer que não é o só fato de ser criado o benefício ou a vantagem que gera, por si só, a extensão aos inativos.

Há benefícios e vantagens *inextensíveis*, não alcançando os servidores aposentados. Quando a lei institui a vantagem, por exemplo, subordinando sua percepção *a certos pressupostos cujo preenchimento é exclusivo dos servidores da atividade*, inaplicável será a extensibilidade desse direito funcional. É o caso, v. g.,

em que a lei cria uma gratificação de desempenho, não atribuída genericamente a todos os servidores, mas apenas àqueles que merecerem certa graduação quanto ao exercício de suas funções, graduação essa analisada e avaliada por certa comissão funcional. Essa vantagem não pode ser estendida aos aposentados, porque a avaliação do pressuposto para sua percepção depende da circunstância de estar o servidor em atividade. Se o servidor já se inativou, não há mais como medir-lhe o desempenho, até porque já nem mais ocupa o cargo ou exerce a função.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de manifestar-se nessa hipótese. No Recurso Extraordinário nº 134.578-SP (1991), Relator o Eminentíssimo Min. ILMAR GALVÃO, assim ficou decidido: "*Funcionários inativos. Lei paulista que concede vantagem funcional para o exercício de atividade de magistério. Inextensibilidade aos inativos. A lei instituidora de vantagem funcional, que tem por pressuposto o exercício de função de magistério, considerado a partir de sua vigência, não se estende a quem, nessa época, já se encontrava inativado. Benefício que se sujeita a requisitos que já não podem ser atendidos pelo servidor inativo*" (cf. RTJ 140/291).

A decisão parece-nos de todo acertada. A extensibilidade dos direitos funcionais da atividade não pode ser indiscriminada e insubordinada. Nem poderia sê-lo. Na verdade, seria absurdo admitir que certa vantagem fosse conferida *limitadamente* aos servidores da atividade - pela necessidade de preenchimento de certos pressupostos específicos - e *ilimitadamente* aos aposentados, sem que possam estes demonstrar que, se estivessem em atividade, preencheriam aqueles pressupostos. Evidentemente, a extensibilidade, nesse caso, retrataria flagrante violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, insculpidos no art. 37 da Const. Federal.

Mas, repita-se, se o benefício ou a vantagem forem conferidos indiscriminadamente aos servidores em atividade, pela só circunstância de o serem, a extensibilidade de tal direito funcional vai alcançar imediatamente os aposentados, porque essa é a eficácia natural que emana do mandamento constitucional.

* José dos Santos Carvalho Filho é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Administrativo da Fundação Escola do Ministério Público - FEMPERJ. Professor de Direito Administrativo e Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Professor de Direito Administrativo da Faculdade Cândido Mendes - Ipanema. Professor de Direito Administrativo do Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito - CEPAD e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB.
