

FUNCIONARIO PÚBLICO — EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS — IGUALDADE PERANTE A LEI

— Nada justifica que alguém se arrogue um direito subjetivo para invocar o controle jurisdicional, no sentido de que a ilegalidade praticada pela Administração se amplie a outras situações.

— Diferentemente do que ocorre com a igualdade relativamente às pessoas, a igualdade relativamente a coisas, fatos ou situações, para ser estabelecida, necessita da fixação prévia de critérios norteadores, que justifiquem, em cada caso, a discriminação ou a assimilação.

PARECER

1. Extranumerários mensalistas do Ministério das Relações Exteriores, beneficiados pelo art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, desempenhando a função de mestres, pleiteiam equiparação de salários ou vencimentos a funcionários ou extranumerários de outros Ministérios, que, segundo seu entender, exercitam atividade de alguma forma semelhante ou análoga à sua.

A arguição consta de duas partes: 1.º fundamentação no art. 49 do Decreto-lei n.º 240, de 1938; 2.º fundamentação no art. 141, § 1.º, da Constituição federal. Faz-se alusão, ainda, ao artigo 141, § 3.º, do Estatuto Supremo e ao art. 257 da Lei n.º 1.711, de 1952, mas a invocação desses dispositivos é desapropriada, o que dispensa a sua apreensão.

2. A série funcional a que pertencem os interessados, ou seja, a de mestre, só vai até a referência 26. A majoração pretendida, entretanto, corresponde à referência 29. Por outro lado, o Decreto-lei n.º 240, no seu art. 49, estabelece um preceito proibitivo, impedindo possem os extranumerários, salvo os contratados, “ter salários superiores aos funcionários que executam trabalho análogo”.

Não se aplica ao caso, evidentemente, o dispositivo. Mesmo admitindo-se que a Administração o houvesse violado, ao instituir aqueles vencimentos ou salários

mais elevados, a consequência seria considerá-los ilegalmente fixados, recomendando-se ou promovendo-se a redução para os limites exatos.

O que nunca se poderá sustentar é o surgimento de um direito subjetivo à majoração, decorrente da pretensa ilegalidade que se diz ter sido assim cometida.

Tanto menos acertada é a tese aqui combatida, quanto a sua aceitação importaria na própria alteração da estrutura da série funcional de que se trata. No muito, portanto, se houvesse analogia perfeita e similitude absoluta entre as situações indicadas, caso seria de reduzir-se os salários mais elevados até o nível do vencimento dos funcionários que executam o pretensu “trabalho análogo”.

Se houve uma ilegalidade, o que se admite *ad argumentandum tantum*, nada justifica que alguém se arrogue um direito subjetivo para invocar o controle jurisdicional, no sentido de que a ilegalidade se amplie, atingindo outras tantas situações.

2. Acrescente-se, aliás, que não são funcionários os extranumerários beneficiados pelo favor constitucional, tanto que o art. 23 precitado fala em equiparação para certos e determinados efeitos: “serão equiparados aos funcionários, para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias”.

Como se vê, nem ao menos poderá entender-se que a equiparação, também, operasse para os fins indicados no artigo 49 do Decreto-lei n.º 240.

Esse primeiro aspecto da argüição dos interessados não parece apoiar-se em qualquer fundamento jurídico digno de apêreço.

3. Resta a segunda parte da argüição. Haverá igualdade de situações e isto levará à incidência do princípio constitucional que assegura igual tratamento para todos.

É importante determinar-se o exato significado do dispositivo que, nas Constituições modernas, assegura a igualdade perante a lei.

A inscrição desse preceito se vem fazendo a partir da revolução francesa e o seu objetivo primordial é prevenir contra a eventualidade de criar-se distinção entre os indivíduos, em razão de pertencerem a uma camada social, classe, casta, religião, ou família.

Ainda que remota seja essa possibilidade, nos dias que correm, o dispositivo procura preveni-la, além do mais, atendendo à consideração histórica que tem levado à sua previsão no maior número dos textos constitucionais posteriores a 1789.

Não se pode negar, porém, que, ali, se compreenda, também, uma recomendação, ou uma norma de princípio ou de programa, no sentido de que não devam ser feitas distinções ou discriminações, entre fatos, circunstâncias ou situações efetivamente iguais: *Gleiche Tatbestände müssen gleich behandelt werden.*¹

4. Resta verificar, entretanto, que critério deverá adotar-se para, em cada caso, determinar se se trata de situação igual ou análoga a outra, ou se de tal não se trata.

Esse critério será o que se nortear pelo conceito de justiça que se possa

construir, em face das eventuais discriminações ou diferenciações — *Begriff der Gerechtigkeit.*²

Mas é, exatamente, êste um conceito indeterminado em direito e que só se pode fixar dentro de um ponto de vista ético ou metafísico, mas, de qualquer forma, extra-jurídico.

É evidente a imprestabilidade de tal critério para orientar a aplicação do direito, pelo menos segundo as inspirações de nossa época.

Quando muito, para os jus-naturalistas, pode-se imaginar uma ordem de idéias superior a traduzir os princípios de igualdade que regerão as diversas situações que se apresentem. Mesmo para êsses, porém, é evidente que se trata de um conceito de substância, ou de essência ética, e não jurídica. Veja-se o que a respeito afirma Kaufmann,³ que é jus-naturalista: *Was das ist, lässt sich nichtdefinieren. Definieren lässt sich nur was Gegenstand mittelbarer Erkenntnis ist. Das unmittelbare Erkannte ist als solches undefinierbar. Auch das Gute, Wahre und Schöne ist nicht zu definieren, weil es uns unmittelbar gewiss wird. Wir haben eine unmittelbare Erkenntnis des Guten und Bösen, des Schönen und Hässlichen, des Gerechten und Ungerechten. Alles das ist uns in unserem Gewissen gegeben. Das Gewissen ist aber nichts Subjektives und darf nicht psychologisch aufgelöst und relativiert werden; sondern es ist unmittelbar Gewissheit einer höheren objektiven Ordnung, an der wir Teil haben, die wir realisieren müssen, in deren Dienst wir stehen. Diese Ordnung haben wir nicht geschaffen. In diesem Sinne ist keine echte Ethik nur autonome Ethik. Wenn wir tun, was das Gewissen gebietet, tun wir etwas, was ein höherer uns durch unser Gewissen sagt.*

1 Hans Nawiasky, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, 1927, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, pág. 40.*

2 Erich Kaufmann, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in Veröffentlichungen cit., pág. 11.*

3 Erich Kaufmann, *op. cit., pág. 11.*

Ainda, aí, embora seja o contrário o que se pretende sustentar, evidente é que aquêles conceitos, compondo uma ordem superior de princípios, não integram o ordenamento jurídico, enquanto não fôrem adotados por uma norma expressa, situando-se, pois, no campo da ética ou da metafísica.

5. Diferentemente do que ocorre com a igualdade relativamente às pessoas, a igualdade relativamente às coisas, fatos ou situações, para ser estabelecida, necessita da fixação prévia de critérios norteadores, que justifiquem, em cada caso, a discriminação ou a assimilação.

É por essa razão que, na incidência do princípio constitucional da igualdade, é mister distinguir entre a igualdade pessoal (*persönliche Rechtsgleichheit*) e a igualdade de fatos, coisas ou situações (*sachliche Rechtsgleichheit*).⁴

No primeiro caso, já se disse, o princípio constitucional da igualdade vincula não só o legislador, como o intérprete, de modo que são vedadas quaisquer discriminações pelo fato de pertencer a uma família, a uma confissão religiosa, a uma classe ou a uma camada social. Nawiasky, contrapondo, nesse particular, a igualdade das pessoas àquela outra categoria, assim se pronuncia: *Ganz anders steht es mit der persönlichen Rechtsgleichheit im Sinne des Ausschlusses irgendeiner Gruppenbildung. Wie ein roter Faden durchzieht das Verfassungswerk der Gedanke, dass die Zugehörigkeit zu einem Stand, einem Geschlecht, einem religiösen Bekenntnis, einer Klasse oder einer sonstigen sozialen Schichtung von der Gesetzgebung grundsätzlich nicht zum Ausgangspunkt*

*einer Differenzierung gemacht werden darf.*⁵

Já, assim, não é com a igualdade de fatos, coisas ou situações (*sachliche Rechtsgleichheit*). Aqui, configura-se, apenas, uma norma programática, como tal endereçada ao legislador (*directory provision*): *nur in programmatischen Sätzen wird man an sie erinnert.*⁶

A assimilação de situações e fatos dependerá, como já se indicou, da determinação de critérios orientadores, consubstanciando-se na formulação de um juízo de valor meramente subjetivo e dependendo, muita vez, da preponderância de idéias filosóficas, ou do modo de conceber as coisas: *Es müssen also Werturteile gefällt werden und Werturteile sind immer subjektiv... Inhaltlich lassen sich die nach diesem Fragenschema zu gebenden Antworten nur subjektiv bestimmen und müssen daher ganz verschieden ausfallen, jenach den Gesichtspunkten, die herangetragen werden. Letzten Endes kommt es auf die verschiedene Weltanschauung an, von der der Beurteiler ausgeht.*⁷

Por isso que o critério de assimilação é, assim, móvel, permitindo uma margem razoavelmente ampla de variação ou discricção para a discriminação de situações ou fatos, o princípio da isonomia constitui uma regra diretiva, a ser adequada às diferentes hipóteses pelo legislador, valendo antes como uma recomendação, do que como um preceito mandatório.

De outro lado, deixando ao intérprete e ao aplicador, especialmente facultando ao juiz decidir sobre o assunto, em cada caso, uma função construtiva ou integrativa da ordem jurídica, inerente ao

4 Cf. Hans Nawiasky, op. cit., pág. 35. Diz êle: *Bei der Beurteilung dieser Folgerungen wird es nach unseren bisherigen Ergebnissen notwendig oder doch wenigstens zweckmässig sein, zwischen persönlicher und sachlicher Rechtsgleichheit zu unterscheiden*, pág. 39.

5 Nawiasky, op. cit., pág. 36; também Kaufmann, op. cit., pág. 17, apreciando êsse aspecto do problema, diz: *Will der Gleichheitssatz zum Ausdruck bringen, dass die Rechtsordnung nicht nach Ständen, Klassen, Konfessionen, Volkstum, Rasse differenzieren darf.*

6 Nawiasky, op. cit., pág. 36.

7 Nawiasky, op. cit.

legislador, se lhes estará atribuindo e à justiça se terá outorgado uma função política absolutamente incompatível com esta última: *Das würde zu einer Politisierung der Justiz führen.*⁸

Sim, porque, não havendo um critério predeterminado e sendo mais ou menos ampla a margem de discricção para fazer analogias ou diferenciações, tem-se que se reputarão razoáveis as assimilações e discriminações feitas pelo legislador.

6. Dentro desse ponto de vista é que se justificam, plenamente, as discriminações feitas pelo legislador, no que toca, por exemplo, à fixação de tributos e ao estabelecimento de isenções e reduções de impostos e taxas, ou à distinção entre cargos e funções públicas, no que tange às vantagens que lhes sejam atinentes.

Só num extremo se permite o controle jurisdiccional da lei discriminatória: é quando o seu dispositivo não pode encontrar a mínima justificativa, ou se reduz ao puro arbítrio.

Tome-se o exemplo das discriminações tributárias. Na jurisprudência americana, o assunto tem sido objeto de confronto com os princípios constitucionais do *due process of law* e da *equal protection of the laws*.

Pois bem, aquela jurisprudência tem entendido existir justiça na classificação (*reasonableness of classification*), quando para ela haja um motivo (*a reason*), de modo que a discriminação não resulte de puro acaso, fantasia, capricho ou vingança (*from mere accident, whim, caprice or vindictiveness*); nada impedirá, no entanto, que a lei seja injusta (*and it is immaterial that the statute is unjust*), ou que a distinção não seja grande, nem evidente (*need not be great nor conspicuous*) e, mesmo, não seja

justa e adequada (*reasonable and proper*).⁹

Quanto ao mais, também, aquela jurisprudência reconhece que, salvo uma desigualdade grosseira (*a gross inequality*), admite-se o tratamento discriminado, ainda que não seja grande a diferença (*where there is a difference it needs not be great nor conspicuous*),¹⁰ pois ao legislador se outorga para o estabelecimento de diferenças uma vasta discricção (*wide discretion*),¹¹ podendo a faculdade de classificação ser exercida, na legislação, com enorme amplitude (*a very broad range*).¹²

Tem-se, em conclusão, que é um princípio diretivo, endereçado ao legislador, o da igualdade entre fatos, situações ou coisas (*sachliche Rechtsgleichheit*) e que ao intérprete não é dado fazer aplicações desse preceito, nem ao judiciário se permite instaurar, com tal fundamento, um controle de legalidade ou de constitucionalidade, salvo se se configurar a hipótese extrema de absoluta inexistência de qualquer justificativa para a distinção, diferenciação ou discriminação legal. Tal discriminação cabe ao legislador, que para tanto dispõe de ampla discricção.

7. Uma particularização do princípio da igualdade, no nosso direito positivo, é a do dispositivo que, nas relações de emprêgo, preceitua que “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção”.¹³

A regra, tal como formulada, não poderia ser aplicada, porque faltaria determinar o critério pelo qual a assimilação se fizesse. Que seria trabalho de igual valor? Poderia ser todo aquele de que resultasse igual rendimento, ou o que fôsse feito com igual perfeição, ou o que

8 Cf. Anschütz, pronunciando sobre as teses de Kaufmann e Nawiasky, anexo à obra cit., pág. 49.

9 Cf. Cooley, *The law of taxation*, 1924, vol. 1.º, pág. 71, sintetizando o pronunciamento dos tribunais norte-americanos.

10 *The Constitution of the United States of America*, edição mandada fazer pelo Senado americano, pág. 981.

11 Idem, pág. 953.

12 Idem, pág. 954.

13 Art. 5.º da Consolidação das Leis do Trabalho.

exigisse igual esforço, ou o que requeresse idênticas habilitações, ou que fôsse executado por pessoas de determinado tempo de serviço.

Se o intérprete ficasse com a prerrogativa de fazer tais assimilações, é evidente que deveria decidir de acôrdo com juízos de valor, ou com critérios meramente subjetivos, variáveis de pessoa a pessoa.

Por isso, seria arbitrária, sempre, a conclusão a que chegasse. Para que aquêle preceito operasse, o próprio legislador teve de estabelecer o critério de assimilação de atividades confrontantes.

Baixou, então, o primeiro conjunto de elementos orientadores: "Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador (primeiro elemento de aproximação, nossa é a ressalva), na mesma localidade (segundo elemento de aproximação, acentuamos), corresponderá igual salário, sem distinção de sexo".¹⁴

Mas, o legislador vai adiante e fixa, como novos elementos de aproximação, ou de discriminação, a produtividade, a perfeição técnica e o tempo de serviço: "Trabalho de igual valor, para os fins dêste capítulo, será o que fôr feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não fôr superior a dois anos".¹⁵

Por fim, ainda é fixado um último critério de diferenciação ou discriminação: "Os dispositivos dêste artigo não prevalecerão nos casos de acesso por antiguidade, desde que haja quadro organizado em carreira".¹⁶

Esse dispositivo, aplicável à relação de emprêgo em direito do trabalho, nada tem a ver com os cargos e funções públicas, que constituem situações estatutárias e que se regem por normas de direito público, além de se inspirarem em considerações ético-políticas diversas das que presidem à disciplina daquelas primeiras relações, pois, enquanto num caso

está presente a idéia de luta de classes e de compatibilidade de interesses em choque, no outro há plena harmonia entre os interesses do prestador e do prestatário de serviços e a idéia dominante é a de serviço público.

Mesmo, porém, em direito privado, foi necessário que se chegasse à fixação do que fôsse trabalho igual, ou trabalho de igual valor.

Como se vê, não pode resultar de simples conjecturas ou considerações subjetivas do intérprete ou do aplicador a assimilação de situações que o legislador discriminou.

8. Tanto menos possível é isso no campo do direito público, onde as normas possuem o caráter de inderrogabilidade.

Ficou dito que só num extremo seria possível instaurar um contrôle jurisdicional sôbre leis que discriminassem: seria quando a diferenciação não tivesse qualquer espécie de justificativa a não ser o mero acaso, a fantasia, o capricho ou a vingança (*mere accident, whim, caprice or vindictiveness*).

Ora, no caso em apreciação, existe razão que justifique a diversidade de tratamento. Os pleiteantes são extranumerários, embora amparados pelo Ato Constitucional Transitório. Conceitualmente, pois, ocupam funções passageiras, ocasionais. Ainda que hoje gozem de estabilidade, é evidente que a sua seleção não há-de ter sido tão cuidadosa quanto a dos funcionários efetivos, aos quais se hão-de exigir qualidades mais apuradas e maiores habilitações. Isso exclui, de logo, qualquer assimilação a funcionários efetivos.

Ainda quanto aos extranumerários, seria preciso distinguir a maior ou menor solicitação de atividades, o maior volume de serviço, a eventual ou efetiva maior delicadeza, dificuldade ou perfeição técnica das tarefas, como terá de acontecer com os servidores do Cais do Pôrto ou do Ministério da Aeronáutica,

14 Art. 461 da Consolidação cit...

15 § 1.º do art. 461 cit...

16 § 2.º do art. 461 cit...

ainda que extranumerários sejam. Ora, são êsses, justamente, os cargos ou funções confrontantes, aos quais se pede a equiparação.

Existe, como se vê, uma razão plausível, para a discriminação, que pode não se fundar numa diferença considerável (*where there is a difference it needs not be great nor conspicuous*), mas que não é simplesmente arbitrária ou caprichosa (*neither capricious nor arbitrary*).

Ao lado disso, nem se poderá discutir sobre a produtividade, a perfeição técni-

ca, o tipo de trabalho, o tempo de serviço.

Por fim, a pretendida equiparação, além de arbitrária, conduzirá à própria alteração da estrutura da série funcional a que pertencem os postulantes, que se estende até a referência 26 e que teria, *ope interpretationis*, de ser ampliada até a referência 29.

Penso, em conclusão, que nenhum fundamento jurídico apóia a pretensão aqui analisada. — *Amilcar de Araujo Falcão*, Assistente Jurídico do Ministério das Relações Exteriores.