

NOTA TÉCNICA

Curitiba para Brasília, 22 de março de 2013.

Para: Direção Nacional FASUBRA

Ref.: Reposicionamento dos Aposentados

Em atenção ao que nos foi solicitado pela Direção Nacional da FASUBRA, referente à possibilidade de reposicionamento em final de carreira dos aposentados e pensionistas diante de reestruturação de cargos e vencimentos introduzida pela Lei nº 11.091/05, passamos a tecer os seguintes comentários técnicos.

1. Dos fatos

Desde a edição da Lei nº 11.091/05, a qual instituiu o Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação (PCCTAE), diversos foram as reivindicações decorrentes das pendências e também das promessas de aprimoramento da carreira.

Dentre as mencionadas pendências, tem-se especialmente a questão do reposicionamento dos aposentados, visando-se a resgatar o prejuízo a eles causado por conta do enquadramento, vez que, obedecer a uma séria de critérios, a exemplo de tempo de serviço, teriam sido enquadrados em níveis intermediários da nova carreira, quando na antiga já se encontravam em nível final. Acerca desta matéria, em todas as instâncias, a FASUBRA ressalta a necessidade de rever mencionado enquadramento e

indica como indispensável a alteração da Lei nº 11091/05 neste ponto, senão que sua modulação ao texto constitucional.

Nesse sentido, na Comissão Nacional de Supervisão da Carreira, o tema já foi tratado e finalizado com uma resolução favorável à alteração da Lei, que reposiciona os aposentados e pensionistas na mesma equivalência que se encontravam no Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos - PUCRCE, uma vez que estes não têm como se desenvolver mais na atual estrutura de tabela, no PCCTAE, o que implica compreensão anti-isonômica aos servidores em atividade.

Daí, conforme se passa a expor, a questão discutida acerca do reenquadramento dos aposentados trata da violação aos princípios constitucionais da isonomia, da paridade, da irredutibilidade de vencimentos, da dignidade da pessoa humana, razoabilidade e da segurança jurídica, perpetrada pela Lei nº 11.091/05, ou sua integração em face da Constituição Federal, ante a reclassificação dos servidores públicos federais inativos em classe de carreira inferior ao que efetivamente foram aposentados.

Dos aspectos jurídicos

2. Do princípio constitucional da paridade entre ativos e inativos (art. 40, § 8º - na redação da EC nº 20/98, arts. 6º, § único e 7º da EC nº 41/03 e arts. 2º e 3º, § único, da EC nº 47/05), princípio da irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, CF) e princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF).

No que tange ao princípio da paridade, o Texto Constitucional de 1988, já na sua redação original, trouxe para o ordenamento jurídico pátrio, no tocante às relações com a Administração Pública, norma que tornava isonômica a situação entre

aposentados, pensionistas e servidores em atividade. A paridade, tornada obrigatória entre os vencimentos de servidores ocupantes dos cargos públicos e os proventos dos inativos e pensionistas, estava disposta nos seguintes termos:

Art. 40 (...)

§ 4º 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.

§ 5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior. (Grifos nossos).

A regra inovadora da Carta de 1988, em face do Texto Constitucional de 1969 que estendia aos proventos apenas os reajustes concedidos aos vencimentos, não sofreu modificação pela Emenda Constitucional nº 20/98. Restou afirmado o princípio constitucional gizado pelo Constituinte originário de 1988, previsto, agora, nos §§ 7º e 8º do art. 40:

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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

7º Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º;

§ 8º Observado o disposto no artigo 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas 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 ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei. (...) (Grifos nossos)

Não obstante a Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003, tenha alterado a redação dos dispositivos constitucionais acima transcritos (art. 40, §§ 7º e 8º), fez constar, em seu art. 7º e art. 6º, § único, regra garantidora da isonomia de quaisquer benefícios concedidos posteriormente aos servidores ativos, dispondo:



COLETIVO NACIONAL DE ADVOGADOS
DE SERVIDORES PÚBLICOS

Art. 6º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelo art. 2º desta Emenda, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, quando, observadas as reduções de idade e tempo de contribuição contidas no § 5º do art. 40 da Constituição Federal, vier a preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I - sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher;

II - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

III - vinte anos de efetivo exercício no serviço público; e

IV - dez anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria.

Parágrafo único. Os proventos das aposentadorias concedidas conforme este artigo serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, na forma da lei, observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

Art. 7º Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas 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 ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei. (Grifos nossos).

A garantia da paridade também está atualmente assegurada nos arts. 2º e 3º, § único, da Emenda Constitucional nº 47, de 05/07/2005, *in verbis*:

Art. 2º Aplica-se aos proventos de aposentadorias dos servidores públicos que se aposentarem na forma do caput do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o disposto no art. 7º da mesma Emenda.

Art. 3º Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;

III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de

servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.
(Grifos nossos).

A norma constitucional isonômica, desde sua vigência, vem sofrendo interpretação pela doutrina e jurisprudência pátrias consolidadas em entendimento deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que reforçou a amplitude da paridade determinada pela Carta.

A extensão aos servidores inativos, das vantagens criadas aos servidores em atividade, restou firmada segundo alguns parâmetros, como a desnecessidade de expressa disposição legal quanto à extensão aos inativos e à natureza da vantagem.

No tocante ao primeiro critério, firmou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento que a simples previsão de vantagem ao servidor em atividade, estende o reconhecimento dessa ao aposentado. Tal decorre justamente do absoluto impedimento, em face da norma constitucional, do legislador ordinário estabelecer, de forma expressa, a exclusão do inativo.

Neste sentido, vejamos a seguinte decisão do STF:

Ementa: Isonomia – Ativos e inativos – Par. 4º do artigo 40 da Constituição Federal – Aplicabilidade. A garantia insculpida no § 4º do artigo 40 da Constituição Federal é de eficácia imediata. A revisão dos proventos da aposentadoria e a extensão aos inativos de quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade pressupõem, tão-somente, a existência de lei prevendo-os em relação a estes últimos. O silêncio do diploma legal quanto aos inativos não é de molde a afastar a observância da igualação, sob pena de relegar-se o preceito constitucional a plano secundário, potencializando-se a atuação do legislador ordinário como se a este fosse possível introduzir, no cenário jurídico, temperamentos à igualdade. Uma vez editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, dá-se, pela existência da norma constitucional, a repercussão no campo patrimonial dos aposentados. A locução contida na parte final do par. 4º em comento – ‘na forma da lei’ – apenas submete a situação dos inativos às balizas impostas na outorga do direito aos servidores da ativa.¹
(grifos nossos)

No presente caso, como antes visto, houve, por meio da Lei nº 11.091/05, a introdução do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação (PCCTAE), com a ampliação do número de níveis/padrões de referência vencimentais dentro das carreiras reestruturadas, sem assegurar aos servidores inativos o correto

¹ Agravo Regimental n. 141.189-9-DF, Relator Ministro Marco Aurélio, DJU de 14/8/1992, Ementário nº 1670-2.

enquadramento no nível correspondente (último nível na carreira), violando-se, assim, o disposto nos art. 40, § 8º (na redação dada pela EC nº 20/98), arts. 6º, § único e 7º da Emenda Constitucional nº 41/03 e arts. 2º e 3º, § único, da Emenda Constitucional nº 47/05, que asseguram a paridade entre servidores ativos e inativos.

Neste sentido cumpre destacar o posicionamento do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre questão semelhante:

(...)

2. Incidência do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, que assegura a extensão aos inativos de 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. Exegese que não se colhe.

2.1 O preceito inserto no art. 40, § 4º, da Carta Federal, visa tão-somente evitar que o inativo sofra os males da desvalorização da moeda e proporcionar-lhe a manutenção dos proventos o mais próximo dos vencimentos percebidos na atividade, inibindo que, por haver o servidor exercido um direito constitucional - o da aposentadoria -, tenha ele decesso nos seus rendimentos. O dispositivo "corta o vezo meio maroto de rever vencimentos de servidores na atividade por meio de alteração (transformação ou reclassificação) de sua escala de referências numéricas, elevando-as, de tal sorte que a melhoria não era extensiva aos inativos" (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 1990). (...) ² (Grifos no original)

Cabe ressaltar, desse modo, que o aumento concedido aos servidores ainda em exercício mediante progressão na carreira para nível vencimental superior ao que era previsto até 2005, meio inacessível aos aposentados, mostra-se como medida eficaz no sentido de estabelecer diferença remuneratória entre ativos e inativos, de forma indireta, ilícita e inconstitucional.

O ordenamento constitucional, na medida em que concede a extensão das vantagens decorrentes inclusive da transformação do cargo ou função ou estabelece os cálculos dos proventos com base nos vencimentos do cargo efetivo, tem a finalidade de assegurar ao servidor inativo a manutenção da mesma qualidade financeira que tinha no serviço ativo independentemente de constar em legislação ordinária.

² Recurso Extraordinário nº 195.227/DF, DJ de 6/12/1996, p. 48.727, Relator Ministro MAURÍCIO CORREA, J. 27/9/2006, 2ª Turma, Ement. 1853-09/1850.

Daí porque não se pode permitir que o servidor que não mais se encontra em atividade seja penalizado com a permanência em nível/padrão inferior daquele em que se encontrava originariamente enquadrado (haja vista que se aposentou no último nível da carreira modificada), recebendo proventos bastante inferiores ao pago aos servidores que, atualmente, encontram-se ocupando a mesma posição daquele, na medida em que a este é dada a progressão: note-se aí a malícia.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, ao tratar do direito à revisão dos proventos da aposentadoria, com muita propriedade afirma:

“A equiparação, porém, não se dá apenas em virtude dos aumentos gerais dos vencimentos dos servidores ativos. Qualquer alteração remuneratória que se tenha originado de transformação ou classificação de cargo ou função também provocará a revisão dos proventos na mesma proporção. **O mandamento tem por escopo evitar que por meio desses aumentos remuneratórios indiretos seja fraudado o direito dos já tão sofridos aposentados, mantendo-se o valor dos proventos a despeito de serem elevados os vencimentos dos servidores em atividade.** O direito à revisão emana da Constituição e pressupõe apenas o fato administrativo do aumento de vencimentos dos servidores em atividade, de modo que a lei procede à elevação remuneratória, mesmo silenciando sobre os inativos, deve ser a estes aplicada”.³

Deste modo, a Lei nº 11.091/05 reduz indiretamente os proventos dos servidores inativos, quando confrontados com seu paradigma na atividade, que avançará nos níveis superiores da carreira, em flagrante ofensa ao art. 37, inciso XV, da Constituição (princípio da irredutibilidade de vencimentos).

Por outras palavras, obviamente que os aposentados não têm como progredir na carreira por não estarem no exercício de suas funções; embora, por outro lado, não se pudesse desconsiderar que aqueles, à época da inativação, já tinham o direito ao enquadramento no topo da carreira.

Portanto, verifica-se que o alargamento da nova carreira e o não enquadramento dos que se aposentaram no último nível da carreira em posição equivalente à carreira antiga são formas disfarçadas e indiretas de aumentar a remuneração dos servidores em atividade, violando o princípio da irredutibilidade de

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p., 495 (Destacamos).

vencimentos e afastando a paridade garantida aos aposentados pela Constituição Federal, com o que não se pode concordar.

Além disso, conforme já dito, é evidente que a Lei nº 11.091/05, ao introduzir o Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação (PCCTAE, criando novas referências vencimentais exclusivamente para os servidores em atividade, sem estender as novas vantagens pecuniárias aos inativos), está violando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, previstos no art. 1º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...).

Os princípios e regras elencados na Constituição Federal expressam valores que são fundamentos de legitimidade do Estado Democrático de Direito, que vem estruturado como conjunto de instituições jurídicas-políticas erigidas com o fim de proteger e promover a dignidade da pessoa humana. Logo, os elementos constitucionais essenciais, sejam os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político, sejam os direitos e liberdades fundamentais de cidadania, devem ser sempre respeitadas pelas maiorias legislativas.

Conforme sintetiza Gustavo Binbenojm ao tratar da supremacia da Carta Constitucional sobre o arcabouço infraconstitucional: “*Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo*”⁴.

A denominada Constituição-Garantia especifica procedimentos políticos e incorpora restrições pelas quais os direitos e garantias fundamentais são protegidos e têm assegurada a sua prioridade. Na prática, uma liberdade fundamental só pode ser

⁴ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. 2006, p. 36.

limitada ou negada em favor de outra ou de outras liberdades fundamentais, e nunca por motivos de bem-estar geral.

Daí se extrai que não se pode valer o legislador de manobras políticas para, por um lado, atender a uma categoria mediante aumento vencimental indireto e, de outro lado, afastar a garantia da isonomia aos aposentados e pensionistas, reduzindo-lhes os proventos mediante a imposição de requisitos inatingíveis para acesso a novos padrões remuneratórios.

Ainda, vale lembrar que aqueles que buscaram a inativação o fizeram porque lhes era assegurada determinada posição jurídica (ou seja, posição idêntica à prevista para servidores em atividade e não apenas a irredutibilidade de vencimentos). O direito à manutenção desta posição não pode ser afastado por norma posterior, editada em desacordo com a Carta Constitucional, sem que se esteja ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e os valores primordiais do trabalho.

Nessa esteira, merecem ser destacadas as palavras do Ministro Gilmar Mendes: *“Em sua concepção clássica, os direitos fundamentais são direitos de defesa, protegendo posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo não-impedimento à prática de determinado ato, seja pela não-intervenção em situações subjetivas, seja pela não-eliminação de posições jurídicas”*.⁵

Resta claro, portanto, que a Lei nº 11.091/05, ao criar outros níveis de classificação acessíveis apenas aos servidores em atividade, acabou por criar benefício para estes em detrimento da garantia constitucional assegurada àqueles.

A questão se torna mais clara quando se verifica que, para os ativos, o desenvolvimento na carreira para alcançar as devidas promoções decorre do simples transcurso de tempo entre outros requisitos. Ou seja, os ativos, para receberem vencimentos superiores a seus paradigmas aposentados, basta cumprir os requisitos para a evolução na carreira, **há muito já alcançado pelos servidores aposentados,**

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. 1998, p. 32/33.

quando em atividade. Nítido, portanto, que o intuito da Lei foi conceder aos servidores em atividade aumento vencimental, sem estendê-lo aos aposentados e pensionistas, com o que não se pode concordar, acarretando em evidente fraude ao comando constitucional de paridade e isonomia entre ativos e inativos.

Daí porque deve ser assegurado aos inativos, ainda que não façam jus a qualquer reajuste direto dos vencimentos, o direito subjetivo à manutenção de situação jurídica análoga à anteriormente estabelecida. Isso significa dizer que nenhum servidor pode sofrer “rebaixamento” em sua carreira, passando a ocupar níveis intermediários da nova estrutura, facilmente superados pelos servidores em atividade com o passar dos anos.

Assim, àquele que se encontra no último nível de sua carreira não se pode impor posição diversa, reclassificando-o para nível inferior e impondo-lhe, com o passar do tempo (ao menos), vencimento menor do que o pago ao servidor em atividade, para exercício das mesmas funções.

A situação torna-se mais grave quando se está tratando de servidores que, quando de suas aposentadorias, não mais faziam jus a qualquer promoção ou progressão na carreira, simplesmente porque já tinham atingido o seu topo. Se pudessem continuar em atividade junto ao serviço público, certamente fariam jus às promoções correspondentes e seriam, com o tempo, enquadrados na última classe e nível da nova carreira reestruturada.

Assim, o enquadramento em qualquer posição que não a equivalente àquela que se encontravam lotados fere os princípios da paridade e da isonomia, inscritos nos art. 40, § 8º, da Constituição (redação dada pela EC 20/98), arts. 6º, § único e 7º da Emenda Constitucional nº 41/03 e arts. 2º e 3º, § único, da Emenda Constitucional nº 47/05, bem como o caput do art. 5º da Constituição Federal.

3. Dos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica **(art. 37, caput, da Constituição).**

Há ainda que se atentar que a alteração legislativa posterior não apenas modificou a posição jurídica dos servidores aposentados, restringindo-lhes o acesso a vantagens vencimentais garantidas aos servidores em atividade, como também acabou por violar os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, igualmente garantidos pela Constituição Federal.

Como antes mencionado, os servidores aposentados tinham direito à posição jurídica anterior, ou seja, à inativação na última classe da carreira possível de ser alcançada mediante progressão funcional.

Nem se fale aqui na máxima repetida perante os Tribunais pátrios para, via de regra, “afastar” os prejuízos instituídos pelas novas “políticas” estabelecidas pelo Governo Federal, de que não há direito adquirido a regime jurídico.

Não se está buscando afastar as alterações legislativas que instituíram o Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação (PCCTAE). Pretende-se, em verdade, assegurar àqueles que obtiveram determinada posição jurídica, inatingível pelas regras novas segundo o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, os mesmos benefícios e vantagens estabelecidos, tanto para o presente como para o futuro, para os servidores em atividade, conforme também previsto na Carta Magna (art. 40, § 8º - na redação anterior à EC nº 41/03, arts. 6º, parágrafo único, e 7º da Emenda Constitucional nº 41/03 e nos arts. 2º e 3º, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 47/05).

Por outro lado, não se mostra razoável impor àqueles que há muito preencheram todos os requisitos necessários para progredir ao topo de sua carreira e se encontram na inatividade o pagamento (com o passar do tempo – v. art. 10º) de vencimentos muito inferior ao seu paradigma na atividade.

Vale lembrar que os servidores se aposentaram na última classe e nível de sua carreira antes da vigência da Lei nº 11.091/05, logo, a correlação deveria ser com o nível final da nova carreira.

É óbvio que há o “rebaixamento” dos técnicos aposentados diante do não enquadramento na nova classe, sem qualquer justificativa plausível, ou melhor, sem que esteja demonstrada a razão da limitação de direitos fundamentais para proteção de outras liberdades e garantias de igual dimensão. A restrição dos direitos dos aposentados, bem como a redução de seus proventos (pelo passar do tempo – v. art. 10º), demonstra a falta de proporcionalidade e razoabilidade da Lei.

A razoabilidade exige que os motivos do ato administrativo ou legislativo sejam adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica, agindo também como limite à discricão na escolha do objeto, exige-se que ele se conforme à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.

Paulo Magalhães da Costa Coelho aponta o princípio da razoabilidade como “*uma relação de adequação entre o fim eleito pela lei e os meios em razão dos quais ele é efetuado*”.⁶ Traça como subprincípios dessa: a necessidade da utilização dos meios para atingimento dos fins objetivados, a efetiva razoabilidade da medida no cotejo entre a intervenção do Estado e os objetivos reclamados pelo legislador e a adequação dos meios utilizados para o atingimento dos fins.

O subprincípio da adequação ou da idoneidade postula um juízo de pertinência sobre certa medida administrativa e sua relação de adequação para se atingir o reclamado pelo interesse público.

Sobre a questão afirma Suzana de Barros Toledo que:

⁶ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Op. cit. p. 61.

Entendido o princípio da proporcionalidade como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações aos direitos fundamentais, a adequação dos meios aos fins traduz-se em uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional.⁷

Esse subprincípio postula que o meio escolhido pelo administrador público e pelo legislador se apresente com idoneidade suficiente para o alcance do fim almejado e tutelado pelo interesse público.

O subprincípio da necessidade ou da exigibilidade busca verificar a indispensabilidade da medida restritiva eleita. A medida eleita não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja. Na lição de Suzana de Toledo Barros, extraída de brilhante monografia sobre o tema:

A necessidade de uma medida restritiva, bem de ver, traduz-se por um Juízo positivo, pois não basta afirmar que o meio escolhido pelo legislador não é o que menor lesividade causa. O Juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos conseqüências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado.⁸

Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe que se proceda uma ponderação entre vantagens e desvantagens dos meios com as dos fins. De novo cita-se a lição de Suzana de Barros Toledo:

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada.⁹

Vale destacar que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão previstos implicitamente na Constituição Federal e expressamente no art. 2º da Lei nº 9.784/99 e são de observância obrigatória dentro da Administração Pública.

⁷ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 76.

⁸ BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit. p. 80-81.

⁹ BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit. p. 68.

Diante dessas considerações, especialmente à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é que deve ser analisada a situação imposta pela Lei nº 11.091/05 aos servidores aposentados, impondo-lhes verdadeiro “rebaixamento” na situação funcional, pela perda de seu referencial em final de carreira.

Essa situação pode e deve ser corrigida, a fim de que seja dada efetividade às normas constitucionais garantidoras dos princípios fundamentais inerentes à pessoa humana, haja vista que o não enquadramento dos aposentados e pensionistas no final de carreira implica violação aos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica.

4. Finalmente: sobre a introdução do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação (PCCTAE) pela Lei nº 11.091/05 e as afirmações do Governo. Desnecessidade de nova redação. Da Integração da Lei à Constituição Federal. Técnica da Modulação

Reconhece-se que a Lei nº 11091/2005 decorreu de negociações das entidades sindicais com o Governo, mas é verdade também que no texto da própria Lei foi previsto o seu aprimoramento, sendo que inclusive foram criadas Comissões Internas de Supervisão (no âmbito das IFEs) e a Comissão Nacional de Supervisão, composta por representantes do MEC, dos Dirigentes das Instituições e da Bancada Sindical (FASUBRA e SINASEFE), todas com a atribuição de propor alterações na Lei, visando o seu aperfeiçoamento.

Ademais, a Lei nº 11.091/2005 foi alterada em alguns de seus artigos, pelas Leis nº 11.233/2005, nº 11.784/2008 e nº 12.772/2012, o que demonstra de forma inequívoca que não há, nem poderia haver, impeditivos quanto à alteração pleiteada pelas entidades sindicais no que tange ao enquadramento dos aposentados e

pensionistas, restabelecendo-lhes a condição em que se encontravam no momento da aposentadoria ou da instituição da pensão.

O fato de ter sido assinado termo de opção pelos aposentados não impede que, após a constatação do prejuízo, os servidores inativos venham a pleitear a alteração de dispositivos da Lei. Soma-se a isso, também, a previsão da própria Lei de se recorrer às instâncias institucionais para interpor recursos, caso os abrangidos se sintam prejudicados pelo seu conteúdo, referendada no art. 21, abaixo:

Art. 21: O servidor terá até 30 (trinta) dias, a partir da data de publicação dos atos de enquadramento, de que tratam os §§ 1o e 2o do art. 15 desta Lei, para interpor recurso na Comissão de Enquadramento, que decidirá no prazo de 60 (sessenta) dias. Parágrafo único. Indeferido o recurso pela Comissão de Enquadramento, o servidor poderá recorrer ao órgão colegiado máximo da Instituição Federal de Ensino.

Como demonstrado anteriormente, o plano instituído pela Lei nº 11091/2005 foi estruturado de forma que não guarda simetria em termos de classes e padrões com o PUCRCE, o que não impede que se faça a correspondência entre ambos. É perfeitamente factível e evidentemente necessária a comparação entre a posição anteriormente ocupada pelo aposentado e/ou pensionista e aquela resultante do enquadramento.

Sobre esta questão, a bancada do Governo trouxe o seguinte posicionamento em documento recente: *“A estruturação do Plano buscou dar perspectiva de desenvolvimento profissional aos servidores que se encontravam no final da tabela do PUCRCE”*.

Essa afirmação, entretanto, coube apenas aos servidores Técnico-administrativos que ainda estavam na ativa, visto que, mesmo aqueles que retrocederam na nova tabela, puderam se desenvolver e, através de cursos de capacitação e avaliação de desempenho, alcançarem novamente o patamar em que se encontravam no plano anterior, ou seja, sem conformidade com o mesmo Plano.

Por outro lado, os aposentados e pensionistas não podem, evidentemente, se desenvolver na carreira, restando-lhes a estagnação. Nesse sentido, em que pese não ter havido redução nominal dos salários, houve rebaixamento da posição na carreira, ou seja, a redução se dará de **forma diferida no tempo**, em seu paradigma em atividade.

Ainda no mencionado documento do Governo, consta a seguinte afirmação: *“O enquadramento dos servidores ocupantes de cargos públicos dos Quadros de Pessoal do Ministério da Fazenda e do Ministério da Cultura para a estrutura dos respectivos Planos Especiais seguiu a mesma estrutura e posição funcional anteriores, haja vista os novos planos guardarem idêntica estrutura funcional.”*

Especificamente quanto aos técnicos-administrativos, já houve precedentes nesse sentido quando da transformação do PCC para o PUCRCE e ainda quando da ampliação das classes da tabela do próprio PUCRCE, a partir da Lei nº 10302/2001.

Releva mencionar que em nenhum momento se pretendeu aumentar a remuneração dos aposentados e pensionistas, mas restituir-lhes a condição alcançada anteriormente, considerando-se o patrimônio laboral e o benefício conquistado após cumprimento das exigências legais vigentes à época de sua aposentadoria ou instituição de pensão, por atingir o “status” de estar em final da carreira.

A Constituição Federal, conforme se alegou anteriormente, (art.40, §4º, redação original e art. 7º da EC Nº 41/2003), assegura aos servidores aposentados e pensionistas o direito à paridade com os servidores da ativa, devendo pois a eles ser estendidos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores da ativa, mesmo aqueles decorrentes de transformação ou reclassificação de cargo ou função.

Necessário considerar, ainda, a seguinte afirmação do Governo: “(...) *um reposicionamento de aposentados, sem considerar mérito e capacitação, desestrutura o Plano e contraria princípios e conceitos norteadores do PCCTAE: I - desenvolvimento: processo continuado que visa ampliar os conhecimentos, as capacidades e habilidades dos servidores, a fim de aprimorar seu desempenho funcional no cumprimento dos objetivos institucionais; II - capacitação: processo permanente e deliberado de aprendizagem, que utiliza ações de aperfeiçoamento e qualificação, com o propósito de contribuir para o desenvolvimento de competências institucionais, por meio do desenvolvimento de competências individuais.*”.

Esse raciocínio, por óbvio, não se sustenta, porque o mérito somente é considerado quanto ao desenvolvimento vertical dos ativos na tabela **nova**. Entretanto, no PUCRCE (também) era considerado, para efeitos de desenvolvimento, mérito, capacitação, qualificação e tempo. Por conta disto, da mesma maneira que é potencializado aos ativos (agora) a evolução funcional, os então aposentados atingiram a mesma progressão na carreira antiga. Então, por que a diferença??? A resposta é somente uma: para, de forma dissimulada, fraudar mandamento constitucional expresso pela igualdade de tratamento entre aposentados e pensionistas.

4.1 Da técnica da modulação de efeitos - STF. Integração da Lei à Constituição Federal.

Não obstante a violação, pela Lei nº 11091/2005, aos princípios constitucionais da isonomia, da paridade, da irredutibilidade de vencimentos, da razoabilidade, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, o mais adequado, *in casu*, é proceder à análise da mencionada norma conforme à Constituição Federal no sentido de nela resgatar uma compreensão que não contrarie a Lei Maior.

Isso porque o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal aponta no sentido de flexibilizar a regra da nulidade das normas inconstitucionais, pois em muitos casos a exclusão total da norma jurídica desde a sua origem é capaz de gerar prejuízos àqueles que anteriormente foram por ela atingidos. Com isso, compreende-se que em determinados casos a norma inconstitucional deve produzir efeitos como se constitucional fosse, por um certo lapso temporal, a fim de evitar situações danosas ao próprio sistema jurídico.

A técnica da modulação consiste, portanto, em adotar outras medidas que não somente a declaração de nulidade total da norma. Ressalta-se que apenas não haverá nulidade quando demonstrado que a declaração de inconstitucionalidade da norma ensejaria danos à segurança jurídica ou a algum outro valor constitucional diretamente vinculado ao interesse social.

Neste sentido, tem-se a seguinte decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, *in verbis*:

A teoria da nulidade tem sido sustentada por importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual 'the unconstitutional statute is not law at all', significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se pela equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição. **Razões de segurança jurídica podem revelar-se, no entanto, aptas a justificar a não-aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional.** Não há negar, ademais, que aceita a idéia da situação 'ainda constitucional', deverá o Tribunal, se tiver que declarar a inconstitucionalidade da norma, em outro momento fazê-lo com eficácia restritiva ou limitada. Em outros termos, o 'apelo ao legislador' e a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados ou restritos estão intimamente ligados. Afinal, como admitir, para ficarmos no exemplo de Walter Jellinek, a declaração de inconstitucionalidade total com efeitos retroativos de uma lei eleitoral tempos depois da posse dos novos eleitos em um dado Estado? Nesse caso, adota-se a teoria da nulidade e declara-se inconstitucional e ipso jure a lei, com todas as conseqüências, ainda que dentre elas esteja a eventual acefalia do Estado? Questões semelhantes podem ser suscitadas em torno da inconstitucionalidade de normas orçamentárias. Há de se admitir, também aqui, a aplicação da teoria da nulidade tout court? Dúvida semelhante poderia suscitar o pedido de inconstitucionalidade, formulado anos após a promulgação da lei de organização judiciária que instituiu um número elevado de comarcas, como já se verificou entre nós. Ou, ainda, o caso de declaração de inconstitucionalidade de regime de servidores aplicado por anos sem contestação. Essas questões — e haveria outras igualmente relevantes — parecem suficientes para demonstrar que, **sem abandonar a doutrina tradicional da nulidade da lei inconstitucional, é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações. Não se nega o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá**

ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão ou de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).¹⁰ (Grifou-se)

No caso em tela, a fim de que não haja grande prejuízo ao ordenamento jurídico, e tendo em vista a complexidade do procedimento de alteração de leis, o reenquadramento dos aposentados e pensionistas mostra-se como solução mais acertada, na medida em que afasta a inconstitucionalidade já demonstrada.

5. Conclusão.

Com base no exposto, entende-se pela necessidade do reenquadramento dos aposentados no Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação (PCCTAE), haja vista que os servidores inativos foram reclassificados em padrões inferiores na nova carreira, o que, indubitavelmente, viola princípios constitucionais basilares, devendo se dar um entendimento conforme à Constituição Federal, mantendo-os na nova carreira em posição idêntica a atingida na antiga, ou seja: no topo.

Esse é nosso entendimento, salvo melhor juízo.

Curitiba para Brasília, 22 de março de 2013.

João Luiz Arzeno da Silva
OAB/PR 23.510
ASSESSORIA JURÍDICA NACIONAL

¹⁰ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 364.304-AgR, DJU de 06/11/2006, Relator Ministro GILMAR MENDES, J. em 03/10/2006.