TEMPO DE SERVIÇO DA MAGISTRATURA FEDERAL

JOSÉ JAPPUR *

A Lei nº 6.044, de 1974. Exercício da advocacia. Magistratura estadual. Conflito de leis. Declaração de inconstitucionalidade. Conclusão.

A recente Lei Federal nº 6.044, de 14.5.74, publicada em 15 de igual mês e ano, *dispõe sobre a disponibilidade e aposentadoria dos membros da magistratura federal e dá outras providências.*

2. O referido diploma permite computar, para efeito de disponibilidade e aposentadoria, o exercício da advocacia, até o máximo de 15 anos. Nada mais justo o critério, por considerar *serviço público* o trabalho privado da advocacia, *ex vi* do art. 68 da Lei Federal nº 4.215, de 27.4.63.

3. Nasceu, todavia, a Lei Federal nº 6.044, de 14.5.74 com pecados mortais sem remissão. Em primeiro lugar, a vantagem só foi endereçada à magistratura federal, quando deveria ter sentido geral, abrangendo a valiosa e dinâmica magistratura estadual. Esquecido o princípio isonômico da classe, a vantagem torna-se odioso privilégio. Em segundo lugar, a matéria só poderia ser disciplinada por lei complementar, e não através de lei ordinária.

4. Sem dúvida, o descuido é lamentável e só se justifica se o projeto originário tivesse início ao tempo da Constituição Federal de 1967. De qualquer forma, é gritante a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 6.044 de 14.5.74, tendo em vista o art. 103 da Constituição Federal de 1969, *verbis: Lei Complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade.*

5. É certo que a Marta Maior de 1967 dispunha no art. 100, § 2º, o seguinte: *Atendendo à natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço* ... Ao império da Constituição Federal de 1967, a matéria deveria ser regulada por lei federal, não acontecendo o mesmo dentro do regime atual que exige *Lei Complementar.*

* Auditor do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul.

6. Perde, de ordinário, eficácia o novo diploma por inobservância do art. 103 da ordem constitucional vigente. Embora nem sempre se use de primor técnico, a expressão do art. 103 é unívoca, não se compadecendo com formas analógicas. Uma coisa é lei ordinária e, outra, lei complementar. A Constituição disciplina o processo legislativo da "Lei Complementar". Ordena, no art. 50, que *as leis complementares somente serão aprovadas se obtiverem maioria absoluta de votos dos membros das duas Casas do Congresso Nacional, observados os demais termos da votação das leis ordinárias.* Adita-se, ainda, que a competência da Lei Complementar, no caso, é de iniciativa reservada, cabendo exclusivamente ao Presidente da República.

7. Estabelecidas as rápidas observações aqui feitas, torna-se evidente que a Lei Federal nº 6.044 é incompatível com o art. 103 da Constituição Federal de 1969, merecendo urgente reformulação, através de iniciativa do Presidente da República, tudo sem prejuízo de ampliação do seu alcance, em abrangendo, no que couber, à magistratura estadual. A regra excepcional de redução de tempo de serviço para aposentadoria só pode partir de lei complementar do Presidente da República, não possuindo, desde 1967, os estados da Federação Brasileira a necessária autonomia. É tempo, pois, de retificação e ratificação do ato normado, para que a ordem constitucional seja respeitada na plenitude do seu comando. Só assim o poder constituinte manter-se-á soberanamente acima do poder constituído.

8. No direito, as categorias basilares são formadas pelo fato, valor e norma. O *fato* foi já exibido na sua essencialidade. Cumpre, agora, destacar o seu *valor.* De logo, observa-se que a contagem do exercício de advocacia é restrita aos advogados nomeados magistrados. Não se estende aos magistrados de carreira, inclusive o ministério público. Também, fixou-se o limite de 15 anos, quando o ideal, *de lege ferenda,* seria até 25 anos. Embora o ponto arquimédico seja de difícil determinação, torna-se fácil a justificação da distinção. O magistrado de carreira pode aposentar-se antes do limite compulsório (70 anos), tendo em vista o ingresso, até certa idade, na magistratura. Ao longo do tempo, alcança vantagens legais, tais como adicionais, qüinqüênios e outros acessórios pecuniários. Já o magistrado oriundo da classe dos advogados não traz, em geral, nenhuma vantagem incorporada. Para equilíbrio dessa possível distorção, é que o legislador *valorizou* o tempo de advocacia tão-somente ao magistrado classista. Assim, o que aparenta desigualdade encerra mera correção de situações funcionais. Ademais disso, o exercício da advocacia possui *valor* por seu múltiplo conteúdo, equivalendo à verdadeira magistratura pelo dever legal e moral do ofício.

9. É interessante a indagação em torno da validade da legislação estadual existente, permitindo a contagem de tempo de advocacia ao magistrado classista. Dentro da autonomia estadual, o poder de legislar era perfeito. Com o advento da Constituição Federal de 1967 (art. 100, § 2º) e de 1969 (art. 103), o comando da legislação sobre a matéria deslocou-se à União. As razões

dessa mudança não vêm a pelo discuti-las, e, até certo ponto, o voto do Ministro Oswaldo Trigueiro, perante o Supremo Tribunal Federal, tem aplicação à indagação quase como uma luva:

Vê-se, assim, que, sob a atual Constituição, o regime jurídico de todo o funcionalismo está balizado pelo direito federal, e que somente este pode dispor sobre tempo de serviço. Não indago, nem me compete fazê-lo, se esse regime é o melhor. Mas é o que está delineado na Constituição, que contém, a respeito, todas as normas básicas, a serem complementadas por lei federal nos termos do citado art. 103.[1]

10. Em especial, importa saber se a legislação remanescente estadual continua de pé com o advento da Constituição de 1967 e 1969. Pelo art. 177, § 1º da Constituição de 1967, até 15 de março de 1968, a legislação estadual permanece eficaz e válida. A partir de 16 de março de 1968, a redução do tempo de serviço para aposentadoria é disciplinada uniformemente, para todo o território nacional, pela legislação federal. Todavia, enquanto a legislação competente não for baixada, as leis estaduais não perdem sua validade. Assim se poderia concluir diante da natureza do art. 103 da Constituição Federal de 1969. A regra constitucional é programática. É norma de eficácia condicionada, dependendo de legislação futura. Em razão disso, a regra só entraria em vigor no momento da vigência do seu implemento acessório. É importante o exame da regra constitucional na sua moldura integral. Existindo conflito de pressupostos, por certo, a legislação estadual perderia validade imediata. Ocorre que a norma constitucional não contém qualquer esquema de valorização de tal ou qual tempo de serviço ou sua natureza. Apenas reserva-se na indicação futura dos seus elementos axiológicos. Em função disso, pode o intérprete inclinar-se pela solução favorável da validade da legislação estadual, até que a legislação federal venha traçar rumos definitivos.

11. A posição traçada desborda, na verdade, da jurisprudência dos Tribunais do País, mas vale para meditação ou revisão de critérios. A controvérsia, de resto, não é nova, tendo já agitado diversos países que procuram soluções jurídicas aos efeitos resultantes das regras programáticas em relação à legislação anterior incompatível. Como exemplo disso, é invocável a Constituição Italiana de 1948. Certa corrente da Corte Suprema da Itália negou eficácia a determinadas normas constitucionais programáticas, tirando-lhes o condão de invalidarem leis ordnárias preexistentes. Essas leis só perderiam a eficácia, mediante revogação pela nova legislação decorrente das regras constitucionais. Paralelamente, o assunto leva ao exame da inconstitucionalidade da lei e seus efeitos práticos. No Brasil, o tema mereceu a atenção cuidadosa dos juristas Lúcio Bittencourt, Alfredo Buzaid e José Affonso da Silva. Assinala o último:

[1] Cf. RE nº 72.665, da Bahia, recorrente Estado da Bahia e recorridos João Moura da Costa e outros. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 61, p. 238.

Mas há outras conseqüências práticas, que postulam uma solução teórica ao assunto. A declaração de inconstitucionalidade surte efeitos in casu et inter partes, *não anula a lei, nem a revoga; teoricamente, entre nós, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade, nos termos do art. 45, nº IV, da Constituição do Brasil.*[2] Não importa, aqui, saber se a inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. A eficácia da lei só é retirada por decisão do Senado. Enquanto não a fizer, a lei existe, ainda que nulamente.[3] Portanto, a legislação estadual, enquanto não suspensa pelo Senado, tem eficácia e sua inconstitucionalidade só pode ser proclamada pelo Judiciário e mesmo assim *in casu et inter partes*. Assim colocada a matéria, fica melhor compreendido o princípio da *imediata incidência das normas constitucionais.*

12. O advento duma Constituição é sempre gerador de conflito de interesses, máxime em relação ao arsenal de leis baixadas sob a tutela da anterior revogada. Opera-se a transformação de forma imediata, para compatibilização da nova ordem. Mas a revogação das leis não se opera num passe de mágica. Vale lembrar a frase clássica de Pontes de Miranda: *A Constituição é rasoura que debasta o direito anterior, para que só subsista o que é compatível com a nova estrutura e as novas regras jurídicas constitucionais.* O pensamento é válido *cum grano salis*. O corte não se processa de forma automática. A operação deve atentar para os requisitos legais necessários, sem afastamento do princípio de continuidade da legislação precedente. A desconstitucionalização das normas jurídicas só se opera automaticamente por disposição expressa da Constituição. Percebe-se que o art. 103 da Constituição vigente não *quantificou* o tempo nem *qualificou* a natureza do serviço. Enquanto não o fizer através de lei complementar, a legislação estadual deve ser mantida por compatibilidade com o princípio da continuidade das leis no tempo e no espaço. Até mesmo a eficácia construtiva da nova ordem constitucional predispõe à aceitação da continuidade da legislação estadual, numa autêntica afirmação do postulado do Prof. Westel Willoughby: *A Constituição não destrói a si própria.*

[2] Silva, José Affonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 1968, p. 147.

[3] Cf. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967.* t. III, p. 87.