FUNCIONÁRIO PÚBLICO — DISPONIBILIDADE — PROVENTOS

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria Geral da República

Informações nº CGR/CS-3/90 (Mensagem nº 640, do Presidente da República ao STF).

Processo nº 00001.011535/90-44

Ações diretas de inconstitucionalidade n.os 309/7/DF e 313-5/DF

1. Tratam-se de ações que visam a declaração da inconstitucionalidade do Decreto nº 99.300, de 15 de junho de 1990, que dispõe sobre os proventos dos servidores públicos postos em disponibilidade remunerada.

2. Na ADIn nº 309-7/DF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores — PT, é alegado que o Decreto nº 99.300 seria inconstitucional por vício formal e material. O vício formal decorreria de extrapolação da regra do inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, pois ter-se-ia editado decreto autônomo para fixar normas sobre regime jurídico de servidor público, quando o referido texto legal só admite a edição de decreto regulamentador e, no caso, inexistiria lei que atribuísse proventos proporcionais para o servidor posto em disponibilidade remunerada. O vício material, por sua vez, consistiria na afronta às disposições dos arts. 37, inc. XV, e 39, § 2º, da Constituição Federal e na ofensa ao disposto no artigo 174 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. No entendimento do Autor da ação direta de inconstitucionalidade, as normas constitucionais invocadas fixariam o direito de proventos iguais aos vencimentos integrais, na disponibilidade remunerada do servidor público, direito esse que também estaria assegurado no preceito legal estatutário (L. 1.711, art. 174), que estaria em vigor.

3. Na ADIn nº 313-5/DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista — PDT, são aviados os mesmos fundamentos, com o reforço do argumento de que não seria possível aplicar à disponibilidade remunerada as regras da aposentadoria voluntária (Constituição Federal, art. 40, III), porquanto a aposentadoria voluntária "é opção do servidor" e a disponibilidade é "ato de império estatal". No desenvolvimento da sua fundamentação, a agremiação política autora invoca o magistério de ilustres juristas que se posicionam na corrente dos que sustentam que a atual Lei Maior asseguraria proventos iguais aos vencimentos integrais, na disponibilidade remunerada.

4. Em ambos os feitos foi pedida a concessão de medida cautelar e, a final, a declaração da inconstitucionalidade do Decreto nº 99.300, de 1990, ou, ao menos, do seu artigo 1º.

5. Na sessão plenária do dia 27 de junho de 1990, o egrégio Supremo Tribunal Federal, em julgamento conjunto das ações,

concedeu, por maioria de votos, a medida cautelar para suspender a vigência dos artigos 1º e 2º do Decreto nº 99.300, de 15 de junho de 1990, até julgamento final dos feitos.

6. Pela Mensagem nº 78, de 3 de julho de 1990, o eminente Senhor Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, comunicando a concessão da medida cautelar, pede as informações sobre o alegado nas petições iniciais.

7. Essas, em apertada síntese, as alegações contidas nas petições iniciais, sobre as quais são solicitadas informações.

8. Cumpre registrar, de pronto, que a imputação de inconstitucionalidade do Decreto nº 99.300, de 15 de junho de 1990, *data venia*, é manifestamente improcedente. Não só a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada aos 5 de outubro de 1988, não impõe o critério de proventos iguais aos vencimentos integrais, na disponibilidade remunerada, como também a legislação infraconstitucional, vigente, estabelece o critério da proporcionalidade para a fixação daqueles proventos. Logo, o decreto atacado não se apresenta eivado dos vícios formal e material que se lhe pretendem imputar.

9. O texto constitucional vigente é omisso quanto ao critério a ser observado na fixação do valor dos proventos da disponibilidade remunerada. Limita-se a dizer:

"Art. 41. (*Omissis*).

§ 3º Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo."

10. A regra fixada na norma constitucional acima reproduzida, a toda evidência, defere ao legislador ordinário a fixação do critério a ser observado no cálculo dos proventos da disponibilidade remunerada.

11 Para o deferimento das medidas cautelares, o egrégio Supremo Tribunal Federal partiu do pressuposto, também afirmado pelos autores das ações diretas de inconstitucionalidade, de que inexistiria norma legal em vigor fixando o critério da proporcionalidade em função do tempo de serviço, para o cálculo dos proventos do servidor estável posto em disponibilidade remunerada.

12. *Data venia*, o pressuposto é equivocado.

13. O Decreto-lei nº 489, de 4 de março de 1969, regulamentando o disposto no artigo 99, § 2º, da Constituição de 1967, na redação dada pelo Ato Complementar nº 40, de 1º de janeiro de 1969 e ratificada pelo Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969 — reproduzido posteriormente no parágrafo único do artigo 100 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 —, estabelece:

"Art. 1º Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável será posto em disponibilidade remunerada, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º A extinção do cargo far-se-á, na Administração Direta, mediante lei e, na Administração Indireta, por ato do Poder Executivo.

§ 2º A declaração da desnecessidade do cargo far-se-á por ato do Poder Executivo, podendo para esse fim ser delegada competência aos Ministros de Estado e aos dirigentes de órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta.

Art. 2º Na contagem do tempo de serviço, para fins de disponibilidade, serão observados os preceitos aplicáveis à aposentadoria.

Art. 3º O valor dos proventos a que tem direito o servidor posto em disponibilidade será proporcional ao tempo de serviço, na razão de um trinta e cinco avos por ano de serviço, se do sexo masculino, ou de um trinta avos, se do sexo feminino, acrescidos dos adicionais por tempo de serviço, à data da vigência deste Decreto-lei.

Art. 4º Ao funcionário posto em disponibilidade, na forma deste Decreto-lei, é vedado, sob pena de demissão, exercer qualquer cargo, função ou emprego, ou prestar serviços retribuídos mediante recibo em órgão ou entidade da Administração Federal Direta ou Indireta ou da Administração Direta ou Indireta dos Estados ou dos Muni-

cípios, ressalvada a hipótese de acumulação lícita, existente à data da vigência deste Decreto-lei.

Art. 5º O Poder Executivo expedirá as normas complementares necessárias à execução deste Decreto-lei, que entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário."

14. Posteriormente, o Congresso Nacional decretou lei que, sancionada pelo Presidente da República, tomou o nº 6.943, de 14 de setembro de 1981, do seguinte teor:

"Art. 1º Aos funcionários aposentados ou postos em disponibilidade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço, fica assegurada retribuição básica nunca inferior a 90% (noventa por cento) do maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, o funcionário fará jus à diferença entre o provento proporcional e a retribuição básica, a título de complementação.

Art. 2º O disposto na presente Lei aplica-se aos aposentados ou em disponibilidade anteriormente à data de sua vigência.

Art. 3º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, inclusive quanto aos efeitos financeiros.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário."

15. Por conseguinte, *permissa venia*, não é certo que o Decreto nº 99.300 "esteja dispondo sobre regime jurídico de servidores públicos", como num primeiro exame, chegou a ser admitido pelo eminente Sr. Ministro Relator da ADIn nº 309-7/DF, ainda que apenas para decidir sobre a concessão da medida cautelar.

16. O Decreto nº 99.300, na verdade, está regulamentando *lei formal* (Decreto-lei 489/69; Lei 6.943/81) sobre regime jurídico de servidores públicos, sem qualquer extrapolação da regra do inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal. Houve, é certo, *irregularidade* na não referência, no preâmbulo do citado decreto, à lei regulamentada; mas a toda evidência, a simples irregularidade não pode ser erigida em inconstitucionalidade.

17. Cumpre verificar, isto sim, se o mencionado ordenamento jurídico infraconstitucional, anterior à nova Constituição, é com ela incompatível ou se foi preservado, pelo princípio da recepção.

18. A pretendida declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 99.300 somente poderá dar-se se, primeiro, for declarada a revogação do Decreto-lei nº 489, de 1969, e da Lei nº 6.943, de 1981, declaração essa que, *data venia*, não pode ser dada nas ações diretas de inconstitucionalidade a que se referem estas informações.

19. Na ADIn nº 3-9/DF (Relator o eminente Sr. Ministro Moreira Alves), ainda não julgada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, esta CGR teve oportunidade de manifestar-se sobre o tema da preservação ou revogação de ordenamento jurídico infraconstitucional existente anteriormente à vigência de nova Constituição, dizendo:

"20. A sucessão de uma ordem constitucional por outra provoca, necessariamente, a análise entre o direito constitucional novo e o direito ordinário anterior, cujas relações são presididas pelo princípio da recepção, que torna subsistentes as normas infraconstitucionais materialmente compatíveis com a nova Constituição e revoga aquelas que não ostentem esse perfil.

Essa, a razão fundamental, que torna incogitável, em nosso sistema jurídico, a questão da inconstitucionalidade superveniente, pois — reitere-se —, ou a lei anterior é compatível com o novo ordenamento constitucional — e por ele será recebida —, ou manifesta-se entre ambos insuperável conflito de ordem material, a determinar a revogação do ato inferior, e que traduz situação insuscetível de apreciação, em abstrato, no âmbito da ação direta de *inconstitucionalidade*.

21. Como tive a oportunidade de assinalar, pertinentemente a esse aspecto, no Parecer nº SR-71/88, o fenômeno da *recepção* assegura a preservação do ordenamento jurídico infraconstitucional, existente anteriormente à vigência do novo texto fundamental.

Essa ordem normativa — anterior e infefior ao estatuto fundamental —, uma vez recebida pela nova Constituição, desde que

ausente qualquer conflito de natureza material, passa a ter, nela, o seu novo fundamento de validade e de eficácia.

A recepção garante a prevalência do princípio da continuidade do direito, esclarecendo-se, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, que "a Constituição, por si só, não prejudica a vigência das leis anteriores (...), desde que não conflitantes com o texto constitucional ..." (v. *RTJ*, vol. 71/289-293).

22. Foi igualmente o Pretório Excelso, aplicando o princípio da recepção, nos moldes concebidos pela doutrina, que proclamou permanecer válida e eficaz a lei ordinária anterior à Constituição, "desde que não contrastante com os seus princípios e normas, ou com o seu espírito" (v. *RTJ*, vol. 77/657-659).

Registra-se, nesse mesmo sentido, o pronunciamento da doutrina a respeito do tema:

"... Na verdade, o que ocorre, sempre, é que, salvo incompatibilidade entre a legislação ordinária anterior e as normas da nova Constituição, se considera que essas normas ordinárias anteriores persistem válidas e eficazes (...). Mas, se havendo texto expresso, como era o caso da Carta de 1937, plenamente está justificada a permanência da legislação anterior, essa permanência também é aceita no silêncio da Constituição nova (...). Ocorre, portanto, segundo Kelsen, uma recepção do direito anterior não incompatível com a nova Constituição. A legislação anterior permanece em vigor, mas com um novo fundamento, que é a nova Constituição. Como diz Mortati, "ocorre uma novação de fontes' (...) (v. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito Constitucional Comparado — I — O Poder Constituinte*, p. 116/118, itens 77 e 79, 1974, Bushatsky — Edusp).

"Onde, segundo nos parece, está o encaminhamento da questão é no princípio da recepção, estudado no Direito Constitucional Comparado.

Por esse princípio, quando se cria novo ordenamento jurídico-político fundamental (nova Constituição), a ordem jurídica preexistente, no que não conflite, materialmente, com aquele, permanece vigorando, é aceita pela nova ordem constitucional, qualquer que tenha sido o processo de sua elaboração (desde que conforme ao previsto na época dessa elaboração, pois, não o sendo, a invalidade teria atingido a legislação já desde o seu nascimento).

(...)

O dilema é inafastável: ou a legislação anterior (cujos comandos não conflitem materialmente com os da nova Carta) é aceita pela nova ordem, mantendo-se vigente, ou é repelida totalmente (tenha a designação que tiver: lei ordinária, lei complementar, lei delegada, decreto-lei, etc.) Na segunda alternativa, porém, ter-se-ia que, num átimo, ao entrar em vigor a nova Carta, legisla-se de pronto sobre todas as matérias que exijam disciplina legal. Como tal providência é inviável, a alternativa lógica é acolher-se a legislação preexistente, até que o órgão legislativo criado pela nova Carta entenda conveniente e oportuno revogá-la ou modificá-la, impondo novos comandos legais" (v. Luciano da Silva Amaro, *Comentários ao Código Tributário Nacional*, vários autores, vol. 3, p. 288 ,1977, Bushatsky).

23. A teoria da recepção, em última análise, objetiva resolver, em bases científicas e doutrinárias, a questão referente à aplicação das normas jurídicas no tempo, em face da superveniência de um novo ordenamento constitucional.

Na problematização desse tema, há que se considerar a relação entre o direito ordinário anterior e a ordem jurídico-constitucional superveniente.

24. Essa relação, de caráter normativo, para legitimar a subsistência do direito ordinário pré-constitucional, depende, necessariamente, da congruência material das normas infraconstitucionais com o novo estatuto fundamental.

Na realidade, a perspectiva da Constituição nova deve ser o único critério a orientar o intérprete na investigação e análise do fenômeno da recepção.

25. Essa questão mereceu precisa abordagem doutrinária, efetuada por Jorge Miranda (*Manual do Direito Constitucional*,

tomo II/244-245, item nº 62, 2ª ed., revista, 1983, Coimbra Editora Limitada), eminente constitucionalista e professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa:

"... A subsistência de quaisquer normas ordinárias anteriores à nova Constituição depende de um único requisito: que não sejam desconformes com ela.

(...)

Por isso, o único juízo a estabelecer é o juízo da conformidade (ou da compatibilidade) material com a nova Constituição, a Constituição *actual*. Não é qualquer outro: nem qualquer juízo sobre a formação dessas normas de acordo com as novas normas de competência e de forma (as quais só valem para o futuro), nem, muito menos, qualquer juízo sobre o seu conteúdo ou sobre a sua formação de acordo com as antigas normas constitucionais.

Não importa que as leis fossem inconstitucionais material, orgânica ou formalmente antes da entrada em vigor da Constituição. Importa apenas que não disponham contra esta. E isso, não porque a norma constitucional se reduza a mero limite externo da norma legislativa cujo desaparecimento lhe restitua plena eficácia jurídica; não porque o exercício de poder constituinte em certo momento consuma o exercício de todo o poder do Estado em momentos anteriores; mas, simplesmente, porque o exercício do poder constituinte revela nova idéia de Direito e representa novo sistema. A Constituição não convalida, nem deixa de convalidar; simplesmente dispõe *ex novo*.

Não importa sequer discutir da qualificação das normas ou dos actos donde emanam à face da Constituição anterior. Ela é, pelos mesmos motivos, tomada como um dado; e apenas os actos vão ser reportados aos novos tipos constitucionais, como diplomas equiparáveis, sujeitos, doravante, aos regimes jurídicos que lhes couberem...".

20. Por outro lado, cumpre registrar que a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal até o advento da Lei nº 1.711, de 1952 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União —, se apresentou vacilante. A Constituição de 1946, como a promulgada em 5 de outubro de 1988, silenciou a respeito do caráter de disponibilidade remunerada, se com vencimentos integrais ou proporcionais. Por isso, nos julgados daquela época são encontradas decisões que admitiam a fixação de proventos proporcionais. Nesse sentido é o v. Acórdão de 27 de outubro de 1952, tomado no julgamento do RE nº 20.020, do qual foi relator o saudoso Ministro Luiz Gallotti, redigido com a seguinte ementa:

"A fixação de proventos proporcionais, na disponibilidade, não fere o preceito constitucional" (*RDA*, 39/67).

21. Naquele feito, pretendia-se a inconstitucionalidade do artigo 194 do Decreto-lei nº 1.913, de 1939 — Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União —, que previa vencimentos proporcionais, na disponibilidade, frente ao artigo 189 da Constituição de 1946, que, no parágrafo único, dizia:

"Art. 189. (*Omissis*).

Parágrafo único. Extinguindo-se o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava."

22. No douto voto condutor daquele julgado, o eminente e saudoso Ministro Luiz Gallotti, examinando o parágrafo único do artigo 189 da Constituição, salientou:

"(...) 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."

23. Com o advento da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, novo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, a questão pacificou-se no sentido da disponibilidade remunerada ser com vencimentos integrais, em razão da expressa determinação legal, no art. 174 do novo estatuto, *in verbis*:

"Art. 174. Extinguindo-se o cargo, o funcionário ficará em disponibilidade com provento igual ao vencimento ou remuneração até seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimento compatível com o que ocupava."

24. A jurisprudência invocada no r. despacho que deferiu liminarmente a segurança e na deliberação do Pleno Egrégio Supremo Tribunal Federal, na oportunidade da concessão da medida cautelar pedida na ADIn nº 309 e na ADIn nº 313, da mesma forma que a Súmula nº 358 daquela Egrégia Corte, foi firmada em razão dos julgamentos realizados sob a égide do disposto no art. 174 da Lei nº 1.711, de 1952, de vez que o parágrafo único do art. 189 da Constituição de 1946 se limitava a prever *disponibilidade remunerada*, omitindo-se quanto ao valor dos proventos, se igual ao vencimento do cargo extinto ou declarado desnecessário ou se proporcional ao tempo de serviço.

25. A Constituição de 1967, por força do AC nº 40, de 1968, mandou que o provento da disponibilidade fosse proporcional ao tempo de serviço. Essa regra foi consagrada na Emenda Constitucional nº 1, de 1969. A seguir, o Decreto-lei nº 489, de 4 de março de 1969, regulou a disponibilidade, estabelecendo que o provento seria proporcional ao tempo de serviço. Assim, a regra do art. 174 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, se não tivesse sido derrogada pelo disposto no art. 99, § 2º, da Constituição de 1967 (redação do AC nº 40, de 1968), estaria revogada pelas disposições do Decreto-lei nº 489, de 1969.

26. A partir do AC nº 40, de 30 de dezembro de 1968, a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal, como não podia deixar de ser, voltou a ser no sentido da proporcionalidade dos proventos, na disponibilidade.

27. Daí se infere, sem qualquer sombra de dúvida, que a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal é, de forma predominante e firme, no sentido de que a questão pertinente ao valor do provento, na disponibilidade, depende da lei ordinária que a regule. Somente quando inexistir lei ordinária definindo o valor desse provento é que caberá ao Judiciário, por força de interpretação, defini-lo.

28. No caso ora em exame, como se demonstrou, há lei ordinária definindo o valor do provento, na disponibilidade: o Decreto-lei nº 489, de 1969. Outra lei ordinária, a de nº 6.943, de 1981, também de forma expressa afirma a regra de proventos proporcionais, na disponibilidade. Essas leis não foram derrogadas pela Constituição de 1988, nem revogadas por outra lei ordinária. Não são incompatíveis com o disposto no art. 41, § 3º, da Constituição Federal, cuja redação deixa claro "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" (cf. RE nº 21.020, julgado em 27.10.1952, unânime, Relator Ministro Luiz Gallotti, *RDA* 39/67).

29. A Secretaria de Administração Federal, atendendo aviso que lhe enderecei, prestou subsídios às presentes informações, inclusive juntando cópia do substancioso parecer emitido pelo notável jurista Professor Caio Tácito sobre as questões controvertidas nestas ações diretas de inconstitucionalidade que, com as vênias devidas, passo a transcrever para incorporá-lo, na sua inteireza, às presentes informações:

"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 argüição 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 art. 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 art. 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 Galloti.

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 art. 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 art. 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, lhe 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 358

Como fundamento de alguns dos votos de maioria do e. Supremo Tribunal Federal, na decisão concessiva da medida liminar, foi invocada a Súmula 358, 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 358 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 14.837 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 art. 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 art. 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 *integralidade 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 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 em 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 art. 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 art. 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 art. 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 art. 174 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711, de 1952) 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 da disponibilidade, conforme a redação atribuída ao parágrafo único do art. 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 art. 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 expressão 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 ed., 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 vencido 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 do 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, considerados os textos 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 489/69 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, nº IV) é constitucionalmente permitido, na mesma linha da norma legal, baixar decreto que venha a dispor sobre a execução da lei no tocante à disponi-

bilidade 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.*"

30. Estas as informações que me cumpria preparar, relativas às Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.os 309-7-DF e 313-5-DF, que submeto à alta apreciação do Exmo. Sr. Presidente da República.

Brasília, 31 de agosto de 1990. — *Célio Silva*, Consultor-Geral da República.