*FUNCIONÁRIO PÚBLICO — APOSENTADORIA — CARGO EM COMISSÃO**

— Aposentadoria com as vantagens do art. 180, II, do EFP a funcionário que, na data, não esteja ocupando cargo em comissão, função de confiança ou função gratificada.

— Aplicação do art. 102, § 2.º, da Constituição Federal.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República
Parecer nº R-009, de 12 de março de 1985. "Aprovo. Em 12.3.85."

Parecer nº R-009

O Sr Ministro-Chefe do Gabinete Civil, de ordem, solicita parecer no processo incluso, "que trata da concessão de aposentadoria com as vantagens da comissão ou função gratificada (art. 180, II, da Lei nº 1.711/52), a funcionário que não esteja ocupando o cargo ou a função na data da aposentação, em face de decisões proferidas pelo egrégio Tribunal Federal de Recursos".

I

O presente processo originou-se de caso concreto, onde servidor público impetrou e obteve mandado de segurança contra o Iapas (Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social). A sentença de primeiro grau foi confirmada por acórdão unânime da Segunda Turma do egrégio Tribunal Federal de Recursos, relator o eminente Ministro Jesus Costa Lima, onde se lê na ementa:

"Aposentadoria. Proventos. Cargos em comissão. Direito adquirido. Requisitos.

1. O funcionário público, que estava no exercício de cargo em comissão, há mais de 10 anos, quando implementou 35 anos de serviço, tem direito adquirido a proventos iguais ao do respectivo cargo em comissão (art. 180 da Lei nº 1.711/52 com as alterações das Leis n.os 5.481/77 e 6.732/79) uma vez que preenchia, então, os requisitos necessários para a aposentadoria voluntária.

2. Sentença confirmada" (in *DJ*, de 28 de abril de 1983).

* Ver, sobre a matéria, decisão do Tribunal de Contas da União, no Processo nº 40.602/76, publicada neste volume, p. 303.

Fundado em que aquele aresto refletia tese "antiga e consagrada na jurisprudência", tendo "o respaldo da Súmula nº 359 que garante o direito adquirido", e, ainda, não preenchidos os pressupostos constitucionais para a interposição de recurso extraordinário, conformou-se o Iapas (Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social) e deu execução à decisão judicial.

Na Procuradoria Judicial daquele Instituto ponderou-se que decisões naquele sentido vêm sendo prolatadas nos dois graus de jurisdição, o que enseja a possibilidade de retificar-se o entendimento da administração a respeito. Acrescentou-se, mesmo, que o reestudo se justificaria em face da apresentação de novo argumento, presente na decisão do egrégio Tribunal Federal de Recursos, consubstanciado na utilização da Súmula nº 359 da jurisprudência predominante do colendo Supremo Tribunal Federal.

A idéia prosperou nos autos e inúmeras e valiosas manifestações foram colhidas.

Dentre elas, aquelas da Consultoria da Procuradoria-Geral do Iapas (fls. 21-3 e 34-8), onde se formulou o problema como o da "extensão administrativa das decisões favoráveis à aplicação do art. 180 do Estatuto dos Funcionários, sem a limitação do § 2º do art. 102 da Constituição". Lembrou-se, a propósito, o Decreto nº 73.529, de 21 de janeiro de 1974, o qual "veda a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida para a administração direta ou autárquica em atos de caráter normativo, ressalvando, porém, que a orientação administração firmada ou autorizada pelo presidente da República será suscetível de revisão mediante proposta ao ministro de Estado, a que estiver vinculada a autarquia interessada (art. 1º e 3º)".

E o fato de que:

"Na espécie, não se trata de orientação administrativa firmada ou autorizada pelo presidente da República e sim de orientação do Dasp. Poder-se-ia, assim, promover a revisão junto ao Dasp, revisão essa que, na aplicação do art. 184 do Estatuto, foi feita por aquele órgão, guardando a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Nada impede, entretanto, que se promova a revisão, através do ministro da Previdência e Assistência Social, a que está vinculado o Iapas."

Depois de arrolar o posicionamento da Consultoria-Geral da República sobre a extensão administrativa das decisões judiciais e reproduzir as ementas de vários acórdãos do egrégio Tribunal Federal de Recursos sobre a matéria em exame, concluiu a Consultoria da Procuradoria-Geral do Iapas:

"Diante dessa jurisprudência conflitante, não se nos afigura aconselhável submeter o processo às altas autoridades, com o objetivo de ser revista a orientação governamental, adotada na aplicação do art. 180 do Estatuto. Não se pode admitir, por enquanto, que há decisões judiciais reiteradas, tranqüilas, que justificassem aquela revisão.

Nestas condições, nosso parecer é no sentido de que seja este processo conservado em pendência, na PGJ, à espera de que a jurisprudência se firme, a favor ou contra a orientação governamental acima referida, de modo que, se favorável, se possa promover a extensão administrativa dos julgados que a consubstanciarem" (fls. 37-8).

Discutiu-se, ainda, em vários passos do processo, a jurisprudência, uns a entendendo conflitante, enquanto outros a avaliaram como "mansa, pacífica e uniforme" e "amplamente favorável à pretensão dos postulantes", fato que inviabilizaria o requerimento — também reiteradamente lembrado — de uniformização da jurisprudência pela ausência dos pressupostos declinados no Código de Processo Civil.

Remetido o processo ao Departamento do Pessoal do Ministério da Previdência e Assistência Social, foi exarado parecer (fls. 79-84), que concluiu:

"18. No caso, embora sobre a questão haja apenas manifestações casuísticas dos órgãos competentes da administração, cujas conclusões hão de ser naturalmente adotadas pelos órgãos de execução nos casos semelhantes, como vem ocorrendo, a proposta de

reexame dessa interpretação restritiva que se vem dando ao art. 80 da Lei nº 1.711/52 deve obedecer às normas do Decreto nº 73.529, de 21 de janeiro de 1974, que estabelece:

'Art. 1º É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida para a administração direta e autárquica em atos de caráter normativo ou ordinatório.

(...)

Art. 3º A orientação administrativa firmada ou autorizada pelo presidente da República somente será suscetível de revisão mediante proposta de ministro de Estado ou de dirigente de órgãos integrantes da Presidência da República.

Parágrafo único. No caso de entidades da administração indireta, a proposta será do ministro de Estado a que estiverem vinculadas.'

19. Não obstante, como o assunto objeto da controvérsia não é específico desta Secretaria de Estado, e sim do Dasp, na área do Executivo, e do Tribunal de Contas da União por força do § 7º do art. 72 da Constituição, ocorre-nos sugerir seja o processo encaminhado àquele Departamento, para apreciação, ao qual competirá propor à CGR e ao TCU o reexame da matéria, se assim o entender, na forma do Decreto nº 73.759/74" (fls. 83-4).

Encaminhado o processo ao Dasp, destacou a Colepe, a fls. 109-10, que:

"5. A orientação preconizada por este Departamento (Parecer CJ nº 24/81 — cópia anexa), pela Consultoria-Geral da República (Parecer nº L-207/78) e Tribunal de Contas da União tem sido no sentido de que a vantagem prevista no art. 180 do Estatuto, no seu item II, é devida desde que o funcionário conte 10 anos consecutivos ou não no exercício de cargo comissionado ou de função gratificada, e para obtenção dos benefícios do item I, 'sempre se levou em conta, para verificação dos respectivos decênio e qüinqüênio de exercício em cargos e função de confiança, o desempenho de um desses na oportunidade da aposentação" ponderando, todavia, a necessidade de ouvir-se a respectiva Consultoria Jurídica, a qual se manifestou em parecer da lavra do seu ilustre titular, Dr. Luiz Rodrigues. Nessa peça, como sói acontecer, vieram a lume inúmeras e valiosas considerações. Nela está salientado o fato de haver jurisprudência administrativa sobre a matéria no sentido de que:

"De acordo com esse entendimento para a incidência da letra *a* (atual inciso I), do aludido dispositivo legal, constituía requisito básico o exercício ininterrupto, pelo prazo de cinco anos de cargo em comissão, função de confiança ou função gratificada e *fosse do mesmo símbolo*. Essa tese da administração sofreu uma evolução, admitindo no mesmo prazo ininterrupto, o exercício desses cargos ou funções desde que fossem do mesmo valor de símbolo. Em se tratando de associação de exercícios de cargo ou função de confiança, de símbolos diferentes, *consecutivos ou não*, a lei transmite a espécie para a letra *b* (atual inciso II) do mesmo art. 180, exigindo o lapso temporal de 10 anos.

5. Ressaltei no Parecer nº 24/81 (cópia às fls. 86-97) que, para a obtenção do benefício do inciso II do referido dispositivo legal, e, com muito mais razão o do inciso I, sempre se levasse em conta, para a verificação dos respectivos decênio e qüinqüênio de exercício em cargo e funções de confiança, o desempenho de um desses na oportunidade da inativação.

6. De acordo com a orientação administrativa vigorante o fato de o funcionário não estar no exercício de cargo ou função de confiança no momento da aposentadoria, constitui obstáculo intransponível à obtenção da vantagem consignada no art. 180 da Lei nº 1.711, de 1952, pois iria perceber mais do que quando no serviço ativo, e a Constituição Federal, no § 2º do seu art. 102, veda que os proventos da inatividade sejam superiores à remuneração recebida pelo funcionário em atividade. Esse é o entendimento deste Departamento, da douta Consultoria-Geral da República (Pareceres CGR n.os H-064, de 5.12.67; L-093, de 12.1.76; L-179,

de 17.2.78; L-206, de 20.9.78, e L-207, de 20.9.78), e do colendo Tribunal de Contas da União como se verá a seguir."

O parecer anota, com as devidas citações e transcrições, a linha adotada por esta Consultoria-Geral da República e pelo Tribunal de Contas da União.

Depois de assinalar que, inobstante a orientação administrativa, o egrégio Tribunal Federal de Recursos tem prolatado algumas decisões a ela contrárias e outras que a acompanham, a manifestação da douta Consultoria Jurídica do Dasp conclui pela inexistência de jurisprudência judicial mansa e pacífica sobre a matéria, o que, em conseqüência, não justificaria venha a alterar-se a posição da administração a respeito.

II

Na verdade, há uma relevante controvérsia sobre o tema, o qual pode ser visto sob muitos ângulos. De fato, a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, como o demonstram inúmeros julgados, é forte no sentido de que a vedação da Lei Maior represente barreira intransponível. Essa orientação jurisprudencial, no entanto, se reveste de contornos genéricos, não descendo ao pormenor da interpretação do dispositivo da Lei Fundamental e nem do seu confronto com a disposição do Estatuto dos Funcionários Públicos. Em conseqüência, o conceito de *remuneração na atividade* vem variando, com a tendência de dar-lhe maior flexibilidade e abrangência, inclusive com o reconhecimento de eficácia a diplomas legais supervenientes consubstanciadores de normas mais benévolas aos aposentados, numa indicação clara da evolução social do direito. Além disso, as situações jurídicas constituídas vêm sendo reconhecidas para o efeito de garantir a incorporação aos proventos da inatividade, de vantagens percebidas na atividade, embora não integrantes dos vencimentos.

Em face dessa colocação oscilante da vida do direito, o que lhe é próprio, emana o grau de dificuldade para a solução do assunto.

De igual forma, o colendo Tribunal de Contas da União mostrava alterações em sua jurisprudência, tudo a justificar um exame, na maior profundidade possível, do tema, sobretudo em decorrência dos julgados referidos do egrégio Tribunal Federal de Recursos.

Para ilustração desse evoluir jurisprudencial, merecem lembrados, dentre muitos, alguns arestos do Supremo Tribunal Federal.

"Funcionário público. Direito adquirido. O funcionário público, ao aposentar-se, tem direito adquirido a ver calculado o valor de seus proventos com base em todas as vantagens a que fazia jus quando adquiriu o direito a aposentar-se. A isso, porém, se restringe esse direito, que não pode ser invocado, no futuro, se lhe for estendido aumento dado ao funcionalismo da ativa em proporção alta, para permitir, sem prejuízo, a absorção de uma daquelas vantagens. A extensão desse aumento, se acumulada com a manutenção da vantagem anterior, implica ofensa ao disposto no § 2º do art. 102 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (correspondente ao § 3º, do art. 101 da Constituição Federal de 1967).

Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE nº 85.330-BA, Segunda Turma, Relator M. Moreira Alves, unânime, 12.12.78, in *Lex-JSTF, 15*:120).

"Agentes fiscais de tributos federais aposentados antes da implantação do Novo Plano de Classificação de Cargos. Aumento de proventos concedido pelo Decreto-lei nº 1.348/74. Incidência sobre a parcela correspondente ao vencimento básico, excluída a gratificação de exercício, tal como em relação aos ocupantes, na atividade, de cargos idênticos. A interpretação contrária, que a considera incidente sobre a totalidade dos proventos, importa na conseqüência, vedada pelo art. 102, § 2º da Constituição, de os inativos perceberem remuneração maior do que a dos ativos. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE nº 93.561-4-SP, Primeira Turma, Relator M. Xavier de Albu-

querque, unânime, 16.12.80, in *Lex-JSTF, 30*:270).

"Funcionário público. Aposentadoria voluntária com proventos proporcionais. Lei Complementar nº 30, de 27 de junho de 1977. Incidência do art. 102, II, da Constituição. Inexistência de direito a que tais proventos não sejam inferiores ao salário mínimo. Ofende ao art. 102, II, da Constituição, a decisão, que, nessa hipótese, assegura não sejam os proventos proporcionais, em qualquer caso, inferiores ao salário mínimo regional. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE nº 96.926-8-DF, Primeira Turma, Relator M. Néri da Silveira, unânime, 21.5.82, in *Lex-JSTF, 54*:182).

"1. Funcionário público. Reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado (Súmula nº 38).

2. Veda a Constituição Federal (art. 102, § 2º) que os proventos da inatividade excedam a remuneração percebida na atividade, salvo a revisão, de caráter geral, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda" (RE nº 97.014-2-PR, Primeira Turma, Relator M. Alfredo Buzaid, unânime, 17.8.82, in *Lex-JSTF, 47*.234).

"Proventos. Ofensa ao § 2º do art. 102 da Constituição Federal.

Não pode o funcionário público ser aposentado com proventos superiores à remuneração que percebia na atividade quando de sua aposentadoria. No caso, o § 2º do art. 102 da Constituição Federal foi ofendido, pois se concedeu ao funcionário vantagem que ele não tinha nesse momento, mas que deveria ter se não se houvesse exonerado, a pedido, anos antes, do cargo em comissão que era correspondente a outro cargo em comissão, e que, após essa exoneração, se atribuiu remuneração superior.

Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE nº 97.781-3-PR, Segunda Turma, Relator M. Moreira Alves, unânime, 15 de outubro de 1982, in *Lex-JSTF, 53*:184).

"Funcionário.

Dupla aposentadoria. Maltrato ao disposto no art. 102, § 2º, da Constituição: inexistência, no caso.

Se a objeção única formulada pelo INPS à concessão de aposentadoria ao ferroviário é a de que ele já fazia jus à aposentadoria estatutária, e, assim, com a percepção das duas, seria malferido o preceito do art. 102, § 2º da Constituição, é de manter-se o acórdão do TFR que confirmou a sentença favorável ao demandante, pois a jurisprudência já se firmou no sentido de que nenhuma violação à Lei Maior ocorre, no particular. Aliás, a Consultoria-Geral da República veio a reformular seu entendimento anterior em que sustentava tal óbice (Pareceres n.os I-025 e L-211)" (RE nº 78.135-8-MG, Segunda Turma, M. Aldir Passarinho, unânime, 16.11.82, *Lex-JSTF, 52*:94).

"1. Direito administrativo. Servidor público aposentado. O art. 102, § 2º, da Constituição da República veda ao funcionário público aposentado receber mais do que percebia na atividade. São defesas, portanto, as promoções em razão da aposentadoria ou após a sua concessão, bem como a extensão aos inativos dos benefícios concedidos ao funcionalismo e que não representem um reajustamento geral da categoria do aposentado, tais como as reclassificações, as reestruturações e as gratificações.

2. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE nº 97.823-2-PR, Primeira Turma, 19.11.82, Relator M. Alfredo Buzaid, unânime, *DJ*, de 17.12.82).

"Administrativo. Funcionalismo.

Aplicação do art. 102, § 2º, da Constituição Federal.

Se à época da aposentadoria já não ocupava o autor cargo que lhe possibilitava a percepção de horas extras (o de promotor de justiça), mas sim outro, de maior nível (o de procurador de justiça), mas que compreendia regime de tempo integral e, portanto, sem a possibilidade de percepção de tais horas extras, não é possível adicionar-se aos vencimentos deste último cargo para

fins dos proventos da aposentadoria, o valor de horas extras somente pagas quando do exercício do cargo anterior, sob pena de maltrato à regra fixada no art. 102, § 2º, da Constituição Federal" (RE nº 96.932-PR, Segunda Turma, Relator M. Aldir Passarinho, unânime, 29.11.83, *DJ*, de 6.4.84).

Tais julgados demonstram, em consonância com inúmeros outros, a posição da mais alta Corte. No entanto, nenhum deles chegou a enfrentar, especificamente, o problema dos presentes autos, razão pela qual sua jurisprudência não é suficiente para afastar o estudo da matéria. A par disso, despacho no Agravo de Instrumento nº 99.483-1-SP, *DJ*, de 1º.8.84, p. 11.879, da lavra do Ministro Francisco Rezek, veio trazer, agora na hipótese própria e em tela, uma nova visualização:

"Ag nº 99.483-1-SP.

Agte.: Prefeitura do Município de São Paulo (Adva.: Carmen Garcia S. Marzá Santos). Agdo.: Paschoal Marinelli e outros (Adv.: Benjamin E.M. Bevilácqua).

Despacho: Estes os fundamentos do despacho impugnado:

Não obtendo êxito em ambas as instâncias, na ação ordinária que lhe foi ajuizada por Paschoal Marinelli e outros funcionários públicos, visando a incorporar em seus proventos gratificação *pro labore* que percebiam antes da aposentadoria (fls. 70-3), a Prefeitura Municipal de São Paulo recorre extraordinariamente, com apoio na letra *a* do permissivo constitucional.

Alega que o acórdão de fls. 96-9 violou o art. 102, § 2º, da Carta Magna, ao permitir que os suplicados viessem a perceber mais do que quando estavam em atividade (fls. 101-3).

Houve impugnação (fls. 106-8).

O recurso não reúne condições de procedibilidade.

Não se discute sobre o fato comprovado de que os recorridos, quando no serviço ativo, efetivamente passaram a perceber o *pro labore* de um terço e o tiveram incorporado a seus vencimentos, para efeito de aposentadoria, já que a circunstância perdurou por mais de cinco anos.

Assim, nas palavras do próprio aresto, que respondem com superioridade de argumentos à irresignação da suplicante,

(...) *pouco importa o momento em que a aposentação se deu.* Importa, isto sim, que, durante a atividade, a vantagem já se incorporara a seus vencimentos, para produzir efeitos a partir da aposentadoria (...)' (fls. 97).

Isto posto, não há negar que a exegese adotada pela decisão se mostra nitidamente razoável, sem desencadear ofensa ao invocado preceito constitucional, cujo único intuito foi o de

'(...) impedir que, ao ensejo da aposentação, o ex-servidor passasse a perceber vantagem que *nunca percebera antes. Não que os proventos da aposentadoria sejam os mesmos percebidos no momento da aposentação. Se, durante a atividade, o servidor teve incorporada a seus vencimentos, para efeito de aposentadoria, uma vantagem qualquer, deve percebê-la em seus proventos, ainda que, no momento da aposentação, não a esteja percebendo*' (fls. 98).

Com efeito, na esteira do entendimento colacionado no próprio acórdão (fls. 98), *se a Constituição não distinguiu 'momentos' da atividade, qualquer deles e não necessariamente o último poderá fornecer o teto para os proventos da aposentadoria.* Relevante é a incorporação, em algum dos instantes do serviço ativo.

Outra, por sinal, não foi a orientação imprimida pelo colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 86.281-1 SE (fls. 16-7).

Afastada, pois, a pretensa inconstitucionalidade do acórdão e não contendo alegação de divergência com súmula da augusta Corte ou de relevância de questão federal, a súplica não vence o obstáculo do art. 325, IV, *d*, do Regimento Interno da augusta Corte.

Ataca decisão proferida em litígio decorrente da condição estatutária de servidores públicos civis, sem que se discuta o direito

à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental.

Finalmente, não se perca de vista que a demanda foi composta à luz de normas locais de direito, cuja eventual ofensa não rende ensejo a que se percorra a via incomum (Súmula nº 280).

Indefiro o recurso" (fls. 8-11).

"A petição de agravo, com parcimônia de argumentos, insiste na tese da afronta constitucional, sem desautorizar a rejeição do apelo extremo.

Nego seguimento ao agravo.

Arquive-se." (Grifei.)

III

O tema, portanto, versado nestes autos, reside na aplicação do art. 180 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, *especialmente sobre a necessidade de o funcionário — para o fim de usufruir das vantagens ali outorgadas — estar no exercício do cargo ou da função de confiança, na ocasião da inatividade.*

A questão colocada implica o cotejo com o disposto no art. 102, § 2º, da Constituição.

O assunto envolve, ainda, a possibilidade, o interesse e a conveniência em rever-se orientação administrativa, em face de decisões, a ela contrárias, do colendo Tribunal Federal de Recursos, do transcrito despacho de membro da Corte Suprema, e da recente decisão do colendo Tribunal de Contas da União.

Em conseqüência, é mister examinar a matéria relativa à repercussão e ao acatamento da jurisprudência dos Tribunais pela administração, perante a dogmática jurídica e a teor do Decreto nº 73.529, de 21 de janeiro de 1974.

IV

A Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, ainda vigente a Constituição de 1946, estabelecia em seu art. 180, na redação originária:

"Art. 180. O funcionário que contar mais de 35 anos de serviço público será aposentado:

a) com as vantagens da comissão ou função gratificada *em cujo exercício se achar*, desde que o exercício abranja, sem interrupção, os cinco anos anteriores;

b) *com idênticas vantagens, desde que o exercício do cargo em comissão ou da função gratificada tenha compreendido um período de dez anos, consecutivos ou não, mesmo que, ao aposentar-se, o funcionário já esteja fora daquele exercício.*

§ 1º No caso da letra *b* deste artigo, quando mais de um cargo ou função tenha sido exercido, serão atribuídas as vantagens do maior padrão, desde que lhe corresponda um exercício mínimo de dois anos; fora dessa hipótese, atribuir-se-ão as vantagens do cargo ou função de remuneração imediatamente inferior.

§ 2º A aplicação do regime estabelecido neste artigo exclui as vantagens instituídas no art. 184, salvo o direito de opção." (Grifei.)

Com a Constituição de 1967, inseriu-se princípio constitucional (art. 101, § 3º) reiterado na Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 102, § 2º), pelo qual — salvo quando revistos, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda — "em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade".

A Constituição de 1967, em disposição transitória, não repetida pela Emenda nº 1/69, rezava, ainda:

"Art. 177. (...)

§ 1º O servidor que já tiver satisfeito, ou vier a satisfazer, dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente na data desta Constituição, aposentar-se-á com os direitos e vantagens previstos nessa legislação."

Na vigência da Emenda nº 1/69, o art. 180 do Estatuto foi modificado duas vezes.

Pela Lei nº 6.481, de 5 de dezembro de 1977, teve aquele dispositivo alterado o seu *caput*, que passou a preceituar:

"Art. 180. O funcionário que contar tempo de serviço igual ou superior ao fixado para aposentadoria voluntária, será aposentado:

a) com o vencimento do cargo em comissão ou gratificação da função respectiva *que exerça ao se aposentar* desde que o exercício abranja, sem interrupção, os 5 (cinco) anos anteriores;

b) *com idênticas vantagens, desde que o exercício do cargo ou função de confiança haja compreendido um período de 10 (dez) anos, consecutivos ou não.*

(...)." (Grifei.)

A redação veio a ser novamente alterada com a Lei nº 6.732, de 4 de dezembro de 1979, passando ao seguinte teor:

"Art. 180. O funcionário que contar tempo de serviço igual ou superior ao fixado para aposentadoria voluntária passará à inatividade:

I — com o vencimento do cargo em comissão, da função de confiança ou da função gratificada que estiver exercendo, sem interrupção, nos cinco (5) anos anteriores;

II — com idênticas vantagens, desde que o exercício de cargos ou funções de confiança tenha compreendido um período de dez (10) anos, consecutivos ou não.

§ 1º O valor do vencimento de cargo de natureza especial previsto em lei ou da Função de Assessoramento Superior (FAS) será considerado, para os efeitos deste artigo, quando exercido por funcionário.

§ 2º No caso do item II deste artigo, quando mais de um cargo ou função tenha sido exercido, serão atribuídas as vantagens do de maior valor, desde que lhe corresponda um exercício mínimo de dois (2) anos; fora dessa hipótese, atribuir-se-ão as vantagens do cargo ou função de valor imediatamente inferior, dentre os exercidos.

§ 3º A aplicação do regime estabelecido neste artigo exclui as vantagens instituídas no art. 184, salvo o direito de opção."

Em face disso, verifica-se que, no tocante à evolução do direito legislado, o conteúdo do art. 180, I (antiga alínea *a*), no ponto em estudo, não sofreu alteração substancial, nem sua aplicação enseja qualquer dúvida diante da letra da Lei Maior. De fato, agora como dantes, o funcionário naquelas circunstâncias poderá passar à inatividade voluntária, preenchidos os demais requisitos, se estiver no exercício daquele cargo ou daquelas funções, no momento da passagem à inatividade.

V

Nenhum problema nasceu, portanto, no tocante ao art. 180, I (antiga alínea *a*), decorrente do texto constitucional de 1967, que vedou a percepção de proventos da inatividade superiores à remuneração percebida na atividade, uma vez que a lei ordinária exigia, como o faz ainda, no caso do qüinqüênio, a condição de estar o beneficiário no exercício do cargo.

Foi essa a tônica da orientação desta Consultoria-Geral, nesse aspecto. No tocante à citada alínea *a*, a dúvida sobre a sua revogação pela Lei Maior foi afastada.

No Parecer nº H-604, de 5 de dezembro de 1967, escreveu o insigne Adroaldo Mesquita da Costa:

"19. Na alínea *a*, no entanto, verifica-se ser um dos elementos constitutivos do direito, o requisito essencial do exercício pleno da comissão ou da função à época da decretação da aposentadoria. Aliás, é o que se afirma no Parecer nº 539-H, publicado no *Diário Oficial*, de 1.8.67 (*sic*):

'Entendo, *data venia* dos que pensam em contrário, que o preceito estatutário se dirige, tão-somente, aos que estejam em exercício na comissão ou em função gratificada, quando de sua aposentadoria, e que tenham completado cinco anos, sem interrupção, no mesmo cargo ou função.'

20. Significa isso dizer que o funcionário, ao completar 35 anos de serviço, com exercício ininterrupto de, no mínimo, cinco anos de cargo em comissão ou função gratificada, ao ser aposentado, e estando ainda investido na comissão ou função, faz jus, consoante a legislação própria, a perceber

na inatividade, as vantagens dela decorrentes.

21. Será que aqui, como nos casos atrás examinados, prevalece a incompatibilidade com o texto constitucional?

22. Entendo que não. O legislador constituinte se, por um lado, pretendeu evitar proventos superiores à remuneração percebida na atividade, por outro lado não teve o propósito de reduzir a remuneração do servidor.

23. Tanto isso é verdade que ao invés de empregar a palavra 'vencimento' caracterizadora da retribuição do cargo, preferiu usar a expressão 'remuneração', no sentido de abranger as vantagens financeiras que o funcionário vem percebendo na atividade.

24. Não há que se confundir o conceito de vencimento com o de remuneração. Esta é o gênero do qual aquele é a espécie. A Constituição, também, não os confunde, por isso que os emprega distintamente, ora mencionando simplesmente 'vencimento' como nos casos do item II do art. 60, § 2º do art. 99 e § 2º do art. 101, ora inserindo 'remuneração', como se observa do § 5º do art. 94, art. 96, art. 106 e, com a mesma inspiração, no § 3º do art. 101.

25. Como se sabe, a aposentadoria dá-se no cargo efetivo (Parecer nº 593-H, in *Diário Oficial*, de 20.11.67), mas com o benefício da comissão ou função, se se tratar da hipótese prevista no art. 180, *a*, e, ainda, se o mesmo estiver em exercício, na oportunidade, e por prazo superior a cinco anos.

26. Neste particular, a remuneração do funcionário em atividade não são os vencimentos do seu cargo efetivo, mas, as vantagens decorrentes do exercício da comissão ou da função.

27. Logo, se ele preencher as condições capituladas no art. 180, alínea *a*, que o possibilita a se aposentar com aquele benefício, que na realidade, é a sua remuneração na atividade, estará enquadrado nos limites da disposição constitucional, uma vez que não irá perceber proventos excedentes à sua remuneração."

Tal entendimento, sempre referido à alínea *a*, ou item I, do dispositivo estatutário, foi adotado em outros pareceres, por exemplo, os de n.os L-093, de 12.1.76, e L-207, de 10.9.78, da lavra do eminente Luiz Rafael Mayer:

"Despiciendo seria advertir que o preceito em referência tem sua aplicabilidade *condicionada ao pleno e efetivo exercício do cargo ou função, no momento da passagem para a inatividade*, de sorte a que se compatibilize com a regra constitucional que proíbe a percepção de proventos superiores à remuneração percebida na atividade. Aliás, a respeito da sobrevivência da norma estatutária após o advento daquele princípio da Lei Maior, esta Consultoria pronunciou-se sobre a espécie, entendendo *persistir o benefício desde que o beneficiário esteja na titularidade dos encargos mencionados* (Parecer nº 604-H). O caso dos autos, quanto a esse aspecto, atende ao condicionamento legal, uma vez que a funcionária permanece na função, já completado, também, o qüinqüênio ininterrupto de exercício" (Parecer nº L-093, de 12.1.76). (Grifei.)

"Quanto ao requisito constante do item *a* esta Consultoria-Geral, em recente Parecer nº L-179, de 17.2.78, reafirmou a orientação de que a vantagem aí consignada somente poderá ser obtida pelo exercício ininterrupto, por cinco anos no mesmo cargo ou na mesma função em que se encontrar o funcionário na data da aposentadoria. (...)" (Parecer nº L-207, de 20.9.78).

Essas referências são importantes porque indicam a tendência e a tradição dos juristas que exerceram o cargo de consultor-geral no sentido de realizar um direito marcado por uma preocupação social e humana, como parece ser o tom de nossos tempos. Assim, reagiram diante da eventual tese de que o texto constitucional implicaria que o funcionário, ainda se no cargo ou função de confiança, somente poderia aposentar-se com as vantagens de seu cargo efetivo, pena de perceber mais na inatividade do que no serviço ativo. Repeliram tal entendimento os

ilustres consultores. O art. 180, *a*, do Estatuto, não fora derrogado pela Lei Fundamental.

Dita preocupação social na vida do direito, pelos seus intérpretes e aplicadores, vem translúcida, por exemplo, na seguinte passagem da lavra de Adroaldo Mesquita da Costa, em caso análogo:

"17. O intuito do legislador foi, sem dúvida, dar uma espécie de estabilidade financeira àquele que por longos anos se dedicou a uma função de caráter elevado, exigindo, em conseqüência, talvez, um padrão de vida superior ao que normalmente desfrutava antes desses encargos de chefia, evitando, assim, um colapso financeiro, quem sabe, inesperadamente provocado por uma demissão *ex-officio*.

18. Ora, se se justifica esse amparo ao ocupante de cargo em comissão, muitas vezes até pessoas estranhas aos quadros de pessoal do funcionalismo público, com muito maior razão se compreende a extensão do benefício ao que, por mais de 10 anos, ocupou uma função gratificada, eis que esta, pela sua própria natureza, não permite o exercício de quem não seja funcionário público" (Parecer nº H-076, de 17.9.64).

VI

O problema, no entanto, reside na aplicação do art. 180, II (antiga alínea *b*). Como vimos, tal dispositivo dispunha sobre vantagens do cargo ou função de confiança levados à inatividade pelo funcionário que os tivesse exercido num *período de 10 anos, consecutivos ou não,* mesmo se fora daquele exercício por ocasião da aposentadoria.

O novo texto constitucional (1967), já referido, ensejou a discussão da constitucionalidade de parte da norma em exame. Em termos práticos, havia a atenuante da disposição constitucional transitória já mencionada: quem houvesse satisfeito as condições necessárias, ou as preenchesse até 15 de março de 1968, para a aposentadoria, nos termos da legislação vigente, aposentar-se-ia com os direitos e vantagens nela previstos.

Assim a Constituição de 1967 preservou, neste ponto, e com esses contornos, os direitos adquiridos. Em conseqüência, quem, até 15 de março de 1968, um ano após a vigência da nova Carta, contasse mais de 35 anos de serviço público e houvesse exercido cargo ou função de confiança por 10 anos, ainda que estivesse fora daquele exercício, usufruiria da vantagem, independentemente do novo mandamento constitucional, ou da discussão sobre seu conteúdo, que proíbe perceber mais na inatividade do que no serviço ativo.

Não importa que o funcionário haja, ou não, exercido seu direito até 15 de março de 1968. Interessa saber se até aquela data se preencheram os requisitos para que o seu direito se aperfeiçoasse, de maneira a constituir situação imutável e imune a comandos legislativos posteriores, mesmo diante de texto constitucional novo, uma vez que aquela disposição transitória, embora não reiterada pela Emenda nº 1/69, não foi por ela derrogada.

Qualquer seja a solução técnica-constitucional para o deslinde da questão da sobrevivência daquela disposição, está ela em vigor. De fato, não importa se prevalece ela como norma constitucional, o que parece contrariar o conceito de Constituição formal; ou se sobrevive como legislação ordinária, anterior à nova Carta e com ela compatível (doutrina da desconstitucionalização; cf. Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 2. ed. Revista dos Tribunais, 1982. p. 206 e segs.; Temer, Michel. *Elementos de direito constitucional.* Revista dos Tribunais, 1982. p. 27). Na verdade, a disposição tem vigência e eficácia, dentro dos seus limites, merecendo anotar-se a favor do raciocínio o fato de que a Emenda nº 1/69 consagrou o princípio do direito adquirido como garantia individual. Situação que parece conformar-se com o teor da citada Súmula nº 359 da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Após aquela data, todavia, se colocou a discussão sobre a compatibilidade da norma

estatutária, em exame, com o texto constitucional.

Essa parece ter sido a razão pela qual, em uma das mencionadas alterações legislativas, se retirou da alínea *b* (atual inciso II) do art. 180, em foco, a previsão constante de sua redação primitiva, "mesmo que, ao aposentar-se, o funcionário já esteja fora daquele exercício".

Pela incompatibilidade concluiu o Sr. Diretor-Geral do Dasp, na Exposição de Motivos nº 362, de 3.10.79, pela qual encaminhou ao Exmo. Sr. Presidente da República o anteprojeto que veio a se converter na Lei nº 6.732, de 4 de dezembro de 1979, que por último alterou a redação do art. 180 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, e deu outras providências (mandou adicionar ao vencimento do respectivo cargo efetivo, como vantagem pessoal, a importância equivalente à fração de um quinto por ano completo de exercício de cargos em comissão ou funções de confiança ou gratificadas, a partir do sexto ano em que o servidor as estiver exercendo).

São evidentes na exposição de motivos citada a interpretação (a de retirada pela lei de 1977 da possibilidade de fruir vantagens ainda que o aposentando já não estivesse no cargo ou função, visando a amoldar a norma à Lei Maior) e intenções (as de conceder as ditas vantagens ao cargo efetivo, de modo a não se cogitar do problema gerado pelo art. 102, § 2º, da Constituição).

De fato, diz aquela exposição de motivos:

"A Lei nº 6.481, de 5 de dezembro de 1977, objetivando adequar disposições do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União — Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 — à nova preceituação referente à aposentadoria, introduzida pela Constituição promulgada em 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, alterou os termos do art. 180 do referido Estatuto, que assegura ao funcionário, com tempo de serviço para aposentar-se voluntariamente, o direito de perceber o vencimento ou a gratificação do cargo ou função de confiança que exerça ao passar à inatividade, desde que esse exercício abranja os lapsos temporais, que especificamente estabelece.

2. *A diferença fundamental entre a redação com que o mencionado dispositivo estatutário vigorava originariamente e a que lhe foi dada pelo diploma legal editado em 1977, traduz-se na exigência de que, em qualquer das hipóteses, o servidor se encontre, ao aposentar-se, no exercício do cargo ou da função de confiança,* para que possa obter as correspondentes vantagens, sem violar a vedação contida no art. 102, § 2º, da Constituição, *in verbis*:

"Art. 102. (...)

§ 2º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, em caso nenhum os proventos de inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade.

(...)."

3. *Com o novo texto* do dispositivo estatutário em referência, reduzem-se o alcance e a amplitude da norma anterior, ficando ao *desabrigo do comando legal a situação de servidores que, embora tendo ocupado, inclusive ininterruptamente, cargos ou funções de confiança, por períodos iguais e até superiores, aos estabelecidos naquele preceito, não mais os exercem, por circunstâncias várias, no momento em que completam o tempo de serviço fixado para a passagem voluntária à inatividade.*

4. *A situação* apontada, que, repetindo-se com bastante freqüência, vem gerando natural e compreensível inconformismo entre o funcionalismo, *levou este Departamento a desenvolver novos estudos, com vistas a encontrar fórmula que, calcada na interpretação teleológica da norma inserta no mencionado art. 180 do Estatuto, em seu texto original, reafirmasse sua finalidade, buscando harmonizá-la com a proibição contida no § 2º do art. 102 da Lei Maior.*

5. Com efeito, é fora de dúvida que o referido preceito estatutário teve como único objetivo premiar os servidores que, escolhidos para ocuparem cargos de confiança, portanto de demissibilidade *ad nutum*, neles

lograrem permanecer por longo espaço de tempo, inclusive em diferentes períodos governamentais.

6. Assim, *para que o funcionário, pelo simples fato de não se encontrar, no momento da aposentadoria, exercendo cargo ou função de confiança, não veja frustrada a perspectiva de obter retribuição mais condizente com os padrões que deteve por escolha e conveniência da própria administração, recomenda-se que, em obediência aos princípios de justiça e eqüidade* e sem quebra do mandamento da Lei Máxima, se lhe assegure, por via legislativa, aquela estabilidade financeira ainda na atividade, mediante a incorporação gradativa ao vencimento do cargo efetivo, da diferença entre este e a retribuição dos cargos ou funções da espécie, após o decurso dos lapsos temporais estabelecidos no comando legal em referência.

7. Entretanto, para que o benefício proposto não ultrapasse os limites e o alcance do contexto legal em que será inserido, sua concessão somente deverá iniciar-se depois de seis anos de exercício em cargo em comissão ou de natureza especial, função gratificada ou função de direção ou assistência intermediárias, Função de Assessoramento Superior (FAS), operando-se a incorporação das correspondentes importâncias na razão de um quinto dos respectivos valores por ano de exercício no cargo ou função, até o máximo de um decênio.

8. Com esse objetivo, elaborou-se o anexo anteprojeto de lei que, a par de reproduzir as hipóteses previstas no art. 180 do Estatuto dos Funcionários, na redação dada pela Lei nº 6.481, de 1977, com a adaptação de seu texto à terminologia adotada na atual sistemática de classificação de cargos, estabelece, para os demais casos, as condições e a forma de aplicação do novo regime, determinando, entretanto, que as parcelas incorporadas não serão consideradas para o cálculo de qualquer gratificação, mas, tão-somente, para fins de aposentadoria, em consonância com o critério que sempre presidiu a incidência do citado dispositivo, em sua antiga e nova redação." (Grifei.)

VII

O entendimento do Dasp — realçado acima — sobre a condição de estar o funcionário no exercício de cargo ou função de confiança no momento da aposentadoria para obter a vantagem consignada no art. 180, II, do Estatuto não discrepa *da posição desta Consultoria-Geral*, como anotam vários dos pareceres trazidos a estes autos, *embora hajam sido exarados sobre matéria conexa e não especificamente sobre o ponto em discussão.*

Assim é que Adroaldo Mesquita da Costa assevera:

"17. Com relação, porém, ao contido no art. 180 da mesma lei, o problema não se me apresenta com idêntica clareza.

18. No tocante à sua letra *b*, e, como conseqüência, o seu § 1º, parece-me, também, não haver entrosamento com a disposição constitucional, visto que o referido inciso adota princípio contrário a esta qual o de estabelecer critério que resulta em proventos mais elevados do que a remuneração do servidor em atividade, hipótese repudiada, expressamente pelo § 3º do art. 101 da Constituição" (Parecer nº H-604).

E em outro caso:

"7. Entretanto, quer pela alínea *b* do art. 180, quer pelo art. 179, do Estatuto, há a possibilidade de o funcionário estar, na oportunidade da aposentadoria, no exercício do cargo de que tratam os dispositivos em apreço. Neste caso, deixa de existir a incompatibilidade com o preceito da Constituição (§ 3º do art. 101), pois, não perceberá ele proventos superiores ao que lhe cabia na atividade.

8. Ressalte-se, por oportuno, que no meu Parecer nº H-604 não afirmei estar revogada a alínea *b* do art. 180, mas, tão-somente, que era incompatível com a regra do § 3º do art. 101 da Constituição Federal. Isso ocorre sempre que o servidor não está na titularidade do cargo em comissão, na data da aposentadoria. Estando-o, porém, nenhuma incompatibilidade se me apresenta" (Parecer nº H-840, de 2.6.69).

Nessa trilha, Luiz Rafael Mayer:

"É evidente que o cargo de maior padrão deve ser o que ocupe na data da aposentadoria, sob pena de infringência da norma constitucional (§ 2º do art. 102). A posição do funcionário, na data da inativação, é decisiva para os efeitos da compatibilidade da regra legislativa, que o socorre, com o texto da Lei Fundamental, principalmente quando se trata do benefício autorizado pela letra *b* do art. 180 do Estatuto. Aliás, o Parecer nº H-840, deste órgão, aborda, exatamente, a questão, ao demonstrar que a norma estatutária pode afinar-se com o comando constitucional, desde que o servidor esteja no exercício do cargo, na oportunidade da aposentadoria" (Parecer nº L-179, de 17.2.78).

"Entretanto, a questão ventilada, nos autos, gira em torno do benefício instituído no item *b* do artigo em referência. Conquanto a redação em vigor justifique, ainda mais, a sua aplicabilidade às situações examinadas, que correspondem indubitavelmente à conceituação legal de funções de confiança, importa ter em conta que a verificação do decênio de exercício nelas, consecutivo ou não, apenas produzirá o efeito pretendido, se o servidor estiver no exercício da função na oportunidade da aposentadoria, somente podendo pretender-se a 'vantagem de maior padrão', do cargo ou função de confiança que ocupe àquela data, se nele estiver há dois anos. De outro modo não se compatibilizaria a preceituação do § 1º do mesmo art. 180, do Estatuto, com a norma do § 2º do art. 102 da Constituição, que veda a percepção de proventos da inatividade que excedam a remuneração da atividade, parâmetro a ser observado, em qualquer caso, de modo indeclinável" (Parecer nº L-207, de 20.9.78).

Cumpre, ainda, anotar a posição antiga do colendo Tribunal de Contas da União, já referida, lembrando a sua competência constitucional.

A douta Consultoria Jurídica do Dasp informa entender, aquela Corte de Contas, que "o cargo ou função que serve de referência para a aplicação do teto estabelecido no art. 102, § 2º, da Constituição, é o cargo exercido na época do requerimento da aposentadoria, não podendo ser colhido no passado funcional do servidor, mesmo após o implemento do requisito temporal necessário à inatividade" (in *DO* de 20.10.82, p. 19.708). Invoca, outrossim, expressiva passagem de voto do preclaro Ministro Octavio Gallotti, no julgamento do Processo nº TC-28.292/79, quando assevera:

"Haverá, ademais, excesso sobre a remuneração da atividade, com violação do estatuído pelo art. 102, § 2º, da Constituição. Isto porque abandonado, como se pretende, o paradigma do cargo da atividade, à época da aposentadoria, para buscar padrão em função de maior estipêndio, exercida no passado, esvaído ficaria o conteúdo da proibição constitucional" (in *Revista do TCU 21*:165-71).

Acrescente-se que, no julgamento do Processo nº TC-17.954/78, na sessão de 2.12.82, o colendo Tribunal de Contas da União reafirmou esse posicionamento. Do voto do relator, também o nobre Ministro Luiz Octavio Gallotti, são os seguintes passos:

"Na verdade, a previsão da letra *b* do art. 180 do Estatuto, em sua redação originária (Lei nº 1.711/52) ou superveniente (Leis n.os 6.481/77 e 6.732/79), não contém a exigência de encontrar-se o servidor no exercício da comissão em que recaia a aposentadoria.

Sucede que dispõe, a Constituição, no § 2º do seu art. 102 que os proventos da inatividade não poderão exceder a remuneração percebida na atividade.

A aplicação da norma estatutária fica, assim, condicionada ao limite posto no preceito constitucional.

Não é preciso que o funcionário desempenhe, na atividade, o mesmo cargo em que se vá a situar a aposentadoria. Mas é necessário que, à época desta — e não apenas no passado — viesse auferindo importância igual ou superior à do provento pretendido.

Se ocupava, como no caso dos autos, função correspondente a direção intermediária (DAI), não pode passar a receber na base de padrão equivalente a comissão de direção superior (DAS), de que já não era titular, sem ofensa à Lei Maior, pois estaria certamente incorrendo em excesso sobre a remuneração da atividade" (in *DO*, de 4.1.83, p. 118-20). (Os grifos não são do original.)

Acrescentem-se, ademais, intentando bem traduzir a posição, à época, daquela Corte de Contas, as informações por ela prestadas e destinadas a instruir o julgamento do Mandado de Segurança nº 20.436-6, requerido por Alberto Gioia, perante o Supremo Tribunal Federal, que não o conheceu, consubstanciadas em exposição elaborada pelo digno titular da 2.ª IGCE, Dr. Aldo Zaban, com a seguinte ementa:

"Aposentadoria.

Aplicação do art. 180, alínea *b*, da Lei nº 1.711/52, na redação originária, com alterações introduzidas pelas Leis n.os 6.481/77 e 6.732/79, em face do limite constitucional.

Incabível a concessão de aposentadoria em cargo em comissão de padrão superior ao que o funcionário estiver exercendo, no momento da aposentadoria, tendo em vista a vedação determinada pelo art. 102, § 2º da Constituição Federal."

Reproduzam-se desse documento, que se publicou como Anexo I da Ata da sessão do TCU de 7.6.84 (in *DO*, de 9.7.84, p. 9.925-6), as passagens seguintes:

"(...)

7. É certo que o requerente exercera, anteriormente, o cargo de inspetor seccional de finanças, de padrão superior ao que estava exercendo no momento da aposentadoria, tendo por esta razão pleiteado a alteração do cargo em que se aposentou, sendo esta concedida pela repartição de origem, mas considerada ilegal por este Tribunal, devido à vedação imposta no art. 102, § 2º, da Constituição Federal.

8. O art. 180, da Lei nº 1.711/52, em sua redação originária, previa a aposentadoria no cargo em comissão de maior padrão, mesmo que o funcionário se encontrasse afastado do referido cargo no momento da aposentadoria.

9. Este dispositivo sofreu alterações em sua redação originária, ditadas pelas leis n.os 6.481/77 e 6.732/79, tornando-o aplicável às aposentadorias voluntárias com tempo de serviço inferior a 35 anos, sem alterar, contudo, a sua essência.

10. *Ao dispor, em seu art. 102, § 2º, que os proventos da aposentadoria não poderiam exceder à remuneração da atividade, a Constituição Federal arredou a possibilidade de aplicação do citado dispositivo estatutário, ao funcionário que não esteja no exercício do cargo de maior padrão, no momento da aposentadoria, pois a respectiva concessão de proventos afrontaria o aludido preceito constitucional.*

11. *O servidor aposentou-se antes da edição da Lei nº 6.481/77, em plena vigência do dispositivo constitucional que veda a percepção de proventos de aposentadoria superiores à remuneração da atividade. Mas, mesmo que a inativação tivesse ocorrido após a edição da Lei nº 6.481/77, a concessão de qualquer vantagem nela prevista teria que se subordinar às regras da Lei Maior, não podendo o intérprete aplicar dispositivos que contrariam a Constituição sob o argumento de que não foram declarados inconstitucionais, pois tal procedimento equivale a uma inversão da hierarquia das leis.*

12. *Aliás, o entendimento de que a concessão da vantagem do art. 180, da Lei nº 1.711/52, quer na sua redação primitiva, quer na redação atual, ditadas pelas Leis n.os 6.481/77 e 6.732/79, tem que se harmonizar com o disposto no art. 102, § 2º, da Constituição, vem sendo reafirmado pela egrégia Corte de Contas, em reiteradas decisões, destacando-se a proferida na sessão de 2.12.82 (Processo TC nº 17.954/78), in DO, de 4.1.83, p. 118-9.*

13. O argumento de que a melhoria posterior escapa ao exame do colendo Tribunal de Contas é improcedente, pois neste

caso não se trata de simples melhoria e sim de alteração substancial da concessão, na qual se modifica até mesmo o cargo em que o funcionário foi aposentado, estando assim a referida alteração sujeita ao exame do Tribunal, conforme entendimento da Suprema Corte (Súmula nº 6). Além do mais, quaisquer atos que impliquem a utilização do orçamento público federal estão sujeitos a exame do Tribunal de Contas da União, devido a sua competência e jurisdição próprias e privativas determinadas pelo Decreto-lei nº 199/67.

(...)." (Grifei.)

VIII

Embora tomada em alguns processos, onde aquele não era o ponto crucial da questão, a orientação administrativa fixou-se, como o demonstram os excertos transcritos, no sentido da necessidade de o funcionário estar no exercício do cargo, ou de função no momento da aposentadoria, para usufruir das vantagens do art. 180, II, do Estatuto dos Funcionários Públicos.

O egrégio Tribunal Federal de Recursos, no entanto, vem decidindo em sentido contrário àquele entendimento, conforme atestam alguns casos trazidos à colação, aos quais concernem acórdãos relatados pelo Ministro Evandro Gueiros Leite (cf. Apelações Cíveis n.os 64.709-MG, 79.489-MG, 81.829-MG), pelo Ministro Carlos Madeira (idem, n.os 72.709-MG, 76.457-MG, 82.579-B, 85.726-RG), pelo Ministro Leitão Krieger (idem, nº 72.635-MG) e pelo Ministro Costa Lima, merecendo destaque o proferido na Apelação em Mandado de Segurança nº 92.002-Pe, de que se originou o presente processo.

A posição adotada nesses julgados vem bem resumida na seguinte ementa, referente ao acórdão prolatado pelo Ministro Evandro Gueiros Leite na Apelação Cível nº 64.709-MG:

"'Funcionário. Vantagem do art. 180, alínea *b*, Lei nº 1.711/52. Empeços constitucionais e legais (inocorrência).

O art. 180, alínea *b*, do Estatuto, com a redação em vigor à data em que o funcionário pediu a sua aposentadoria, assegurou-lhe as vantagens da função gratificada, mesmo que não mais a estivesse exercendo ao tempo. Modificação posterior, introduzida pela Lei nº 6.481/77, não teria forças para suprimir o direito já consolidado (Súmula nº 359, do STF). O disposto no art. 102, § 2º, da Constituição Federal, Emenda nº 1/69, sofre temperamento em face do art. 153, § 3º, da mesma norma.

Sentença confirmada em parte. Aplicação prospectiva da Lei nº 6.899/81 e sua regulamentação baixada com o Decreto nº 86.649/81."

A tese do aresto, anteriormente transcrito, não vem sendo adotada sem oscilações naquela Corte Federal de Recursos, conforme reconheceu sua própria presidência nos despachos proferidos na AC nº 90.135 e AC nº 90.152, publicado nos *Diário da Justiça*, de 28 de setembro de 1984, p. 15.972-3, quando admitiu a interposição do recurso extraordinário por entender aconselhável o processamento do recurso de modo a que a controvérsia constitucional tenha ensejo de obter pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

É verdade, todavia, que em outras decisões comungou o egrégio Tribunal da posição assumida pela administração, sobretudo nas Apelações Cíveis de n.os 66.483-RJ, 79.981-DF, 86.890-RJ, 89.898-RJ, 90.151-MA, e na AMS nº 98.955-RJ, nas quais foi relator o Ministro William Patterson e nas Apelações Cíveis de n.os 76.456 e 77.258, ambas provenientes de Minas Gerais, relatadas as decisões pelo Ministro Costa Lima.

IX

O problema destes autos suscita tema fundamental de direito atinente à repercussão que pode, ou deve, ter a jurisprudência dos Tribunais na orientação a ser seguida pela administração nas decisões em seu âmbito de competência.

A palavra jurisprudência tem dois sentidos. O primeiro é o nome que os antigos davam à nobre ciência do direito, conforme se lê no *digesto*, 1, 1, 10: "A jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto." O segundo identifica o repositório das decisões dos Tribunais ou a reiteração dessas na solução de casos análogos.

A função da jurisprudência, nesse último sentido, é essencial para a vida do direito. As correntes mais importantes do pensamento jurídico ocidental acentuam, cada vez mais, a importância da função criadora do direito pelos juízes e tribunais (cf. Siches, Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa, 1977, p. 172). Isso parece ser a conseqüência lógica da participação do juiz na ordem jurídica, que pode prescindir, como na sociedade primitiva, do poder legislativo, não da função judicial exercida por alguém (id. ibid. p. 174). Pode haver uma ordem jurídica sem leis, não sem juiz (id. p. 214).

Não obstante a importância da função judicial, discute-se no sistema romanístico germânico, que é onde se situa o nosso ordenamento, se a jurisprudência constitui, ou não, fonte de direito.

Na verdade, se ela ocupa posição preeminente no sistema anglo-americano, na chamada *commom law*, como a mais importante e fundamental das fontes jurídicas, tal não ocorre no sistema romanístico.

Esse representa, exatamente, o ponto de separação ou a diferença específica entre os dois sistemas. O lugar atribuído às decisões judiciárias entre as fontes do direito opõe os direitos da família romano-germânica à *common law* (cf. David, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Meridiano, 1978. p. 148).

A decisão jurisprudencial no sistema romanístico não obriga além dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. Os chamados juízes de grau de jurisdição inferior não estão obrigados a decidir de acordo com os precedentes ou a jurisprudência dos tribunais e juízes de grau superior. Cada juiz está colocado perante os outros em posição de independência. Os tribunais inferiores não se vinculam aos julgamentos dos tribunais superiores, em casos semelhantes ou análogos (cf. Ascensão, José de Oliveira. *O diretio* introdução e teoria geral. Fundação Gulbenkian, 1978. p. 264).

Discute-se, portanto, a jurisprudência, como fonte do direito, porque a máxima da decisão não é elevada a regra, a observar-se noutros casos (id. ibid. p. 265).

Tal quadro é diferente no direito inglês, que é tipicamente um direito jurisprudencial (*case law*) e o estudo de suas fontes deve começar pela jurisprudência (cf. David, René. op. cit. p. 385). A função principal é desempenhada pela jurisprudência, enquanto as outras fontes exercem papel secundário. Predomina a regra do precedente.

No direito romano-germânico, ao contrário, os princípios do direito foram sempre buscados um corpo de regras preestabelecidas, como antes no *Corpus juris civilis*, e hoje nos Códigos. A jurisprudência desempenha, por isso, um papel secundário: não é com base em exemplos, mas com fundamento nas leis que se deve julgar ("non exemplis, sed legibus judicandum sit"), mas a todos os nossos juízes determinamos que julguem de acordo com a verdade, a lei e a justiça ("sed omnes judices nostros veritatem, et legum, et justitiae sequi vestigia saciomus"), aconselha o Código de Justiniano. As decisões jurisprudenciais são, certamente, dotadas de autoridade, mas de maneira nenhuma, salvo em casos excepcionais, podem ser consideradas criadoras de regras de direito. A rigor, são estas desnecessárias, em face da existência de um sistema normativo, que se basta a si próprio e se coloca antes das decisões, subsistindo depois delas.

Diferente na *common law*, onde as regras contidas nas decisões judiciárias devem ser seguidas, sob pena de prejudicar-se a certeza jurídica e comprometer-se a própria existência do direito. Assim sendo, a obrigação de recorrer às regras que forem estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), respei-

tando os precedentes judiciários, é corolário lógico do sistema de direito jurisprudencial (cf. id. ibid. p. 396). A doutrina do *stare decisis, et non quieta movere* (atenha-se ao já decidido e não remova o que estiver estabelecido) é própria do direito anglo-americano. Segundo essa doutrina, as cortes devem aderir aos princípios aplicados num precedente a determinada situação de fato, de modo a reaplicá-los nos casos futuros, quando os fatos forem substancialmente os mesmos. Os precedentes são obrigatórios (cf. *Ruling case law*. Edward Thompson 1915, v. 7. p. 1.000: *Blacks law dictionary*. West, 1968. p. 1.577)

Dessa forma, em que pese a possibilidade de a jurisprudência afirmar-se na reiteração de arestos em casos análogos, ela não obriga, nem aos juízes e tribunais inferiores e, portanto, e por iguais razões, não obriga à administração, salvo no caso concreto e nos limites da coisa julgada. A jurisprudência é importante, sem dúvida, como fonte de ensinamentos, fazendo, até, presumir quando constante, uma presunção de verdade, mas sempre afastável, elidível, que não exclui uma viragem jurisprudencial (cf. Ascensão, José de Oliveira, op. cit. p. 267). É certo que, no direito brasileiro, há uma preocupação com a uniformização da jurisprudência, consoante se verifica no Código de Processo Civil (arts. 476 a 479), mas o seu efeito se exaure em relação ao próprio Tribunal onde se firmou. Também é possível verificar, em nosso direito, exceções à inexistência do *stare decisis*, sobretudo no direito constitucional, como, por exemplo, na ação direta de inconstitucionalidade, promovida por representação do procurador-geral da República, em que a decisão do Supremo Tribunal Federal, dada em abstrato, passa a ter eficácia *erga omnes*, uma vez aceita a representação, independentemente de quaisquer outras providências. Esta não é, contudo, a regra entre nós, em que a jurisprudência vale pelo seu conteúdo, pela força de seus argumentos, com que tornou possível o deslinde do tema, não valendo como norma para os outros casos. Daí, a dificuldade na colocação de uma "jurisprudência mansa e pacífica", porque ela é impossível em nosso sistema de direito, sendo sempre suscetível de uma nova alteração. No entanto, apesar de desobrigada, a administração reconhece, por uma questão de prudência, economia e bom senso, a conveniência de acatar, genericamente, a orientação dos tribunais, se delas estiver convencida.

Afinal, mesmo em nosso sistema, os precedentes desempenham na política, nos tribunais ou na administração um papel importante no desenvolvimento do direito. Não raro, apesar de desobrigados, os juízes inferiores orientam as suas decisões pelas dos tribunais superiores. Os juristas passam a acatar os precedentes, se a eles não se opõem doutrinariamente, de maneira que a *jurisprudência constante*, ao fim de certo tempo, pode passar a ser considerada *direito vigente*. De qualquer forma, não é o precedente que vincula, enquanto tal, mas a interpretação correta da norma, que nele porventura se exprima (cf. Larenz, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa, Fundação Gulbenkian, 1978. p. 495 e segs.).

Tal tem sido a posição da Consultoria-Geral da República, fazendo parte da sua tradição acatar a orientação jurisprudencial, mesmo se esta contraditar-lhe posições assumidas em pareceres anteriores, mas desde que convencida pela argumentação contida nos julgados.

Assim, Carlos Medeiros Silva escreveu:

"13. A tese de que as decisões judiciais valem pelos seus argumentos e não por sua autoridade é pacífica. Proclamou-a Pedro Lessa:

'Uma decisão judicial só vale como argumento para um juiz pelas razões, pelos raciocínios que encerra, e nunca pelo decreto judicial' (voto proferido no Supremo Tribunal Federal. In: *Revista do Direito, 59*:308-11).

Carlos Maximiliano ensina também que 'o julgado vale, sobretudo, pelos seus fundamentos' (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 3. ed. 1941. p. 226).

14. Na espécie, o acórdão do colendo Tribunal Federal de Recursos é singelo e carece de fundamentação.

(...)."

(Parecer nº 309-T, de 1º.9.53; cf. tb. nº 172-T, de 4.9.52.)

E, em outra oportunidade:

"É sabido que as decisões judiciais só obrigam nos casos concretos. Sendo elas, porém, reiteradas e tomadas por expressiva maioria, com pleno conhecimento de sua extensão na esfera administrativa, como acontece na espécie, não há como fugir ao seu cumprimento, em casos idênticos" (Parecer nº 261-T, de 29.4.53).

Posteriormente, aquele ilustre jurista explicou haver tomado aquela decisão porque

"Sobre hipótese idêntica havia se pronunciado o egrégio Supremo Tribunal Federal em três decisões, em sessão plena; houve apenas um voto vencido, nos dois primeiros julgamentos, sendo o terceiro unânime" (Parecer nº 395-T, de 22.4.54).

Todavia, elucidava:

"No presente processo o acórdão apontado é *único*, houve *empate* na votação, e do julgamento não participaram vários juízes efetivos. Não consta do processo se houve interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal e qual o seu destino.

Como se vê, seria prematura a extensão do julgamento a outros funcionários que não foram parte na causa" (ibid.).

Nessa direção, Adroaldo Mesquita da Costa ponderou:

"(...) De fato, as decisões judiciais obrigam a administração somente quanto aos seus autores e assistentes. Pode, contudo, o poder executivo estender a sentença aos casos análogos:

a) quando ela, por seus argumentos incisivos convence quanto ao mérito. É a hipótese em que a União não fica apenas *vencida*, mas também *convencida*;

b) quando os julgados se repetem através de casos análogos, firmando jurisprudência, isto é 'soma de decisões dos tribunais sobre questões de direito, adotadas como paradigma na solução de casos ocorrentes, cuja identidade seja possível estabelecer' (Monteiro Lopes. *Dicionário jurídico brasileiro*. p. 190)" (Parecer nº H-209, de 2.6.65).

E, mais uma vez, aquele ilustre antecessor prelecionou:

"4. Tem esta Consultoria-Geral, reiteradamente, opinado no sentido de que as decisões judiciais só obrigam nos casos concretos, constituindo-se, apenas, *res judicata* entre as partes (vide Pareceres n.os 76-H, in *DO*, 3.11.64, e 302-H, in *DO*, 7.2.66, p. 1.448).

5. Saliente-se, por oportuno, que, no presente caso, não se há de falar em julgados reiterados, em casos análogos. Não. O que existe é um único acórdão do egrégio Supremo Tribunal Federal, onde a administração, com a devida vênia, ficou vencida, mas não convencida, daí por que sua revisão ainda pode ser requerida, pela douta Procuradoria-Geral da República, via de ação própria" (Parecer nº 861-H, de 6.8.69).

É parte da ementa do Parecer nº H-302, da lavra de Adroaldo Mesquita da Costa:

"Decisões judiciais só obrigam nos casos concretos, constituindo-se apenas *res judicata* entre as partes.

A extensão administrativa das decisões judiciais só se verifica na hipótese de julgamento reiterado de casos análogos ou no convencimento, estreme de dúvidas, da administração quanto ao mérito."

Como, ainda, noutro processo:

"Com respeito à extensão de medidas judiciais, esta Consultoria tem seguido uma linha de conduta uníssona, através de pronunciamentos de eminentes consultores, no sentido de que as decisões judiciais só obriguem nos casos concretos, pois só constituem *res judicata* entre as partes, porém, sendo eles reiterados e tomados por expressiva maioria, devem ser atendidos na esfera administrativa" (Parecer nº H-076).

Também Romeo de Almeida Ramos:

"Assim sendo, convém à administração adotar a orientação jurisprudencial, no particular, como medida de economia proces-

sual, evitando-se as demandas judiciais, mesmo porque é entendimento já consagrado na órbita do Executivo Federal, que as decisões do poder judiciário, embora só obriguem nos casos concretos, quando reiteradas, podem ser estendidas, administrativamente, aos casos análogos. É o que sugiro se faça, no presente caso" (Parecer nº I-222, de 11.6.73).

E Luiz Rafael Mayer em, pelo menos, dois momentos:

"A orientação por que sempre se tem pautado esta Consultoria-Geral é a de acolher e de propor à administração pública o acatamento à jurisprudência pacífica dos mais altos tribunais federais, não sendo inusitado, antes comum, antiga ou recentemente, de modo a dispensar exemplificação, o espontâneo reexame de pareceres para ajustá-los ao entendimento dominante na esfera judicial, em deferência ao princípio da harmonia dos poderes e às atribuições específicas do Judiciário.

As ponderações do douto procurador-geral, que vêm ao encontro dessa pragmática, são de todo aceitáveis, justificando adotar-se a recomendação, que ora proponho, de ser sustado o efeito normativo dos Pareceres n.os I-021, I-247 e I-264, desta CGR, em face do venerável entendimento do Supremo Tribunal e do Tribunal Federal de Recursos, nas condições acima mencionadas" (Parecer nº L-018, de 1.8.74).

"Em face do exposto, não resta senão a esta Consultoria-Geral aceitar o pedido de reexame dos Pareceres n.os I-025 e I-134, para conformar-se à copiosa e indesviável jurisprudência que se tem formado nos tribunais superiores. Nem teria sentido, quer do ponto de vista jurídico quer do ponto de vista pragmático, insistir e resistir em uma posição enquistada que não responde ao bom e harmonioso relacionamento dos poderes, constituindo-se em fomento de demandas judiciais e insegurança e procrastinação das soluções administrativas" (Parecer nº L-211, de 4.10.78).

Recentemente, Paulo Cesar Cataldo:

"Sempre reafirmado que a orientação administrativa não há de estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questões de direito, mormente quando a interpretação emane do egrégio Supremo Tribunal Federal, (...)" (Parecer nº P-33, de 14.4.83).

L.C. de Miranda Lima lembra casos em que a Consultoria-Geral curvou-se diante da jurisprudência dos Tribunais, recomendando não prossiga o poder executivo "a vogar contra a torrente de decisões judiciais", e ensinando, de forma lapidar:

"O precedente não obriga a decisão igual, mas apenas a insinua; não impõe a sua observância em casos análogos ou semelhantes, se evidente a sua desconformidade com a lei. Ao aplicador da lei, administrador ou juiz, corre o dever de catar-lhe respeito, que não às decisões proferidas em hipóteses iguais: *non exemplis sed legibus judicandum est.*

Sem dúvida, os precedentes, administrativos ou judiciários, devem-se ter em conta, como subsídio prestimoso, no exame de casos semelhantes, merecendo considerados os argumentos, os raciocínios que deram na conclusão que expressam ou sintetizam. Não se hão de desprezar sem razões sérias, meditadas. Ainda que reiterados, constantes, devem considerar-se, sim, mas não obedecer-se cegamente, e menos ver-se com força de obrigar, de afastar a variação criteriosa e fundamentada da orientação que espelham. Se expressam errônea compreensão da lei, forçoso será abandoná-los, para lhe restabelecer o império. Não dão, à mente que emprestam à lei, o condão da infalibilidade, o selo de irrecorribilidade.

Também poderosos ao incontrastável, na instância administrativa, não o são os arestos, os julgados dos tribunais.

O poder judiciário não decide sobre as conseqüências ou efeitos possíveis de uma lei considerada em abstrato, mas exclusivamente em face do caso individual levantado ao seu exame. Declara a lei entre as partes; aplica-a no caso concreto, definido. Daí que os preceitos estabelecidos no jul-

gado se circunscrevem aos litigantes, para os quais a sentença 'terá força de lei nos limites das questões decididas' (art. 287 do Código de Processo Civil).

A decisão judicial em dado pleito, portanto, ainda que do pretório máximo, não obriga a administração além do seu exato cumprimento em relação àquele ou àqueles que o suscitaram. Apesar dela, quando chamada a decidir hipóteses iguais, em que outros os interessados, livre será de persistir na orientação adotada, em que pese a opinião contrária do poder judiciário.

Ante um ou alguns raros julgados, salvo se convencida do acerto, da excelência dos seus fundamentos, a lhe recomendarem adote a orientação judicial, abandonando a que esposara até então, razão inexistirá para ceder a administração no sentido que emprestou à lei, passando a perfilhar, ao decidir casos iguais, o que lhe deu o poder judiciário. Muito ao contrário, deve insistir no seu ponto de vista, recorrendo, inclusive, aos meios que lhe propiciam as leis para tentar fazê-lo vitorioso nos tribunais.

Se, entanto, através de sucessivos julgamentos, uniformes, sem variação de fundo, tomados à unanimidade ou por significativa maioria, expressam os tribunais a firmeza de seu entendimento relativamente a determinado ponto de direito, recomendável será não renita a administração, em hipóteses iguais, em manter a sua posição, adversando a jurisprudência solidamente firmada.

Teimar a administração em aberta oposição a norma jurisprudencial firmemente estabelecida, consciente de que seus atos sofrerão reforma, no ponto, por parte do poder judiciário, não lhe renderá mérito, mas desprestígio, por sem dúvida. Fazê-lo, será alimentar ou acrescer litígios, inutilmente, roubando-se, e à justiça, tempo utilizável nas tarefas ingentes que lhes cabem como instrumento da realização do interesse coletivo" (Parecer nº C-15, de 13 de dezembro de 1960).

A colocação do problema neste parecer, com a evocação de ilustres e eminentes ex-consultores-gerais, intenta deixar claro que a referência jurisprudencial impõe, necessariamente, uma postura crítica e ainda que não obrigue nem aos juízes, e menos à administração, serve para informar a posição que se venha a tomar a respeito de uma questão posta perante os órgãos administrativos. Por isso, é imune a censura o previsto no Decreto nº 73.529, de 21 de janeiro de 1974, que dispõe sobre a alteração da orientação administrativa em virtude dos efeitos de decisões judiciais, que se restringem às partes e ao conteúdo dos julgados. Ressalva-se, todavia, que a orientação administrativa é suscetível de ser revista, preenchidos requisitos procedimentais.

Não há, pois, em precisos termos técnicos de falar-se em jurisprudência mansa e pacífica, segundo os lindeiros de nosso sistema de direito. Pode haver jurisprudência suficiente ao convencimento da administração. Não importa se ela é predominante ou minoritária, se de votos vencedores ou vencidos, se emanada do mais alto dos tribunais ou existente nas sentenças de um juiz singular. Basta que seja aceita pela administração como o melhor direito, ou repelida como desconforme com a lei, a ordem jurídica vigente, e a justiça.

No caso concreto não se há de falar, portanto, em jurisprudência mansa e pacífica, nem em uniformidade jurisprudencial, nem em costume dos tribunais ou jurisprudência constante. Nada há que se possa concluir como predominância de uma orientação. Há, isto sim, uma tendência visível no Tribunal Federal de Recursos em admitir se conceda a aposentadoria, com as vantagens do cargo em confiança, no caso do decênio, ainda que o funcionário não esteja no exercício do cargo, no momento de passar à inatividade.

Cabível é, assim, o exame para verificar a adequação disso ao melhor direito, independentemente de estender a orientação da jurisprudência à administração, ou, ao contrário, conformar-se esta com a posição do Tribunal de Contas da União e afastar a revisão das posições anteriores.

X

É importante fazer uma distinção de hipóteses em relação ao problema da aplicação do art. 180, II, do Estatuto dos Funcionários Públicos, em face do art. 102, § 2º, da Constituição.

A primeira hipótese se configura no caso de o funcionário haver exercido, durante 10 anos, não consecutivos, o cargo, ou a função de confiança, sem completar em seu exercício o tempo que lhe dá direito à aposentadoria voluntária; deixando o cargo, ou a função, vem a reassumir seu cargo efetivo e, neste, completa o tempo de serviço público para a aposentadoria. Então, parece inafastável a vedação constitucional de não fazer jus, na inatividade, a remuneração superior à que percebia no serviço ativo. Se não se beneficiou da incorporação dos quintos, será aposentado com remuneração de seu cargo efetivo, não havendo adquirido qualquer direito pelo fato de haver exercido por 10 anos o cargo de confiança ou em comissão. A Constituição é incisiva: "(...) em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade".

A segunda hipótese, que parece ser a dos julgados do egrégio Tribunal Federal de Recursos, configura o caso em que o funcionário ocupante do cargo em comissão ou equivalente, preenchidas as demais condições, completa durante o exercício dele o tempo necessário para aposentar-se e não o faz, afastando-se, posteriormente, do cargo, para exercício de outras funções, ou daquelas de seu cargo efetivo. Nessa hipótese, malgrado a proibição constitucional e inobstante não seja alegável direito adquirido contra a Constituição, o tema deve ser examinado com temperamentos.

Na verdade, não parece jurídico e justo negar-se ao funcionário o abrigo do art. 180, II, se ele completou o tempo de aposentadoria voluntária no exercício do cargo, ou da função, não se dispondo a aposentar-se e, depois, fora do comissionamento passou à inatividade. Em outras palavras, se ele se aposentasse quando completado o período, estando, ainda, no cargo ou na função de confiança, faria jus ao benefício; como, apesar de ter direito a este, não se aposentou, continuando em atividade, e agora não se encontrando no exercício daquele cargo, não lhe seria permitido mais usufruir da proteção legal por força da referida vedação constitucional.

Alguns argumentos socorrem o entendimento esposado pelas citadas decisões do egrégio Tribunal Federal de Recursos a apontar estejam elas com a melhor solução.

O primeiro argumento reside na literalidade da lei ensejadora daquela inteligência, inclusive elucidada pelo Decreto nº 41.666, de 19 de junho de 1957, que regulamentou a aplicação do art. 180 em exame.

Convém, portanto, salientar, antes de qualquer outra cogitação, que a lei não exige, expressamente, a condição de exercício do cargo, ou da função, no momento da aposentadoria, no caso do art. 180, II, como o faz imperiosamente no art. 180, I ("que estiver exercendo").

Aliás, o citado decreto regulamentador dispõe com todas as letras: "O funcionário fará jus à aposentadoria, nas condições de que trata a alínea *b* deste artigo, mesmo que, ao ser aposentado, não se encontre, no exercício do cargo em comissão ou função gratificada" (art. 1º, § 1º, do Decreto nº 41.666, de 19 de junho de 1957).

Dir-se-á que o mandamento constitucional é posterior ao disposto na lei e em seu regulamento. Ocorre que nenhuma declaração houve de sua derrogação por incompatibilidade com a Lei Maior. Suas vigências não foram colocadas em dúvida. Ao contrário, foram reafirmadas, um pouco pelas interpretações dadas de maneira a possibilitar a aposentadoria com as vantagens do cargo em comissão e não com aquelas do cargo efetivo, embora condicionando-as ao exercício do cargo em comissão; outro tanto pelas alterações legislativas na vigência do comando constitucional do presente no art. 102, § 2º. O legislador ordinário poderia revo-

gar os dispositivos; teve duas oportunidades para fazê-lo e não o fez.

Lei posterior, é verdade, alterou a redação do dispositivo, para retirar-lhe expressão ("mesmo que, ao aposentar-se, o funcionário já esteja fora daquele exercício"), como a amoldá-lo à novidade constitucional. No entanto, a alteração legislativa não resolveu o problema, tanto é que ainda sobre ele se discute. Além disso, parece irrelevante a alteração legislativa, pois, *ou* o texto estava em desacordo com a Constituição e, portanto, por ela teria sido derrogado, *ou* não estava, e era desnecessária a modificação legislativa.

Por outro lado, o caso parece daqueles a servir às antologias jurídicas, com o fito de demonstrar como o conteúdo das leis independe de alterações legislativas. Depois de publicadas, se destacam da pessoa do legislador para uma integração no processo social, como seu elemento essencial. Como uma criança que se liberta do ventre materno a fim de ter vida própria, assim é a lei que passa a satisfazer finalidades não previstas, nem imaginadas (cf. Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6. ed. Saraiva, 1979. p. 171). É exemplo típico de lei mais inteligente do que seu legislador. Na imagem de Radbruch uma lei pode assemelhar-se a um lance do jogo de xadrez, o qual, no desenvolvimento das peças, mostra finalidades, que o seu autor não engendrada. Afinal, também a linguagem pensa e rima por nós, pois ela vive um mundo que lhe é próprio. Sem dúvida, como ensina Garcia Maynez, o que cabe interpretar não é a vontade do legislador, mas o texto da lei (cf. *Introducción al estudio del derecho*. 28. ed. Argentina, Porrúa, 1978. p. 329). A interpretação lógico-sistemática não busca a intenção puramente subjetiva do legislador, senão o sentido lógico objetivo da lei, como expressão do direito. Os textos da lei têm um significado próprio e implícito; independem da vontade real ou presumida de seus autores. Interpretar a lei, já ensinava o nosso Clóvis, é revelar o pensamento, que anima as suas palavras (cf. Bevilácqua, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. 1972. p. 39). Diante da palavra da lei, o essencial reside em escolher, dentre os seus pensamentos possíveis, o sentido mais racional, mais salutar e de efeito mais benéfico (id. ibid. p. 45).

Tal parece ter sido o fruto da alteração legislativa do art. 180, na parte objeto da discussão. A existência da modificação em nada ajuda à solução do problema, que, basicamente, continua nos mesmos termos em que estava. Sabemos agora, tão-somente, que o legislador pensava daquela forma e quis dar ao problema a sua solução. Não soube, porém, fazê-lo, porque sua intenção pode não ser a do melhor direito, ou, ainda, possível em rigorosos termos técnicos de produzir efeitos no universo jurídico.

A evocação da segunda alteração, qual seja, a da Lei nº 6.732, de 4 de dezembro de 1979, que veio dar a redação vigente ao art. 180 da Lei Estatutária, serve *data venia* dos que pensam em contrário, à tese dos que entendem possível a concessão das vantagens, não estando o funcionário no exercício do cargo. Na verdade, aquele diploma modificou o art. 180 e possibilitou a "incorporação dos quintos", sob a alegação de que, como vimos na exposição de motivos, havia situação injusta para quem, estando fora do exercício do cargo de confiança ocupado por mais de 10 anos, deveria aposentar-se com as vantagens apenas do cargo efetivo. Ora, com a modificação legislativa se possibilitou, graças à "incorporação dos quintos" ao cargo efetivo, que aquela injustiça fosse sanada. Se essa lei dos quintos está de acordo com a Constituição, não há por que taxar de violadora da Lei Maior a interpretação que leva em consideração o direito adquirido para usufruir-se das vantagens, inobstante não esteja o beneficiário no exercício do cargo em confiança, sobretudo considerando que a isto autoriza a letra da lei. Aplicada com rigor a tese da vedação absoluta, ínsita na Lei Fundamental, acarretaria colocar sob suspeita de inconstitucionalidade também o diploma da incorporação dos quintos. De fato, se os seus

beneficiários podem — aposentando-se fora do cargo em comissão — ganhar tanto, ou mais, do que percebiam nele, porque uma lei lhes incorporou as vantagens do cargo em comissão à remuneração do cargo efetivo, como aplicar a proibição constitucional aos que — sem essa incorporação — adquiriram o direito de aposentar-se com as vantagens do cargo em comissão, que passaram, no momento da aposentadoria, a não ocupar?

Acrescente-se, ainda, que a lei em vigor goza, por princípio, da presunção de constitucionalidade, sobretudo porque vem sendo aplicada e até alterada sem maiores discussões. Na verdade, é constitucional a lei da "incorporação dos quintos", como o é o dispositivo do art. 180, II, em discussão, o qual não exige para produzir efeitos esteja o aposentando no cargo ou na função de confiança.

A par dos princípios exegéticos, o intérprete há de levar em consideração o fim social e humano do direito, adaptando, de maneira liberal e humana, o texto às realidades e às exigências sociais (cf. Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 8. ed. Freitas Bastos. p. 180 e segs.) e que se deve, ainda, restringir o odioso, ampliando-se o favorável (id. ibid. p. 259), temos que o direito administrativo é elaborado tendo em vista os agentes do poder público, além do interesse da administração em geral, e que as interpretações mais benéficas àqueles devem ser as preferidas.

Revela, ainda, o fato de que as posições desta Consultoria-Geral, a respeito do problema, foram tomadas incidentalmente, *a latere* da questão deduzida naqueles processos. Além disso, sempre as posições dos ilustres prolatores dos pareceres trazidos à discussão foram marcadas por um respeito aos funcionários e pela importância social e humana do instituto da aposentadoria e das suas vantagens.

Por último, o egrégio Tribunal Federal de Recursos parece estar juridicamente correto na sua tendência em considerar o argumento do direito adquirido, princípio também adotado pela Lei Maior (art. 153, § 3º), que temperaria a regra do citado art. 102, § 2º.

Afinal, a Súmula nº 359 da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal estabelece: "Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, quando a inatividade for voluntária." E dela se retirou a frase: "inclusive a apresentação do requerimento" que se interpunha antes da última oração: "quando a inatividade for voluntária". A retirada parece indicar claramente que o direito adquirido independe de formalidades semelhantes a essa da iniciativa do requerimento.

Por outro lado, a convivência dos dois princípios constitucionais — o do direito adquirido e o da proibição do art. 102, § 2º — merece ser qualificada devidamente. Os dois integram a Lei Fundamental e são materialmente direito constitucional. Um deles, porém, é absolutamente indispensável ao ordenamento democrático do estado de direito, integrante da Declaração de Direitos e expresso numa garantia individual: a lei não prejudicará o direito adquirido. Já o outro — em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade — embora princípio moral e administrativo válido e importante, só integra a Constituição por acidente, uma vez que seu conteúdo é de direito administrativo e previdenciário, não integrando a dogmática constitucional, nem sendo parte fundamental de Carta Política que, necessariamente, conterá a declaração de direitos do homem e do cidadão, não as normas administrativas e previdenciárias sobre aposentadoria.

XI

Aspecto relevante do presente parecer reside na sua eficácia, uma vez aprovado. Justifica-se sua formulação, do ponto de vista teórico, porque contém elementos a subsidiar

as colocações num e noutro sentido, embora, como já se afirmou, aqueles julgados do Tribunal Federal de Recursos esposem o melhor direito, segundo o nosso entendimento.

É mister, todavia, considerar a extensão limitada de sua abrangência. Na verdade, por força de situações individualizadas já definidas, em face da disposição transitória da Constituição de 1967, art. 177, § 1º (cf. retro), ou da incorporação dos quintos ao cargo efetivo, como possibilita a Lei nº 6.732/79, incluindo a contagem de período anterior à instituição dos Grupos DAS e DAI, nos termos do Decreto-lei nº 2.153, de 24 de julho de 1984, a maioria — parece — dos funcionários, eventualmente beneficiários do art. 180, II, do Estatuto, já teria sua situação resolvida, independentemente de qualquer posição a ser adotada pela administração ou nas decisões judiciais. Restariam os casos de revisão de aposentadoria já concedida.

Há, contudo, e por derradeiro, ponto decisivo a respeito da eficácia e mesmo da possibilidade de o presente parecer produzir efeitos no mundo do direito, como orientação normativa, a ponto de tornar-se obrigatório no âmbito da administração federal.

O art. 72, § 7º, da Constituição, ao prever um dos meios dos chamados controles externos das contas públicas, por parte do Congresso Nacional, confere ao Tribunal de Contas competência para apreciar a legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, para fins de registro, razão por que o Parecer nº L-201, de 20 de julho de 1978, desta Consultoria, recomenda se evitem conflitos de interpretação entre aquele Tribunal e a administração, para não causar prejuízo ao interesse público.

Nessas condições, este parecer, diante dos dissentimentos assinalados, implicaria a dificuldade de registro, por aquela Corte de Contas, das concessões dos benefícios. Em corolário disso, não é razoável conferir às opiniões aqui manifestadas o cunho de diretriz à administração, sem antes colher uma posição definitiva do Tribunal de Contas da União.

Enquanto se procedia ao estudo da controvérsia, surgiu a publicação do despacho do Ministro Francisco Rezek, no Agravo de Instrumento nº 99.483-1-SP, publicado no *Diário da Justiça* de 19 de agosto de 1984, p. 11.879, vazado no sentido da tese que prevalece no colendo Tribunal Federal de Recursos, invocando o que chamou de "orientação imprimida pelo colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 86.281-1-SE (fls. 16-7)", ocorrência essa que determinou novas pesquisas a respeito. Nesse trabalho, tomou-se conhecimento de que, com base nesse decisório, o colendo Tribunal de Contas da União iniciara reexame específico do tema, para solução definitiva da controvérsia. Cumpria, pois, aguardar esse julgamento.

De fato, o egrégio Colegiado, por decisão de seu plenário adotada na sessão de 26 de fevereiro próximo passado, ao decidir no Processo TC nº 40.602/86.1, reconsiderando seu ponto de vista anterior, houve por bem, consoante o inteiro teor de seu decisório, acolher a tese sustentada pelo Ministro Francisco Rezek, nestes termos:

"A aposentadoria voluntária de Zilka de Melo Pereira da Silva, agente administrativo (classe *C*, Ref. 32) do Ministério da Fazenda foi julgada legal em sessão de 1.3.77 (fls. 38), sem prejuízo de possível revisão pendente do resultado de ação judicial intentada pela servidora, em que pleiteia seu aproveitamento no Grupo Tributação, Arrecadação e Fiscalização.

A ex-servidora requereu o benefício do *art. 184* do *Estatuto* (fls. 43), pedido indeferido fls. 66v.) pelo Sr. Delegado do Ministério da Fazenda em Minas Gerais, tendo em vista que a interessada não percebia, à época da aposentadoria, qualquer vantagem não incorporável aos proventos.

Em seguida recorreu a esta Corte solicitando revisão do fundamento legal da concessão para incorporar a vantagem do *art. 180* da mesma Lei nº 1.711/52. Anexou ao requerimento certidão de tempo de exercício

em diversos cargos de chefia, como titular e substituta.

O Tribunal, em sessão de 15.6.82, ao acolher relatório e voto do ilustre Ministro Luiz Octavio Gallotti, hoje emprestando o brilho de sua cultura jurídica ao Supremo Tribunal Federal, negou provimento ao recurso por não estar comprovado o período de 10 anos em função de confiança, capaz de ensejar a aludida vantagem, bem como, em face de a servidora, ao requerer aposentadoria, não estar no exercício de função gratificada ou cargo em comissão, nem ser amparada pelo art. 177, § 1º, da Constituição para que pudesse beneficiar-se da vantagem estatutária, *sem infringência à norma contida no art. 102, § 2º da Lei Maior,* conforme parecer do douto Subprocurador-Geral, Dr. Laerte José Marinho (fls. 34-6).

Retornam os autos à Corte já agora com o pedido de reconsideração da inativa, alegando, em síntese, que *na data do preenchimento das condições de aposentadoria,* isto é, em 27.1.73, desempenhava a função gratificada 6-F de encarregada de turma. Entende por isso ser detentora do direito ao benefício do art. 184, quando três anos depois (em 12.4.76), requereu sua aposentadoria.

A *Irce-Minas Gerais* ao reexaminar os autos propõe que se conheça do recurso, para manter-se a negativa de acolhimento, por falta de fundamento legal.

O Ministério Público, através do douto Procurador-Geral, em substituição, Prof. Laerte José Marinho, em judicioso parecer, do qual transcrevemos os principais tópicos, assim se manifesta:

'(...)

"8. Sobrevém agora, contudo, um aresto adotado no egrégio STF, da lavra do eminente Ministro Francisco Rezek, capaz por si só de provocar o reexame da matéria no âmbito deste Colegiado (...)

9. A decisão mencionada foi lavrada em caráter monocrático nos autos do Ag. nº 99.483-1/SP e vai publicada no *Diário da Justiça* de 1º de agosto do corrente ano."

(...)

11. Recolhemos de tal *decisum* o seguinte excerto, *verbis*:

"Com efeito, na esteira do entendimento colacionado no próprio acórdão (fls. 98), se a Constituição não distinguiu 'momentos' da atividade, qualquer deles e não necessariamente o último poderá fornecer o teto para os proventos da aposentadoria. Relevante é a incorporação, em algum dos instantes do serviço ativo."

12. Logo a seguir assere o julgador que essa mesma orientação, e não outra, já fora imprimida por aquela Corte ao apreciar o Recurso Extraordinário nº RE-86.281-ISE (*DJ*, de 25.4.80, p. 2.805).

(...)

14. Temos agora então a evidência de um aresto a admitir inteligência não restritiva ao aludido § 2º do art. 102. Evidência esta afirmada por um dos membros do STF, que extraiu dos elementos a seu dispor a conclusão acima transcrita.

15. Dado o que atrás se contém, o interesse revelado agora pela interessada pode prosperar, acreditamos que não sob a égide do art. 180 em razão dos itens 3 e 4, bem assim fls. 34, 35 e 36. Se admitirmos, como se entendeu, que a Constituição, não explicitando o momento da atividade, admite por isso qualquer deles, então o que se tem decidido em razão de função de chefia pode prosperar para o art. 184 em qualquer de seus itens. No caso presente de D. Zilka, uma das funções de chefia tomar-se-ia como teto.

(...)

19. Sem prejuízo, pois, do entendimento subordinante ao teto, mas admitindo o posto de investidura de caráter definitivo, sem ser mera substituição, ocupada que seja nos termos do art. 1º da mencionada Lei nº 6.701, pensamos possível prosperar o pedido, ainda porque esta própria lei também não invocou o momento ou momentos da atividade em que ocorreu a elevação.

(...).

Com base em tais entendimentos, entende o douto procurador-geral, em substituição, que conhecendo do pedido, pode o egrégio Tribunal dar-lhe provimento para que em diligência a repartição examine o suporte para atribuição do art. 184, concedendo a vantagem conforme as circunstâncias, já que a mais alta Corte *não distingue o momento* da atividade em que ocorreu o maior ganho.

É o relatório.

VOTO

Conforme esclarecido no relatório que acabamos de ler, em sessão de 15.6.82 o egrégio Tribunal indeferiu o pedido da ex-funcionária Zilka de Melo Pereira da Silva de incorporar a seus proventos a vantagem do art. 180 do Estatuto, em face de que ao requerer aposentadoria não estava no exercício de função gratificada ou cargo em comissão, nem era amparada pelo art. 177, § 1º, da Constituição.

A interessada, ao postular agora reconsideração da decisão da Corte, alega, no essencial, que ao preencher o requisito temporal para a aposentadoria a pedido, ou seja, *na data em que completou 30 (trinta) anos de serviço*, era detentora de função gratificada. Pleiteia, pois, *não o benefício do art. 180, mas o do 184 do Estatuto*, por entender estar amparada pela legislação para perceber tal vantagem, sem ferir o princípio estabelecido no art. 102, § 2º, da Carta Magna.

Por outro lado, o douto Procurador-Geral em substituição, Prof. Laerte José Marinho, salientou que o egrégio Supremo Tribunal Federal ao apreciar recurso extraordinário (RE nº 86.281-1SE, *DJ*, de 25.4.80, p. 2.805) admitiu *interpretação mais abrangente* da regra estabelecida no § 2º, do art. 102 da Constituição. Para tanto considerou para efeito do *teto de remuneração da inatividade* a vantagem percebida pelo funcionário em *qualquer época de sua vida funcional, e não somente na data do requerimento de aposentadoria.*

O mesmo entendimento oriundo do plenário da Suprema Corte foi acolhido pelo insigne Ministro Francisco Rezek, em caso recente (Ag. nº 99.483-SP, *DJ* de 1º.8.84).

Do despacho do digno magistrado destacamos os seguintes trechos que nos parecem os mais importantes para o deslinde da presente questão:

'(...) pouco importa o momento em que a aposentadoria se deu. Importa, isto sim, que *durante a atividade*, a vantagem já se incorporara a seus vencimentos, para produzir efeitos a partir da aposentadoria (...).'

Isto posto — prossegue o douto relator — não há negar que a exegese adotada pela decisão se mostra nitidamente razoável, sem desencadear ofensa ao invocado preceito constitucional, cujo único intuito foi o de

'(...) impedir que, ao ensejo da aposentação, o ex-servidor passasse a perceber vantagem que nunca percebera antes. Não que os proventos da aposentadoria sejam os mesmos percebidos no momento da aposentação. Se, durante a atividade, o servidor teve incorporada a seus proventos, para efeito de aposentadoria, uma vantagem qualquer, deve percebê-la em seus proventos, ainda que, no momento da aposentadoria, não a esteja percebendo.'

Por fim, como argumento fundamental, destacamos o seguinte trecho da decisão:

'Com efeito, na esteira do entendimento colacionado no próprio acórdão (fls. 98), se a Constituição não distingue *momentos* da atividade, qualquer deles e não necessariamente o último poderá fornecer o teto para os proventos da aposentadoria. Relevante é a incorporação em algum dos instantes do serviço ativo.'

De acordo, portanto, com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos precedentes indicados, a interpretação mais legítima do preceito estabelecido no § 2º, do art. 102 da Constituição é o de que na fixação do teto dos proventos deve-se considerar o que percebia o servidor *em qualquer época da atividade e não necessariamente o total dos vencimentos do mês da aposentadoria.*

Portanto, para a percepção de determinada vantagem é necessário que em *algum momento da atividade* o funcionário tenha adquirido o direito à dita incorporação. A partir do instante em que satisfaça as condições legais, passa o servidor a ser titular desse direito, embora para estar no exercício do mesmo direito deva realizá-lo de forma concreta ou exercitá-lo, o que, no caso, ocorre com a aposentadoria.

Nos autos em apreciação, a partir da vigência da Lei nº 6.701/79 (25 de outubro de 1979) — que estendeu os benefícios do art. 184 do Estatuto aos inativos com menos de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, desde que preenchidas as condições para aposentadoria a pedido — a recorrente adquiriu o direito à incorporação a seus proventos do mencionado benefício (art. 184 do Estatuto), cujo valor deverá ser compensado com o da maior função gratificada exercida no âmbito do Ministério da Fazenda, ainda que antes do momento do seu requerimento de aposentadoria.

Considerando, portanto, os precedentes indicados, referentes a julgados do Supremo Tribunal Federal, e acolhendo o lúcido parecer do representante do Ministério Público, voto por que se conheça do pedido da interessada para, dando-lhe provimento, determinar diligência para ser concedida a vantagem do art. 184 da Lei nº 1.711/52, a partir de 25.10.79 (data da vigência da Lei nº 6.701/79), considerando-se para efeito da fixação do teto de que trata o art. 102, § 2º da Constituição, o valor da maior função gratificada exercida."

XII

Em resumo:

a) justifica-se o exame da matéria, pela controvérsia do tema e sua evolução, consoante o demonstram inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja orientação jurisprudencial não é suficiente para a solução do caso específico, muito embora tenha ela se firmado na vedação do art. 102, § 2º, da Constituição;

b) estar no exercício do cargo em comissão, da função de confiança ou da função gratificada, no momento da aposentadoria, constitui requisito indispensável para o funcionário usufruir das vantagens previstas no art. 180, I, do Estatuto dos Funcionários Públicos, preenchidas as demais condições; tal é a orientação desta Consultoria-Geral da República, que entendeu compatível com a Constituição, art. 102, § 2º, aquele dispositivo;

c) quem, até 15 de março de 1968, haja completado tempo de serviço para aposentadoria voluntária, faz jus aos benefícios do art. 180, II (antiga alínea *b*) do citado diploma, ainda que esteja fora do cargo em confiança, preenchidas as demais condições, por força de disposição transitória da Carta de 1967, nem reiterada, nem derrogada pela Emenda Constitucional de 1969, a qual por sua vez consagrou, como garantia individual, o princípio do direito adquirido;

d) a Consultoria-Geral da República fixou entendimento, embora em processos onde este não era o ponto principal, no sentido da necessidade de o aposentando estar no exercício do cargo de confiança, no momento da passagem à inatividade, para ter direito às vantagens do referido art. 180, II, por força do disposto no art. 102, § 2º da Constituição; esse era, também, o entendimento do Tribunal de Contas da União;

e) o egrégio Tribunal Federal de Recursos, no entanto, vem decidindo contrariamente àquele entendimento, de modo a revelar uma tendência ainda não uniforme; não se há de falar. portanto, em jurisprudência mansa e pacífica no caso concreto até porque ela não é própria do nosso sistema romanístico de direito, onde vale pelo seu conteúdo e pela força de seus argumentos, não como norma para os outros casos;

f) não é o precedente que vincula, mas a interpretação correta da norma, por isso tem sido tradição na Consultoria-Geral da República acatar a orientação jurisprudencial, mesmo se esta contraditar-lhe as opiniões exaradas em pareceres anteriores;

g) inexiste, no caso, problema referente à extensão administrativa de decisões judiciais, embora cabível o reexame do problema para resolvê-lo de acordo com o melhor direito;

h) na hipótese de o funcionário completar o tempo para aposentar-se, quando não mais estiver no cargo de confiança, é indubitável não fazer jus aos benefícios do mencionado art. 180, II;

i) no caso, todavia, de o funcionário completar o tempo no exercício daquele cargo e não aposentar-se, continuando em atividade, e, posteriormente, pretender fazê-lo, já fora daquele exercício, há, aqui expostos, argumentos jurídicos a sustentar tenha ele direito aos benefícios do art. 180, II, em tela;

j) nessas condições, havendo o colendo Tribunal de Contas da União reconsiderado seu entendimento anterior para acolher a tese sustentada neste parecer, em face de sua competência jurisdicional e própria para julgar a matéria (§ 7º do art. 72 da Constituição Federal e art. 28 e inciso II do art. 4º do Decreto-lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967), impõe-se a revisão do procedimento administrativo para considerar-se, no cálculo dos proventos da aposentadoria, as vantagens da comissão ou função gratificada (art. 180, II, da Lei nº 1.711, de 1952), que o funcionário tenha exercido na atividade, mesmo que ele não esteja ocupando o cargo, ou a função, na data da aposentação.

É o parecer.

Brasília, 12 de março de 1985. — *Ronaldo Rebello de Britto Poletti,* Consultor-Geral da República.