CONSTITUIÇÃO DE 1988 — DISPONIBILIDADE — PROVENTOS PROPORCIONAIS

— A lei ordinária, que estabelece a forma de cálculo, em caso de disponibilidade, na proporção do tempo de serviço, é compatível com a Constituição de 1988, que apenas determina o caráter remunerado nessa espécie de inatividade, sem especificar o critério de fixação dos proventos.

— Constitucionalidade do Decreto nº 99.300, de 15 de junho de 1990.

PARECER

PARECER

O parecer que emitimos, na oportunidade em que foi editado o Decreto nº 99.300, de 15 de junho de 1990, merece ser atualizado em face da recente decisão do E. Supremo Tribunal Federal que concedeu medida liminar para suspensão do ato, até final julgamento de arguição de inconstitucionalidade.

I

A DISPONIBILIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição em vigor prescreve, em seu art. 41, § 3º que, "extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até

seu adequado aproveitamento em outro cargo".

Omisso, no texto, o critério de fixação dos proventos da disponibilidade, cuida-se de determinar o critério a ser adotado, se o da integralidade ou se o da proporcionalidade em função do tempo de serviço.

De logo, merece ressaltar, para expungir dúvidas de hermenêutica, que não é de se invocar, na hipótese, a disposição do § 3º do artigo 40 quando estipula que o tempo de serviço público será computado integralmente para efeito de disponibilidade.

Trata-se de norma distinta que rege matéria diversa. O cômputo integral do tempo de serviço de qualquer fonte (federal, estadual ou municipal) nada tem a ver com a eficácia que dele resultará na passagem à inatividade.

Assim, por exemplo, ainda que integral a contagem do tempo de serviço, a aposentadoria voluntária aos 30 anos de serviço ou aos sessenta e cinco anos de idade, para o homem, ou aos vinte e cinco anos de tempo de serviço ou sessenta de idade, para a mulher, será com proventos proporcionais (art. 40, III, *c* e *d*).

A singela referência constitucional de que a disponibilidade será *remunerada*, defere ao legislador a estipulação do regime de cálculo dos proventos, sem compromisso quanto à modalidade de correlação com os vencimentos e vantagens do cargo ocupado na atividade.

A norma constitucional, no particular, é neutra, admitindo uma ou outra das formas de aplicação no tocante à determinação do valor dos proventos.

II

A DISPONIBILIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1946

Na Constituição de 1946 surge norma equivalente à atual, preceituando o parágrafo único do artigo 189 que, "extinguindo-se o cargo, o funcionário estadual ficará em *disponibilidade remunerada* até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava". À lei ordinária cabia, assim dispor sobre o nível dos proventos na disponibilidade.

Essa interpretação da norma constitucional firmou-a o Supremo Tribunal Federal em acórdão unânime de 27 de outubro de 1952 no Recurso Extraordinário nº 21.020, do qual foi relator o eminente Ministro Luiz Gallotti.

Declara a ementa, que cabe como uma luva ao caso atual, que "a fixação de proventos proporcionais, na disponibilidade, não fere o preceito constitucional" (*RDA* 39/67).

Aplicando o artigo 194 do Estatuto dos Funcionários Públicos então vigente (Decreto-Lei nº 1.913, de 1939), ficou explicitamente declarado que o preceito legal *não era incompatível com o art. 189 da Constituição de 1946* (como visto, idêntico ao atual § 3º do artigo 41).

É a afirmação categórica do voto vencedor que a Constituição de 1946 "deixou claro, portanto, que não quis derrogar a regra da lei ordinária que, em caso de disponibilidade, faz depender o provento do funcionário do tempo de serviço que possa contar".

E, diante da alegação dos impetrantes de que o projeto de novo Estatuto em curso no Congresso, lhes concede, na disponibilidade, o provento integral, esclarece o ilustre Relator:

"Mas se trata, apenas, de um projeto de lei. Só depois de convertido em lei é que será possível cogitar de sua aplicação" (*RDA*, cit., p. 69).

III

A DISPONIBILIDADE E A SÚMULA 538

Como fundamento de alguns dos votos de maioria do E. Supremo Tribunal Federal, na decisão concessiva da medida liminar, foi invocada a Súmula 538, segundo a qual "o servidor público em disponibilidade tem direito aos vencimentos integrais do cargo".

Para assim concluir, argumenta-se que a atual Constituição reproduz a norma da Carta de 1946 que, como aquela, tão-somente alude a *disponibilidade remunerada.*

Data maxima venia, a dedução não corresponde à realidade.

A Súmula 538 teve como base as decisões proferidas no RE 13.837 e no RE 28.534. A primeira está publicada na Revista de Direito Administrativo — vol. 22, p. 140 e a segunda no *Diário de Justiça,* de 29.10.63.

O exame comparativo desses acórdãos revela que, em um e outro caso, a decisão levou em conta a existência de norma constitucional estadual (1º caso) e de lei federal (2º caso) que adotavam o critério de proventos integrais.

No RE 13.837 o acórdão proclamou que "não ofende a Constituição o dispositivo da Constituição de Minas Gerais que manda pagar vencimentos integrais ao funcionário posto em disponibilidade" (*RDA* 22/140).

Igualmente, na decisão proferida no RE 28.534, a conclusão de que "a disponibilidade consiste nos vencimentos integrais" tem como suporte o artigo 171 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União — Lei nº 1.711, de 28.10.52 (expressamente citado no voto do Ministro Relator Hahnemann Guimarães), cujo artigo 174 estabelecia que "extinguindo-se o cargo o funcionário estável ficará em disponibilidade *com provento igual ao vencimento ou remuneração".*

Em suma, como o preceito constitucional (disponibilidade remunerada) era neutro quanto ao valor dos proventos, era válido que a norma da Constituição estadual e *a fortiori,* a da lei federal, adotando a *integridade dos proventos,* fossem compatíveis com a Constituição e como tal, constitucional a integralidade dos proventos.

Mutatis mutandis, a presente situação é idêntica, apenas invertida a opção do legislador.

Diante da neutralidade do § 3º do art. 41 da Constituição de 1988 (disponibilidade remunerada, tão-somente) obviamente a mesma liberdade concedida na Constituição de 1946 está facultada ao legislador.

E quando este — ao contrário do que então ocorria — optou, no Decreto-lei nº 489, pela regra de que os *proventos são proporcionais,* um princípio de coerência leva a que se reconheça sua compatibilidade com a Constituição em vigor.

Ontem, como hoje, a Constituição deixa a critério do legislador a livre determinação do regime de proventos.

E se era constitucional, na vigência da Constituição de 1946, a preferência do legislador, pelo critério da *integralidade,* é irrecusável que a mesma constitucionalidade se evidencia quando o legislador, assim autorizado, faz opção oposta pelo regime da proporcionalidade dos proventos.

Se a lei variou no tempo, perante norma constitucional idêntica, obviamente terá o intérprete de acatar a escolha deferida ao legislador, visto que uma ou outra das *soluções legais* são igualmente compatíveis com a diretriz constitucional.

IV

PROVENTO NÃO É VENCIMENTO

Outro argumento que tem sido invocado, na matéria, é o de que a atual Constituição adotou o princípio de irredutibilidade de vencimentos dos servidores civis da União.

Trata-se de norma que preserva a integralidade para os funcionários públicos enquanto em atividade, não importando em garantia equivalente na passagem para a inatividade.

Cessa com a disponibilidade, a relação de emprego a que corresponde, de uma parte, a obrigatória prestação do serviço e, de outra, o direito à percepção de vencimentos, que são o equivalente à retribuição salarial dos trabalhadores.

Na disponibilidade desaparece a obrigação de prestar serviço e, por decorrência, inexiste a contraprestação do vencimento.

O direito ao provento tem outra causalidade e, por via de conseqüência, regime jurídico próprio.

V

A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL SOBRE O REGIME DE PROCESSOS DE DISPONIBILIDADE

As Constituições brasileiras que se sucedem oferecem diversidade de tratamento sobre a fixação dos proventos de disponibilidade.

Omissas as Constituições de 1891 e de 1934 (esta última apenas assegura a garantia de estabilidade) a Constituição de 1937 inaugura a previsão da disponibilidade do servidor estável como medida disciplinar, segundo a conveniência ou o interesse público, determinando-se o critério da proporcionalidade do provento em função do tempo de serviço (art. 157).

Na vigência dessa Constituição, a lei ordinária geral (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União — Decreto-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939) determinou, em seu artigo 174, fossem os proventos da disponibilidade calculados proporcionalmente ao tempo de serviço, em razão de um trinta avos por ano.

Na Constituição de 1946 — como antes assinalado — a norma constitucional não define o valor dos proventos, limitando-se a garantir (tal como a atual Constituição) a *disponibilidade remunerada.*

Não se confunde, na jurisprudência da época, o tratamento da norma permanente, com a exegese do artigo 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que, por se tratar de norma restauradora do direito ao cargo, comportava interpretação excepcional e diversa.

À lei ordinária cabia, em suma, dispor sobre o cálculo dos proventos e, durante a vigência da existente norma estatutária (apenas reformada com o advento da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — como acima demonstrado — consagrou a permanência da norma infraconstitucional que adotava a proporcionalidade dos proventos.

A Carta Constitucional de 1967, em sua redação original, adotou critério explícito, acolhendo a regra de que "o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, *com vencimentos integrais,* até o seu obrigatório aproveitamento em cargo equivalente" (art. 99, § 2º).

O art. 6º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, alterou, porém, o critério para qualificar que o ato de disponibilidade asseguraria "vencimentos e vantagens *proporcionais* ao tempo de serviço" (§ 1º, *in fine*), acudindo o Ato Complementar nº 40, de 30 do mesmo mês e ano, com a nova redação do § 2º do artigo 99 da Carta Constitucional, para dela excluir a referência a "vencimentos integrais", passando a emitir a regra de que à disponibilidade remunerada equivalem "proventos proporcionais ao tempo de serviço."

Revogado ficou, por incompatibilidade, o disposto no artigo 174 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711, de 152) que estabelecia o critério de "provento igual ao vencimento ou remuneração".

Com o advento da reforma constitucional instituída com a Emenda nº 1, de 17 de outubro de 1969, consolidou-se o critério da proporcionalidade dos proventos na disponibilidade, conforme a redação atribuída ao parágrafo único do artigo 100:

"Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com *vencimentos proporcionais* ao tempo de serviço."

A Constituição de 1988, como visto, retornou ao modelo de 1946, abstendo-se de definir a forma de fixação dos proventos para tão-somente confirmar o princípio de que a disponibilidade será remunerada.

VI

O REGIME LEGAL PARA O CÁLCULO DOS PROVENTOS DA DISPONIBILIDADE

Na vigência da Constituição de 1967, alterada pelo Ato Institucional nº 6/68, a lei ordinária — Decreto nº 489, de 4 de março

de 1969 — regulou a disponibilidade dos funcionários públicos civis que, garantidos pela estabilidade, passavam à condição de disponíveis, por motivo de extinção do cargo ou da declaração de sua desnecessidade.

Expressamente produz o referido ato materialmente legislativo o comando de que o ingresso na inatividade será feito "com *proventos proporcionais* ao tempo de serviço" (art. 1º, *in fine*).

Compatível com o sistema constitucional vigente à época, a regra de proporcionalidade dos proventos, assim estipulada em lei, foi adotada, com regularidade, tendo sido invocada, em renovadas decisões do Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio (entre outros, acórdão RE 72.824 — RTJ 61/82; RE 80.235, publ. 19.11.75; RE 88.406 — RTJ 88/1.054; RE 93.492 — RTJ 105/1.076).

VII

O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO DIREITO EM FACE DA NOVA CONSTITUIÇÃO

O Decreto-lei nº 489, de 1969, desde sua edição, conviveu com a linha evolutiva das sucessivas disposições constitucionais.

Já então, o Ato Institucional nº 6/68 havia consagrado a norma de proporcionalidade dos proventos e o Ato Complementar nº 40/68, na mesma direção, a fizera inserir no texto do § 2º do artigo 99 da Carta de 1967.

O mesmo conceito perdurou no parágrafo único do art. 100 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, vigorante até o advento da atual Constituição.

Nesta, como assinalado, não há opção por qualquer modalidade de cálculo. Ao legislador ordinário é concedida a liberdade de preferir seja a integralidade, seja a proporcionalidade dos proventos, posto que, em qualquer desses modelos, estará respeitado o princípio de que a disponibilidade será remunerada.

Vigente a Constituição, que não adota preferência de fórmula, é inegável o poder do legislador em produzir norma infraconstitucional em qualquer uma das indicadas modalidades de cálculo dos proventos.

Mas, como é doutrinariamente assente, uma nova Constituição não extingue o ordenamento ordinário anterior a não ser na medida em que ocorra incompatibilidade.

Uma lei editada contra a Constituição padece do vício original de inconstitucionalidade; a lei anterior válida cessa de existir se contrariamente a ela dispõe norma constitucional superveniente. Trata-se não mais de inconstitucionalidade, vício congênito a nulificar o ato desde seu nascimento, mas de forma especial de revogação da lei por incompatibilidade com a nova Constituição (ver, sobre a matéria, acórdão do STF *in* RTJ 95/993).

Não ocorrendo contradição entre a lei anterior e a Constituição nova, a segurança e permanência da ordem jurídica atende ao princípio da continuidade: o que era válido e eficaz continua com a mesma força no plano da normatividade, vivificada pela nova Constituição.

Em suma: o direito anterior é *recebido* pela nova Constituição que passa a garantir-lhe a validade, vigência e eficácia, tal como às normas jurídicas a partir de então editadas.

O ordenamento jurídico é uma unidade constante, fundada nos princípios da força normativa e da hierarquia das fontes de direito positivo.

A teoria da recepção — recentemente invocada em Parecer nº SR/71, da Consultoria Geral da República (*Diário Oficial* de 11 de outubro de 1988, p. 19.807/8) tem como intérprete maior a autoridade de Kelsen (Teoria generale del Diritto e dello Stato, p. 119), que adverte para a vitalidade das leis que sobrevivem sob o pálio da nova Constituição.

Há uma sucessão entre um e outro momento da ordem jurídica em que, na expres-

são de Kelsen, "a recepção é um procedimento abreviado de criação do direito".

O velho ordenamento, aparentemente extinto, prossegue, sem solução de continuidade, como se fosse ordenamento novo, porque a Constituição, com a qual se harmoniza, prolonga-lhe a existência.

Como excelentemente observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "a legislação anterior permanece em vigor, mas com um novo fundamento, que é a nova Constituição'". Há, no dizer de Mortati, uma "novação de fontes" (Manoel Gonçalves Ferreira Filho — o Poder Constituinte — 2ª edição — p. 89).

Ainda do mesmo ilustre constitucionalista é a precisa lição:

"A nova Constituição importa na perda de eficácia de todo o direito anterior. Mas o direito anterior, que é compatível com essa nova Constituição, é por ela recebido e, portanto, recobra eficácia instantaneamente. Recobra eficácia tão instantaneamente que até se costuma dizer que as normas anteriores compatíveis com a Constituição continuam a ser válidas. Dizer-se que "continuam a ser válidas" é uma maneira de dizer inexata. Porque, exatamente, as normas anteriores não continuam a ser válidas, mas elas são renovadas pela recepção, pelo acordo com a nova Constituição" (ob. cit., p. 90).

O Supremo Tribunal Federal, em dois casos específicos, declarou a validade de lei anterior a uma nova Constituição, precisamente pela compatibilidade entre aquela e a nova Constituição.

E o fez sob a expressa invocação do "princípio da continuidade do direito" (Recurso Extraordinário nº 78.984 — voto vencedor do Ministro Cordeiro Guerra — RTJ — 71/289), reafirmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 83.835 em que o Relator, ainda o Ministro Cordeiro Guerra, proclama a continuidade de isenções tributárias anteriores constantes de leis ordinárias, embora a nova Constituição tenha passado a exigir o rito específico da lei complementar (RTJ 77/657).

VIII

COMPATIBILIDADE DO DECRETO-LEI Nº 489/69 COM A NOVA CONSTITUIÇÃO

Ditando unicamente o princípio de que, na extinção ou desnecessidade do cargo, o servidor terá direito à *disponibilidade remunerada* como situação jurídica sucessiva à garantia da estabilidade, a Constituição faculta ao legislador ordinário optar pelo procedimento que reputar mais adequado e conveniente ao interesse público no que pertine ao cálculo dos proventos.

Não tendo se filiado, como Constituições que a precederam, a uma escolha definida — integralidade ou proporcionalidade de proventos —, a criação discricionária do legislador poderá livremente inclinar-se em um ou outro sentido.

No silêncio da Constituição certamente a lei ordinária que venha a acolher o método de proventos proporcionais será constitucional, posto que não importará violação ao texto e ao conteúdo de preceito advindo com a nova Constituição.

Dissemos, em outra oportunidade, que, vedada a gratuidade da situação, a Constituição deixa ao critério do legislador ordinário a latitude da *remuneração* da disponibilidade, ou seja, o método de calcular os seus proventos. Pode a lei adotar o sistema de integralidade dos proventos, como poderá, sem eiva de inconstitucionalidade, graduá-los, na proporção do tempo de serviço (nosso volume de Pareceres do Consultor Jurídico do DASP — 1957 — p. 14).

Ora, se assim é, quanto à lei nova, logicamente a norma legal existente que pela mesma forma dispõe, em nada conflita ou se incompatibiliza com a nova Constituição.

E, por essa forma, ponderados os textos postos em confronto, ao intérprete impõe-se concluir que a Constituição *recebe,* na hipótese, a lei antiga, a qual, confirmada pela evidência de compatibilidade, continua a reger as situações jurídicas a que se dirige o seu comando.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, as disponibilidades sobrevindas a partir da Constituição de 1988, por força de extinção de cargos ou de declaração de sua desnecessidade, devem obediência ao que dispõe o Decreto-lei nº 489, de 1969, com respeito ao processo de cálculo dos proventos a serem estipulados em proporção ao tempo de serviço, tomados como limites máximos os que a Constituição prescreve para a passagem à inatividade (art. 40).

Ao Executivo, no exercício do poder regulamentar (art. 84, n. IV), é constitucionalmente permitido, na mesma linha da norma legal, baixar decreto que venha a dispor sobre a execução da lei no tocante à disponibilidade com proventos proporcionais de servidores públicos estáveis que ingressem na inatividade por motivo de extinção de seus cargos ou a declaração da desnecessidade deles.

Rio de Janeiro, 3 de julho de 1990. — *Caio Tácito.*