

## SEM REVISÃO

# Isonomia de vencimentos

Parecer do Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>(\*)</sup>

Professor Titular de Direito Constitucional – USP.

---

### Parecer

“1. A Associação Paulista do Ministério Público solicitou-me o parecer sobre a tormentosa questão da igualdade de vencimentos entre carreiras ‘jurídicas’, em face da Constituição de 5 de outubro de 1988.

Realmente, essa questão é objeto de diversas disposições, que, pelo menos à primeira vista, não se ajustam muito bem. Ou seja, art. 37, XIII, que remete ao art. 39, § 1º, e ao próprio art. 37, mas no item XII; art. 135, que também remete aos referidos art. 37, XII, e 39, § 1º; bem como art. 241, que não menciona o art. 37 e sim, apenas, o art. 39, § 1º, contudo fazendo referência ao art. 135.

2. O modo pelo qual se elaborou a nova Constituição Brasileira pode ter valorizado a participação, portanto, o elemento democrático, na definição das linhas-mestras da organização do Estado. Realmente, dada a ausência de um anteprojeto (pois o da chamada Comissão Afonso Arinos foi abandonado) intensa foi a participação dos constituintes e mesmo do povo que multiplicaram as propostas, das quais iria, a final, resultar o texto.

Entretanto, disto resultou uma redação desuniforme, a repetição com leves diferenças no tratamento de um mesmo instituto, e, até, normas bem opostas, como se verifica do exame global da Constituição. Tudo isto seria, quiçá, superado se o texto tivesse sido objeto, antes da votação final, de uma revisão aprofundada, que lhe desse especialmente coerência jurídica.

Isto, porém, não sucedeu, talvez porque os constituintes se sentissem pressionados pela opinião pública que não aceitava a delonga na edição de tão esperada e decantada nova Constituição Brasileira.

Assim, a interpretação das novas disposições constitucionais é extremamente difícil, devendo o jurista frequentemente ter de adivinhar o que pretendeu o constituinte. E o que é pior, algumas regras clássicas de hermenêutica não se aplicam, ou dificilmente se aplicam, à exegese da Constituição de 1988. Por exemplo, o princípio segundo o qual não há palavras, *a fortiori* artigos inúteis, ou sem sentido, num diploma legal.

---

(\*)Doutor em Direito pela Universidade de Paris.

Obs.: Notas explicativas no final do artigo.

3. Do exame global da Constituição decorre a verificação de que a preocupação com a igualdade predominava no espírito dos que a elaboraram. Para comprová-lo, basta lembrar que o art. 5º da Constituição, no *caput* enuncia o princípio de isonomia, ‘todos são iguais perante a lei’, para, logo a seguir, incluir entre os direitos invioláveis que garante, o direito ‘a igualdade’. Não contente com isto, no item I insiste em que ‘os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações’. E não se olvide que o Preâmbulo enfatiza, entre os objetivos do Estado Democrático Brasileiro, ‘a igualdade’.

Sem dúvida, esta preocupação é em última análise a preocupação com a justiça, da qual a igualdade é um dos elementos. Contudo, segundo qualquer livro de introdução ao Direito esclarece, a igualdade tanto pode ser ‘simples, absoluta, ou real’, a igualdade que Aristóteles denominou de ‘aritmética’, como pode ser ‘geométrica’ ou ‘proporcional’, procurando o que Rui Barbosa explicitou como o tratamento desigual dos desiguais na medida em que se desiguam (oração aos Moços).

Ora, esta igualdade proporcional é típica da justiça distributiva. Esta é a que usa a comunidade quando estabelece, conforme os méritos de cada um, a participação nos bens comuns (cf. André Franco Montoro, “Introdução à Ciência do Direito”, São Paulo: Martins, 1º vol., 3ª ed., 1972, págs. 226/7). Desse modo é a igualdade geométrica ou proporcional a que frequenta a Constituição, quando ela distribui direitos, vantagens, a categorias de servidores.

4. A Constituição vigente, no Título III, “Da Organização do Estado”, inclui um Capítulo VII, “Da Administração Pública”. Deste, a Seção I, “Disposições Gerais”, se abre pelo art. 37 em que se enunciam princípios e normas básicas referentes à administração pública.

Destas normas, destaquem-se desde já as que têm reflexo direto sobre o assunto em estudo:

‘XII – os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo.

XIII – é vedada a vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, ressalvado o disposto no inciso anterior e no art. 39, § 1º e’;

A Seção II do capítulo referido, intitulada ‘Dos Servidores Públicos Civis’, é a que compreende o mencionado art. 39, § 1º:

‘§ 1º A Lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores do Poder Executivo, Legislativo e Judiciá-

rio, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho’.

**5.** Estão acima os preceitos básicos para o tema proposto.

Evidentemente, o texto-chave é o do art. 39, § 1º.

Que resulta dele?

Ninguém negará que nele se manifesta, claramente, a intenção do constituinte de prever igual retribuição para trabalho igual. E isto para todos os servidores da administração direta, qualquer que seja o Poder a que se vinculem. (Evidentemente ressalvadas as vantagens de caráter pessoal e as peculiaridades da natureza e do local de trabalho).

Note-se que a igual retribuição está prevista para ‘cargos de atribuições iguais ou assemelhados’ (este último qualificativo no masculino). Cargos de atribuições iguais, portanto, os que fornecem o mesmo trabalho. E cargos ‘assemelhados’, não cargos de atribuições assemelhadas, como vinha no art. 98, *caput* da Constituição anterior. Quer dizer, numa interpretação gramatical, cargos que forem considerados ‘semelhantes’, ‘análogos’, ‘parecidos’, ‘da mesma natureza’.

Mas considerados por quem?

Pelo legislador. Sim, porque é a Lei, consoante explicita o art. 39, § 1º, que assegurará a igualdade de vencimentos prometida aos servidores dos três Poderes, ocupantes de cargos de atribuições iguais ou assemelhados.

O princípio de igualdade de vencimentos é dirigido, pois ao legislador, que deverá respeitá-lo ao fixar a retribuição relativa aos diferentes cargos. Terá de dar a mesma retribuição a cargos de atribuições iguais. Poderá dar a mesma retribuição a cargos que considerar assemelhados, no exercício de sua descrição política, a outros. Semelhança que evidentemente terá de levar em conta a natureza das funções e atribuições, embora não tenha de chegar à estrita igualdade.

**6.** Não se olvide, por outro lado, que o art. 37, XIII proíbe ‘a vinculação ou equiparação de vencimentos’, como princípio, mas o excepciona em relação ao disposto no art. 39, § 1º acima examinado e ao item XII do próprio art. 37.

Assim, pode a lei vincular a retribuição de cargos de atribuições iguais ou assemelhados.

**7.** O disposto no art. 37, II, a fixação como paradigma de vencimentos para cargos o adotado pelo Executivo, parece, à primeira vista, desnecessário em face do princípio contido no art. 39, § 1º, o da igualdade.

Com efeito, por que dispor que a retribuição dos cargos do Legislativo e do Judiciário não poderá ser superior à do Executivo quando os cargos de atribuições iguais ou assemelhadas dos três Poderes devem ter a mesma remuneração?

A norma do art. 37, XII, de fato, só tem sentido numa situação em que não se tenha efetivado o cumprimento do art. 39, § 1º. Antes, portanto, que o legislador dê execução ao comando neste último contido. Aí a limitação enunciada no art. 37, XII, tem o sentido de um teto: os vencimentos de cargos do Judiciário ou do Legislativo não poderão ultrapassar o paradigma fixado pela remuneração com que o Executivo retribui os servidores a ele vinculados, de atribuições assemelhadas. (Sobre teto, aliás, também dispõe o art. 37, no item XI, que atribui à lei a definição de limites máximos e mínimos, de remuneração dos servidores públicos, pondo, todavia, desde logo por limite superior o que percebem ‘membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito’).

8. O último artigo do Título IV, ‘Da Organização dos Poderes’, que compreende os Capítulos I, ‘Do Poder Legislativo’, II, ‘Do Poder Executivo’, III, ‘Do Poder Judiciário’, IV, ‘Das Funções Essenciais à Justiça’, é o 135, no qual está:

‘Art. 135. Às carreiras disciplinadas neste Título aplicam-se o princípio do art. 37, XII, e o art. 39, § 1º’.

Tal disposição surpreende.

Segundo se apontou, o art. 39, § 1º visa todos os servidores da administração direta, vinculados a qualquer dos três Poderes (e o art. 37, XII, fixa como paradigma de vencimentos e dos cargos do Executivo). Assim, parece que o art. 135 ‘chove no molhado’, reitera o desnecessário.

Ele é, sem dúvida, desnecessário, em vista do já exposto. Apenas pode-se aceitar sua inclusão na Constituição com ênfase.

Poder-se-ia sustentar que houve um engano do constituinte e ele quis, ao falar nesse artigo em ‘Título’, dizer ‘Capítulo’. Isto não mudaria o caráter meramente enfático do art. 135. Ele simplesmente, em lugar de enfatizar que cargos de atribuições iguais ou assemelhados dos três Poderes, devem receber igual retribuição enfatizaria que aos cargos do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria, se de atribuições iguais, a lei deverá dar igual retribuição, podendo eventualmente considerá-los ‘assemelhados’.

9. No Título IX, ‘Das Disposições Constitucionais Gerais’, está no art. 241:

‘Art. 241. Aos delegados de polícia de carreira aplica-se o princípio do art. 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 desta Constituição’.

Tem este artigo modesto alcance. Ao referir-se ao art. 39, § 1º, ele apenas lembra que os delegados de polícia de carreira, como servidores públicos que são, devem receber igual retribuição a ‘cargos de atribuições iguais ou assemelhados’. Ao mencionar o art. 135, se se der a este a interpretação literal que o leve a referir-se às carreiras no âmbito dos três Poderes, ele simplesmente reitera o óbvio. Se se der a este art. 135 o alcance por último mencionado, o de compreender as carreiras “jurídicas” reguladas pelo Cap. IV do Título IV da Constituição, não faz o art. 241 mais do que lembrar que o delegado de polícia de carreira está entre os que, para o desempenho de suas funções específicas, devem ter formação jurídica. Este elemento, indubitavelmente, os aproxima, nesse ponto, dos integrantes das carreiras sobre as quais dispõe o Cap. IV do Título IV da Constituição.

#### 10. Vale tentar uma síntese.

A Constituição de 1988 não estabelece diretamente, a igualdade de vencimentos entre servidores que exercem cargos de atribuições iguais. Ela comanda à lei que o faça (art. 39, § 1º). Isto se aplica aos servidores da administração direta, qualquer que seja o Poder a que se vinculem, Legislativo, Executivo ou Judiciário.

A Constituição não impõe que seja igual a retribuição dos cargos que compreendam atribuições semelhantes a de quaisquer outros: ela permite que o legislador, numa apreciação discricionária embora não arbitrária, considere assemelhados determinados cargos e em consequência lhes dê iguais vencimentos (art. 39, § 1º). A apreciação da semelhança é discricionária, nem poderia deixar de sê-lo pela própria natureza: semelhança é opinativa. Entretanto, essa apreciação não pode ser arbitrária. O reconhecimento da semelhança pressupõe uma analogia nas atribuições.

A assemelhação de cargos não depende apenas da analogia de atribuições. Outros elementos necessariamente devem ser tidos em conta, para que haja o tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais, na medida em que estes se desigualam. Por exemplo, natureza das funções que exercem, com sua complexidade e responsabilidade específicas, formação ou habilitação indispensável, ônus associados ao cargo etc.

O juízo a propósito de tal tratamento pertence ao legislador, que tem de exercê-lo com prudência e bom senso. Tem de fazê-lo segundo o comando do art. 39, § 1º, da Constituição, e, sempre, sobre o signo da justiça. Claro está

que, se o legislador cair no arbitrário, igualizando o desigual, estará violando o princípio geral de igualdade. Incidirá então em inconstitucionalidade.

Vale recordar a lição de Ekkehart Stein, segundo o qual “toda diferenciação deve servir a um interesse público legítimo” (“*Derecho Político*”, trad. esp. Madri: Aguiar, 1973, pág. 222).

E lembra ele que o Tribunal Constitucional Federal (alemão) deduziu da necessidade ‘adequação entre o critério da diferenciação e a finalidade por ela perseguida’, sublinha-se, uma ‘proibição da arbitrariedade’ (*Id*, pág. 233).

Realmente, a significação profunda do princípio de igualdade é a condenação do arbítrio. Quer dizer, de diferenciações desarrazoadas, caprichosas, injustificáveis. É o que aponto no trabalho, ‘O princípio da igualdade e o acesso aos cargos públicos’ (R. Proc.-Geral Est. São Paulo, (13/15): 53/71, dez. 1978/dez. 1979). Nele me apoio na doutrina nacional (San Tiago Dantas, Celso Antônio Bandeira de Mello etc.) e estrangeira (Mortatti, Rossano, Bernard Schwartz, Cooley, Corwin etc.).

Em face da Constituição, por isso, não há vinculação nem equiparação de vencimentos que seja automática entre os membros de quaisquer carreiras, inclusive as carreiras ditas ‘jurídicas’. Os arts. 135 e 241 simplesmente chamam a atenção para o fato de que tais carreiras apresentam pontos comuns, o que deve ser levado em conta pelo legislador.

É o meu parecer, *sub censura doctorum*.”

---

---

Parecer do Dr. Fábio Nusdeo  
Advogado e Economista \_\_\_\_\_

### **Parecer**

Honra-me a Associação Paulista do Ministério Público com consulta Estado e do Distrito Federal, defensores públicos e delegados de polícia)?

– A lei poderá considerar, indiscriminadamente, assemelhadas quaisquer daquelas carreiras, sem incorrer em inconstitucionalidade?

#### **1. Colocação do tema e seu tratamento**

Ambos serão específica e sucintamente respondidos na parte final do presente parecer, como decorrência das considerações sobre a matéria a seguir apresentadas.

A questão que se coloca é a de se saber se o texto constitucional vigente exigiria a adoção pelo legislador infraconstitucional de uma isonomia de

vencimentos, ou na prática, uma equiparação entre os integrantes das carreiras supramencionadas.

O alcance dos preceitos relevantes para o deslinde da questão em foco há de ser definido por uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, feita à luz de seus princípios informadores básicos. Para tanto, proceder-se-á a uma análise dos dispositivos pertinentes a qual levará a conclusões quanto à indagação a que este parecer deve dar resposta. A seguir, tais conclusões serão rebatidas contra o pano de fundo mais amplo da doutrina hermenêutica, a fim de se verificar se esta última embasa aquelas – as conclusões – de maneira sólida e consistente.

## **2. Os dispositivos da Constituição relevantes para o trato do assunto**

São seis tais dispositivos, de cuja interpretação combinada depende o deslinde das interrogações contidas nos quesitos acima, a saber:

- 1 – o item XII do artigo 37
- 2 – o item XIII do mesmo artigo 37
- 3 – o artigo 39 e seu § 1º
- 4 – o artigo 135
- 5 – o artigo 241

### **2.1 Princípios gerais aplicáveis à Administração Pública**

*O caput* do artigo 37 e seus itens XII e XIII assim se enunciam:

“Artigo 37. A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

.....  
.....

XII – os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

XIII – é vedada a vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público, ressalvado o disposto no inciso anterior e no artigo 39, § 1º”.

O referido artigo 37 contém uma enunciação dos princípios aplicáveis à Administração Pública, sendo quatro de caráter geral constantes do seu *caput*: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e os demais, de cunho mais específico, distribuídos pelos vários incisos em que se desdobra o artigo, destacando-se para os fins deste trabalho os acima transcritos.

**2.1.1 Teto remuneratório** – O primeiro deles (item XII) destina-se apenas a estabelecer um teto, representado pela remuneração percebida por ocupantes de cargos equivalentes do Poder Executivo. Não se trata, tecnicamente falando, de vinculação de vencimentos mas, única e exclusivamente, de evitar que uma generosidade maior dos demais poderes, sobretudo do Legislativo para com os seus respectivos servidores – sempre em número muito menor e com acesso mais direto aos órgãos decisórios do que os da máquina administrativa do Executivo – levasse a pressões para aumentos generalizados que certamente comprometeriam a saúde das finanças públicas. Ou então, que gerassem as inevitáveis comparações, portadoras de desestímulo e emulação, no mau sentido da palavra, entre grupos ou setores do funcionalismo.

O dispositivo, é, pois, claro e, sem dúvida, salutar em termos de impor um mínimo de coerência para o sistema de vencimentos do setor público, porém, somente produzirá efeito prático com relação a cargos que tenham equivalentes nas carreiras do funcionalismo do Executivo. Assim, por exemplo, não se poderá determinar um teto com base no princípio em foco, para o cargo de “oficial de justiça” que é próprio do Poder Judiciário.

**2.1.2 Vedação de vinculações e equiparações** – No item seguinte (XIII), a Constituição repudiou, inequívoca e desenganadamente, qualquer vinculação ou equiparação de vencimentos na remuneração dos servidores públicos. E por que o teria feito?

Certamente com a desvinculação de carreiras e a sua não equiparação, veio a contrariar, senão uma regra geral, pelo menos uma tendência da administração oficial brasileira. Esta, em razão da sua pequena tradição em termos de um serviço público profissionalizado e razoavelmente estruturado, não tem, via de regra, conseguido resistir a pressões provenientes de diversos setores no sentido de equiparar carreiras ou cargos, por natureza, diversos.

No entanto, é fora de dúvida que tal prática contraria todos os princípios da ciência administrativa e representa, hoje em dia, a marca registrada das administrações subdesenvolvidas. Tanto é assim que é praticamente desconhecida no âmbito da administração privada. Com efeito, ela introduz um grau de rigidez inaceitável na política de recursos humanos da Administração que se vê manietada para o emprego de instrumentos hábeis quanto aos vencimentos e outras condições próprias a cada carreira, com vistas a não distanciá-las, em excesso, dos padrões remuneratórios prevalecentes no mercado. E estes, pelas naturais contingências da vida econômica, são mutáveis, ao longo do tempo, exigindo, da administração pública uma razoável flexibilidade e capacidade de adaptação. Ambas constituem um imperativo para o aprimoramento do nível do serviço público, por ensejar um processo de recrutamento diferenciado

e afeiçoado aos requisitos de qualificação e profissionalismo específicos a cada carreira.

Dentro de um quadro de vinculações e equiparações generalizadas – e elas sempre tendem a se generalizar – a tendência inelutável é a do nivelamento em padrões remuneratórios inadequados já que qualquer adaptação salarial em uma carreira provoca uma reação em cadeia insuportável para o erário, vale dizer, para os contribuintes, com evidentes danos para o serviço público em geral.

Mas não é só.

Mesmo após o recrutamento, preenchidos os vários cargos iniciais, torna-se imprescindível, para a obtenção do mesmo escopo de aprimoramento do nível do serviço público, que os integrantes de cada carreira vivam aquilo que se poderia chamar de a diversidade dentro da unidade, ou seja saberem-se unos na medida em que se sentem partes de um todo: a administração pública em geral ou setores mais especializados desta, como as carreiras jurídicas, em particular, mas diferenciados pelo papel específico que cada categoria desempenha dentro do todo.

É esse sentido de diversificação e de tratamento diferenciado que leva àquilo que o sociólogo Giddings chamou com muita propriedade “*the consciousness of kind*” – a consciência da espécie – que dá coesão, tornando aguerrido e produtivo para a comunidade um determinado grupo social ou profissional, seja no setor público, seja no setor privado; seja na ordem política, na administrativa e até na espiritual; vejam-se as várias ordens religiosas.

Claramente, a “*consciousness of kind*” não significa um sentido de classe, ou de casta – um “*esprit de corps*” na visão acanhada de busca ou de competição por privilégios, mas sim uma conscientização nítida das atribuições e características de cada grupo social ou funcional, do seu papel, da sua contribuição, das suas responsabilidades e das exigências que tudo isso implica. É um sentimento ou uma consciência imprescindível para lastrear a formação da estrutura de qualquer organização, sobretudo o serviço público.

É por essa razão que ambos os incisos – o XII e o XIII, acima comentados, constituem princípios de modernidade e de racionalidade, com que a Constituição quis informar a organização administrativa do país.

**2.1.3 A noção jurídica de princípio** – Eles são princípios, não apenas no sentido heurístico mas também, e especificamente, no sentido jurídico. Tal entendimento não é meramente interpretativo, pois assim são eles chamados pela própria Constituição, como se poderá ver, entre outros, pelos artigos 135 e 241 a serem adiante analisados.

Importa, pois, aprofundar um tanto o seu significado doutrinário: constituem normas secundárias e não normas primárias, isto é, normas destinadas a estabelecer preceitos a serem observados na feitura de outras normas, estas últimas plena e imediatamente eficazes, no sentido de gerarem direitos subjetivos tuteláveis. Mas, tais preceitos são também chave para o próprio entendimento das demais disposições constitucionais, as quais com eles guardam a *fortiori* unidade e coerência.

Eles representam opções políticas, no sentido técnico do termo, isto é, consagram opções básicas de caráter social, econômico, administrativo. E, tais opções serão, à evidência, aquelas consentâneas com os grandes fins propostos pela Constituição e com valores a elas subjacentes.

No dizer de José Joaquim Gomes Canotilho, eminente mestre de Coimbra, os princípios constitucionais impositivos são os que “no âmbito da Constituição dirigente impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas (J.J. Gomes Canotilho, “Direito Constitucional”, Almedina, Coimbra, 1986, pág. 122).

José Afonso da Silva chama-os “normas de princípio institutivo” porquanto contêm esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições” (J. A. Silva, “Aplicabilidade das normas constitucionais”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, pág. 122). Para uma discussão específica sobre a principiologia constitucional veja-se Vezio Crisafulli, “*La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*”, Giuffrè, Milano, 1982.

O que sobreleva acentuar é a unanimidade desses autores em realçar o caráter especial de tais normas: o do endereçamento específico – embora não necessariamente exclusivo – ao legislador infraconstitucional, impondo-lhe diretrizes que traçam sempre opções políticas – no caso da matéria objeto deste parecer, política de administração pública.

Duas conseqüências defluem das considerações acima.

A primeira é a de que qualquer dispositivo que pareça chocar-se com tais princípios constitucionais devem merecer interpretação restritiva, já que o princípio não comporta derrogações amplas e genéricas. Caso contrário, deixaria de o ser.

A segunda, derivada, aliás, da anterior, é a de que se alguma exceção ao princípio surgir no bojo do próprio texto constitucional, esta há de ser taxativa, expressa e inequívoca, retratando insofismavelmente a vontade da lei maior.

Um exame atento do texto vigente revelará apenas uma única e tênue exceção claramente definida. Específica e particularizada ela vincula vencimentos e vantagens de ministro do Tribunal de Contas da União aos de minis-

tro do Superior Tribunal de Justiça (artigo 73, § 3º). Trata-se aí de amarrar um cargo especialíssimo, não estruturado em carreira, a um parâmetro referencial, o que parece funcional e prático, não representando, pois, uma ofensa ao princípio.

Seguramente, o preceito do § 1º do artigo 39 não excepciona, nem derroga o princípio do art. 37, XIII, como adiante se verá.

## **2.2 A isonomia de vencimentos no serviço público**

O *caput* do artigo 39 e seu § 1º assim se enunciam:

“Artigo 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 1º A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho”.

A exegese do § 1º, obviamente não pode ser procedida à desconsideração do texto do *caput*. Neste, determina-se regime jurídico único para os servidores da administração direta das três esferas de poder – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – estas, dentro dos respectivos âmbitos, estabelecerão planos de carreira para o seu funcionalismo.

A Constituição, porém, não quer – e com razão – que tais planos de carreiras sejam arbitrários, caprichosos, suscetíveis a influências outras que não a consideração dos superiores interesses da administração. Em suma, proscreve as diferenças sem causa, o tratamento manifestamente desigual a situações idênticas, os favoritismos, as vantagens indevidas e outros desvios que tais. Daí a isonomia reafirmada para cargos de atribuições iguais ou para cargos assemelhados nas carreiras organizadas por qualquer dos três poderes.

**2.2.1 Uma digressão semântica** – Caberia, talvez, uma rápida indagação sobre a palavra “assemelhados” empregada pelo parágrafo em causa. Ela tanto pode ser o adjetivo assemelhado sinônimo de semelhante, de parecido, como também pode ser o particípio passado do verbo assemelhar: tornar semelhante, ou parecido com outra coisa, julgar semelhante, comparar com, parecer-se, ter semelhança (Caldas Aulette), (cf. também “Novo Dicionário Aurélio”).

No entanto, constitui regra básica de hermenêutica que as palavras da lei devem ser tomadas em seu sentido habitual, tal como entendidas corretamente.

mente. Ora assemelhado é normalmente expressão empregada como sinônimo de semelhante, isto é, parecido e, pois, como adjetivo qualificativo. Como verbo, pode significar ser parecido, ter semelhança, parecer-lhe. Apenas numa possível acepção – não de uso corrente, aliás – poderia ser entendida como tornar ou julgar semelhante. E certamente não é esse o sentido com que foi empregada pelo parágrafo em escrutínio, pois se assim fora, seria de obrigação especificar-se por quem, por qual critério. Ou então seria usada a expressão “cargos considerados assemelhados” ou outra equivalente.

Interpretação contrária levaria a se aceitar o mero arbítrio do legislador, o que é, de todo, irreconciliável com o conceito de princípio constitucional, já acima exposto.

E por que precisaria o texto falar em “cargos assemelhados” quando já havia o critério de “atribuições iguais”? Trata-se do elemento de “*souplesse de la loi*”, ou seja, aquela margem mínima de flexibilidade voltada a evitar conclusões demasiado formais e estritas, quando não estreitas, do intérprete. O que não significa elastério total, mas antes interpretação necessariamente restrita para não invalidar o outro critério: “atribuições iguais”. Seria, ademais, inconcebível que o constituinte permitisse a coexistência de dois critérios antagônicos, um objetivo e outro subjetivo, para o mesmo processo decisório, pois o segundo acabaria por anular o primeiro.

### **2.2.2 Validade do princípio da não vinculação e não equiparação –**

O disposto no § 1º do artigo 39 não constitui uma exceção ao princípio da não vinculação e da não equiparação estabelecido pelo já analisado inciso XIII. Este, ao usar a palavra “ressalva” – que não é sinônimo de exceção –, o faz com vistas a lançar um ponto em direção ao princípio da isonomia, no caso, explicitado como vencimentos iguais para cargos de atribuições iguais ou cargos assemelhados. Não se trata de uma derrogação daquele outro princípio, o da não equiparação e não vinculação, pois estas logicamente pressupõem situações fáticas diversas, no caso: atribuições ou cargos diferentes que o legislador, artificialmente visaria a jungir. Ora, isso é exatamente o oposto da hipótese contemplada pelo § 1º, do artigo 39, onde se supõem situações iguais a merecerem tratamento correspondentemente igual. Seu sentido é, pois, não o de excepcionar ou derrogar o salutar princípio da não equiparação ou vinculação já assentado, mas sim o de reafirmar o princípio básico da isonomia, solenemente consagrado pelo artigo 5º, explicitando-o para efeitos remuneratórios dos funcionários públicos.

A se seguir, rigorosamente, a regra de elaboração legislativa e também de hermenêutica, segundo a qual o texto legal não pode conter palavras, frases, ou disposições inúteis, não haveria razão para que o ora analisado constasse da

Carta Magna já que a aplicação correta do princípio isonômico levaria a igual conclusão, muito embora de maneira mais laboriosa e, possivelmente, implicando longa e custosa atividade judiciária.

O preceito em tela, encontra o seu “*pendant*”, no âmbito das relações trabalhistas nos incisos XXX, XXXI e XXXII do artigo 7º onde, em última análise, se veda distinção de remuneração para funções iguais, o que, consta expressamente da Consolidação das Leis do Trabalho – artigo 5º. “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”.

Trata-se, em suma, de dois princípios constitucionais aplicados em paralelo. Ambos não se excluem mas se completam, já que o seu suporte fático corresponde a situações diversas e bastante diversas.

Esta mesma conclusão mantém a sua validade quanto ao item XII do mesmo artigo 37 que, também, não chega a configurar uma exceção ao princípio da não vinculação, mas pura e simplesmente destina-se a estabelecer um parâmetro como teto remuneratório. Mais uma vez, não se trata de vinculação, mas de isonomia, qualificada pelo teto.

Parece claro ter o constituinte timbrado em manter incólume o princípio da não vinculação e da não equiparação, harmonizando-o coerentemente com o da isonomia. Esse o sentido da palavra “ressalvado” empregada no inciso XIII do artigo 37. Trata-se de mero “distinguo” esclarecedor e não derogador.

Tudo isso vem confirmar o caráter de princípio básico de que se reveste tal preceito, conforme já salientado.

Nessas condições, as atuais equiparações *ex vi legis* entre cargos de carreiras distintas tornaram-se ineludivelmente inconstitucionais seja quanto a vencimentos, seja quanto a quaisquer outras vantagens mediata ou imediatamente traduzíveis em pecúnia.

**2.2.3 Isonomia e política administrativa** – Naturalmente, nada impedirá que, em determinados casos concretos, cargos pertencentes a carreiras diversas venham a ter igual remuneração desde que isso se dê por um mero juízo de conveniência e oportunidade da Administração, em função do mercado de trabalho, das qualificações próprias a cada carreira e de outras considerações dentro do campo de discricionariedade que lhe é próprio e, sem o qual ela realmente não administraria. Trata-se aí de uma opção da política administrativa e não de preceito vinculativo de caráter compulsório, destinado a jungir de maneira automática e permanente tais remunerações, o que representaria quebra do princípio consagrado pelo já conhecido inciso XIII e quebra do próprio princípio da isonomia.

Poder-se-ia argumentar que a observação acima não se enquadra no âmbito deste parecer, circunscrito às carreiras jurídicas, pois aí, o mercado de

trabalho seria um só: o dos bacharéis. Não é verdade. Não existe um único mercado para qualquer bem ou serviço. Ele compartimenta-se em vários segmentos ou setores à medida que o bem ou o serviço se diferencia. Assim, não há um mercado para automóveis, bebidas, serviços de engenharia ou de advocacia, mas vários mercados em função das características próprias, dentro de cada uma dessas classes. Haja vista que os concursos de ingresso às várias carreiras – sobretudo jurídicas – são diferentes e específicos.

### **2.3 O princípio da isonomia nas chamadas carreiras jurídicas**

Dispõem os artigos 135 e 241 da Constituição:

“Art. 135. As carreiras disciplinadas neste Título aplicam-se o princípio do art. 37, XII, e o art. 39, § 1º”.

“Art. 241. Aos delegados de polícia de carreira aplica-se o princípio do artigo 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no artigo 135 desta Constituição”.

As carreiras disciplinadas no Título IV – Da organização dos Poderes – são as chamadas carreiras jurídicas, envolvendo a Magistratura, o Ministério Público, a Advocacia da União e a dos Estados (Procuradores), bem como a Defensoria Pública – Têm elas em comum o requisito de serem bacharéis em direito todos os seus integrantes e os que as postulam. Já a carreira de Delegado de Polícia é disciplinada no Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas.

A redação e a remissão são claras ao determinar a aplicação a tais carreiras do princípio do inciso XII do artigo 37 e o disposto no § 1º do artigo 39.

Ressalte-se a falta de técnica do artigo 241 ao fazer remissão ao artigo 135. Este último não disciplina as carreiras jurídicas, como lá está dito. Por outro lado, o dispositivo consta do esdrúxulo título das Disposições Gerais da Constituição – e o preceito não poderia ser mais particular – quando o certo seria inseri-lo no Capítulo III do Título V que versa sobre a Segurança Pública.

**2.3.1 A aplicação do inciso XII do artigo 37** – Não deixa de causar certa espécie a menção expressa a tal dispositivo, pois a maioria das carreiras disciplinadas no referido Título IV está vinculada ao Executivo. Para elas é inócua e, certamente desnecessária a referência a um teto tal como definido no inciso. A remissão não encontra qualquer explicação plausível, contrariamente ao que ocorre com a relativa ao § 1º do artigo 39, para o qual existe uma justificativa de caráter funcional, como se verá no item 2.3.5.

**2.3.2 A aplicação do § 1º do artigo 39** – Aí pouco haveria a comentar. A remissão é direta e sem reservas, ou seja, o artigo 135 manda aplicar o § 1º do artigo 39 *in totum*; vale dizer, o princípio isonômico que determina iguais

vencimentos desde que verificado o seu suporte fático: iguais atribuições ou cargos assemelhados.

À evidência, inexistente qualquer fundamento a permitir entender-se constitucionalmente viável qualquer elo obrigatório entre as remunerações dessas carreiras. A isonomia manda exatamente o contrário, isto é, que se trate desigualmente aquilo que objetivamente, faticamente é desigual. E qualquer outro nexos ou recurso hermenêutico está irremediavelmente tolhido pois, como demonstrado, o artigo 37, XIII – nenhuma vinculação, nenhuma equiparação – é mandamento de princípio e não foi afetado pelo disposto no referido § 1º, mantendo pleno vigor e efeito. Aplica-se conjuntamente com o preceito da isonomia.

Com efeito, se a isonomia de vencimentos, seja conceitualmente, seja pelo texto literal do referido § 1º, é impraticável quando os cargos não sejam assemelhados, nem tenham iguais atribuições, o nivelamento remuneratório somente poderia ocorrer à conta de uma equiparação. Seria, aliás, de fato, uma equiparação, inofensivamente proscribida pelo texto constitucional.

**2.3.3 A Constituição assemelha?** – Seria imaginável que o constituinte quisesse considerar assemelhados os cargos de todas as carreiras jurídicas e mais os de delegados? Não há como cogitar de tal hipótese.

Em primeiro lugar, a exegese sistemática do texto constitucional levaria a interpretar restritivamente qualquer dispositivo que se chocasse com os seus princípios básicos. Mas, como visto, tal choque não existe. Os dois princípios relevantes correm em paralelo.

Em segundo lugar, porque o artigo 135 não determinou ao legislador que desse os mesmos vencimentos aos vários cargos das referidas carreiras, mas apenas que a elas também se aplica o disposto no § 1º, como também no art. 37, XII. O que somente permite concluir que a isonomia é dentro de cada carreira e não entre as carreiras.

Em terceiro lugar, porque como demonstrado no item 2.2.1 deste parecer, a palavra “assemelhados” contida naquele § 1º não comporta conotação de participação passado do verbo assemelhar, pelo menos no sentido de tornar semelhante. E, portanto, não é crível que a Constituição quisesse assemelhar alguém a alguém. Se o quisesse, não teria enveredado pelo caminho tortuoso e hermeneuticamente inviável da remissão ao § 1º do artigo 39 e tê-lo-ia dito, clara e diretamente.

**2.3.4 A desigualdade fática** – Seria ocioso repisar aqui as profundas diferenças de atribuições e a dessemelhança de cargos componentes das várias carreiras jurídicas. Elenca-as, com precisão, Nelson Nery Júnior (*apud* Hugo

Nigro Mazzilli, “O Ministério Público na Constituição de 1988”, Saraiva, São Paulo, 1989).

“Juízes e promotores não são funcionários públicos. Ambos são agentes políticos do Estado, porque exercem parcela do poder. O juiz aplica a jurisdição; o promotor de justiça detém o monopólio da ação penal pública, tendo independência funcional, podendo fazer o que sua consciência mandar, em obediência tão-somente à lei. Os delegados de polícia são funcionários públicos sem independência, devendo obediência hierárquica ao Poder Executivo (Secretário da Segurança, Governador do Estado) e ao Judiciário, quando, por exemplo, no exercício da polícia judiciária. A vingar o texto do Projeto B, submeter-se-ão ao controle externo do Ministério Público, o que significa vinculação hierárquica. Não têm atribuição junto à jurisdição, não intervindo nos processos judiciais. Os advogados do Estado e defensores públicos exercem o procuratório. Devem, portanto, cumprir a determinação do mandante, não tendo independência funcional, como é curial. Diante deste quadro, não se pode vislumbrar uma identidade de funções entre as várias carreiras jurídicas, pois somente os juízes e promotores de justiça têm atribuições assemelhadas, estando organizados em carreiras paralelas e semelhantes, atuando, ambos, no processo judicial com absoluta independência funcional”. (Nota: o texto vigente, tal como aprovado, consagrou no artigo 129 – VII o controle externo da polícia pelo Ministério Público – A Carta também retirou dos Delegados a iniciativa para a propositura de alguns tipos de ação, o que se concentra agora no Ministério Público).

Aliás, bastará ler o rol das competências, atribuições e vedações das várias carreiras, na própria Constituição, para verificar quão constitucionalmente diversas elas são.

A Carta Magna assim as trata:

Magistratura	32 dispositivos
Ministério Público	33 dispositivos
Advocacia da União	3 dispositivos
Procuradoria dos Estados	1 dispositivo
Defensoria Pública	2 dispositivos
Delegados de Polícia	1 dispositivo

Acresça-se ainda que algumas das carreiras jurídicas em foco são compatíveis com o exercício de outras atividades paralelas o que não é o caso, por exemplo, de juízes e promotores. Por outro lado, um procurador federal ou estadual não é, nem mais, nem menos do que um advogado de uma empresa ou qualquer outra entidade privada. Somente porque trabalha para o setor público

seus vencimentos devem ser iguais aos de um desembargador ou juiz, por exemplo? Como nivelar carreiras tão diversas sem incidir na mais absoluta desisonomia?

Para uma análise mais ampla das funções e atribuições do Ministério Público e o seu cotejo com outras carreiras veja-se o referido livro de Hugo Nigro Mazzilli – págs. 95/119. Na mesma obra é discutido também, com esmero, o tema da equiparação e isonomia (págs. 89/95), sob enfoque um tanto diverso do aqui adotado, mas chegando a conclusões assemelhadas.

Para finalizar, não será demais remeter o interessado num maior aprofundamento do tema à clássica e exaustiva distinção desenvolvida por Duguit entre os funcionários judiciários e funcionários administrativos (Leon Duguit, “*Traité de Droit Constitutionnel*” E. Broccard, Paris, 1923, *Tome Troisième*, págs. 21/52).

**2.3.5 Por que o artigo 135?** – Se o artigo em foco não derroga o veto constitucional à equiparação e à vinculação e se ele não conduz à aplicação da isonomia, entre as carreiras, qual a razão de ser de sua presença na Constitucional? Qual, em suma, o seu endereçamento normativo? Seria ele ocioso?

Note-se que as normas constitucionais relativas à administração pública estão contidas no Título III. Da Organização do Estado – é lá que se encontram os discutidos artigos 37 e 39. Por seu turno a disciplina das carreiras jurídicas está no Título IV – E a menção aos Delegados no Título V – (artigo 144, § 4º).

Nessas condições, o constituinte entendeu – com razão –, que certamente, a diferente posição “geográfica” e classificatória das carreiras em foco, poderá levar alguns intérpretes a considerá-las como não abrangidos pelos princípios ou normas a que o artigo 135 faz referência. Daí a reiteração, não despidianda, com vistas a evitar eventuais abusos ou tratamento injustificado, no seio daquelas carreiras, em face dos princípios constitucionais consagrados pelo Título III.

Aliás, as reiterações são freqüentes no texto constitucional.

O artigo 5º ao tratar da igualdade – isonomia – diz que todos são iguais perante a lei, e logo mais, que se garante a igualdade. Não contente, repete, no inciso I, que homens e mulheres são iguais. Boa parte dos direitos individuais e dos sociais é uma reiteração do mesmo princípio.

No artigo 1º declara que a República tem como fundamento a soberania. E no artigo 170, ao expor os princípios para a atividade econômica, encabeça-os com, novamente, a “soberania nacional”.

O próprio artigo 135 ora discutido, diz serem aplicáveis às carreiras jurídicas o princípio do artigo 37 – XII o que como visto apresenta nenhum significado. E ainda que o tivesse não passaria de reiteração pura.

Conclui-se, pois, que o legislador maior, na dúvida entre dar por entendido certo preceito ou reiterá-lo, em muitos casos optou pela segunda hipótese. O que parece natural para um texto que acabou sendo logo, analítico e detalhista. As várias Comissões – de onde ele surgiu não foram – é patente – os *templa serena* de que falava Lucrécio. O corpo que o produziu foi um corpo essencialmente político e que não teve o suporte das revisões pelas assessorias técnico-legislativas que desempenham papel relevante na elaboração legislativa ordinária.

O princípio hermenêutico de que a lei não pode ter dispositivos inúteis ou repetitivos não passa de uma presunção *juris tantum* que, como é elementar, cai ante a evidência contrária. Carlos Maximiliano chama a atenção para a necessidade de uma sistemática própria para a interpretação das normas constitucionais (“Hermenêutica e aplicação do direito”, Forense, Rio de Janeiro, 1981, págs. 304/315), justamente pela sua peculiaridade como documento não apenas jurídico, mas simultaneamente político e sociológico, com relação às quais “nem sempre se resolvem as dúvidas ou se atinge o alcance preciso das disposições escritas com aplicar os preceitos da vulgar exegese jurídica, adequada a leis mais minuciosas, relativamente mais perfeitas...” (*op. cit.*, pág. 306).

Noutro trecho (pág. 251) acentua que o pressuposto da não ociosidade de termos ou frases não é absoluto, advertindo o julgador a não se apegar à letra morta do texto. Lembra que bem avisados os hermeneutas americanos ao invés do absoluto “*verba cum effectu sunt accipienda*” recomendam com prudência: “deve-se atribuir quando for possível algum efeito a toda palavra, cláusula ou sentença”.

Assim, ainda que não se considere essencial a presença dos artigos 135 e 241 – e eles são, pelo menos, úteis – nem por isso se lhes poderá dar uma extensão e um alcance que não têm, e que são incompatíveis com todo o quadro normativo onde se encontram inseridos.

### 3. Hermenêutica

Estariam as conclusões acima em consonância com os sadios princípios da hermenêutica, cabíveis a esse tipo de indagação? Parece que sim, pois a exegese de há muito aceita em todo o mundo civilizado e naquele que busca a civilização é, em essência, a da pesquisa dos fins da norma; vale dizer, dos valores a ela subjacentes. A interpretação meramente silogística, literal e formal está proscrita. A literalidade vale apenas como um primeiro guia para se chegar à visão mais ampla do conteúdo da norma, de suas implicações jurídicas e base fática. Por que o direito é fato, valor e norma: “*ex facto oritur jus*”.

A corrente da *mens legislatoris*, rechaçada há mais de século, ainda que, por absurdo, se quisesse, acolhê-la, seria, na esmagadora maioria dos casos, impraticável, já que, salvo poucas exceções, não havendo registro das intenções dos votos dados pelos parlamentares, os julgamentos acabariam por transformar-se em repetidos escrutínios entre os que votaram as leis – desde que ainda vivos.

Interpretar não é um trabalho voltado para trás – arqueológico –, mas voltado para adiante. É a chamada teleologia de Jhering, que apura a *mens legis*, desdobrada pelas modernas escolas hermenêuticas, cujo escopo último é a integração do jurista na sociedade real e não na ideal ou abstrata.

A lição de Marcelo Caetano é eloqüente:

“Constituição tem caráter essencialmente político. As suas normas destinam-se a construir o aparelho do governo da Nação e a orientar a sua conduta nas relações com os cidadãos e com as pessoas jurídicas que, para a realização dos fins sociais, são reconhecidas pelo Direito. Há, assim um projeto ou modelo de sociedade organizada politicamente segundo certa estrutura econômico-social e de harmonia com determinados fins visados, que é preciso ter sempre presente ao procurar determinar o sentido das normas constitucionais”. E mais adiante: “o conhecimento das finalidades que a Constituição se propõe é fundamental. Porque, em caso de dúvida, a interpretação das suas normas tem que ser feita em função delas, tem que ser teleológica, admitindo-se então que os preceitos jurídicos assumam caráter instrumental”. (Marcelo Caetano, “Direito Constitucional”, vol. II, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1978, págs. 8/9).

Em síntese, como defende a escola alemã da jurisprudência dos interesses – cabe ao julgador decidir segundo o direito positivo – é claro –, mas vendo nítido o conflito de interesses subjacente a cada pleito, sopesando-o, com critério para determinar qual o interesse que, pela valoração da lei, deva prevalecer. E para essa avaliação será essencial o conhecimento das conseqüências concretas, práticas da opção por esse ou aquele interesse. (Passim Heck Phillip, “Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses”, trad. brasileira. Livraria Acadêmica Saraiva, São Paulo, 1947, cf. Luis Recaséns Siches. “*Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*”, Editorial Porría, México, 1973, págs. 57/67).

No caso em tela, não existe, como visto, conflito entre a literalidade das disposições constitucionais e o seu sentido teleológico – valorativo. Mas, de qualquer maneira, este último é essencial para iluminar a letra dos preceitos, harmonizando-as sistematicamente aos fins colimados pela Lei Maior.

#### **4. Isto posto, passo a responder aos quesitos:**

1. Os artigos 135 e 241 da Constituição Federal impõem a obrigatoriedade de vencimentos iguais para todas as carreiras a que se referem (magistrados, membros do Ministério Público, advogados da União, procuradores dos Estados e do Distrito Federal, defensores públicos e delegados de polícia)?

Não. Não apenas deixam de impor tal obrigatoriedade, como ainda vedam que se adote, por lei, equiparação ou vinculação de cargos e carreiras para fins de vencimentos e outras vantagens. A vedação decorre do inciso XIII do artigo 37 da Constituição cujo preceito foi objeto de uma única e tênue exceção, ditada pela própria lei maior: a do § 3º do artigo 73, referente ao cargo isolado do Ministro do Tribunal de Contas da União.

O texto do § 1º do artigo 39 não autoriza qualquer elo de ligação entre os vencimentos das carreiras aludidas, pois seu escopo nada mais é do que igualar vencimentos de cargos assemelhados ou com atribuições iguais dentro de cada carreira e não entre carreiras, o que seria uma equiparação.

Os dois princípios: o da isonomia (art. 5º e § 1º do art. 39) e o da não equiparação ou vinculação (art. 37 – XIII) não se excepcionam, nem se derogam reciprocamente. Aplicam-se plenamente e em harmonia, cada com base no suporte fático que lhe for próprio.

2. A lei poderá considerar, indiscriminadamente, assemelhadas quaisquer daquelas carreiras, sem incorrer em inconstitucionalidade?

Não. Os critérios para que se estabeleça isonomia de vencimentos são os dois apontados: atribuições iguais e semelhança de cargos, objetiva e concretamente verificados em cada caso. A Constituição não confere à lei o condão de fazer com que aquilo não é, passe a ser. Inconcebível ter a Constituição estabelecido que dois critérios conflitantes para a determinação da isonomia, um objetivo: atribuições iguais, e outro arbitrário: assemelhação por ficção, ao talante do legislador. Fosse assim, um acabaria por invalidar o outro, equivalendo, na prática a se reintroduzir a equiparação, vedada pelo art. 37 – XIII – que é um princípio constitucional a impor parâmetros e restrições ao legislador ordinário.

A palavra assemelhados do § 1º do art. 39 é o adjetivo qualificativo, sinônimo de parecido, próximos ou o verbo da voz passiva parecer-se, ser parecido com. Não pode ser tomada como o verbo da voz ativa “tornar” ou “fazer semelhante”.

É o meu parecer.

Parecer do Dr. Fábio Konder Comparato(\*)

Professor Titular da Faculdade de Direito – USP

---

## **Parecer**

### **A – Critério adotado na interpretação da Constituição**

Antes de externar sua opinião sobre determinada questão constitucional, dever de elementar probidade exige que o parecerista revele o critério que adotou para chegar à convicção expressa no parecer. Essa cautela se impõe com redobrado vigor nos dias atuais, porque a jurisprudência atravessa, contemporaneamente, um período de clara mutação de seus cânones em matéria interpretativa.

Com efeito, a idéia básica prevalecente quanto ao trabalho hermenêutico do jurista, até há pouco, ainda era a forjada no curso do século passado, entre os cultores do direito privado romanístico da escola alemã, e cujas raízes se encontram no voluntarismo jusfilosófico do século XVIII. Para os pandectistas, o dogma fundamental do sistema jurídico – direitos subjetivos e ordenamento normativo – era o da vontade. No campo do direito privado, a autonomia da vontade individual; no do direito público, a chamada “vontade da lei”. A tarefa do intérprete, por conseguinte, resumia-se em descobrir, por meio de diferentes critérios, conjugados ou hierarquizados – o histórico, o gramatical, o sistemático, o teleológico, o valorativo – qual a vontade manifestada objetivamente pelo autor da norma, no tocante à hipótese de incidência de que se tratava.

De acordo com esse modo de ver a realidade jurídica – o qual aqui se reduz à sua expressão mais simples, por amor à brevidade – devendo todos os casos concretos subsumirem-se às hipóteses de incidência normativa (postulado do caráter completo do ordenamento jurídico), era perfeitamente concebível uma interpretação definitiva *in abstracto* da norma a ser aplicada. Interpretação e aplicação, de resto, seriam duas operações mentais distintas e inconfundíveis, sendo a segunda, quase mecânica. O exame dos fatos e circunstâncias do caso concreto em nada acresceria à compreensão do texto normativo, já dada pela sua análise em si mesmo; e somente serviria para a necessária qualificação do caso concreto, segundo as categorias jurídicas adotadas pelo ordenamento, e a subsunção desse *casus* à hipótese de incidência normativa contida na lei.

O pressuposto grosseiramente antropomórfico dessa concepção não deixou de ser criticado e exprobado.<sup>(1)</sup> Mas não se pôs suficientemente em foco o abuso lógico do recurso a ficções, nas hipóteses – sempre mais numerosas, à

medida que as leis envelhecem, nesta fase de “aceleração da História” – em que o ordenamento é claramente lacunoso, ou evidentemente ultrapassado pela evolução social. Onde encontrar essa decantada “vontade” da lei ou da Constituição? Como assegurar que ela não é mais do que a concreta vontade do intérprete, cuja manifestação a dogmática tradicional sempre condenou como contrária aos próprios fundamentos do Estado de Direito?<sup>(2)</sup>

Em lugar dessa dogmática voluntarista, o que se propõe hoje, sobretudo na Alemanha, como sistema embaixador da tarefa hermenêutica, é a ligação vital entre a norma e o fato normado, isto é, a filosofia da concretização (*konkretisierung*).<sup>(3)</sup>

Não há compreensão do alcance de uma norma geral, sem ligação com fatos concretos. Sem dúvida, a norma geral pode ser entendida em si mesma, no sentido abstrato de suas palavras. Mas essa inteligência anterior ao exame de um fato concreto da vida social é, mais propriamente, um pré-entendimento (*Vorverständnis*), que está longe de esgotar o verdadeiro âmbito de incidência normativa. A verdadeira compreensão de um texto legal somente ocorre, quando ele é confrontado com os eventos da vida. É só então que ele adquire um colorido específico, próprio daquilo que os anglo-saxônicos denominam *law in action*.

Um episódio recente de nossa vida política serve para ilustrar o que se acaba de dizer. A Constituição de 1967, refeita em 1969, ao repetir fórmula originalmente inscrita em nossa primeira Constituição republicana, e reproduzida na de 1946, declarou que o Vice-Presidente da República “substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga”.<sup>(4)</sup> Até o episódio de 15 de março de 1985, ninguém jamais imaginou que essa norma pudesse aplicar-se ao caso em que apenas o Vice-Presidente toma posse do cargo. Até então, por conseguinte, o que havia era uma inteligência limitada do âmbito normativo. Foi somente diante de um caso concreto, inédito na vida política do País, que o texto constitucional foi efetivamente interpretado e compreendido em sua totalidade. A eficácia normativa, que era latente ou potencial, atualizou-se, no sentido aristotélico; incorporou-se à vida política. A norma constitucional deixou de ser mera *law in books*, para tornar-se, de fato, *law in action*.

A teoria da concretização explica e justifica, por conseguinte, a função necessariamente criadora do intérprete. A interpretação corresponde a uma invenção de soluções. Diante dos casos novos – que é onde se dá, originalmente, o autêntico trabalho interpretativo – não é a norma, previamente interpretada, que se aplica como um carimbo à realidade fáctica. É, ao contrário, esta última que, bem analisada, permite compreender o texto normativo.

Importa, aliás, bem distinguir a idéia de concretização do método tópicco, ou de lugares comuns, com o qual ele poderia ser indevidamente confundido. Efetivamente, a tópica é um método problemático de pensamento<sup>(5)</sup> e, sob esse aspecto, parece muito menos abstrata do que o pensamento sistemático. Mas é impossível negar que os *topoi*, não obstante terem sido criados sobre fatos concretos, constituem sempre regras abstratas para a solução de casos futuros. A sua natureza de regras práticas não pode esconder esse fato.

Daí porque, especificamente em matéria de direito constitucional, como salienta K. Hesse, os *topoi* não podem ser utilizados para solucionar abstratamente problemas, em sentido oposto àquele indicado pelo uso da técnica concretizadora.<sup>(6)</sup> É o caso, por exemplo, do tradicional lugar-comum verba *cum effectu sunt accipienda*. Reconhecer, como regra geral, que as palavras de um texto constitucional hão de ter um sentido efetivo não significa que, em determinado caso concreto, o julgador deva forçar uma solução contra o resultado evidente do trabalho de interpretação, à luz das circunstâncias de fato da causa. O juiz não é constitucionalmente obrigado a dizer, de modo geral abstrato, como e quando determinada norma será aplicada; ele cumpre sua função pública limitando-se a julgar concretamente a lide proposta.

### **B – Qualificação da questão sob exame**

As indagações formuladas pela consulente giram em torno de equiparação de carreiras funcionais. Tal supõe uma certa semelhança ou aproximação de situações jurídicas, debaixo de um princípio de igualdade.

Importa, no entanto, estabelecer, desde logo, uma distinção básica entre diversos princípios de igualdade. Há, de um lado, os princípios de igualdade ligados aos direitos humanos; de outro lado, a isonomia como princípio de justiça distributiva na interpretação das leis e no reconhecimento de direitos, ainda que não fundamentais.

No tocante aos direitos humanos, coexistem, com sabido, duas espécies de igualdade: a formal, também chamada igualdade perante a lei, e a substancial, correspondente aos direitos sociais. O princípio da igualdade formal postula que certas liberdades ou direitos são inerentes à pessoa humana, consubstanciais à sua dignidade e, como tal, comuns a todos os seres humanos, não obstante as diferenças biológicas ou sociais de sua concreta situação. Não se trata, portanto, de uma liberdade ou direito fundamental específico, mas de um princípio comum a toda uma série de direitos ou liberdades. A Constituição brasileira de 1988, por isso mesmo, rompendo com a técnica das que a precederam, inscreveu acertadamente esse princípio no pórtico da declaração de direitos fundamentais (art. 5º, *caput*). Já no que concerne aos direitos sociais, o pressuposto é a desigualdade concreta de situações sócio-econômi-

cas. Não se postula, por conseguinte, uma igualdade de normas (isonomia), mas a igualdade de gênero de vida (isodieta), a ser estabelecida através das normas. Visando a assegurar a realização dos direitos sociais, as leis podem ser marcadamente desiguais, instituindo discriminações positivas (as *affirmative actions*, dos norte-americanos), ou opções preferenciais.

Diverso desses princípios é o critério de igualdade utilizado como técnica interpretativa em matéria estranha ao campo dos direitos fundamentais. Estamos, aí, diante de um princípio geral de direito, correspondente à justiça distributiva (*suum cuique tribuere*), mas que, como todo princípio geral de direito, é mera fonte secundária, podendo ser afastado pela lei. Desde que não haja violação de direitos ou liberdades fundamentais, a lei e, *a fortiori*, a Constituição podem criar discriminações, ou, ao contrário, impor desigualdades artificiais.

Em meu parecer, a questão nuclear envolvida na consulta nada tem a ver com direitos fundamentais, mas entra no campo da liberdade normativa do poder constituinte. A Constituição poderia ter estabelecido um princípio de igualdade em matéria de vencimentos do funcionalismo público, criando eventualmente exceções. O que ela fez, porém, foi exatamente o oposto: instituiu o princípio da não-vinculação ou não-equiparação de vencimentos, abrindo espaço no entanto a algumas regras excepcionais. Ao reverso do princípio de igualdade em matéria de direitos humanos, o qual há de ser tomado na mais vasta compreensão de seu significado; prevalece aqui, necessariamente, a regra da inteligência restrita ou *juxta modum*.

### **C – A sistemática dos dispositivos constitucionais pertinentes**

A regra geral, como se disse, é a não vinculação ou não equiparação de vencimentos no serviço público (Constituição, art. 37, XIII).

A primeira exceção, aberta nesse mesmo dispositivo, diz respeito, no campo da administração direta, a “cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário”, sem prejuízo das vantagens de caráter individual e das relativas à natureza ou ao local de trabalho (art. 39, § 1º).<sup>(7)</sup>

Além desta, outras duas exceções estabelece a Constituição, no que tange aos limites máximos de remuneração dos servidores dos três Poderes (art. 37, XI e XII).

É esse o quadro normativo ao qual o intérprete deve se ater.

A norma do art. 135 da Constituição seria mera aplicação desse quadro normativo, não fora o fato de abranger, em sua esfera de incidência, além dos funcionários públicos, também os órgãos dos Poderes da República. O artigo

refere-se, com efeito, às carreiras regulares no Título IV, consagrado à “organização dos Poderes”, isto é, ao Executivo, o Legislativo e o Judiciário em sua inteireza. Seja como for, ao mencionar o art. 39, § 1º, ele está, implicitamente, invocando a regra geral do art. 37, XIII, da qual aquele constitui exceção.

O que o art. 241 da Constituição procurou fazer foi estender aos delegados de polícia da carreira a exceção do art. 39, § 1º, à luz do disposto no art. 135. A regra do art. 241 não pode, portanto, ser entendida (ou “pré-entendida”, como diz Konrad Hesse) fora do quadro normativo acima exposto.

Mas esse dispositivo do art. 241 chama a atenção pelo seu caráter extraordinário (para dizer o mínimo), tendo em vista que:

a) Acha-se inserido no título das “Disposições constitucionais gerais”, quando é, nitidamente, uma disposição específica;

b) Trata a norma do art. 39, § 1º, como “princípio”, quando ela é, obviamente, uma exceção;

c) Refere-se às “carreiras disciplinadas no art. 135”, (com deplorável italianismo de linguagem), quando esse dispositivo não regula carreira alguma, limitando-se a fazer referência às carreiras de que trata o Título IV da Constituição;<sup>(8)</sup>

d) Estabelece equiparação de cargos, quando o padrão de referência do art. 135 é o de carreiras funcionais.

#### **D – A interpretação constitucional, no caso concreto**

*Conditio juris* da norma excepcional do art. 39, § 1º, é a igualdade ou assemelhação de atribuições, entre cargos do mesmo Poder ou não. Tratando-se, como se trata, de exceção à regra geral da não-equiparação de cargos ou carreiras, para fins de fixação de vencimentos, o entendimento da norma há de ser estrito e não ampliativo.

Reitere-se, inicialmente, a observação de que o artigo 241 se refere a cargos dentro de uma carreira funcional, e não a toda a carreira policial. A dificuldade na comparação já começa aí, pois a carreira do Ministério Público, de acordo com a Lei Orgânica paulista (Lei Complementar nº 304, de 28 de dezembro de 1982) está estruturada em órgão de administração superior (Procuradoria-Geral de Justiça, Colégio de Procuradores de Justiça, Conselho Superior do Ministério Público e Corregedoria-Geral do Ministério Público), órgãos de execução na 2ª Instância (o Procurador-Geral de Justiça e os Procuradores de Justiça) e na 1ª Instância (os Promotores de Justiça). A qual desses órgãos corresponderá, ao certo, o cargo de Delegado de Polícia?

A indagação não é ociosa, pois referindo-se os arts. 39, § 1º, e 241 a cargos, estão esses dispositivos implicitamente determinando que a compara-

ção se faça, não somente quanto às atribuições, mas também quanto aos postos funcionais. A doutrina administrativa salienta, com efeito, que os cargos públicos se definem ou caracterizam, pelo lugar e o conjunto de atribuições a ele inerentes.<sup>(9)</sup>

Dificuldade maior, porém, ocorre na comparação das atribuições dos cargos de Delegado de Polícia e de Promotor de Justiça. Conforme se depreende da sistemática constitucional, o Ministério Público corresponde a uma função essencial à atividade jurisdicional do Estado (Capítulo IV do Título IV). Na Lei Orgânica do Ministério Público paulista, as atribuições dos Procuradores e Promotores de Justiça exercem-se, em sua quase totalidade, no foro judicial (arts. 36 e segs.). Tirante os casos de ação corporativa disciplinar, as atividades não judiciais do Ministério Público referem-se à fiscalização dos estabelecimentos carcerários (art. 40, II), ou seja, controle da execução de penas privativas de liberdade oriundas de processo-crime; ou à fiscalização do cumprimento da lei no foro extrajudicial (exs.: atividades do Promotor de Justiça Curador de Família e Sucessões, art. 44, VI, VII, VIII, XVI, XVII; ou do Promotor de Justiça Curador de Fundações, art. 46).

Já as funções da Polícia Civil abrangem “a prevenção e investigação criminais, o policiamento ostensivo, o trânsito e a proteção em casos de calamidade pública, incêndio e salvamento” (Lei Complementar do Estado de São Paulo nº 207, de 5 de janeiro de 1979, art. 1º, parágrafo único). Em outras palavras, a Polícia Civil colocada no sistema constitucional no Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), Capítulo III (Da Segurança Pública), não exerce nenhuma função no processo judicial, servindo os relatórios de investigação criminal como mero elemento informativo dos processos criminais, a critério do juízo, sendo tal elemento informativo, de resto, perfeitamente dispensável em vários processos-crimes.

Ademais, como é intuitivo, as atribuições de policiamento ostensivo, direção do trânsito e prestação de socorros em casos de incêndio e calamidade pública são totalmente estranhas à própria concepção do Ministério Público.

Há mais, porém. Qualquer que seja a qualificação orgânica que se dê ao Ministério Público, na estrutura do Estado – como órgão auxiliar do Judiciário, segundo estabeleceram as Constituições de 1967 e, ao que parece, a de 1988; ou então “ramo heterotópico do Poder Executivo”, como qualificou Pontes de Miranda<sup>(10)</sup> e determinaram as Constituições de 1946 e 1969 –, o certo é que o Ministério Público é, essencialmente, um poder livre. Ele não recebe ordens de nenhum outro Poder e deve promover o cumprimento da lei, sobretudo no foro criminal, sem a menor vinculação hierárquica.

Não assim, no tocante às forças policiais. No Estado de São Paulo, os serviços da Polícia acham-se inseridos no quadro da Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública (Lei Complementar nº 207, art. 1º), a qual representa um dos ramos do Poder Executivo, cujo chefe é o Governador do Estado. Há aí, contrariamente ao que ocorre com o Ministério Público, uma nítida subordinação hierárquica.

Finalmente, ainda no tocante à comparação das atribuições do Ministério Público com a Polícia Civil, releva notar que a Constituição defere ao Ministério Público “o controle externo da atividade policial” (art. 129, VII). O termo “controle” é aí empregado na acepção francesa de fiscalização. A Constituição distingue o controle interno – por via hierárquica, no mesmo Poder –, do externo, isto é, o exercido entre um Poder e outro. É assim que o artigo 70 dispõe competir a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, ao Congresso Nacional, “mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”. Na terminologia francesa, aliás, a expressão “controle administrativo” é, freqüentemente, substituída por “tutela administrativa”.<sup>(11)</sup> “Controle, em tema de administração pública”, definiu Hely Lopes Meirelles, “é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.<sup>(12)</sup>

Ora, como é possível equiparar as atribuições de um órgão fiscalizado às do órgão fiscalizador? Ainda que se não enxergue entre o Ministério Público e a Polícia Civil uma relação hierárquica, é bem de ver que a última submete-se à tutela administrativa do primeiro, o que indica, sem sombra de dúvida, que essas duas entidades não se situam no mesmo plano funcional.

Já no que tange à Magistratura, as semelhanças da carreira do Ministério Público são patentes.

A Constituição estabelece regimes idênticos para o ingresso em ambas as carreiras, a promoção e a aposentadoria (art. 93, I, II e VI; art. 129, §§ 3º e 4º). Por outro lado, as garantias e os impedimentos específicos de uma e outra carreiras são quase idênticos (arts. 95 e 128, I e II).

Tudo isso indica que as atribuições do Ministério Público e da Magistratura situam-se na mesma faixa de onda, alinham-se na prestação do mesmo serviço público: a atividade jurisdicional.

### **E – Conclusões**

A interpretação constitucional concreta do problema proposto, a saber, se poderá haver equiparação de vencimentos entre os cargos do Ministério

Público, de um lado, e os da Magistratura e de Delegado de Polícia de carreira, de outro, leva às seguintes conclusões:

1ª) As carreiras do Ministério Público e da Magistratura apresentam assemelhação de cargos, *condicio juris* para a aplicação da regra exceptiva do art. 39, § 1º da Constituição Federal;

2ª) Não há a menor semelhança funcional entre os cargos de Delegado de Polícia e de membros do Ministério Público.

Convém reafirmar, quanto a essa última conclusão, a advertência feita no início desta exposição. A interpretação concreta de um texto normativo vincula-o, indissolúvelmente, ao caso examinado. Tal significa que não se adianta, com ela, nenhuma conclusão quanto à aplicação do mesmo texto a outros casos concretos. O jurista não faz interpretações literárias, mas julga e avalia um segmento da realidade social.

É o que me parece.

#### NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) Cf. por exemplo, EMÍLIO BETTI, “*Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici, teoria generale e dogmatica*”, 2ª ed., Milão (Giuffrè), 1971, § 46. Em sua última obra, publicada postumamente, HANS KELSEN é severo quanto à falsidade desse “psicologismo” jurídico (“*Teoria Generale delle Norme*”, publicada sob os cuidados de Mario G. Losano, Turim, Giulio Einaudi Ed., 1985, cap. XLIII).
- (2) É este o cerne das objeções opostas em vigor por KONRAD HESSE, à concepção tradicional do trabalho interpretativo, em *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 15ª ed., Heidelberg (C.F. Müller), 1985, págs. 21 e segs.
- (3) Cf. KARL LARENZ, “*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*”, 5ª ed., Springer Verlag, 1983, págs. 279 e segs., 456 e segs.; KARL ENGISCH, “*La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*”, trad. de Juan José Gil Cremades, Pamplona, 1968; com aplicação ao direito constitucional, KONRAD HESSE, *Grundzüge*, cit., págs. 24 e segs.
- (4) A fórmula foi mantida na atual Constituição (art. 79).
- (5) *Der wichtigste Punkt bei der Betrachtung der Topik ist die Feststellung, dass es sich hier um diejenige denkerische Techne handelt, die sich am “Problem” orientiert* (VIEHWEG, Theodor, “*Topik und Jurisprudenz – Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*”, 5ª ed., Munique, C. H. Beck, 1974, § 3º).
- (6) *Wenn ein Problem sich daher durch Konkretisierung nicht angemessen lösen lässt, hat der Richter, der an die Verfassung gebunden ist, keine freie Wahl der topoi* (*Grundzüge*, cit., nº 77, pág. 29) Hesse observa que a tópica, no quadro da interpretação constitucional, só pode exercer um papel limitado (*Grundzüge*, cit., nº 78).
- (7) Não é despidendo assinalar, para a solução razoável do problema proposto na consulta, que os cargos policiais civis, no Estado de São Paulo, são exercidos “necessariamente em regime especial de trabalho” e seus ocupantes fazem jus a uma gratificação específica (Lei Complementar nº 207, de 5 de janeiro de 1979, arts. 44 e 45). Tal gratificação, inicialmente fixada em 30% do padrão de vencimentos, foi sucessivamente elevada, atingindo hoje 140% e 200% (Lei Complementar nº 491, de 23 de dezembro de 1986). Uma vez que se trata de vantagem relativa à natureza do trabalho, ela seria mantida na hipótese de equiparação de vencimentos, segundo o disposto no art. 39, 1º, *in fine* da Constituição.
- (8) A rigor, aliás, a Constituição não regula carreira alguma. Os arts. 51, IV, 52, XIII e 84, VI, são normas de atribuição de competência para a organização administrativa, no âmbito dos respectivos Poderes, e, portanto, estabelecem meros pressupostos para a regulação das carreiras fun-

- cionais. O art. 93 estabelece princípios para o Estatuto da Magistratura, mas é só a lei complementar que disporá sobre a matéria. Da mesma sorte em relação ao Ministério Público, embora a Constituição se refira, em quatro dispositivos (art. 128, §§ 1º e 3º; art. 129, §§ 2º e 3º) à carreira, não a organizou, limitando-se a determinar que a lei o fizesse (art. 127, § 2º, *in fine*).
- (9) Cf. J. CRETELLA JÚNIOR, J., “Direito administrativo brasileiro”, vol. I, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1983, nº 340.
- (10) “Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969”, t. 3, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, pág. 407.
- (11) Cf. GEORGES VEDEL, “*Droit Administratif*”, com a colaboração de Pierre Delvolvé, 7ª ed., Paris, P.U.F., 1980, págs. 815 e segs.
- (12) “Direito administrativo brasileiro”, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976, pág. 618.