

*Mandado de Segurança Impetrado Contra
Ato do Procurador-Geral de Justiça.
Ausência de Violação ao Princípio
Constitucional da Igualdade*

*Procuradoria de Justiça
Tribunal de Justiça
1º Grupo de Câmaras Cíveis
Mandado de Segurança nº 1040/93*

Impetrante: Luís Carlos de Araújo
Impetrado: Procurador-Geral de Justiça

Mandado de segurança impetrado contra ato do Procurador-Geral de Justiça, que cancelou, na remuneração do Impetrante, verba relativa à incorporação de gratificação por exercício de cargo em comissão. Não ofende o princípio constitucional da igualdade a parte do art. 10, § 5º, da Lei Estadual 530/82 que restringe sua aplicação aos servidores exonerados após 1º de janeiro de 1984. Ainda que fosse inconstitucional, não seria lícito ao aplicador da regra ignorar a restrição e ampliar a norma, para beneficiar servidores exonerados anteriormente a esta data. Parecer no sentido da denegação da ordem.

PARECER

1. Trata-se da mandado de segurança impetrado contra o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, por meio do qual o Impte., Promotor de Justiça, se insurge contra o cancelamento, por aquele decretado, de vantagem pecuniária que vinha sendo paga ao Impte., correspondente à incorporação de gratificação relativa ao exercício de cargo em comissão.

Alega o Impte. que o ato impugnado fere direito seu à vantagem suprimida, nos termos da legislação estadual indicada na inicial; que afronta a garantia de irredutibilidade de vencimentos; que envolve inviável revogação de atos administrativos que reconhecem direitos subjetivos, e que foi praticado como “vindita” (fls. 4), decorrente de ato praticado pelo Impte. na salvaguarda de suas funções como “Promotor Eleitoral na 1ª Zona Eleitoral” (fls. 4).

Pede o Impte., em caráter definitivo, que se considere nulo o ato impugnado.

2. Deferida a liminar (fls. 46) – cuja suspensão foi infrutiferamente tentada junto ao E. Superior Tribunal de Justiça (fls. 59) –, prestaram-se informações a fls.

52 e segs.; abriu-se vista a esta Procuradoria de Justiça, que se manifestou contra a manutenção da liminar, por ilegalidade (art. 1º, § 4º, da Lei 5012/66), e requereu diligências; deixando de pronunciar-se a Procuradoria do Estado, e indeferida pelo douto Relator a solicitação de informações sobre os assentamentos funcionais do Impte., retornaram os autos a esta Procuradoria.

É o relatório.

3. Não comportando evidentemente apreciação no âmbito do *writ* a alegação de que o ato praticado pelo Impdo. está maculado de desvio de poder ⁽¹⁾, por ausência de prova documental inequívoca a respeito da matéria, nem estando em jogo na espécie o princípio da irredutibilidade de vencimentos - que não impede que se cancelem verbas ilegalmente pagas -, resta analisar se tem o Impte. o direito subjetivo que sustenta.

De acordo com o inicial, o Impte. exerceu cargo em comissão na Administração estadual entre 5.4.77 e 28.2.83, e daí lhe resultaria direito a continuar recebendo, após a exoneração, 5/8 do vencimento do cargo, símbolo CG, a título de direito pessoal, tendo sido este direito, a princípio reconhecido pela Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 10), sido afinal denegado através do ato impugnado.

Não está nos autos, como pretendeu esta Procuradoria, cópia dos assentamentos funcionais do Impte., onde se encontrariam a demonstração do tempo de exercício do cargo em comissão e do próprio ato atacado no *writ*, assim como a verificação de haver sido, ou não, computado em dobro o período, como sugere, até certo ponto, o documento de fls. 24.

Como quer que seja, não tendo sido impugnada, nas informações, no ponto, a alegação do Impte., pode-se, com alguma boa vontade, considerá-la demonstrada.

4. O direito do Impte. resultaria do disposto no art. 10, § 5º, da Lei 530/82, com texto vigente em 1991 (acrescentado pela Lei 720/83, art. 31, e renumerado pela Lei 1103/86):

“Ao funcionário público que, a partir de 01 de janeiro de 1984, for exonerado após 4 anos de exercício contínuo, será assegurada a percepção de tantos décimos de vantagem prevista neste artigo quantos tenham sido os anos completos em que haja permanecido no cargo em comissão ou função gratificada até o limite de 10/10”⁽²⁾⁽³⁾.

⁽¹⁾ A presença do vício, aliás, por reprovável que fosse, não comprometeria de qualquer sorte o ato, que não se situa no campo da discricionariedade, onde exclusivamente o defeito pode configurar-se.

⁽²⁾ A Lei 811/84, no art. 18, permite o arredondamento para 4 anos do período igual ou superior a 3 anos e 6 meses.

⁽³⁾ A Lei 1103/86, no art. 21, reduziu de 10 para 8 anos contínuos e de 15 para 12 interpolados os prazos; entende-se, por isto, que os 10/10 sejam tidos como 8/8, e que cada ano corresponda a 1/8.

A postulação do Impte. não encontra, porém, fundamento *direto* no texto transcrito, já que, no seu caso, o afastamento do cargo em comissão ocorreu *antes de 1º de janeiro de 1984*.

Baseia-se em entendimento adotado pela Secretaria de Estado de Administração, no ofício reproduzido a fls. 19 e segs.

No aludido ofício (ASU/11, de 28.6.91), com efeito, a Dra. Kley Ozon Monfort Couri Raad, então no exercício do cargo de Subsecretária Adjunta da Secretária Estadual de Administração, enfrentando várias questões suscitadas pelo § 5º do art. 10 da Lei 530/82, sustentou que a limitação da vantagem aos servidores exonerados a partir de 1º de janeiro de 1984 tornaria a regra inconstitucional por ofensa ao princípio da isonomia, e, beneficiando apenas os comissionados em determinado período governamental, poderia ser acusada de "favoritismo."

Propôs, por isto, em sugestão acatada pelo Secretário de Estado de Administração, que se aplicasse extensivamente a regra, fazendo-a abranger todos os que, *antes ou depois de 1º de janeiro de 1984*, tivessem sido exonerados nas condições previstas no dispositivo legal.

Com argumentação erudita, buscou amparo em **Karl English** - em passagem alusiva à denominada "interpretação conforme a Constituição"-, em **Pimenta Bueno** e em **Celso Antônio Bandeira de Mello** - estes últimos em trechos referentes à isonomia -, invocando, ademais, o princípio segundo o qual normas limitadoras de direitos não comportam aplicação restritiva (*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*) como respaldo da conclusão.

5. Não me parece, contudo, com a devida vênia, que se deva julgar procedente o pedido formulado no *writ*.

O raciocínio exposto pela então Subsecretária Adjunta, ilustre Procuradora do Estado, não se me afigura, *data venia*, convincente.

6. Não creio possa acudir à postulação do Impte. o princípio contido no aforismo latino - *odiosa restringenda, favorabilia amplianda* - invocado pela Subsecretária.

A incorporação de gratificação pelo exercício de cargo em comissão - de duvidosíssima conveniência no plano de política legislativa, pela falta de fundamento razoável com que se apresenta e pelas flagrantes e injustificadas desigualdades que gera no âmbito do serviço público - tem evidentemente *caráter excepcional*, como afirma a doutrina, diferentemente, por exemplo, do adicional por tempo de serviço, e, por isto mesmo, precisa estar expressamente prevista em Lei para que possa ser deferida. ⁽⁴⁾

⁽⁴⁾ Cf. HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 17ª ed., São Paulo, 1992, pp. 403/4.

Não apresenta, portanto, natureza restritiva de direitos a regra que a concede, possuindo, ao contrário, a natureza de *norma excepcional*, cuja aplicação analógica não se recomenda à luz dos mais elementares princípios de hermenêutica.

7. A questão constitucional merece observação mais detida, mas não parece, do mesmo modo, que deva conduzir à solução favorável ao Impte.

É de notar-se, antes de mais nada, que é, quando menos, duvidoso possa considerar-se presente o vício na regra legal acima transcrita, por ofensa ao princípio da igualdade, de sorte a dever reputar-se impedido o Estado de, a partir de um determinado momento e tão-somente para situações que venham a estabelecer-se desde então, introduzir alterações no regime jurídico aplicável a seus servidores. ⁽⁵⁾

Como, de acordo com doutrina tradicional e consagrada, que dispensa abonações ⁽⁶⁾, a dúvida razoável sobre a inconstitucionalidade de um preceito legal deve resolver-se em sentido negativo, isto é, em favor da constitucionalidade (*favor legis*), sob este ângulo não se justificaria o acolhimento do pedido: se o dispositivo invocado pelo Impte. textualmente descreve situação de fato na qual certamente ele não se enquadra, e a regra não está, por isto, maculada de inconstitucionalidade, não há como sustentar que os efeitos da norma o beneficiam, e que seja ele titular do direito subjetivo que alega.

8. Ainda, porém, que a norma fosse inconstitucional - e cumpre observar *en passant* que a inconstitucionalidade propriamente dita só poderia ser reconhecida pelo E. Órgão Especial do Tribunal -, daí não seria lícito extrair a conclusão exposta pela douta Subsecretária, que, *data venia*, ignora os termos em que claramente a norma está vazada, e termina por criar outra, não editada pelo legislador, para favorecer todos os servidores que, mesmo antes de 1º de janeiro de 1984, tenham exercido cargos em comissão e tenham sido deles afastados.

Trata-se de resultado a que não pode chegar o aplicador da lei.

A menção a English, ou à doutrina que expõe - relativa à "interpretação conforme a Constituição" -, revela-se, no mínimo, inadequada.

Na passagem citada pela ilustre Subsecretária ⁽⁷⁾, procura o ilustre jurista alemão expor o valor que, de acordo com diferentes correntes de opinião, se pode dar ao

⁽⁵⁾ A acusação de "favoritismo" não se justifica, porque o dispositivo não alcança apenas os servidores nomeados em determinado período governamental, mas todos os que vierem a sê-lo a contar da data nele prevista.

⁽⁶⁾ Cf., de qualquer modo, os clássicos THOMAS COOLEY, *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos EUA*, trad. bras. de Alcides Cruz, reimpressão da edição de 1909, São Paulo, 1982, pp. 179/80; CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Rio de Janeiro, 1979, pp. 307/8; LÚCIO BITTENCOURT, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1968, pp. 91 e segs.

⁽⁷⁾ O trecho figura nas pp. 146/7 da 6ª edição portuguesa da *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, 1988.

sentido literal das normas jurídicas, e, depois de aludir à concepção que nele identifica importância decisiva, e à que afirma constituir a letra da lei um limite à atividade de interpretação - que não pode transpô-la sem se descaracterizar como interpretação -, assinala tendência no sentido do emprego do método teleológico, posta em segundo plano a mal denominada "interpretação literal."

Ao mencionar a chamada "interpretação conforme à Constituição" - e é de método assim qualificável que a ilustre Subsecretária se vale -, prudentemente, contudo, declara English:

"Com mais reservas se procede, ao contrário, nos quadros da "interpretação conforme à Constituição", a que nos últimos tempos se faz apelo com freqüência. Esta, *nos casos, mas só nos casos, em que o teor literal não é unívoco*, e, portanto, especialmente naqueles em que de antemão se consente uma interpretação mais restritiva ou uma interpretação mais extensiva, procura decidir-se a favor daquele sentido da letra que conduza à compatibilidade da disposição legal com a Constituição e os seus princípios" (grifou-se).

Merece destaque a ressalva que a seguir vem exposta:

"Aqui" - na interpretação conforme à Constituição - "pressupõe-se, portanto um sentido literal não unívoco, e não se opera *contra* o sentido literal que diretamente se obtém através da interpretação "gramatical" da lei". (grifo constante do original)

A advertência não introduz qualquer novidade na doutrina do controle da constitucionalidade das leis e a voz do eminente jurista germânico não soa, ao propósito, isolada; trata-se, a rigor de *communis opinio*, que se baseia na idéia, bastante simples, segundo a qual evidentemente só é concebível optar-se por uma determinada exegese, com base na Constituição, para um dispositivo legal, dentre duas ou mais, quando o preceito razoavelmente comporta mais de uma interpretação; do contrário, a pretexto de interpretar, estará o aplicador criando regra nova, com usurpação de competência do legislador.

Nos Estados Unidos, onde a teoria recebeu, como é notório, formulação originária, advertia Lúcio Bittencourt - em lição que endossava - que já Cooley recomendava que o Poder Judiciário, na medida do possível, desse "à lei interpretação tal que lhe permitisse manter-se válida e eficaz", mas registrava, igualmente que, segundo Willoughby, para que isto pudesse verificar-se, seria necessário que a exegese adotada não violentasse "as palavras efetivamente usadas no texto - *without doing too great violence to the words actually used*, pois, quando a *mens legis* é clara e, na sua eloqüência, colide com a lei suprema, não é lícito aos Tribunais recorrer a uma interpretação forçada ou arbitrária para tornar válida a lei." ⁽⁸⁾

⁽⁸⁾ O Controle de Constitucionalidade cit., pp. 93/5.

Na doutrina alemã, *Karl Larenz*, depois de demonstrar-se adepto do entendimento que vê no sentido literal das prescrições legais um início para o processo interpretativo, mas também um limite para o respectivo resultado - que há de respeitar o "sentido literal possível" -, assinala, especificamente no que respeita à "interpretação conforme a Constituição", que ela, "se quer continuar a ser interpretação, não pode ultrapassar os limites que resultam do sentido literal possível e do contexto significativo da lei."⁽⁹⁾

No moderno constitucionalismo português, o entendimento igualmente é registrado por autorizada doutrina. Observa, ao propósito, *Gomes Canotilho*, ao tratar do "princípio da interpretação conforme a Constituição", que "o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição mas *contra legem* impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais."⁽¹⁰⁾

Entre nós, além de *Lúcio Bittencourt*, acima citado, e de *Carlos Maximiliano*⁽¹¹⁾, *Gilmar Ferreira Mendes*, com remissão à doutrina especializada germânica, observa:

"Evidentemente, a interpretação conforme a Constituição encontra limites na própria expressão literal do texto (...) e no escopo visado pelo legislador (...). Há de se respeitar o significado possível da proposição normativa, não se admitindo uma interpretação que viole a estrutura verbal do preceito.

Da mesma forma, não se afigura possível emprestar significação ao texto normativo que adultere a decisão fundamental do legislador (...), ou que implique radical alteração dos objetivos visados pelo legislador. "A vontade subjetiva do legislador - adverte Hesse - não é decisiva; trata-se fundamentalmente de preservar o máximo do pretendido por ele."

Do contrário, para não usurpar a atribuição do legislador, parece mais adequada a declaração total de nulidade."⁽¹²⁾

Pois bem.

É esta advertência que assinala limites elementares para que se utilize a "interpretação conforme a Constituição", que não se vê respeitada no entendimento pre-

⁽⁹⁾ *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed. portuguesa, Lisboa, 1989, pp. 390 e 411.

⁽¹⁰⁾ *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, 1989, p. 164.

⁽¹¹⁾ Na *Hermenêutica e Aplicação do Direito* cit., assinalava o eminente jurista que "entre duas exegeses possíveis, prefere-se a que não infirma o ato de autoridade" - p. 307 (grifou-se).

⁽¹²⁾ *Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, 1990, pp. 287/8.

conizado pela Secretária de Estado de Administração para casos análogos ao presente.

Nada justifica, com efeito, o sentido e alcance apontados para o § 5º do art. 10 da Lei 530/82 : não há nenhuma equívocidade nos termos do dispositivo acima transcrito, que é claríssimo no sentido de que, para que a vantagem se conceda na forma nele prevista, e exoneração deva dar-se *após 1º de janeiro de 1984*; não há esforço hermenêutico capaz de permitir que se leia “servidores exonerados *antes e depois de 1º de janeiro de 1984*” onde está escrito que a exoneração tenha de verificar-se “*a partir de 01 de janeiro de 1984*”; a ampliação da regra, que se adotou, só pode realizar-se *contra* os termos em que está redigida, ou a despeito deles, ignorados para este fim, e, portanto, fora dos limites dentro dos quais deve pautar-se a atividade do aplicador, que não pode ultrapassar o “sentido literal possível” do preceito; o entendimento se contrapõe de modo evidente ao objetivo do dispositivo, beneficiando servidores que indubitavelmente - bem ou mal, pouco importa, nele não se enquadram, por não estarem na cogitação do legislador.

Nada autoriza, por conseguinte, que se proceda à “interpretação conforme a Constituição”, para o fim de concluir-se que também os exonerados anteriormente a 1º de janeiro de 1984 devam ser contemplados com a concessão da vantagem.

Se a regra, como se alega, é ou for, nos termos em que se acha vazada, inconstitucional - estando a lei impossibilitada de deferir, a partir de determinado momento, vantagem a servidores públicos, sem estendê-la automaticamente a todos os demais, que, antes dela, se tenham encontrado em situação semelhante -, não haveria ou haverá outro caminho senão proclamar-lhe, *tout court*, a inconstitucionalidade total.

9. Não creio, por fim, deva ficar sem registro que, pelas razões acima aduzidas, o acolhimento do pedido por esse E. Tribunal importaria, até certo ponto, em contrariedade ao enunciado nº 339 da Súmula da Suprema Corte, segundo a qual “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia”, sendo de notar-se que o disposto pelo verbete para “aumento de vencimentos” vale, por identidade de razão, para extensão de vantagens.

Em face do exposto, considerada a inexistência do direito subjetivo alegado pelo Impte. e de ilegalidade no ato impugnado - que resulta da possibilidade (*rectius*: do dever) da Administração de rever e invalidar atos defeituosos - opina-se no sentido da *denegação do writ impetrado, com a cassação da liminar*.

É, s.m.j., o parecer.

Rio de Janeiro, 02 de agosto de 1994.

Helcio Alves de Assumpção

Procurador de Justiça