

ria comportar, de sorte a obter solução rápida, abreviando os normalmente congestionados canais burocráticos competentes.

É como nos parece.

Rio de Janeiro, 1 de novembro de 1971.

ROBERTO RICHELLETTE FREIRE DE CARVALHO  
Procurador do Estado

**FUNCIONÁRIO FEDERAL TRANSFERIDO AO ESTADO. REGIME JURÍDICO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 110 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE 1967**

No processo 66/51 141/60 relativo a Vicente Ferreira Porto é chamada esta Procuradoria a manifestar-se sobre o que pode ser assim sintetizado:

1. Se a declaração pelo E. Supremo Tribunal Federal, na Representação n.º 754, da inconstitucionalidade do art. 110 da Constituição da Guanabara de 1967, vincula a administração no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 10 do ADCT da Carta Estadual de 1961 que, identicamente no art. 110, previa pudesse deixar de ser aplicada legislação estadual ao funcionário federal transferido.

2. Se adotado entendimento no sentido afirmativo, deveria ser aplicada a legislação estadual a situações de servidores de investidura federal ocorridas sob o império da Constituição Estadual de 1961.

3. Se o Dec.-lei 256/60, que em seu art. 3.º determina serem devidas aos funcionários transferidos as vantagens estabelecidas na legislação estadual, calculadas sobre os níveis estaduais, se aplica às situações anteriores à sua edição.

4. Se fôr aplicável à hipótese a legislação federal — e não a estadual — deveria ser adotado o entendimento da Consultoria Geral da República no Parecer 706-H.

Retardamos deliberadamente nosso pronunciamento. Isto porque a matéria, do maior relevo, era objeto de outro processo, (09/641 321/70), no qual foi magnificamente apreciada pelo nosso colega JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, cujo parecer acaba de ser aprovado.

Cabe-nos, então, endossando aquele parecer, transcrevê-lo no que é pertinente à hipótese. A saber:

“Com a transferência de servidores de investidura federal para o Estado recém-criado, impôs-se de logo uma definição legal que lhes indicasse a situação jurídica. E esse posiciona-

mento se fez, no art. 3.º e seu parágrafo 1.º, da Lei n.º 3.752/60 (Lei San Thiago Dantas) ao enunciar:

“Art. 3. — Serão transferidos ao Estado da Guanabara, na data de sua constituição, sem qualquer indenização, os serviços públicos de natureza local prestados ou mantidos pelo União, *os servidores neles lotados* e todos os bens ou direitos nele aplicados e compreendidos.

§ único — Os serviços ora transferidos e o pessoal neles lotado, civil e militar, passam para a jurisdição do Estado da Guanabara, e ficam sujeitos à autoridade estadual, tanto no que se refere à organização desses serviços, como no que respeita às leis que regulam as relações entre esse Estado e seus servidores.”

O regime Jurídico dos servidores transferidos era assim — e não poderia ser outro — o estadual. A lei federal, ao dispor sobre a transferência, estabeleceu, contudo, uma regra transitória, capaz de regular certas situações especiais sem correspondência imediata na legislação do novo Estado, o qual, sucedendo no antigo Distrito Federal, aproveitava a sua legislação, omissa, em alguns aspectos, quanto a determinadas categorias de servidores regidos por legislação especial, como, por exemplo o Corpo de Bombeiros, a Polícia, a Justiça. O novo Estado, ao despontar como tal, é que iniciaria a sua organização. Enquanto não legislasse a respeito de certas matérias, atinentes ao pessoal transferido, haveria uma solução de continuidade de de conseqüências danosas sobre o funcionamento do Estado se a lei San Thiago Dantas não estabelecesse, como estabeleceu, uma regra transitória.

“Art. 3.º — .....

§ 5.º — Os serviços transferidos continuarão regidos pela legislação vigente, enquanto não for modificada pelos Poderes competentes do novo Estado, ao qual incumbe sobre eles legislar, inclusive sobre o pessoal transferido, bem como administrá-los, provendo-lhes e movimentando-lhes os quadros.”

“Esta norma evitava o rompimento da continuidade administrativa, mas estava a sua incidência condicionada aos pressupostos, colocados pelo princípio constitucional do federalismo, o qual, excetuadas as ressalvas previstas na própria Cons-

tuição, inadmitte qualquer ingerência da União nas relações entre os Estados e seus servidores.

Eram, por conseguinte, pressupostos da incidência da lei federal, primeiro, a inexistência de regra local aplicável, e, depois disso, a aceitação tácita do Estado, que enquanto não legislasse a respeito, estaria, com seu silêncio, encampando e aceitando, como sua, a legislação federal aplicável.

A par desses preceitos, a Lei San Thiago Dantas, pretendendo conferir ao Estado da Guanabara condições de equilíbrio financeiro, como ressalta o eminente Ministro, então Consultor Geral da República, Victor Nunes Leal, em parecer publicado no vol. 13, pág. 526 da Rev. de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, instituiu para a União o ônus de continuar a remunerar o pessoal transferido. Como o pessoal transferido, uma vez criado o Estado, ganhava, necessariamente, o "status" de funcionário estadual, a União, ao remunerá-los, não fazia senão conferir recursos ao Estado para remunerar seus servidores. Deve-se, contudo, acrescentar que, quando a União pagava remuneração superior à prevista, nos padrões estaduais. Apenas pagava pelo Estado até esses limites. Acima desses limites, torna-se evidente que a União não pagava pelo Estado, pois o Estado não devia, mas por si mesma. A que título pagava por si mesma, não nos compete aqui investigar. Que fique apenas a constatação.

Considere-se que a Lei San Thiago Dantas, sendo federal, não poderia imiscuir-se no futuro do novo Estado, cuja criação estava prevista na Constituição Federal de 1946. (art. 4.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

O encargo atribuído à União, de remunerar servidores estaduais, imposto por lei federal, gerou obrigações para a União, em face do Estado, e, talvez, em face dos servidores transferidos mas jamais poderia criar situações jurídicas ou posições subjetivas exercitáveis, pelos referidos servidores, contra a Guanabara, uma vez que, ao legislador federal, falecia competência para transpor a autonomia local, no que lhe é mais peculiar, ou seja, na definição do regime das relações entre o Estado e seus servidores.

Assim, com a transferência, verificou-se, para os transferidos, uma imediata integração, no Estado, e uma conseqüente submissão ao seu regime de pessoal — Lei 880/56 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Distrito Federal) excetuadas as situações especiais, cujas características, as tornavam incompatíveis com o regime geral do pessoal. Para situações específicas, aceitava o Estado, enquanto não dispusesse a respeito, a legislação federal pertinente, a qual passava a aplicar como se sua fosse. Para os servidores, cujo regime fosse o esta-

tutário comum, o novo Estado já contava com legislação própria aplicável — a Lei 880/56.

Anote-se, pois, uma primeira assertiva. O regime dos funcionários transferidos, segundo a Lei San Thiago Dantas, passava a ser o consagrado na Lei 880/56, e demais normas estaduais aplicáveis, ressalvadas certas categorias de servidores, regidos por legislação especial, sem correspondência no direito positivo local, a qual continuaria, provisoriamente, aplicável, evitando-se assim, o transtorno da quebra da continuidade e da precipitação no vazio legislativo.

.....

A primeira Constituição da Guanabara (1961), no art. 10 do Ato Constitucional das Disposições Transitórias, assegurou:

“O regime jurídico dos servidores transferidos ao Estado, mas cuja investidura é federal, é o da lei federal aplicável, estendendo-se-lhes a lei estadual no que for mais favorável.”

A Constituição de 1967 reafirmou a regra:

“Art. 110 — O regime jurídico dos servidores de investidura federal transferidos ao Estado, é o da lei estadual lhes for mais favorável, respeitado o disposto no artigo 73, letra “e”, quanto aos servidores de investidura estadual.”

A Constituição da Guanabara teria, então, incorporado a legislação federal, aplicando-a aos servidores transferidos, e, além disso, contemplando-os com o benefício da legislação estadual no que fosse mais benéfica do que a norma federal. Criava-se assim uma situação de privilégio segundo a qual conferia-se, de dois regimes jurídicos, os preceitos mais favoráveis, formando-se com os retalhos, na verdade, um terceiro estatuto que era a soma dos melhores institutos de dois complexos normativos.

O Estado, vigente a regra constitucional de 1961, passou a aceitar e aplicar o princípio da legislação mais favorável. Convém salientar, entretanto, que não só nessa fase, mas até 31 de dezembro de 1969, manteve a união o encargo de remunerar os funcionários transferidos. A regra constitucional, de certa forma, acomodava-se a uma situação de fato, eminentemente excepcional.

O Supremo Tribunal Federal, porém, ao apreciar a Representação n.º 754, considerou, por decisão unânime, incons-

titucional o preceito supra-transcrito da Constituição Estadual de 1967.

O eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, ao relatar a matéria, teve oportunidade de afirmar:

“O benefício da legislação mais favorável parece-me impossível, porque os vencimentos são percebidos pelo exercício do cargo e dos padrões nele fixados. Ora, não é possível perceber pelos cofres federais quando o “cargo” foi transferido para o Estado, nem estabelecer discriminação no plano estadual, entre seus funcionários. Em todo caso, a legislação adequada deve ser aplicada sem necessidade de preceito constitucional.”

Colocada a questão nestes termos, diversas indicações se propõem: Inconstitucional a norma de 1967, a sua antecessora, a ela idêntica, constante da carta de 1961, também deveria ser tida como inconstitucional? Afastados os preceitos constitucionais, qual a norma aplicável?

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, no plano normal, a ela se circunscreve, não havendo como, por via da similitude, operar a comunicação a outra regra do ordenamento jurídico, de idêntico ou análogo conteúdo.

No caso específico da consulta, as normas cogitadas são sucessivas, de forma que a secunda, julgada inconstitucional, substitui a primeira, já revogada. Já não se permite, por meio de representação, atacá-la, em tese, pedindo a declaração da sua inconstitucionalidade, mesmo porque, seria irrelevante tal declaração, cuja finalidade é excluir do ornamento a regra viciada. Uma norma revogada já foi, por força da revogação, excluída do sistema. Restam os efeitos de sua incidência, no passado, configurando posições concretas.

A arguição de inconstitucionalidade, como incidente a ser decidido na hipótese concreta, poderá ser sempre produzida contra qualquer lei. A administração poderá negar-se a cumprir uma lei, por considerá-la inconstitucional, abrindo-se para o interessado a oportunidade de recorrer ao Judiciário que proferirá a última palavra sobre a controvérsia. Na hipótese da consulta, o Judiciário, por sua mais alta Corte, já se pronunciou, sobre norma idêntica, o que indica que, voltando a opinar sobre a matéria adotará análoga linha de pensamento. O administrador tem assim, por via indireta, uma indicação emanada do S.T.F., quanto à validade do art. 10 das Disposições Transitórias da Constituição Estadual de 1961.

Deverá, portanto, embora não esteja vinculada, pautar-se por esta orientação, adotando-a.

Excluído o preceito constitucional, retorna-se ao sistema da Lei San Thiago Dantas e aos princípios do federalismo, já estudados e analisados, precedentemente.

O regime do servidor transferido é por conseguinte, o da “legislação adequada”, o qual salvo exceções é da Lei n.º 880/56, posteriormente, substituído pelo da Lei n.º 1.163, de 12 de dezembro de 1966, e atualmente pelo Decreto-lei n.º 100, de 8 de agosto de 1969.

Desde a transferência para o Estado, no exercício de 1960, os funcionários de investidura federal passaram a reger-se pela legislação estadual e só, sob a incidência desta, adquiriram direitos.

Encontra-se, assim, o Estado impedido de constituir situações jurídicas a não ser se quando as leis do Estado, uma vez que a norma que mandava aplicar a legislação federal, encontra-se eivada de inconstitucionalidade.”

Conseqüentemente, embora o julgamento da inconstitucionalidade do art. 110 da Carta Estadual de 1967 não tenha como efeito cogente o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 10 ADCT da Constituição da Guanabara de 1961, não pode desconhecer o Estado que são idênticos os mandamentos de ambas as normas, e que as razões da inconstitucionalidade de uma têm plena adequação à outra. Vale dizer, nas duas ocorre ofensa ao princípio federativo.

Vale transcrever o voto, vencedor, do Ministro THEMISTOCLES CAVALCANTI na Representação 754:

“A impugnação se refere à parte final quanto ao art. 73, mas o Dr. Procurador Geral arguiu a inconstitucionalidade total.

O que se alega e, a meu ver, com razão, é que não se pode manter um regime jurídico federal para um funcionário que, embora de investidura federal tenha sido transferido para o Estado.

Ainda menos seria lícito a sua opção pela lei mais favorável.

A opção do funcionário em razão do vencimento não tem fundamento jurídico. O funcionário não pode escolher a sua fonte pagadora.

O seu cargo deve estar devidamente enquadrado e os recursos para o seu pagamento previsto em lei. O funcionário será da União ou do Estado e uma vez realizada a opção inicial, será incorporado ao funcionalismo respectivo.

O problema da investidura é relevante enquanto ele permanece sujeito ao poder que o investiu, mas, quando ele se transfere à outra área, à outra jurisdição, à subordinação de outro governo, desaparece a sua investidura primitiva para

vinculá-lo ao novo sistema a que se viu vinculado pela transferência.

O funcionário ou será federal ou estadual e, quando ele se transfere ao sistema estadual perde as vantagens decorrentes de sua investidura primitiva, para gozar o que se estipula na legislação estadual.

O benefício da legislação mais favorável parece-me impossível porque os vencimentos são percebidos pelo exercício do cargo e dos padrões nele fixados. Ora, não é possível perceber pelos cofres federais quando o “cargo” foi transferido para o Estado, nem estabelecer discriminação no plano estadual, entre os seus funcionários. Em todo o caso a legislação adequada deve ser aplicada sem necessidade de preceito constitucional.

Aceito a ponderação da douta Procuradoria Geral a fls. 278.

Tenho como inconstitucional a arguição.”

Ante o exposto, deve a administração abster-se de continuar aplicando o art. 10 do ADCT de 1967. As situações em que, em princípio, por esse artigo, seria de aplicar-se a legislação federal será, em seu lugar, aplicada a legislação estadual. Relativamente aos atos praticados sob o império do art. 10 ADCT, convém reserve-se a administração para apreciá-los após a manifestação do Judiciário sobre a nova orientação, não só em ações futuras, como em algumas em curso.

Perde, portanto, o interesse, a indagação sobre o momento de eficácia do Decreto Lei 256/69. A legislação estadual, inclusive no que pertine a vantagens, se aplica ao funcionário federal transferido não por efeito do que dispõe esse diploma, mas em consequência de, com a transferência, colocar-se o funcionário no âmbito de incidência da legislação estadual.

Quando ao último quesito da consulta, verifica-se, pela referência feita ao parecer 706-H da Consultoria da República, versar sobre aposentadoria, matéria que não diz, diretamente, com a hipótese do processo.

Ainda nesse passo podemos valer do parecer já parcialmente transcrito quando expressa:

“Resta considerar que a Constituição Federal de 1967, no parágrafo primeiro do art. 177, estabeleceu:

“O servidor que já tiver satisfeito, ou vier a satisfazer dentro de um ano, as condições necessárias para a aposentadoria nos termos da legislação vigente na data desta Constituição. Apresentar-se-á com os direitos e “vantagens previstas nessa legislação”

“Essa norma não beneficia o requerente. Em 24 de janeiro de 1967 a legislação vigente para os

servidores de investidura federal, era, como demonstrado, a estadual. A atribuição de certas vantagens pela União não prevalece contra o Estado. Juridicamente, a legislação vigente era a estadual. Se, naquela data, já completara o requerente tempo de serviço suficiente para a aposentadoria, o seu direito era o de aposentar-se segundo a legislação vigente, que era a estadual”.

Vale ainda aduzir que o parecer 706-H, da Consultoria da República, emitido sob a vigência da Constituição da República de 1967, está superada pela edição da Emenda n.º 1. O entendimento a respeito do tema — aposentadoria — foi refixado nos pareceres n.º 1, — 126, de 24-11-71, aprovado em 29/6/71, publicado no D.C. de 2/7/71 e n.º 1-59, de 3/8/70, aprovado em 6/8/70.

Dispensamo-nos de maior exame desse aspecto da consulta não só ante o acima exposto, como por ter ele sido brilhantemente abordado em recente parecer do Dr. RICARDO CESAR PEREIRA LYRA no Proc. n.º 11.772/71.

Aplica-se, portanto, ao requerente, a legislação estadual.  
É como nos parece.

Rio de Janeiro, de de 1972.

ROBERTO RICHELETTE FREIRE DE CARVALHO  
Procurador do Estado

#### FUNDAÇÃO ESTADUAL DO BEM-ESTAR DO MENOR: NATUREZA JURÍDICA. REGIME JURÍDICO DE SEU PESSOAL

Do Presidente da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM) vem-nos consulta pela qual se indaga a que regimes — funcional e previdenciário se sujeitam de servidores daquela entidade que, nos serviços da mesma, ocupam cargos em comissão.

Esclarece o consulente que, para provimento dos referidos cargos, têm sido nomeados funcionários estaduais à disposição da FEBEM, contratados da própria entidade e pessoas estranhas — quer ao serviço público em geral, quer ao Serviço da Fundação.

A consulta, mais especificamente, visa dirimir dúvida quanto à incidência ou não do Dec. Lei 440/69 sobre pessoal das Fundações Públicas do Estado. Referido Diploma, que determina a suspensão do contrato de trabalho dos empregados do Estado e de suas autarquias nomeados para “cargos em comissão” ou designados para “funções gratificadas” e os co-