

Caracterização do Direito à Aposentadoria do Servidor Público de Cargo Efetivo

Flávio Germano de Sena Teixeira*

Considerações Preliminares

O controle das aposentadorias dos servidores públicos de cargo efetivo pelos Tribunais de Contas não pode prescindir da compreensão adequada do objeto controlado, ou seja, do instituto da aposentadoria. Imperioso, por conseguinte, conhecer com segurança os seus contornos. É o motivo da reflexão que iniciamos.

Partimos dos esforços de sua conceituação, passando pela sua qualificação como direito subjetivo, para, então, enxergar seu momento de nascimento para quem dele se beneficia, e, finalmente, seus fundamentos.

Conceito

A aposentadoria insere-se entre os direitos de descanso do servidor público, ao lado, por exemplo, das licenças e das férias. Com eles, todavia, não se confunde, porque enquanto geram apenas um afastamento temporário, uma cessação transitória do exercício, a aposentadoria, que retira o servidor do cargo que ocupa, produz afastamento duradouro, um prolongamento contínuo e definitivo do descanso, somente interrompido se ocorrer hipótese de anulação, cassação, renúncia ou reversão.

Mas, afinal, que se deve entender por aposentadoria? Segundo vemos, trata-se de um conceito normativo, quer dizer: é da legislação vigente em dada época, prevendo o instituto e fixando os seus lineamentos, que se extrai o conceito. Mas como as legislações não são imutáveis, pelo contrário, freqüentemente sofrem alterações, quando tais ocorrem os conceitos que nelas se fundam também são suscetíveis de modificação. É assim mesmo com o

conceito de aposentadoria. Com essa cautela, pode-se abordar os diversos conceitos formulados pela doutrina.

Numa época em que a lei não cogitava de aposentamento por tempo de contribuição, Cretella Jr.¹ a conceituou como “o período de descanso, em geral ininterrupto, com a continuação integral ou não do estipêndio, a que tem direito funcionário público que se retira do exercício ativo por motivos de idade ou de invalidez”. Celso Antônio Bandeira de Mello, mais recentemente, apresenta a aposentadoria do servidor público como o “instituto através do qual o Estado dispensa, com pretensão à definitividade, prestação pecuniária mensal a alguém, em razão de atividades que já lhe foram prestadas”². Hely Lopes Meirelles³ a descreve como “a garantia de inatividade remunerada reconhecida aos servidores que já prestaram longos anos de serviço, ou se tornaram incapacitados para suas funções”. Na abordagem de José dos Santos Carvalho Filho⁴, aposentadoria “é o direito, garantido pela Constituição ao servidor público, de perceber determinada remuneração na inatividade diante da ocorrência de certos fatos jurídicos previamente estabelecidos”.

No direito pátrio, a aposentadoria do servidor público de cargo efetivo pode ser concebida como direito público subjetivo de passar à inatividade e continuar percebendo, até a morte, salvo ocorrência de um ato ou fato jurídico que lhe cause a extinção, na forma da lei, uma prestação pecuniária correspondente à totalidade ou não dos vencimentos que lhe eram pagos na atividade, em razão do cumprimento de determinadas condições previstas na Constituição ou, excepcionalmente, em lei complementar, nos casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

¹ *Tratado de Direito Administrativo*, São Paulo: Forense, 1967, vol. IV, pp. 337, 338.

² Aposentadoria Triplíce – Funcionário aposentado que exercia cargos em magistério superior – Possibilidade de acumulação de provento destes por aposentadoria compulsória com os do cargo anterior em que se aposentou voluntariamente. *Revista de Direito Público* n. 28. São Paulo: RT, 1974, p. 38.

³ *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 406.

⁴ *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 443.

Natureza Jurídica

Não é recente a concepção de ser a aposentadoria estatutária um direito público subjetivo. Já o sugeria Themístocles Brandão Cavalcanti⁵, sustentando que a aposentadoria era um direito sujeito a uma condição. Implementada a condição, fosse a invalidez, idade, tempo de serviço, emergia o direito de ser inativado e receber proventos pagos pelo Poder Público. Afirmá-lo como direito público subjetivo, porém, requer certa reflexão sobre essa figura jurídica.

Primeiramente, cabe exarar a existência tanto do direito subjetivo público quanto do privado. Diferem entre si, porque no primeiro o Estado está presente. No entanto, guardada essa distinção, nada impede que se lhes dê, num momento inicial, tratamento homogêneo, até porque, consoante Flávio Pimentel de Lemos Filho⁶, ambos ostentam os mesmos pressupostos básicos: a existência de duas pessoas, pelo menos, e a incidência de norma jurídica. Em outras palavras, o direito subjetivo, qualquer que seja, exsurge numa relação jurídica. Não há direito subjetivo que não esteja no interior de uma relação jurídica⁷. Ademais, resistindo-se à perspectiva jusnaturalista, não há direito subjetivo sem a preexistência de norma jurídica, de direito objetivo, este concebido como “o conjunto de normas jurídicas que regem o comportamento humano, de modo obrigatório, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação (*jus est norma agendi*)”⁸. Como preleciona Lourival Vilanova⁹, não há “direito subjetivo sem norma incidente sobre fato do homem, ou sobre o homem como fato: sobre seu mero existir ou sobre conduta sua. **O direito subjetivo é efeito de fato jurídico, ou de fato que se juridicizou: situa-se no lado da relação, que é efeito**”. Também as características são as mesmas, excetuada a presença do Estado no direito público subjetivo. Flávio Pimentel de Lemos Filho¹⁰ indica uma tríade atributos para o direito subjetivo.

Primeiramente, a correspondência a uma dever. Sempre que houver um direito subjetivo, haverá, no outro pólo da relação jurídica, um dever jurídico, compreendido como a necessidade de realizar o comportamento a que tem direito o titular ativo da relação jurídica¹¹.

Em segundo lugar, a violabilidade do direito subjetivo. Sendo o direito subjetivo o poder de exigir de outra pessoa uma determinada conduta positiva ou negativa, é por natureza violável, já que o titular do dever a ele correspondente pode resistir em cumpri-lo. Todo dever jurídico, que se origina de norma legal ou negocial, é descumprível.

A terceira característica é decorrência lógica das anteriores: o direito subjetivo é coercível, isto é, o seu titular pode coagir a parte contrária a cumprir o seu dever, com a invocação da tutela jurisdicional. Deve-se frisar que é o exercício do direito subjetivo, não o direito em si, que depende da vontade de seu titular.

Pode-se dizer, à luz do exposto, que o direito subjetivo é: a) fundado numa norma jurídica; b) configurado numa relação jurídica; c) correspondente a um dever jurídico de alguém para com o detentor do direito d) violável; e) coercível, isto é, o seu titular pode coagir a parte contrária a cumprir o seu dever. Para José Afonso da Silva¹², “é um direito que existe em favor de alguém e que pode ser exercido por esse alguém. É, pois, um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente”. Não se pode confundir-lo com outras figuras. Por exemplo, não se há-de equipará-lo ao simples interesse ou mesmo ao interesse legítimo. Agustín Gordillo¹³ procurou fazer a distinção, embora sem maior detalhamento, salientando que o direito subjetivo é “uma proteção que o ordenamento jurídico outorga de forma exclusiva a um indivíduo determinado”, enquanto o interesse legítimo seria “uma proteção, algo mais debilitada do que a anterior,

⁵ *Tratado de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1964, vol. IV, p. 315.

⁶ *Direito Potestativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 16, 17.

⁷ *Causalidade e Relação no Direito*. Recife: OAB, 1975, p. 164.

⁸ Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1988, 1º vol. I, p. 8.

⁹ *Causalidade e Relação no Direito*. Recife: OAB, 1975, p. 160.

¹⁰ *Direito Potestativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 15 - 17.

¹¹ Lourival Vilanova, na obra citada, pp. 167, 168, admite a existência de direitos subjetivos absolutos (pessoais ou reais) que não têm como correspondentes ou correlatos deveres de prestação de nenhuma sujeito passivo, exercitando com a exigência do simples omitir-se do sujeito passivo.

¹² *Reforma Constitucional e Direito Adquirido*. Revista de Direito Administrativo n. 213, Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 123.

¹³ *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 191.

outorgada pelo ordenamento jurídico, geralmente a um conjunto determinado de indivíduos em concorrência”. Já o interesse simples “é o mero interesse que cabe a todo cidadão de que a lei seja cumprida: não existe aqui nem direito exclusivo, que era típico do direito subjetivo, nem interesse legítimo de um número de pessoas, mas o interesse de toda a comunidade em que não haja atos administrativos ilegítimos”. Pontua o jurista referido, que quem detém um direito subjetivo pode reclamar o reconhecimento dele, tanto perante a Administração, como diante do Judiciário. Se a Administração negar-se a admiti-lo, pode o seu titular demandá-la judicialmente não só para que o direito seja reconhecido, mas também para que seja fulminado o ato ou interrompida a omissão que o afeta, e lhe seja paga indenização pelos danos que advieram de sua violação.

Suficientemente esclarecido o gênero, resta-nos considerar apenas a espécie que interessa ao desenvolvimento do presente trabalho: o direito público subjetivo. A doutrina também admite o direito subjetivo em que o Estado figura como sujeito ativo. Desse não nos ocupamos. Atraí-nos, sim, o direito subjetivo em que o Estado comparece como aquele a quem se imputa um dever. É o que se verifica na relação jurídica de aposentamento. Uma vez preenchidos pelo servidor os requisitos estatuidos pela legislação, emerge o direito subjetivo à aposentadoria.

Oportuna a alusão ao ensino de Hans Wolff¹⁴, citado por Agustín Gordillo, sobre como identificar a existência de direito público subjetivo, que ora aplicamos com referência à aposentadoria. Diz ele que há direito público subjetivo quando ocorrem as seguintes condições:

“1ª) uma lei material – não somente declarações programáticas e não só disposições administrativas – salvo o caso em que exista um direito subjetivo à legalidade;

2ª) que se fundando numa determinada situação de fato;

3ª) permita determinar um obrigado (devedor, contraventor etc);

4ª) e um autorizado (titular, beneficiário etc);

5ª) estar protegido não só passivamente, mas também ativamente, mediante a consequência jurídica que possa invocar (ante a violação do dever jurídico)”.

Buscando as mesmas condições na aposentação temos:

1ª) a lei material existe, é a Constituição, ou lei complementar, na hipótese indicada pela própria Constituição;

2ª) a situação de fato é a invalidez, o implemento de certa idade ou o tempo de contribuição;

3ª) o obrigado é claramente o Estado;

4ª) o autorizado, titular ou beneficiário, é o servidor público;

5ª) o titular pode invocar a execução forçada do objeto do Direito, isto é, a instauração coativa da aposentadoria.

Com o advento da Emenda Constitucional 20/98, porém, o direito do servidor de cargo efetivo ao aposentamento adquiriu um conteúdo novo. Não é mais correto vê-lo como uma decorrência do próprio exercício do cargo, um direito a este inerente, ou como um prêmio ou recompensa àquele que deu seus melhores dias à Administração.¹⁵ Trata-se, agora, de direito de natureza previdenciária, porquanto apoiado necessariamente na contributividade. Não é mais meramente direito funcional, derivado simplesmente do exercício da função pública. Assumiu caráter securitário. Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶, referindo-se aos dois regimes a que se vinculam os servidores, o RGPS para o titular exclusivamente de cargo comissionado, o empregado público e o contratado nos termos do art. 37, IX da CF, e o regime próprio do servidor de cargo efetivo, assevera que em ambos está insita a idéia de previdência social, que funciona à semelhança de um contrato de seguro, em que o segurado paga a contribuição com vistas à cobertura dos riscos.

Conclui-se, então, que a aposentadoria estatutária, em todas as esferas, no Brasil pós-Emenda 20, é direito público subjetivo, de natureza previdenciária, sujeito ao cumprimento das condições estabelecidas na legislação de regência.

¹⁴Wolff, Hans. *Verwaltungsrecht* 4ª ed. Munique e Berlim, 1961, p. 219 apud Agustín Gordillo. *Principios Generales de Derecho Público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1977, p. 107.

¹⁵ Lima, Aydete Vianna e outros. *Da Aposentadoria e da Acumulação de Cargos e Proventos*. São Paulo: RT, 1992, pp. 18, 19.

¹⁶ *Previdência Social do Servidor Público Estadual*. Revista Trimestral de Direito Público n. 26. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 168.

Aquisição do Direito à Aposentadoria

O direito *sub analise* emerge não com o requerimento de aposentadoria, ou mesmo com a edição do ato aposentatório, mas no momento em que são atendidos os requisitos previstos na legislação, não importando se quem o adquiriu o exerce ou não.¹⁷ O requerimento (dispensável nas inativações compulsórias) é apenas condição de exercício do direito, e não de seu surgimento. A matéria ficou pacificada no Poder Judiciário, após a alteração da Súmula nº 359, pelo Supremo Tribunal Federal, que restou assim redigida:

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos de inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários”.

Embora o direito surja no momento do cumprimento das condições legais, o servidor deve continuar em exercício até a edição do ato de aposentadoria. Em tempo razoável, deve a Administração verificar se estão presentes os pressupostos consubstanciadores do direito subjetivo à inatividade, e então reconhecer formalmente o direito com a edição do ato aposentatório. A demora excessiva em fazê-lo, já tendo o servidor feito o requerimento, pode implicar obrigação indenizatória para o Estado perante o aspirante à inativação, porque aquele continua a exigir deste sua força laboral, retardando o seu direito ao descanso. Na hipótese, o Estado, em mora irrazoável, está ilicitamente valendo-se do trabalho do servidor que adquiriu o direito à aposentadoria. Ao servidor prejudicado, resta pugnar judicialmente para que a Administração cumpra o dever de inativá-lo. Com relação à aposentadoria compulsória, porém, normalmente os estatutos funcionais prevêm que o servidor, ao simplesmente completar 70 anos, fica dispensado *ex munc* do exercício funcional, independentemente da publicação do ato inativatório.

Justificativa do Direito à Aposentadoria.

Desse tema, ocupa-se Rafael Bielsa¹⁸. Para ele, há uma dupla justificativa para a existência do direito à aposentadoria do servidor público. De um lado, razões de equidade e justiça. Na verdade, uma obrigação moral. Não pode o Estado abandonar à miséria aquele que, enquanto pôde, devotou-lhe seu esforço e trabalho. De outro, a compreensão de que um bom sistema de aposentadoria e pensões é também um estímulo para o servidor. A tranquilidade e confiança que infunde se traduz em maior eficiência para a Administração Pública. A aposentadoria, em padrões justos, jamais deve ser vista como mero privilégio.

Expectativa de Direito, Direito Subjetivo, Direito Adquirido e Direito Consumado

Para o Órgão de Controle Externo de Contas, na apreciação da legalidade das aposentadorias, é de grande relevância a compreensão desses conceitos. Oportuno, então, considerá-los.

Expectativa de direito é a condição do servidor que ainda não cumpriu a totalidade dos requisitos legais para obtenção da aposentadoria.¹⁹ Quem tem expectativa de direito, portanto, ainda não tem direito. Não comungamos do entendimento daqueles que sustentam a tese do direito dos servidores públicos de serem inativados nos termos das regras vigentes à época do ingresso na Administração Pública, tão-somente porque integravam seus quadros quando as aludidas normas estavam em vigor. Nada há, no ordenamento constitucional, que garanta a esses a imutabilidade do seu regime jurídico-funcional. Tem prevalecido, inclusive no Pretório Excelso, a convicção de sua alterabilidade. O que a Constituição protege, isto sim, é o direito que já nasceu com o implemento das condições fixadas para sua aquisição.

Direito adquirido, diz Francesco Gabba²⁰, é todo aquele que seja consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato

¹⁷ *Aposentadoria de Membro de Tribunal de Contas*. Revista de Direito Público n. 98. São Paulo: RT, 1991, p. 39.

¹⁸ *Derecho Administrativo y Ciencia de La Administración*. 2ª ed. Buenos Aires: J. Lajouane & Cía, 1929, tomo II, pp. 84, 85.

¹⁹ Martínez, Wladimir Novaes. *Direito Adquirido na Previdência Social*. São Paulo, LTr, 2000, p. 50.

²⁰ *Teoria della Retroattività delle Leggi*. 3ª ed. Roma: 1891, vol. I, p. 191 *apud* Wladimir Novaes Martínez. *Direito Adquirido na Previdência Social*. São Paulo, LTr, 2000, p. 62.

se realizou, apesar da ocasião de exercitá-lo não se ter apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo e, que, nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de que se origina, passou a fazer parte imediatamente de quem o adquiriu. Que relação manifesta com o direito subjetivo? Procurando elucidá-la, sustenta Wladimir Novaes Martinez²¹ que direito adquirido é expressão que designa o direito com referência ao qual todas as condições foram preenchidas, acrescentando que, salvo a ocorrência de norma nova ou não-utilização a tempo, confunde-se com o direito simples. Não é diferente o magistério de José Afonso da Silva.²² Exara que se o direito subjetivo não for exercido, sobrevindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era exercitável, exigível à vontade de seu titular, incorporando-se ao seu patrimônio para ser exercido quando lhe convier. E sintetiza: “o direito subjetivo vira direito adquirido quando a lei nova vem alterar as bases normativas sob as quais foi constituído”.²³ Ora, das ponderações acima, colhe-se que, no plano ontológico é eficaz, pelo que enxergamos, nenhuma diferença existe entre direito subjetivo e direito adquirido. A diferença se situa, exclusivamente, no plano temporal. Excluído o aspecto do decurso do tempo, que possibilita o advento de lei

nova, nenhuma distinção relevante subsiste. Assim, aplicando as noções ao tema de interesse deste trabalho, pode-se rematar com a asserção de que a natureza do direito público subjetivo à aposentadoria, bem como a natureza do direito adquirido à aposentadoria, é rigorosamente a mesma: ambos são direitos exercitáveis a qualquer tempo, a depender apenas da vontade do seu titular²⁴.

Por fim, vale clarificar a figura do direito consumado. Esse é o direito subjetivo já exercido. Não é meramente direito adquirido, mas passou a ser situação jurídica subjetiva consumada²⁵, assemelhando-se ao ato jurídico perfeito, mas com ele não se confundindo. O direito subjetivo, assim o adquirido e o consumado, emanam diretamente da lei, enquanto o ato jurídico perfeito é negócio jurídico fundado na lei.²⁶ Há, porém, quem não conceba ato jurídico perfeito que não esteja compreendido no direito adquirido.

Em síntese: o servidor que ainda não cumpriu os requisitos para aposentamento tem expectativa de direito; se já os cumpriu, tem direito público subjetivo; se a lei mudar antes que o exerça, nascerá o direito adquirido; quando o exercer, o direito à inativação estará consumado.

* Auditor das Contas Públicas, Assessor Jurídico da Presidência do TCE, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

²¹ *Direito Adquirido na Previdência Social*. São Paulo, LTr, 2000, p. 56.

²² *Reforma Constitucional e Direito Adquirido*. Revista de Direito Administrativo n. 213, Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 123.

²³ Para Wladimir Novaes Martinez, na obra citada, p. 56, também se pode cogitar de direito adquirido, mesmo sem a presença de lei nova, no caso de o titular ter completado os requisitos e não exercer o direito, deixando passar um tempo relativamente longo.

²⁴ Laeerta, Belizário Antônio de. *Direito Adquirido*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 21.

²⁵ Silva, José Afonso. *Reforma Constitucional e Direito Adquirido*. Revista de Direito Administrativo n. 213, Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 122.

²⁶ *Idem*, p. 124.