

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 137

janeiro/março – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

# Do enquadramento do Banco Central no Regime Jurídico Único

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. Dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade: consumação do Estado de fato. 3. Do ato jurídico perfeito e das vantagens pro labore facto. 4. A estabilidade das relações jurídicas convalidam atos constitutivos de direito transferido aos servidores que são adquirentes de boa-fé. 5. Da Medida Provisória nº 1.535-7, de 11 de julho de 1997.*

## 1. Introdução

O artigo 251 da Lei nº 8.112/90 determinou que enquanto não for editada a lei complementar de que alude o art. 192 da Constituição Federal, os servidores do Banco Central do Brasil continuarão regidos pela legislação em vigor à data da publicação do respectivo Regime Jurídico Único.

Em outras palavras, os servidores do Bacen que eram regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) continuariam sob o manto dos seus empregos públicos até que fosse editada a lei complementar referida no artigo 251 da Lei nº 8.112/90.

Ocorre que por entender inconstitucional tal dispositivo legal, o Procurador-Geral da República propôs a ADIn nº 449-2-DF, que teve como relator o eminente Ministro Carlos Velloso, que ao acolher o pedido assim ementou o aresto<sup>1</sup>:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. AUTARQUIA: REGIME JURÍDICO DO SEU PESSOAL. LEI 8.112 DE 1990, ART. 251: INCONSTITUCIONALIDADE.

Mauro Roberto Gomes de Mattos é Advogado, ex-Assessor da Presidência da OAB/RJ e Vice-Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Público (IADP).

<sup>1</sup> Julgado em 29.8.96.

I - O Banco Central do Brasil é uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, desempenhando parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro. Aplicabilidade, ao seu pessoal, por força do disposto no art. 39 da Constituição, do Regime Jurídico da Lei 8.112, de 1990.

II - As normas da Lei nº 4.595, de 1964, que dizem respeito ao pessoal do Banco Central do Brasil, foram recebidos pela CF/88, como normas ordinárias e não como lei complementar. Inteligência do disposto no art. 192, IV da Constituição.

III - O artigo 251 da Lei nº 8.112, de 1990, é incompatível com o art. 39 da Constituição Federal, pelo que é inconstitucional.

IV - ADIn julgada procedente”.

Com este julgamento, na prática, foi criado verdadeiro caos administrativo, pois a declaração de inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112 se deu em agosto de 1996, portanto há mais de 5 (cinco) anos de vigência do Regime Jurídico Único, estando naquele período os servidores do Bacen regidos pela CLT. Como os regimes jurídicos eram totalmente antagônicos, foram criadas situações das mais inusitadas, em face da declaração de inconstitucionalidade de uma lei ter o efeito *ex-tunc*.

O caos foi formado, pois até agosto de 1996 o Banco Central aposentava seus empregados pelo Regime Celetista, recebendo os mesmos suplementações pelo seu Fundo de Previdência Complementar (Centrus), depositava normalmente a parcela de FGTS nas contas fundiárias e tomava atos respaldados pela legislação laboral.

Ao serem modificados estes procedimentos, via judicial, várias situações jurídicas foram distorcidas, pois é inegável que o curso dos anos, entre a edição da Lei nº 8.112/90 (dezembro de 1990) até a decisão da ADIn 449-2/DF (agosto/96) atos foram tomados e consolidados, gerando a perfeição dos mesmos e garantindo direitos adquiridos. Como desfazê-los? A ADIn tem o efeito de subtrair ou apagar as vantagens auferidas *pro labore facto*?

Tais perguntas são feitas até hoje e para minimizar, ou agravar ainda mais a situação, o Chefe do Executivo Federal baixou a Medida Provisória nº 1.535/96, que dispõe sobre o plano de carreira dos servidores do Banco Central, dando outras providências.

Não só a decisão do STF como também a medida provisória em comento merecem vários reflexos, que de forma sucinta serão abordados no afã de esclarecer e até mesmo carrilhar a atuação estatal, a fim de que não cometa atos desavisados ou atentadores dos direitos e garantias fundamentais dos servidores do Bacen.

## 2. Dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade: consumação do estado de fato

O objetivo do julgamento da ação indireta da inconstitucionalidade consiste em desfazer os efeitos gerais da lei ou ato, possuindo a decisão a eficácia de fazer a coisa julgada material, vinculando as autoridades aplicadoras da lei que não poderão mais utilizar-se ou executar a mesma<sup>2</sup>.

Dessa forma, uma vez declarada inconstitucional a lei, é retirada a aplicabilidade da norma legal.

Serve este instrumento em dar segurança à sociedade, pois é retirado do contexto jurídico preceito ou norma que agride a *lex legum*.

Contudo, no campo do Direito Civil as nulidades de pleno direito são insanáveis, insuscetíveis de revalidação, ou, como diz com precisão Pontes de Miranda, nos negócios jurídicos nulos “são insanáveis as suas invalidades e inatificáveis, tanto que confirmação deles a rigor não há, há afirmação nova, *ex-nunc*, e de modo nenhum confirmação”<sup>3</sup>.

Todavia, se no campo do Direito Privado, o visceralmente nulo jamais pode ser sanado de produzir efeitos válidos, na esfera do Direito Público, a questão segue com menor rigorismo formal, em virtude da proeminência do interesse público<sup>4</sup>.

Essa diferenciação é imperiosa, em face do desdobramento legal ser diferente nos distintos campos do direito, ressaltando as firmes considerações de Miguel Reale<sup>5</sup>, sob o prisma da nulidade no Direito Administrativo, que deverá sempre se distinguir em duas hipóteses: a) a de convalidação ou sanativa do ato

<sup>2</sup>SILVA, José Afonso da. *La judrisdición Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dyckson, 1997. p. 403-404: O controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil.

<sup>3</sup>REALE, Miguel. *Revogação e anulação do ato administrativo*. Forense, 1968. p. 81.

<sup>4</sup>Ibidem, p. 82.

<sup>5</sup>Ibidem.

nulo e anulável; b) a de perda pela administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (*le bénéfice de préalable*).

Como a inserção dos servidores celetistas do Banco Central no RJU somente veio a dar-se por força da decisão na ADIn nº 449-2-DF, em 29.8.96, situações das mais inusitadas possíveis foram criadas para os servidores públicos daquele órgão, chegando ao cúmulo de ter atualmente dois tipos de aposentados: os que se inativaram antes da Lei nº 8.112/90 e os que se desligaram após o Regime Jurídico.

Tal desdobramento legal será mais à frente dissecado, em face da relevância que o caso desponta.

Voltando ao núcleo central, a grande dúvida que paira na hipótese é sobre a eficácia da decisão da Excelsa Corte, pois este é o ponto de partida para o início da delimitação dos direitos dos servidores pertencentes aos quadros do Banco Central.

A doutrina é dividida sobre a matéria, podendo-se relembrar a ótica de Alfredo Buzaid, que considera que a declaração de inconstitucionalidade possui o condão de afirmar que é como se o texto legal hostilizado fosse absolutamente nulo, sendo natimorto<sup>6</sup>. Em outro passo diz o ilustre publicista “que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia desde o seu berço e não adquire jamais com o decurso do tempo”<sup>7</sup>.

Já Pontes de Miranda faz nítida distinção entre inexistência e nulidade da lei declarada inconstitucional, afirmando que:

“A lei que tem vício de inconstitucionalidade existe, posto que nulamente (...) as regras jurídicas que violam a Constituição são regras jurídicas nulas, porém eficazes enquanto não são desconstituídas de acordo com a mesma Constituição”<sup>8</sup>.

Em rico e profundo trabalho, Moniz de Aragão (*Poder de Iniciativa e Inconstitucio-*

<sup>6</sup>“...Toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve pois nenhum único momento de validade.” (*Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*. Forense, 1958, p. 48).

<sup>7</sup>Ibidem, p. 130-3.

<sup>8</sup>*Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Revista dos Tribunais, p. 492. v. 2.

*nalidade da Lei*)<sup>9</sup>, registra a opinião da Professora Rosali de Mendonça Lima: “a norma ordinária apresenta incompatibilidades frente ao preceito constitucional, se o infringe, se fere as suas determinações, estará *ipso facto*, eivado pelo vício indelével da inconstitucionalidade e, para a segurança das relações jurídicas e firmeza da organização estatal, não poderá prevalecer”. Todavia esse vício não importa em aniquilar a norma, que continua sendo lei como o era até então. No seu modo de abordar o problema, a ilustre professora aduz que nem mesmo o fato de o Senado suspender a execução importa em liquidar os efeitos do texto legal, sendo certo que o afastamento da radiação imediata do comando será em definitivo ou temporário. Eis o que ensina a citada publicista: “O que se suspende, pura e simplesmente, é a execução de lei ou decreto declarados inconstitucionais. A norma jurídica em si mesma não é invalidada. Se, portanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, por uma mudança – não apenas transitória – mas radical, decisiva, concludente, em sua jurisprudência, voltar atrás, considerando a lei constitucional, a mesma poderá vir a ser plenamente aplicada, pois, que dum modo ou doutro, ela se achava incerta no conjunto da legislação nacional”.

A decisão judicial emanada pelo Supremo Tribunal Federal é tida como desconstitutiva, tendo o efeito *ex-tunc*, o que significa dizer que todos os atos praticados sob a égide da norma tida como inconstitucional seriam considerados nulos.

Em tese, sim, mas a prática demonstra que não, pois na aplicação do direito, não se pode desconstituir atos jurídicos praticados sob o manto de uma lei tida como válida, em virtude de ter radiado os seus efeitos e gerado obrigações já esgotadas, que não podem mais ser revogadas<sup>10</sup>.

A desconstituição dos efeitos dos atos já realizados há mais de 6 (seis) anos iria ferir a razoabilidade que cristalizou a realização dos atos. No seu salutar *Direito Administrativo Didático*<sup>11</sup>, Sérgio D’Andrea já consignava que

<sup>9</sup>RDA, n. 64, p. 360-361.

<sup>10</sup>Sobre o enfoque da realidade, Lúcio Bittencourt não tem dúvida em ponderar que “os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário”. *Controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro : Forense, 1949. p. 148.

<sup>11</sup>*Direito administrativo didático*. Rio de Janeiro : Forense, 3. ed. 1985. p. 116-117.

no conflito entre o *interesse absoluto* e a eliminação do *ato jurídico viciado*, o *interesse concreto* da manutenção da *segurança das relações jurídicas* convalida os atos praticados<sup>12</sup>.

Não resta dúvida que este entendimento espelha a razoabilidade que deve imperar no trato com situações como a do Banco Central, onde os anos de aplicação do art. 251 da Lei nº 8.112/90 foram suficientes para gerar direitos e sepultar determinadas situações.

Figure-se, como exemplo, a situação levantada pela ilustre Maria Isabel Gallotti<sup>13</sup>, onde uma viúva que tenha recebido, durante anos, uma pensão com base em lei posteriormente inconstitucional, ou de um funcionário que tenha sido nomeado para cargo criado por lei muito tempo depois julgada inconstitucional.

Como resolver esses casos em que uma norma jurídica foi pacificamente aplicada por um longo período e depois declarada inconstitucional ?

De acordo com o bom senso e a primazia da realidade, não é salutar que uma viúva devolva o valor correspondente a todos os anos de pensão recebida. Além de ser totalmente irrazoável que se anulasse todos os atos praticados por funcionário nomeado para cargo criado por lei declarada *a posteriori* inconstitucional. Para casos como os citados, se invoca o magistério de Willoughby<sup>14</sup>,

“conquanto a lei inconstitucional deva, sob o ponto de vista estritamente lógico, ser considerada como se jamais tivesse tido força para criar direitos ou obrigações, considerações de ordem prática têm levado os tribunais a atribuir certa validade aos atos praticados por pessoas que, em boa-fé, exerçam poderes conferidos pelo diploma posteriormente julgado ineficaz”.

<sup>12</sup> Miguel Reale defende o exaurimento do tempo como o fator determinante para a convalidação do ato nulo no direito administrativo: “No Direito Administrativo europeu, a doutrina e a jurisprudência têm-se mostrado sensíveis em relação a ambos os aspectos do problema, admitindo, de um lado, a possibilidade de haver-se como legítimo um ato nulo ou anulável, em determinadas e especialíssimas circunstâncias, bem como a constituição, em tais casos, de direitos adquiridos, e, de outro, considerando-se exaurido o poder revisional *ex officio* da Administração, após um prazo razoável (op. cit., p. 82).

<sup>13</sup> RDA, n. 170, p. 29.

<sup>14</sup> Apud BITTENCOURT, op. cit., p. 148.

Essa posição é sustentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, visando preservar a consolidação dos atos praticados antes da declaração de inconstitucionalidade de lei, atribuindo certos temperamentos quanto ao efeito *ex-tunc* que se lhe atribuem, consoante sustentou o Ministro Leitão de Abreu, em magnífico voto condutor proferido no RE nº 79.343<sup>15</sup>:

“Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos de ordem jurídica atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procedo a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum* de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter conseqüência que não é lícito ignorar.

A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”.

Tal entendimento afigura-se como o mais coerente, em virtude de o nosso Direito Administrativo possuir bases constitucionais de liberdade e de justiça material, onde são projetados necessariamente sobre todas as relações jurídico-administrativas. É o princípio do “favor *libertatis*”, que figura firmemente enraiza-

<sup>15</sup> RTJ, n. 82, p. 791.

do no ordenamento jurídico pátrio embutido dentro do novo marco do Estado social e democrático de direito.

Assim sendo, no Estado de direito a doutrina constitucional mais moderna enfatiza a necessidade de se manter a concretização dos Direitos Fundamentais, que são aqueles que revelam a segurança jurídica.

No caso concreto a segurança jurídica reside na convalidação do ato jurídico praticado sob o manto da boa-fé.

Não é *razoável* desfazer todas as situações jurídicas consolidadas desde dezembro/90 até agosto/96, pois a declaração de inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112/90 tem como finalidade garantir a estabilidade jurídica do Banco Central do Brasil com os seus servidores públicos. Como o efeito desta inconstitucionalidade é *ex-tunc*, pelo princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, as vantagens auferidas *pro labore facto* pelos administrados deverão ser respeitadas, sob pena de ruptura da estabilidade jurídica que é verificada no Estado democrático de direito<sup>16</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes, em rico e arguto prefácio<sup>17</sup>, com toda a sua notória autoridade, não tem dúvida em discorrer que

“um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador”.

Em exame acurado, o Supremo Tribunal Federal fez embrionariamente remissão ao princípio da proporcionalidade no RE nº 18.331, que teve a relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, onde foi registrado que

“o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Canotilho admite que é possível entender que as situações consolidadas – como as relações jurídicas extintas pelo cumprimento da obrigação – estejam imunes aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra : Almedina, 1986. p. 816.

<sup>17</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade*. 1996. Brasília, p. 14.

<sup>18</sup> RE n. 18.331. RF 145 (1953), p. 164 e segs.

Vem, esse princípio, cada vez mais tomando assento na maior Corte Constitucional do País, exatamente para adequar medida restritiva ao fim ditado pela própria lei<sup>19</sup>.

Assim, não se pode olvidar qual a regra de adequação dos atos práticos com os motivos e fins que o justificam, terá o julgador ou aplicador da norma que ter por escopo a eleição do fator que menos restringir os princípios *pro libertate, pro activitate em favor libertatis*.

O ato jurídico mesmo viciado (art. 251 da Lei nº 8.112/90) gerou efeitos intransponíveis, que foram convalidados pelo transcurso dos anos, não sendo razoável a sua desconstituição após a fruição dos anos.

Em profunda análise sobre a *quaestio*, e com o seu natural e espontâneo brilho, Sérgio D'Andreia<sup>20</sup> discorre que, no caso do Banco Central, o julgamento da ADIn 449-2-DF autoriza o intérprete, em nome do interesse público, conservar, total ou parcialmente, os efeitos já produzidos, conferindo a eficácia *ex-nunc* e não *ex-tunc*, como já defendido no RE 79.343 pelo Ministro Leitão de Abreu:

“É, em verdade, aparente o contraste entre, de um lado, dever o ato jurídico viciado ser, em princípio, eliminado do mundo jurídico, e, de outro, o do aproveitamento dele ou deles e de seus efeitos, procedendo-se à respectiva manutenção, conservação ou saneamento. É que essas figuras não têm por base o interesse geral concreto de se manterem situações jurídicas resultantes de atos viciados, ou de se expungirem os vícios que os contaminam, em face de ponderáveis elementos, como o tempo decorrido, a boa-fé das pessoas envolvidas, o número dessas pessoas. Constatou-se que se atende melhor ao interesse público, conservando-se, total ou parcialmente, os efeitos produzidos; dando-se eficácia *ex-nunc*, e não *ex-tunc*, a um novo posicionamento, inclusive do Judiciário, que inquina de viciados os atos e seus efeitos, do que, cegamente, extinguindo-se o ato maculado ou suas consequências.

Daí, os mencionados institutos da conservação do ato ou, pelo menos, de

<sup>19</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Almedina, p. 617. 1983.

<sup>20</sup> Parecer do Professor Sergio D'Andreia Ferreira, datado de 10.4.97, ainda não publicado.

seus efeitos, da convalidação, por confirmação ou ratificação, o aproveitamento por conversão ou redução; da correção ou desconsideração de irregularidades.

A evolução, dentro da lógica do razoável, consistiu em superar-se, definitivamente, a idéia de conflito ou contraste de interesse, de laivas de excepcionalidade.

Assim, a postura de conservação, de convalidação ou de aproveitamento do ato ou de seus efeitos nada mais é do que a afirmação dos princípios da legalidade, da moralidade, da legitimidade, enfim da licitude no exercício das funções estatais, sob a inspiração do citado princípio da razoabilidade<sup>21</sup>.

Após estas sólidas considerações do Professor Sérgio D'Andreia Ferreira, não resta dúvida que os atos praticados, mesmo sob o manto de um comando declarado *a posteriori* inconstitucional, sendo anulado pelo Supremo Tribunal Federal, gera efeitos, que, em nome do interesse público, devem ser atribuído caráter *ex-nunc*, mantendo-se a estabilidade jurídica dos atos já praticados de *boa-fé*, o que *a contrario sensu* geraria efeitos restritivos contrários ao próprio espírito da Lei nº 8.112/90. O Regime Jurídico Único nasceu no universo jurídico com o objetivo de transformar os empregos em cargos (art. 243), o que significa dizer que a intenção do legislador não foi anular os atos praticados pelo comando legal insculpido na CLT. Este não foi a vontade nem mesmo do constituinte que, ao dispor sobre o Regime Jurídico Único, facultou ao legislador ordinário a escolha do vínculo único.

Ora, ao ser eleito o estatuto como a melhor opção para o Estado, todos os direitos e conquistas consagrados no regime derogado não desapareceram, pois foram importados para a nova situação.

Dessa forma, o tardio enquadramento dos servidores do Bacen também não há de ser diferente, por não ser razoável a desconstituição de direitos regularmente conquistados, fruto da relação jurídica inerente ao vínculo existente entre as partes, que é a de trabalho com a respectiva contraprestação pecuniária. Apagar, como num feixe de luz, os anos colocados à disposição do Bacen, com a conseqüente retirada de direitos funcionais e pecunários, é o mesmo que permitir o enriquecimento sem causa por parte da aludida autarquia federal, que se utilizou do labor diário dos seus empregados,

para após aniquilar suas conquistas sob o pálido argumento que o efeito *ex-tunc* da ação direta de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal é o veredicto das conquistas.

### 3. Do ato jurídico perfeito e das vantagens *pro labore facto*

A garantia do ato jurídico perfeito é constitucionalmente assegurada pelo inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal, constituindo-se um dos pilares de sustentação do Estado democrático de direito.

Este tema é tão importante que a garantia do ato jurídico perfeito impede que haja emenda constitucional capaz de aboli-la, por ser cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF)<sup>21</sup>.

E coube à Lei de Introdução ao Código Civil, promulgada pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, no seu § 2º do art. 3º estipular o que venha a ser ato jurídico perfeito:

“Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado, segundo a lei vigente, ao tempo em que se efetuou”.

A atual Lei de Introdução ao Código Civil<sup>22</sup>, no § 1º do art. 6º, define o ato jurídico perfeito como sendo:

“Já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

E para completar, o artigo 81 do Código Civil<sup>23</sup> arremata:

“todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”.

Portanto, o ato jurídico em comento consumou-se pelo transcurso do tempo e pela licitude dos elementos e requisitos existenciais.

<sup>21</sup> “Os direitos e garantias individuais, mencionados e protegidos por vários instrumentos, enumerados no art. 5º da Constituição, dificilmente seriam objeto de proposta de emenda constitucional. Por parte de quem? Com que finalidade?”. (CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. 2. ed. Forense Universitária, v. 5, p. 2728.

<sup>22</sup> Decreto-Lei nº 4.657, 4.9.42.

<sup>23</sup> Wolgran Junqueira Ferreira ao citar o artigo 81 do Código Civil, averbou: “temos aqui a definição legal do que seja o ato jurídico. Tem ele vários objetivos, ou, mais propriamente, cinco objetivos: a) adquirir, b) resguardar, c) transferir, d) modificar e, finalmente, e) extinguir direitos”. (*Direito e garantias individuais*. São Paulo : Edipro, 1997. p. 131).

E na sua vetusta cátedra, Pontes de Miranda<sup>24</sup> não teve dúvida em registrar que a regra que declare nula ou anule o comando legal inquinado, não poderá ter efeito retroativo, em face do suporte fático que regia ao tempo em que se deu a incidência da lei velha (*tempus regit factum*):

“Quanto às nulidades e às anulabilidades, convém admitir-se que há efeitos de atos anuláveis e enquanto há a decretabilidade da anulação, pode ocorrer lei nova que a retire e, retirando-a, ficam incólumes os negócios jurídicos anuláveis que poderiam ter sido anulados, ou, pelo menos, a respeito dos quais poderia ter sido pedida a decretação da anulação. Mas a lei nova não pode ir ao passado, tornando deficiente o suporte fático que não era ao tempo em que se deu a incidência da lei velha (*tempus regit factum*)”.

Tem-se, portanto, que a decretação de inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112/90 não possui força motriz de apagar o passado, fazendo desaparecer todos os atos jurídicos praticados antes da transformação dos empregos em cargos públicos. Isto porque o ato jurídico tornou-se perfeito no espaço e no tempo, figurando no plano da existência, tendo a sua juridicidade<sup>25</sup> intacta no sistema jurídico da época, gerando direitos e obrigações, que até mesmo a mudança por *lex posterior* é obrigada a respeitá-las.

Nessa moldura, quando o Supremo Tribunal Federal declara determinado preceito da lei inconstitucional, mesmo tendo efeitos *ex-tunc*, tal decisão não pode apagar as situações já consumadas que se tornaram irreversíveis pelo decorrer do tempo.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>26</sup>, em lapidar e conclusiva ótica, não teve dúvida em trazer à tona a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 79.343, onde foi emprestado “temperamento ao dogma da nulidade *ex-tunc*, mormente no que diz respeito às situações constituídas ao abrigo da lei declarada inconstitucional”. Mais à frente, seguindo o mesmo percurso o inolvidável mestre, com a sua “pena de

<sup>24</sup> *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. Forense, Rio de Janeiro, 1987.v. 5, p. 69.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>26</sup> *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo : Saraiva. p. 278.

ouro”, afirma efusivamente<sup>27</sup>:

“Vale observar que exigências de ordem prática provocam a atenuação da doutrina da nulidade *ex-tunc*. Assim, o Supremo Tribunal Federal não infirma, em regra, a validade do ato praticado por agente investido em função pública, com fundamento em lei inconstitucional. É o que de depreende do RE nº 78.594 (Relator: Ministro Bilac Pinto), no qual se assentou, invocando a teoria do funcionário de fato, que, apesar de proclamada a ilegalidade da investidura do funcionário público na função de Oficial de Justiça, em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que autorizou tal designação, o ato por ele praticado é válido (...) admitindo, entre nós, o processo de inconstitucionalização da lei, há que se contemplar igualmente, o estabelecimento de limites quanto à ineficácia retroativa, não se afigurando possível afirmar, nessa hipótese, a nulidade *ex-tunc*”.

Em igual diapasão, Moniz Aragão<sup>28</sup>, citando posicionamento de Castro Nunes, sublinha:

“Mostra Castro Nunes que o tema, no ramo não privado do Direito, há de ser examinado com maior ou menor flexibilidade conforme o exijam os interesses públicos; de um lado, pois, é admissível que se porte o intérprete com o máximo rigor em certa hipótese, mas é aconselhável, por outro, que em casos distintos tenha o maior cuidado, aproveitando o ato viciado tanto quanto possível. Assim é que nem sempre a nulidade do Direito Civil pode ter o mesmo efeito que sua equivalente no Direito Público e às vezes, através das teorias do excesso e do desvio de poder, alarga-se o campo de invalidação dos atos do ramo público, como forma de proteger mais eficazmente os interesses da coletividade lesados pelo mau uso da função pública”.

Após estas judiciosas explicações, as quais concordamos fielmente, não resta dúvida que os interesses da coletividade no caso *sub-oculis* é a proteção aos legítimos atos praticados pela lei eficaz no momento do cometimento do ato jurídico, sempre em consonância com a

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 279-280.

<sup>28</sup> *RDA*, n. 64, p.361.



primazia do interesse público.

Em total sintonia com o tema aflorado, o insigne e culto Sérgio D'Andrea Ferreira cita a brilhante palestra proferida pelo Ministro José Néri da Silveira, em 26.11.94, no Seminário "Regime Jurídico da Empresa Estatal", no Rio de Janeiro, onde foi dissecada a hipótese da proteção de efeitos de atos considerados ilegais, dissertando a eminente autoridade:

"Questão melindrosa, sem dúvida, é, entre nós, a que se refere à proteção de certos efeitos decorrentes da aplicação de leis, depois declaradas inconstitucionais. Tive ensejo de aludir a essa matéria, no voto proferido na Representação nº 1.418-5/RS, onde se discutia a inconstitucionalidade de diversas leis estaduais de efetivação, sem concurso público. Observei, na oportunidade:

'Distintas, na ciência do Direito, a validade e a eficácia da norma jurídica - embora inválida a regra constitucional poderá, por sua vez, no plano dos fatos, ser eficaz, consoante sucede, quando a lei inconstitucional é cumprida por seus destinatários ou aplicada pela Administração. Não sem freqüência, há os que opõem, nesse sentido, diante das circunstâncias, restrições ao princípio de que a lei inconstitucional é nula *ab initio*, não só a partir da data em que é assim judicialmente declarada, ou como também se expressou, entre nós, a fórmula *null and void*, irrita e nenhuma. Para quem dessa forma entende, embora infringente da Constituição, o ato legislativo assim marcado é um fato eficaz (*it is an operative fact*) "ao menos antes da determinação da constitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar'.

Estabeleceu-se, segundo certa corrente doutrinária, que, 'assim como, em direito privado, se protege o ato jurídico, em cuja engendração se insinuou algum vício, mantendo-se-lhe, em parte, os efeitos produzidos, malgrado a sua anulação pelo órgão judiciário' - no plano de direito público, igual providência cabe quanto ao ato inconstitucional. Da mesma maneira como se há de tutelar, na esfera do direito privado, em determinados casos, *o ato aparente*, entende essa doutrina, ao não qualificar, desde logo, como nula e nenhuma a lei inconstituci-

onal, que importa seja estendida aos atos em desconformidade com a Constituição, praticados com apoio em norma com tal mácula, certa proteção. Se, na ordem privativa, dentre outras razões, argüi-se a necessidade de proteger a boa-fé dos que tiveram como perfeito ou regular o ato, que se veio, posteriormente, a declarar nulo -, no direito público, raciocina-se 'com a presunção de legitimidade dos atos que, nessa esfera, são emanados'.

.....  
A traduzir, de resto, o estágio atual de discussão desse tema na doutrina norte-americana, acerca do efeito da declaração de inconstitucionalidade de lei, está no *corpus juris secundum* (v. 16, § 101, *verbis*), conforme antes visto".

E finaliza o Ministro Néri da Silveira:

"Releva, a todo modo, observar, nesse sentido, que, em sucedendo aplicação de lei inconstitucional, do fato eficaz então verificado, pode resultar a emanação de certos efeitos que, no tempo, por vezes, se tornam irreversíveis, ou dificilmente reversíveis, em maior ou menor extensão. Em face disso, cumpre não serem, assim, por inteiro, ignoradas tais conseqüências, máxime, em razão da necessidade de o Estado garantir clima de segurança nas relações sociais, na ordem jurídica, e, notadamente, se foi o próprio Poder Público, revestido da presunção de legitimidade de seus atos, quem adotou a iniciativa de dar eficácia à norma, depois, judicialmente, declarada inválida".

O efeito *ex-tunc* não iria trazer nenhum benefício para os servidores e nem para o Bacen, sendo que os primeiros teriam os seus direitos auferidos *pro labore facto* totalmente danificados. Por esta razão é que só se admite a retroatividade da decisão que julgou inconstitucional o artigo 251 da Lei nº 8.112/90 se não houvesse prejuízo ao ato jurídico perfeito consagrado pela fruição do tempo.

É cediço na doutrina<sup>29</sup>, que a vantagem denominada *pro labore facto* é aquela que corresponde ao trabalho já realizado.

Assim, as vantagens conquistadas pelo la-

<sup>29</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 15. ed. Revista dos Tribunais, 1989. p. 397.

bor do tempo se cristalizam e entranham no rol dos direitos irretiráveis do servidor público, em face da aquisição de direitos estar imune às mudanças pretéritas. Os requisitos exigidos para a percepção de vantagens *pro labore facto* foram auferidos em determinado período de prestação de “serviço (*ex facto temporis*), ou pelo desempenho de funções especiais (*ex facto officii*), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*) ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*)<sup>30</sup>.

Na verdade, no Regime Jurídico de Trabalho, as vantagens pagas em razão dele pertencem ao patrimônio jurídico do servidor, criando uma remuneração mínima, que a Lei nº 8.112/90 não pode desconsiderar, ao ponto de impor redução de valores ou direitos reconhecidos em outrora.

A respeito do tema a doutrina não é das mais atuantes, faltando monografias ou trabalhos específicos sobre as vantagens conquistadas *pro labore facto*. Esta escassez de dados leva tanto o cultor do direito quanto o administrador a uma busca incessante de subsídios sobrepostos sobre a matéria, com o objetivo de serem respeitados direitos e condições auferidos em decorrência do transcurso dos anos, *pro labore facto*.

Em decorrência de várias normas jurídicas, proclama-se a posição funcional já galgada pelo servidor público, cujo cargo viesse a ser transposto de uma situação legal para a outra, preservando todas as conquistas e evitando qualquer decurso, observando-se, destarte, direitos legitimamente adquiridos durante a atividade laboral do funcionário e, portanto, como já dito alhures, *pro labore facto*<sup>31</sup>.

Guindados a uma determinada situação funcional, *ex facto temporis*, os servidores adquirem direitos a tais situações, que passam a integrar-lhes o patrimônio, como direito subjetivo imutável.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 396.

<sup>31</sup> Nada mais caracteriza a situação auferida *ex facto temporis* ou *pro labore facto* que a antiguidade e do merecimento. Referindo-se ao critério da elevação por merecimento, José Cratella Junior entende que: “é o melhor vínculo de que pode o Estado lançar mão para guindar aos postos mais altos os servidores mais idôneos, os quais colocaram a serviço da Administração nas respectivas funções que desempenharam a competência, assiduidade, enfim, todas as qualidades pessoais de que dispõem” (*Regime Jurídico do Funcionário Público*. p. 360 e segs.).

É certo que a Lei nº 8.112/90, ao criar a situação nova desde dezembro/90, não radiou seus efeitos imediatos aos servidores do Banco Central pelo fato de o art. 251 ter brechado a transformação dos empregos em cargos públicos, como amplamente narrado anteriormente. Nesse rumo, deflui-se que a nova situação posta em prática em 1996, ou seja, após vários anos de vínculo laboral, ao retroagir, não é suficiente para retirar um direito de quem já o tinha adquirido por circunstâncias outras que a lei nova haverá, indiscutivelmente, de respeitar.

Há que se preservar os direitos adquiridos *pro labore facto*, que na definição do art. 6º da Lei nº de Introdução ao Código Civil, foram exercidos em virtude de terem sido consumados segundo a lei vigente ao tempo em se constituíram.

Após o advento da atual Carta Magna, as vantagens *pro labore facto* passam a ter valor mais elevado, em face da determinação expressa do inciso XV do art. 37 da Constituição Federal de preservar a irredutibilidade remuneratória do servidor.

Sendo que, nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça - (STJ)<sup>32</sup> breçou a redução de vantagem conquistada *pro labore facto*, como se constata no presente aresto:

“GRATIFICAÇÃO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – REDUÇÃO – ILEGALIDADE – CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 37, XV) - LEIS ESTADUAIS nºs 10.460/88 e 10.872/89 – 1) Vantagens pecuniárias irredutíveis são decorrentes de desempenho de função (*pro labore facto*) ou de transcurso do tempo de serviço (*ex facto temporis*) e não aquelas aprisionadas às condições individuais do servidor público (*propter personam*) ou dependendo de trabalho a ser feito (*pro labore faciendo*). 2) A dedução do percentual de adicionais por tempo de serviço, vantagem incorporada no patrimônio individual do favorecido no ato da sua aposentadoria, constitui violação ao direito líquido e certo do funcionário, assegurado da continuidade da percepção de gratificação legal”.

Ainda sobre direitos subjetivados que o servidor público adquire *pro labore facto*, cabem anotações das magistratas palavras de Barros Júnior:

<sup>32</sup> STJ. 1ª Turma. Resp. 24.353-GO. Erl. Ministro Milton Luiz Pereira. DJU, 12 set. 1994.

“Guardadas das restrições com que devam as situações subjetivadas ser garantidas no direito público, pela relevância especial que se deve reconhecer aqui ao interesse da coletividade, dúvida não era que, em princípio, é a irretroatividade reconhecida, sempre que se tenham definitivamente completado, sob o império da lei anterior, situações que devam subsistir, por conveniência da mesma lei, o que vale afirmar que possam e devam prolongar-se, nos seus efeitos próprios, sob a nova ordem instituída”<sup>33</sup>.

Por isso é que a retroatividade da Lei nº 8.112/90 não poderá gerar rebaixamento ou prejuízos para os servidores do Bacen, em face da impossibilidade de se desprezar o direito consolidado *pro labore facto*.

À guisa de ilustração, se extrai que em determinada época, na vigência do antigo Plano de Classificação de Cargos de que trata a Lei nº 5.645/70, foram feitos vários equívocos por parte da administração, onde os servidores públicos tiveram desprezadas as situações consolidadas em função de fatos jurídicos (*pro labore facto*), em autêntica mácula à aquisição de direitos anteriores. Tais equívocos foram levados ao crivo do Poder Judiciário, que não teve dúvida em corrigir o decesso funcional imposto aos servidores lesados pela sistemática alterada, como se observa no seguinte julgado do extinto Tribunal Federal de Recursos – (TRF)<sup>34</sup>:

“Administração. Funcionalismo. Classificação de Cargos.

A inobservância de condições regulamentares na formação do quadro funcional, além de outros equívocos no tocante ao critério de distribuição por classes, repercutindo na situação de servidores, para cujo enquadramento a qualificação era requisito essencial, enseja, pela via ordinária, a reparação do conjunto de equívocos, apurado no processamento da classificação específica”.

Assim sendo, o servidor ao passar da situação de emprego público para cargo, mesmo que tal enquadramento seja feito após o transcurso de lei declarada inconstitucional, possui a estabilidade da situação conquistada pela força

<sup>33</sup> *Dos direitos adquiridos na relação de emprego público*.

<sup>34</sup> TRF. 2ª Turma. Ap. Cível nº 58.583-tj. Julgado em 12 de setembro de 1979.

dos anos de trabalho na antiga função, adquirindo o direito do respeito às vantagens *pro labore facto*, que a nova situação jurídica é obrigada em respeitar, em total harmonia com o inciso XV do art. 37 da Constituição Federal e ao inciso XXXVI do art. 5º do mesmo Ordenamento Maior.

Com a consumação do estado fático pelo curso dos anos, a manutenção da vantagem conquistada *pro labore facto* nada mais é do que consequência lógica da estabilidade jurídica que deve pairar na relação da Administração Pública com os seus administrados. À guisa de exemplo, cumpre ressaltar o caso de uma pensionista cujo marido faleceu, tendo sacado as parcelas inerentes ao seu Fundo de Garantia por Tempo de Serviço relativas ao período entre janeiro/91 a agosto/96, terá que devolver os valores levantados? Por outro flanco, também merece reflexão o caso de um servidor que comprou casa própria com recursos do FGTS, terá ele que reembolsar o Banco Central pela modificação do Regime Jurídico? Com a mesma dúvida surge a hipótese do aidético que sacou o FGTS até 1996. Terá ele que promover a devolução do que foi sacado?

Sem nenhuma ginástica de raciocínio, é de se ressaltar que o efeito das vantagens *pro labore facto* estancam alterações futuras, gerando estabilidade para todos os servidores do Bacen que sacaram as suas contas vinculadas, expressamente autorizadas pelo empregador. Tanto é assim, que os servidores que recebem vantagens indevidas – que não seria o caso – de boa-fé, são isentos de restituição ao erário, como exposto anteriormente no artigo “Desconto em Folha de Servidor que Recebe Vantagem de Boa-Fé”.

Debalde, nessa sistemática é de se concluir que o servidor que não levantou a sua conta de FGTS no período de 1991 até 1996, possui direito líquido e certo a tal saque, pois o princípio é o mesmo já narrado anteriormente.

Dessa forma, quando a Medida Provisória nº 1.535 acolhe algumas vantagens como irretiráveis, por terem sido conquistadas *pro labore facto*, e descarta outras, tais como os depósitos do FGTS efetuados em janeiro/91 até agosto/96, rompe a barreira da legalidade e deságua em ato de puro arbítrio e força, ferindo frontalmente o direito de propriedade contido no inciso XXII, do art. 5º da CF, e os princípios basilares da ciência jurídica que modificações posteriores advindas da mudança da lei,

pudessem produzir efeitos maléficis às relações jurídicas pré-constituídas, já integradas aos seus elementos objetivo e subjetivo.

Como muito bem disse J. Cretella Jr<sup>35</sup>, “propriedade é o conjunto de toda a patrimonialidade”, o que nos leva a concluir que em sentido lato, o saldo da conta do FGTS pertence ao rol do conjunto da patrimonialidade do titular, ressaltando-se a função social que reveste tal direito. Se o direito de propriedade é, na visão de Pimenta Bueno<sup>36</sup>, a facultade ampla e exclusiva que cada homem tem que usar, gozar e dispor livremente, do que licitamente adquiriu, sem outros limites, não há como se admitir que haja verdadeira expropriação nos saldos vinculados do FGTS.

Em total abono a esta corrente doutrinária, de que os vencimentos, saldos vinculados do FGTS e demais vantagens pecuniárias transmudam-se em verdadeira propriedade do titular do crédito, o art. 19 da MP nº 1.535 contempla “os vencimentos pagos pelo Banco Central do Brasil a seus servidores no período de 1º de janeiro de 1991 a 30 de novembro de 1996, quando excedam os valores dos vencimentos devidos aos servidores do Plano de Classificação de Cargos – (PCC), de que trata a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, serão considerados como *pro labore facto*, sendo as diferenças computadas apenas para a apuração de novos vencimentos nas carreiras do Banco Central do Brasil estabelecidas nesta Medida Provisória”.

Como visto, o próprio Chefe do Executivo reconhece que os vencimentos recebidos no período de 1º de janeiro de 1991 a 30 de novembro de 1996, quando excedam os valores dos vencimentos devidos caso os servidores do Bacen estivessem já enquadrados na situação contemplada pela Lei nº 8.112/90, são imortalizados como *pro labore facto*. Ora, qual é a diferença destes vencimentos para os depósitos do FGTS, que na verdade representam 8% (oito por cento) do que era recebido pelo aludido servidor? Nenhuma, pois o fato gerador do direito é o mesmo, qual seja, a prestação de serviços com a devida contraprestação.

Dessa forma, como desassociar a integralidade dos vencimentos recebidos e consumados em determinado período (janeiro/91 a 30 de

<sup>35</sup> *Comentários à Constituição de 1988*. 3. ed. Forense Universitária, v. 1, p. 300.

<sup>36</sup> *Apud Comentários à Constituição de 1988*. op. cit., p. 301.

novembro/96) do percentual calculado sobre os mesmos (8%), e depositados na conta de FGTS do detentor do crédito? Não há como, pois o princípio é o mesmo, sendo impossível admitir que haja devolução de parcela recebida *pro labore facto* de boa-fé pelo servidor, que teve o principal (vencimentos) reconhecido como inatingível. Ora, o FGTS é acessório vinculado ao principal, que, ao ser reconhecido como parte integrante do patrimônio do servidor, não pode ter tratamento diferenciado, por ser vinculado a ele. E como tal, terão que sofrer o mesmo tratamento, por ser impossível enquadramento diverso de parcela principal, em face do acessório estar atrelado à mesma norma principiológica.

Tanto é assim que ao encaminhar o ofício EMI nº 522/MARE, datado de 11 de setembro de 1997, ao Presidente da República, os Ministros de Estado da Fazenda, Pedro Sampaio Malan, e da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, ao discorrerem sobre a intenção dos arts. 19 e 20 da medida provisória em comento, deixaram expresso:

“Observa-se, portanto, que a intenção do legislador foi a de dar quitação de toda a remuneração paga pelo Banco Central do Brasil a seus servidores e dirigentes desde o alcance retroativo do efeito *ex tunc* da decisão do Supremo Tribunal Federal, ou seja, 1º de janeiro de 1991, até o efetivo enquadramento de seus servidores no Regime Jurídico Único estabelecido pela Lei nº 8.112, de 1990, a teor dos arts. 19 e 20 da medida provisória que se pretende alterar”.

Mais à frente, é sugerido ao Exmo. Presidente da República, o acréscimo de um terceiro parágrafo ao artigo 19:

“É para dirimir essas dúvidas que apresentamos a proposta de acréscimo de um 3º parágrafo ao artigo 19, deixando claro que, além dos vencimentos, toda e qualquer verba remuneratória efetivamente paga, seja a que título tenha sido, pelo Banco Central do Brasil a seus dirigentes, ex-dirigentes e servidores no período alcançado pelo efeito retroativo da decisão de nossa Corte Suprema, também seja considerada como *pro labore facto*. Conseqüentemente, afasta-se a possibilidade de se exigir as devoluções de tais verbas, que têm caráter eminentemente alimentar, preservando-se, sem

dúvida, o equilíbrio das relações jurídicas entre a autarquia e seus dirigentes e servidores, escopo maior da edição de todo diploma legal ora em tela” (grifos nossos).

E acolhendo este pronunciamento, foi realmente acrescido o parágrafo 3º ao art. 19 da nº MP 1.535-9, de 11 de setembro de 1997, assim confeccionado:

“Art.19. ....  
§ 3º - São também considerados como *pro labore facto*, apenas para efeito de mútua quitação entre o Banco Central do Brasil e seus dirigentes, ex-dirigentes e servidores, todas as demais verbas remuneratórias efetivamente pagas, a qualquer título, no período de 1º de janeiro de 1991 a 30 de novembro de 1996”.

Com a introdução desse preceito legal, ficou mais do que evidente que o FGTS (salário indireto) poderá ficar fora do contexto das vantagens *pro labore facto*.

A vantagem consagrada *pro labore facto*, em face da índole contratual em que se originou e do inter-relacionamento jurídico com a aludida Autarquia federal, ainda que o sistema de atualização ou modificação dos vencimentos seja revisto, em função da formação de outro vínculo jurídico, haverá sempre a possibilidade de melhorias ulteriores, ou seja, a situação jurídica do servidor será passível de alteração toda vez que se verificar a mudança na legislação regente, de modo a otimizar a respectiva situação, desde que essa nova incidência reflita em *princípio da retroatividade benéfica* em favor do servidor. Esse princípio decorre da natureza alimentar que reveste os estipêndios, além do direito adquirido a um patamar econômico, capazes de minimizar os efeitos e impactos da instabilidade da vida econômica brasileira, inclusive com seus reflexos na política salarial, pois emerge a necessidade de identificação de um parâmetro, um piso, abaixo do qual não se poderá descer.

Se o novo critério estabelecido pelo Executivo propiciar um valor superior, prevalecerá, como é óbvio; caso contrário, já existiria, em favor dos servidores, um mínimo garantido.

É que a garantia dos direitos adquiridos pela vinculação do servidor a um padrão estipendial tem que ser permanentemente atendida, senão haveria também colisão com a irredutibilidade preconizada pelo inciso XV do art. 37 da CF.

Destarte, a garantia da manutenção das vantagens consumadas *pro labore facto* é a fórmula eficaz capaz de garantir que a incidência das novas normas não possuem o condão de apagar o passado e reduzir um valor mínimo já conquistado. Como a retroatividade só poderá ser benéfica para o servidor, ele carrega para a nova situação um padrão remuneratório mínimo e possui o direito líquido e certo de sacar o saldo total da sua conta do FGTS.

#### 4. A estabilidade das relações jurídicas convalidam atos constitutivos de direito transferidos aos servidores que são adquirentes de boa-fé

Após a incorporação das vantagens conquistadas *pro labore facto*, salta aos olhos, que tais direitos deverão ser transferidos para a nova situação legal, pois é vedada a retroatividade dos efeitos da Lei nº 8.112/90 para prejudicar os administrados de boa-fé.

É indubitável que, em um sistema jurídico, a autoridade administrativa é obrigada a respeitar atos jurídicos já produzidos em prol da coletividade.

Francisco Campos<sup>37</sup>, ao analisar a irretratabilidade dos atos administrativos que já produziram efeitos, ensina:

“1º - É indubitável que em um sistema jurídico que veda a retroatividade da lei, ou a aplicação da lei posterior a um ato consumado sob o regime legal anterior, será inadmissível o privilégio que se pretende conferir à autoridade administrativa de poder livremente anular, mediante ato revogatório, os efeitos já produzidos por um ato administrativo anterior. Não se compreende que a Administração não se vincule por aquele ato, da mesma maneira que o legislador é vinculado, ao editar a nova lei, pelos fatos produzidos sob a exigência da lei anterior.

.....  
3º - A irretratabilidade dos atos administrativos, que decidem sobre a situação individual, é, ainda, um imperativo de segurança jurídica. O fato de que os tribunais poderão rever os atos da autoridade administrativa não exclui o interesse de que, enquanto não adquirida

<sup>37</sup> *Direito Administrativo*. Forense, v. 2, p. 7.

de modo definitivo a certeza jurídica em relação ao caso concreto, não seja necessária a conservação de um estado de certeza que funciona provisoriamente como elemento de estabilização das relações jurídicas – enquanto, portanto, os tribunais não substituem pela certeza judicial a precária certeza administrativa, esta *pro veritate habetur*”.

Com igual brilho e ótica, Seabra Fagundes<sup>38</sup> alerta:

“A infringência legal do ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por um outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse”.

Igualmente, Altamiro do Couto e Silva ressalta que o interesse e a segurança pública se sobrepõem até mesmo à legalidade, não sendo admissível anular atos que já produziram efeitos pró-comunidade:

“É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos, só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, o interesse público recorrente que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, *então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a somatória do inválido, pela conjugação da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidez*” (grifos nossos)<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. Forense, 1984. p. 39-40.

<sup>39</sup> *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. RDP, n. 84, 1987.

Esses entendimentos doutrinários encontram eco em outros notáveis publicistas, como, por exemplo, em Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>40</sup>, que anota:

“Embora de efeito retroativo, a declaração de nulidade ou a decretação de anulabilidade não envolve terceiros, que se vêem partes diretamente atingidas pelo ato nulo ou anulável, indiretamente receberam suas conseqüências”.

Ainda que se torne exaustivo, não se deve deixar passar em branco outra brilhante e arguta colocação da consagrada doutrina, dessa vez do ilustre Antônio Bandeira de Mello<sup>41</sup>, para quem:

“152. Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no direito administrativo do que no direito privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta, e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior.

Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações – noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente – tem especial relevo no direito administrativo.

Não obrigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe o espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização

das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.

Portanto, não é repugnante ao direito administrativo a hipótese de convalidamento dos atos inválidos”.

No campo do Direito Público a boa-fé é o fator preponderante para manter a intangibilidade dos atos administrativos praticados em

<sup>40</sup> *Princípios gerais do Direito Administrativo*. 2. ed. Forense, vol. 1, p. 658.

<sup>41</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. Malheiros, 1997 p. 297-298.

prol da coletividade, sendo irrevogável o ato que haja criado direito<sup>42</sup>, mesmo que no futuro seja alterado ou revogado o comando legal instituidor do aludido direito.

Sobre o desfazimento dos atos administrativos que já radiaram seus efeitos, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>43</sup> observa que a anulação não apaga as conseqüências internas já produzidas:

“O desfingimento, anulando relações, tornando a ato ineficaz, não apaga conseqüências, nem anula efeitos produzidos, pois os atos em começo de execução ou executados “são considerados como irrevogáveis” tendo em conta condições materiais e o tempo de vigência”.

Por já estarem catalogados à parte os atos consumados em prol dos administrados de boa-fé, Celso Ribeiro Bastos<sup>44</sup>, citando Seabra Fagundes, dissecou a teoria das nulidades nos ramos privado e público, sob o seguinte enfoque:

“145. Seabra Fagundes, ante a distinta função da teoria das nulidades nos dois ramos do Direito, também rejeita a dicotomia encontrada no Direito Privado. Observa que neste a finalidade é sobretudo ‘restaurar o equilíbrio individual violado’; daí serem limitados os interesses atingidos pela fulminação do ato. Pelo contrário, no Direito Público são afetados múltiplos sujeitos e interesses. Então, o interesse público ferido por ato ilegítimo às vezes sê-lo-ia mais gravemente com a fulminação retroativa do ato ou até mesmo com sua supressão”.

No palco do saber, não se pode deixar de registrar a ótica autorizada de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>45</sup>, que se perfilha à corrente dos ilustres doutrinadores já citados:

“A anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado, uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância.

O aspecto que se discute é quanto ao caráter vinculado ou discricionário da anulação. Indaga-se: diante de uma ile-

galidade, a Administração está obrigada a anular o ato ou tem apenas a faculdade de fazê-lo (...).

Para nós, a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão”.

Da mesma forma, Lúcia Valle Figueiredo ensina:

“Destarte, por força de erro administrativo, podem surgir situações consumadas, direitos adquiridos de boa-fé. Diante das situações fáticas constituídas, rever tais promoções (hipótese considerada) seria atrair com princípios maiores do ordenamento jurídico, sobretudo com a segurança jurídica, princípio maior de todos, sobre o princípio, como diz Norberto Bobbio<sup>46</sup>.”

E José Frederico Marques<sup>47</sup>, se filiando à corrente citada, adverte que “o limite imposto à revogabilidade está no respeito aos direitos subjetivos perfeitos criados pelo ato administrativo”.

No mesmo contexto, a jurisprudência constituiu elemento sólido que preserva a boa-fé do administrado e convalida o ato já praticado sob este manto:

“O Poder Público atentaria contra a boa-fé dos destinatários da administração se, com base em suposta irregularidade, por ela tanto tempo toleradas, pretendesse a supressão do ato<sup>48</sup>”.

“Não se compatibiliza com o ordenamento jurídico, notadamente com seu objetivo de dar segurança e estabilidade às relações jurídicas, o ato da Administração que, fundado unicamente em nova valoração da prova, modificou o resultado da decisão anterior(...)<sup>49</sup>”.

Como se vê, tanto a moderna doutrina, como a jurisprudência dominante, orientam, de

<sup>42</sup> Cf. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: “são irrevogáveis os atos administrativos legais que tenham criado direitos.” (*Atos administrativos*. Saraiwa, 1980. p. 174)

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 294.

<sup>45</sup> *Direito Administrativo*. 5. ed. Atlas, p. 195.

<sup>46</sup> *Curso de Direito administrativo*, 1994, p. 151.

<sup>47</sup> *RDA*, n. 39, p. 18.

<sup>48</sup> *Ap. Em MS nº 90.04.06891-0-RS. RTRF-4*, n. 6, p. 269.

<sup>49</sup> *Remessa ex-officio nº 89.04.10525-0-RS. RTRF-4*, n. 9, p. 182.

modo firme e consensual, no sentido de que, em face do caso concreto, pode acontecer que situações resultantes de ato administrativo, embora nascidas “irregularmente” pela ótica da Administração, se tornem úteis ao interesse público.

No caso *sub examem*, todos os direitos auferidos pelos servidores do Bacen foram conquistados por força do vínculo legal existente entre as partes que o tempo não permite apagar.

Destarte, não se admite na doutrina e na jurisprudência que na anulação do ato administrativo, que já tenha gerado direitos aos beneficiários de boa-fé, acarrete instabilidade jurídica aos mesmos<sup>50</sup>, imperando o princípio clássico de que “a parte útil não deve ser afetada pela inútil” (*utile per inutile non vitiatur*).

Portanto, a manutenção das vantagens auferidas no decorrer do tempo não podem ser subtraídas sob o pálido argumento de que a declaração de inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112/90 possui o condão de refazer todos os atos já sepultados pelo tempo.

Como visto, existe limite para revogação do ato administrativo quando este invade a subjetividade dos direitos adquiridos pelo labor dos anos. Até mesmo com a modificação de interpretação ou a anulação de um comando legal, não se afigura como lícito desprezar a consumação de situações jurídicas que foram estabelecidas por força de vínculo trabalhista existente entre os servidores e o Bacen. Todos os direitos que foram consumados pela fruição do tempo de serviço colocado à disposição do ente público não podem ser desconsiderados, como se no intervalo de janeiro/91 até agosto/96 não existisse.

Sobre os limites da faculdade da revisão dos atos administrativos consolidados pelo transcurso do tempo, a doutrina estrangeira também traça a fronteira de atuação da Administração Pública, que segundo Eduardo García de En-

<sup>50</sup> J. Cretella Jr. cita ponto de vista do jurista italiano Fragola, no seu consagrado *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*: “Assim como a terapia estuda os meios de cura das doenças dos seres, ou seja, das curas possíveis para sanar, atenuar ou eliminar os males, isto é, com a finalidade de depurar os organismos doentes e conservá-los ainda com vida, assim também, a ordem jurídica, por motivo da economia dos valores jurídicos já produzidos, prepara ou possibilita determinados instrumentos terapêuticos para a cura dos atos jurídicos inválidos.”(op. cit., 1992. Forense, p. 298)

terria:

“Todo el tema de la revocación de actos administrativos por motivos de legalidad es en extremo delicado, en cuanto que atenta contra las situaciones jurídicas establecidas. El enfrentamiento entre los dos principios jurídicos básicos, de legalidad, y de seguridad jurídica, exige una gran ponderación y cautela a la hora de fijar el concreto punto de equilibrio, que evite tanto el riesgo de consagrar situaciones ilegítimas de ventaja como el peligro opuesto al que alude la vieja máxima *summum ius, summa iniuria*”<sup>51</sup>.

Exatamente para manter sólido o ato administrativo, sem que o mesmo sofra alterações em face do processo hermenêutico alterado pela nova interpretação, o imortal Mauro Cappeletti averba em laço de extrema felicidade que:

“...e talore anche in materia amministrativa, si è preferito rispettare certi “effetti consolidati” (tra i quali emerge particolarmente l’autorità della cosa giudicata) prodotti da atti basati su leggi in seguito dichiarate contrarie alla Costituzione: e cio in considerazione del fatto che, altrimenti, si avrebbero troppo gravi ripercussioni sulla pace sociale, ossia sull’esigenza di un minimo di certezza e di stabilità dei rapporti e situazioni giuridiche”<sup>52</sup>.

A teoria da irrevogabilidade dos atos administrativos apareceu no direito português por formulação da Resta – La Revoca Degli Atti Amministrativi, nº 44 –, sendo dissertado por José Robin de Andrade:

“Efectivamente, se alguma razão há para recusar a possibilidade de revogação de actos de execução instantânea, cujos efeitos se achem esgotados, essa razão – o esgotamento de efeitos ao tempo de pretensa revogação – pode aplicar-se inteiramente aos actos de execução duradoura cujos efeitos se tenham já totalmente produzido”<sup>53</sup>.

Na trilha consagrada, o inolvidável Garcia

<sup>51</sup> *Curso de Derecho Administrativo*. 7. ed. Madrid : Civitas, p. 636.

<sup>52</sup> *Il controllo giuddiziaro di costituzionalità delli leggi nel diritto comparato*. Milano, 1978. p. 113-115.

<sup>53</sup> *A revogação dos atos administrativos*. 2. ed. Coimbra, p. 29.



de Oviedo<sup>54</sup> arremata:

“Normalmente la revocación extingue el acto administrativo *ex nunc* pues se protege la confianza del destinatario en la duración del acto. Ahora bien, esa protección no se otorga al que provocó el acto aplicando medios ilícitos, y en tales casos el acto puede ser revocando con efecto *ex tunc*”.

A seguir, o citado mestre discorre sobre a convalidação do ato nulo, com o intuito de manter acesos a credibilidade e o respeito dos atos já consumados:

“En otros casos, sin embargo, la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan”<sup>55</sup>.

Para finalizar, não se pode deixar de registrar o pensamento de Kelsen, de que no mundo jurídico não existem atos nulos pelo fato de toda norma jurídica ser válida, até que seja anulada, tendo o efeito futuro. Mais uma vez é de se abrir parênteses para se registrar a opinião autorizada da ilustre Maria Isabel Gallotti<sup>56</sup>, que, ao discorrer sobre o posicionamento idealizado por Hans Kelsen, averba:

“Uma norma jurídica, em regra, é anulada com efeitos para o futuro, mas o ordenamento jurídico pode estabelecer que a anulação opere retroativamente, hipótese em que se costuma caracterizar, de forma incorreta, a norma como nula *ab initio* ou nula de pleno direito”.

Após os sólidos posicionamentos jurídicos declinados, constata-se que a hermenêutica que foi fator determinante na matéria da aquisição de direitos e obrigações não pode ser maculada 6 (seis) anos após sua vigência pela declaração de inconstitucionalidade do art. 251 da Lei nº 8.112/90, que não possui a força retrooperante de invalidar atos já praticados. Há que se ter temperamentos ao efeito *ex-tunc* da ADIn em comento, face a mesma não ter como ressuscitar os anos já exauridos pela radiação de efeitos no tempo e no espaço.

## 5. Da Medida Provisória nº 1.535-7, de 11 de julho de 1997

O Chefe do Executivo baixou a Medida Provisória nº 1.535/96, que vem sendo renovada

<sup>54</sup> *Derecho Administrativo*. Madrid : Ed. E.I.S.A. v. 2. 1968. p. 123.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> *RDA*, n. 170, p. 20.

mensalmente com intuito de regulamentar a aplicação do Regime Único aos servidores do Bacen, em face da declaração de inconstitucionalidade do art. 251 do aludido estatuto.

Ao regulamentar o imperativo constitucional embutido no artigo 39 da Constituição Federal, disciplinando a incidência do Regime Jurídico Único, a Medida Provisória *sub-oculis* trouxe consigo situações inusitadas e ilegais, tendo em vista disciplinamento *contra legem*, altamente comprometido, por divorciar-se da legalidade capitulada no *caput* do art. 37 da CF, e criando posicionamentos insubsistentes.

Isto porque a medida provisória em comento deveria ater-se em adaptar a situação nova (enquadramento na Lei nº 8.112/90), sem que fossem sangrados os direitos adquiridos pelos servidores do Bacen e a consumação das vantagens auferidas *pro labore facto*. Qualquer ponto de vista legal que não convalide os atos praticados de boa-fé tanto pela Administração como pelos servidores do Bacen, atenta contra a regra básica que restrinja os princípios *pro libertate*, *pro activitate* em favor *libertatis*.

Assim, para não fugir do *thema*, mister se faz que em uma análise sucinta e objetiva se exponha alguns dos dispositivos que atentam contra os direitos e garantias individuais dos servidores públicos.

De início, constata-se que o art. 14 da MP nº 1.535/96, renovada todo mês, criou um “divisor de águas” nas aposentadorias, ou seja, aqueles que se inativaram até 31 de dezembro de 1990 são considerados como detentores de aposentadoria previdenciária, ficando o Banco Central do Brasil como responsável em relação a esses ex-empregados no que concerne à condição de patrocinador da Fundação Banco Central e Previdência Privada (Centrus):

“Art. 14 - São mantidas as cotas patrimoniais relativas a complementações previdenciárias devidas aos empregados do Banco Central do Brasil que se aposentaram sob Regime Geral de Previdência Social até 31 de dezembro de 1990, bem como todas as responsabilidades do Banco Central do Brasil em relação a esses empregados, inerentes à condição de patrocinador da Fundação Banco Central de Previdência Privada (Centrus)”.

O direito à aposentadoria, no dizer de Carlos Maximiliano<sup>57</sup>,

“é um instituto de previdência social criada para evitar que a miséria surpreenda os velhos servidores do Estado, quando impossibilitados de trabalhar (*Comentários à Constituição Brasileira*”, Rio, 1918, nota ao art. 75)”.

Sob o prisma constitucional, o instituto da aposentadoria não foi contemplado na Constituição Imperial de 1824, vindo após, com a instituição da República, onde o texto de 1891 dispunha em seu art. 75: “A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”. Nasceu, portanto, o instituto, de forma modesta e acanhada, limitando à apenas aos casos de invalidez. Apesar de tudo, foi o início do reconhecimento de que a aposentadoria do servidor público deveria estar no contexto constitucional, por ser uma garantia geral para àquele que laborou anos de sua vida em prol de uma coletividade.

Nesse rumo, a Constituição de 1934, no seu art. 170, além de criar a aposentadoria compulsória para os funcionários que completassem 68 (sessenta e oito) anos de idade, disciplinou a aposentadoria por invalidez, declinando quais os casos que seriam contemplados com os vencimentos integrais. A omissão ficou apenas para a aposentadoria voluntária, que não era prevista.

Contudo, pela Constituição de 1946, o Brasil voltou a filiar-se ao Estado de direito, vindo à tona feições contemporâneas para o instituto da aposentadoria. Tanto é assim, que em seu artigo 191 já continha as três espécies de aposentadoria que ainda vigoram (compulsória, por invalidez e voluntária). Por sua vez, o art. 192 do aludido Texto Maior mandou computar integralmente o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal, para fins de aposentadoria e de disponibilidade, sendo certo, que o art. 193 determinava expressamente a revisão dos proventos sempre que, “por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade”.

Entretanto, as Constituições de 1967 e 1969 não discrepam das anteriores no que concerne

<sup>57</sup> MASAGÃO, Mario. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 212.

à regra geral dos três tipos previstos de aposentadoria, freando, contudo, os incentivos financeiros às mesmas, ou como diz Dallari<sup>58</sup>:

“...um cuidado em evitar o alargamento dos benefícios e a concessão de incentivos à aposentação, cuidando, também, de refrear ou conter as revisões ou reajustes de proventos”.

Como o § 2º do art. 102 da Constituição de 1967/1969 ressaltava que nenhum provento de inatividade poderia exceder a remuneração percebida pelo servidor em atividade, o aposentado se viu em um verdadeiro caos estipendial, onde a aposentação era o verdadeiro calvário, pois o descanso forçado ou voluntário transmudava-se em verdadeiro sofrimento. Inobstante esse fato, com o “divisor de águas” existente, nas aposentadorias (celetistas e estatutárias), a disparidade ainda era mais gritante, pois o detentor de emprego público que não tivesse a suplementação dos seus proventos pagos pela previdência complementar, caso do INSS, Sunab, IBC etc, estaria no total ostracismo, porque a aposentadoria previdenciária no curso dos anos se revelou em um sistema altamente insólito e insubsistente, onde o assistido, na prática, era totalmente desassistido. Já o aposentado estatutário, apesar de não evoluir na aposentadoria, recebia seus proventos com base no que percebia quando se aposentou.

A história demonstrou que o sistema existente no cenário constitucional era totalmente penoso para o servidor inativo, em face do decréscimo sofrido pelo mesmo.

Assim, coube ao constituinte moderno acabar com as discrepâncias, resgatando a dignidade do servidor aposentado que, de uma hora para outra, teve os seus proventos equiparados aos seus pares em atividade, *independentemente da data da concessão do benefício*, em face do determinado expressamente no artigo 20 do ADCT, que conferiu efeito retrooperante ao § 4º do art. 40 da CF. Explicando melhor: tanto faz o servidor inativo ser detentor da aposentadoria inerente ao emprego público, que juntamente com o seu par titular da aposentadoria estatutária receberão seus proventos com base no que receberiam se estivessem em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclu-

<sup>58</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990. p. 105.

sive se decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, em perfeita sintonia com o disciplinamento do Texto Magno.

Feito este registro, não se pode admitir que o art. 14 da Medida Provisória nº 1.535 faça distinção de aposentadorias, determinando que os que se inativaram até 31.12.90 pelo regime da CLT recebam seus proventos suplementados pela Centrus. Ora, o sistema de aposentadoria atual não comporta a vinculação a determinado plano atuarial, face a equivalência ser à remuneração recebida se o servidor estivesse em atividade.

Por outro lado, se na atividade o Regime Jurídico é único (art. 39, da CF), como pode na inatividade ser diverso?

A resposta pode ser observada pelo julgamento da Apelação Cível nº 24024-AL, em que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região<sup>59</sup>, em laborioso julgado, deixou bem claro que a Lei nº 8.112/90 extinguiu a distinção entre estatutário e celetista:

“CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL SOB REGIME CELETISTA BENEFÍCIO DO ART. 40, PARÁGRAFO 4º, DA CONSTITUIÇÃO. REGIME JURÍDICO ÚNICO.

A Lei nº 8.112/90, que criou o Regime Jurídico Único, extinguiu a distinção entre estatutário e celetista.

O § 4º do art. 40, da Constituição, aplica-se aos servidores públicos, mesmo aposentados, sob o regime da CLT, pouco importando se o ato da aposentação ocorreu antes da sua vigência.

Vantagem prevista no art. 192 da Lei 8.112/90, procedência”.

Com o mesmo brilho, o Tribunal Regional Federal – 2ª Região também teve a oportunidade de sedimentar a matéria, como se constata no laborioso voto do ex-Desembargador Sérgio D’Andréa Ferreira<sup>60</sup>, na apelação cível nº 7831/RJ, que ficou assim ementada:

“DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. Alçada. Superveniência das disposições do art. 40, § 4º, da CF, e do art. 20 do ADCT. Questão que se tornou constitucional, razão por que se faz irrelevante o valor da causa. Incidência con-

junta dos dois dispositivos, para, com eficácia financeira a partir de 5.10.88, passarem a favorecer os já inativados àquela época, as decorrências pecuniárias das modificações que beneficiaram os seus colegas ativos e que não os atingiram por força do entendimento constitucional anterior”.

Portanto, não poderá haver distinção de aposentadorias, ou seja, tanto os que se aposentaram antes de 31.12.90, como os que se desligaram posteriormente a esta data, fazem jus ao recebimento dos seus proventos pagos pelos cofres do Bacen, em conformidade com todo disciplinamento constitucional da matéria, que manda rever as aposentações anteriores, para que as mesmas, em cento e oitenta dias contados a partir da promulgação da Constituição Federal, fossem ajustados ao disposto na Carta Magna.

Dentro deste contexto, o art. 189 da Lei nº 8.112/90 se encaixa perfeitamente no estipulado no art. 40, § 4º da CF, o que significa dizer que a equiparação das aposentadorias é imperativo legal, independentemente do regime pelo qual embrionariamente se deu a aposentação.

Dito isto, afigura-se como inconstitucional o procedimento que mantém a aposentadoria celetista do Bacen disassociada dos padrões regentes da estatutária. Sendo certo que os detentores da aposentadoria celetista possuem direito garantido pela Constituição Federal de receberem seus proventos em sintonia com o cargo exercido pelo seu paradigma ativo, devendo o Bacen ser o responsável pelo pagamento dos seus estímulos.

Nessa linha de raciocínio, os que se inativaram antes de 31.12.90 também fazem jus ao pagamento referente à devolução patrimonial e às contribuições efetuadas para a Centrus, em igualdade de condição com os seus pares aposentados regidos pelo Estatuto do Funcionário Público. Isto porque o Bacen está devolvendo a respectiva parcela financeira para os seus servidores que se aposentaram ou estão no serviço ativo, *limitando* tal vantagem para os contemplados com a aposentadoria estatutária, deixando os servidores que se desligaram do serviço ativo até 30.12.90 fora do alcance da respectiva parcela financeira.

Esta omissão dos inativos celetistas é danosa e detrimetosa, abrindo o leque para o questionamento judicial, pois não se admite, em hipótese alguma, que o ente público distinga os iguais perante a lei, em total afronta ao

<sup>59</sup> 93.05.08441-9. Relator: Juiz Rivaldo da Costa. DJU, p. 38391, 17 set. 1993.

<sup>60</sup> TRF. 2ª Região. 2ª Turma Ap. Cível 7831/RJ (90.02.08175-8). DJ, 26 out. 1993. Relator: Desembargador Sérgio D’Andréa Ferreira.

*caput* do art. 5º da CF, que não permite que haja tratamento antiisonômico no presente caso.

Por outro lado, o art. 18 da Medida Provisória nº 1.535/96 concede o enquadramento a partir de 1º de dezembro de 1996 para os ocupantes dos cargos de técnicos do Banco Central e de Auxiliar, que foram transpostos, respectivamente, nos cargos de Analista e de Técnico de Suporte da Carreira de Especialista do Banco Central do Brasil e os servidores ocupantes do cargo de Procurador do Bacen que foram enquadrados no cargo de Procurador da carreira jurídica da aludida autarquia, observado o posicionamento constante do Anexo VI.

Ora, tal dispositivo legal é de extrema singularidade, eis que conferiu “temperamentos” a ADIn 449-2/DF, pelo fato de o enquadramento dos respectivos servidores do Bacen ter sido efetuado a partir de 1º de dezembro de 1996, e não com data retroativa a janeiro/91, o que significa dizer que o efeito da decisão judicial em debate foi tido como *ex-nunc* e não *ex-tunc*. Tal posicionamento vai de encontro com a conveniência do estado fático que imperava quando da declaração de inconstitucionalidade *sub-oculis*, sendo temerário não se conferir o aludido “temperamento”, em face do transcurso dos anos e a cristalização de direitos intransponíveis.

Após este importante registro, constata-se que o artigo 19 da citada MP garante que os vencimentos recebidos pelos servidores do Bacen, no período de 1.1.91 até 30.11.96, quando excedam os valores dos vencimentos devidos aos integrantes do Plano de Classificação de Cargos de que trata a Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, são considerados como *pro labore facto*, como já dito anteriormente. Na prática, é o reconhecimento da convalidação do transcurso dos anos laborados pelos servidores do Bacen. Nada mais justo e legal do que o reconhecimento em tela.

Todavia, o § 1º do art. 19 condiciona ao servidor público do Bacen o direito de requerimento, até o dia 31 de janeiro de 1997, sob pena de decadência, para que seja feita revisão de valores recebidos conforme previsto no *caput* quando, para efeito de acerto de contas seus pagamentos, direitos e obrigações serão revisados segundo a tabela de vencimentos aplicada aos servidores do Plano de Classificação de Cargos de que trata a Lei nº 6.645/70, devendo, se for o caso, o débito ser quitado de forma definitiva, tanto pelo servidor quanto pelo Ba-

cen, ficando imunes apenas os casos decorrentes de revisão judicial, provisória ou definitiva (§ 2º).

Ora, tal dispositivo legal conflita com o *caput* do art. 18, eis que enquadra os servidores do Bacen a partir de 1º de dezembro de 1996, deixando de conceder efeito retroativo, que tecnicamente significa dizer que não teria a retroatividade prevista no *caput* do art. 19.

Inobstante este fato, nenhuma lei pode restringir ou excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV do art. 5º, da CF), o que significa dizer que o prazo de decadência preconizado pela MP é inconstitucional, pois se trata de direito e garantia fundamental de acessibilidade ao Poder Judiciário, que é inderrogável.

Por outro flanco, o artigo 21 da MP supramencionada, ao determinar as contas entre o Bacen e seus servidores, incluiu as parcelas não recolhidas ao Plano de Seguridade Social. Ora, tal desconto também é inconstitucional, pelo fato de ter sido instituído pela Medida Provisória nº 1.415, de 29.4.96, quando a Constituição Federal impõe que seja por lei complementar.

Colocado este ponto jurídico sob testilhas do Poder Judiciário, o Sindicato dos Servidores do Bacen (Sinal) ingressou com a Ação Ordinária nº 97.0071840-9, distribuída para a 17ª Vara Federal, sendo deferida antecipação de tutela pelo emérito Juiz Titular Dr. Wanderley de Andrade Monteiro:

“Após a Carta Magna de 1988, as contribuições sociais e parafiscais em geral possuem natureza jurídica tributária, consoante se conclui da interpretação dos arts. 146, III, 149, I e III, 195, § 9º.

A medida provisória é inadmissível como processo legislativo para exigir qualquer espécie tributária, porquanto ser necessário se aplicar o princípio da legalidade estrita e porque não se conforma com os ditames do Sistema Tributário que vincula os tributos instituídos por lei complementar ao regime da anterioridade por ano ou da anterioridade de 90 (noventa) dias, como é o caso das Contribuições Sociais.

A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67 da Constituição Federal).

Nesse sentido é o entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pelo voto do Exmº Sr. Dr. Juiz Nelson Gomes da Silva, conforme Ementa, *verbis*:

APOSENTADOS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL CRIADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1415/96.

1. Para que possam servir de instrumento hábil à criação das contribuições sociais previstas no art. 195 e §§, da CF/88, as Medidas Provisórias deverão se converter em lei no prazo de trinta dias. Sob pena de, perdendo a eficácia e saindo do mundo jurídico, não viabilizarem o vigor necessário às contribuições sociais, pois estas somente o adquirem após o transcurso do prazo de 90 (noventa) dias contados a partir da publicação da lei (ou medida provisória) que as houver instituído.

2. A reedição de uma medida provisória não tem condão de reipristinar aquela que perdeu a eficácia, pois, somente o Congresso Nacional pode disciplinar as relações jurídicas decorrentes das medidas provisórias que não se converteram em lei no prazo de trinta dias.

3. Somente quando a Medida Provisória nº 1.415, que vem sendo reeditada mensalmente, se converter em lei é que serão criadas, validamente, as contribuições sociais sobre os proventos dos aposentados, e, então, poderão ser exigidos após o decurso do prazo nonagesimal contado da data da publicação da última medida provisória convertida em lei.

4. Agravo provido” (SS nº 6.01.24824 [AgRg] - 2 - DF e SS nº 96.01,28717 [Ag. Rg] - 9 - DF. DJ de 7.10.96, Seção 2, p. 74.894).

Na trilha da ilegalidade, a MP em questão defere o levantamento do FGTS dos ex-empregados do Bacen de competência até 31.12.90, atualizados até a data do saque, indisponibilizando, contudo, os depósitos efetuados em janeiro/91 até agosto/96, em total desprezo ao direito adquirido e à cristalização das vantagens *pro labore facto*, que inclusive é admitida no *caput* do artigo 9º da respectiva norma legal. Ora, não há como se entender como lícito e *razoável* que se estipule a devolução de parcela fundiária quando ela é acessória dos vencimentos recebidos no mesmo período e este é tido como irretirável por ser *pro labore facto*. É um total contra-senso, que não se reveste de contornos jurídicos, por ser totalmente ile-

gal fazer este complicado “divisor de águas”, como exaustivamente exposto anteriormente.

Por igual, o famigerado § 5º do art. 21 da MP nº 1.535 é o verdadeiro “verdugo” da estabilização da situação fática consumada, fruto da relação jurídico-funcional existente, pois de forma descompassada com a legalidade impõe aos inativos, como também aos servidores exonerados ou demitidos titulares de contas vinculadas ao FGTS, que realizaram saques de saldos constituídos por depósitos efetuados pelo Bacen, de competência após 31 de dezembro de 1990, indenização à respectiva Autarquia (???). É o fim do fim. Não é possível que em pleno século XX, onde o Estado democrático de direito reina em quase todos os países desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, constate-se norma de tamanha violência, que sorrateiramente invade o ato jurídico perfeito e a consumação dos direitos adquiridos. Como já narrado em tópico próprio, o servidor que recebe vantagem de boa-fé está imune às devoluções futuras, por não ter contribuído para o cometimento de erros ou de equívocos no ato da concessão da vantagem. Devolver parcela recebida de boa-fé fere a razoabilidade imperativa de determinado momento jurídico, que atraiu os servidores a se engajarem no que lhes foi oferecido.

A medida provisória *sub-oculis* alterna momentos que cristaliza as vantagens *pro labore facto*, ao passo que em outras oportunidades lhes nega o valor jurídico, como nas devoluções de saldos do FGTS posteriores a 31.12.90. Tanto é assim que o art. 23 da norma citada reconhece os *anuênios adquiridos* pelos servidores do Bacen no regime celetista como transformados em Adicional por Tempo de Serviço, conforme disposto no artigo 67 da Lei nº 8.112/90.

Nesse quadro, todas as vantagens recebidas *pro labore facto* deverão guardar sintonia com o tratamento igualitário que o princípio impõe aos servidores de usufruírem do mesmo tratamento legal, otimizado pela nova situação jurídico-funcional.

Assim, a transformação do emprego em cargo público não possui o efeito de apagar o que foi adquirido no curso da relação jurídico-funcional passada, em face da nova relação ter que ser benéfica para todos os servidores do Bacen, sem exceção de tempo ou de regime jurídico, em total e estreita identidade com a norma constitucional.

Se o Chefe do Executivo não alterar os pon-

tos falhos da MP nº 1.535, certamente estará deixando arestas a serem aparadas pelo Poder Judiciário que, em nome da legalidade, saberá

ser o “fiel da balança” no resgate do Estado de direito que deve reinar na relação dos administrados com a Administração Pública.