

*REMUNERAÇÃO — PARTE VARIÁVEL — OPÇÃO*

*— É extensivo aos servidores ocupantes de cargos estaduais ou municipais o direito de opção previsto no art. 2º da Lei n. 9.030/95.*

Parecer CONJUR/MARE n. 131/95

GABINETE DO MINISTRO  
DESPACHO DO MINISTRO

Aprovo.

CLÁUDIA MARIA COSTIN

Interina

PARECER CONJUR/MARE Nº 131/95

Remuneração dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores-DAS e dos cargos de natureza especial. Lei nº 9.030, de 13 de abril de 1995. Opção pela remuneração parcial. Direito de opção extensivo aos servidores não ocupantes de cargo efetivo ou emprego permanente na Administração Federal. Possibilidade.

A MINISTRA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO, Interina, submete à apreciação desta Consultoria Jurídica a seguinte:

CONSULTA

A Lei n. 9.030, de 13 de abril de 1995, publicada no D.O.U. de 17 de abril de 1995, fixou nova sistemática de remuneração dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores-DAS e de natureza especial que indica, estabelecendo no seu 1º, *caput*, valor para a remuneração total dos cargos mencionados, sem fazer qualquer discriminação entre servidores quanto à existência ou não de prévia relação funcional com a União.

No art. 2º, *caput*, da mesma Lei, há prescrição garantindo a opção pela remuneração do cargo de origem, ressaltando-se aos optantes a percepção de Parcela Variável equivalente à diferença entre o valor da remuneração recebida na origem e aquela prevista para o cargo comissionado ou especial. Na redação desse artigo fez-se a menção apenas aos servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego permanente na Administração Federal, direta ou indireta. No parágrafo segundo da mesma disposição, para os servidores referi-

dos no *caput*, autoriza a Lei a opção por receberem apenas Parcela Variável equivalente a 25% (vinte e cinco por cento) da retribuição do cargo comissionado ou especial.

Ante essas disposições, indaga a ilustre autoridade consulente se: (a) os ocupantes de cargo efetivo ou emprego permanente na administração direta e indireta de Estados e Municípios, cedidos para a União, com ônus para a origem, ficam excluídos do exercício da opção de que trata o art. 2º, e parágrafos, da Lei n. 9.030/95; (b) se negativa a resposta, quais devem ser os critérios de cálculo de Parcela Variável.

Feito o relatório, passo a opinar:

PARECER

1. A consulta surpreende a enunciação restritiva do art. 2º, *caput*, da Lei n. 9.030/95, que menciona expressamente apenas o servidor ocupante de cargo ou emprego permanente na administração pública federal direta ou indireta.

A par dessa disposição, porém, é certo que o ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial pode optar por receber a remuneração de seu cargo ou emprego de origem, seja este na administração federal ou estadual, ou, sem qualquer reserva, optar por receber a remuneração integral do cargo comissionado ou especial que ocupa, em caráter transitório, na União Federal, ante a dicção abrangente do art. 1º, *caput*, da Lei. É-lhe recusado, porém, no plano de uma exegese literal, gramatical ou isolada do art. 2º da Lei, optar por receber da União, parte do valor do cargo comissionado ou especial ocupado, muito menos parcela de vinte e cinco por cento da remuneração legal fixada.

Essa diferença de tratamento apoiada na discriminação quanto a origem do ocupante de cargo comissionado ou cargo de natureza especial, embora sufragada pela literalidade do texto legal, não deve prevalecer.

2. É sabido e assente que as leis devem ser interpretadas em função da finalidade a que atendem, em vista dos objetivos sociais que lhe foram confiados e sem desatenção aos princípios prevalentes no sistema jurídico, mormente os de estatura constitucional.

O princípio da finalidade, como princípio reitor inafastável da operação interpretativa, recebeu no Brasil expressa prescrição na norma contida no art. 5<sup>o</sup> da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. No entanto, essa prescrição é pouco observada. Esquecem-na os intérpretes, em regras, ao enfatizarem quase primariamente os textos legais, esquecidos da vetusta lição de CELSO, consoante a qual saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder, vale dizer, o seu sentido e alcance (*Scire legis non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*).

O intérprete não deve pressupor, portanto, tenha o legislador cometido disparates, adotado soluções inúteis ou descabidas, desatentas de qualquer finalidade social, mas bem ao contrário empreender, utilizando o instrumental metodológico de que dispõe, o desvelamento da autêntica *mens legis*.

É fácil ver-se que a interpretação literal do dispositivo em comento, à vida do exposto, conduz a absurdos e a discriminações inúteis ofensivas ao princípio constitucional de igualdade.

3. No plano legislativo, o princípio da igualdade vem sendo entendido como uma proibição de arbítrio. Nesse sentido, ensina CLAUS WILHELM CANARIS, citando a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha:

“O princípio da igualdade é violado quando não se possa apontar um fundamento razoável, resultante da natureza das coisas ou materialmente informado para a diferenciação legal ou para o tratamento igualitário, ou, mais simplesmente, quando a disposição possa ser caracterizada como arbitrária” (Conf. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 226).

Ao intérprete, porém, é defeso condenar de plano a norma interpretada à luz dessa primeira compreensão. A interpretação textual é apenas um ponto de partida e não um porto de chegada seguro para a compreensão normativa. Compete ao intérprete realizar a interpretação sistemática do preceito analisado, encartando-o no sistema jurídico, em especial compatibilizado-o com as superiores normas constitucionais.

4. No caso em tela, é possível fazer-se uma interpretação conforme a Constituição do dispositivo implementando uma simples interpretação extensiva, apoiada em argumentos retirados do próprio diploma legislativo, sem necessidade do uso da analogia.

5. Para esse fim, inicialmente, apoiamo-nos no *argumentum a fortiori* conhecido por “a maiori ad minus”.

Deveras: se a Lei permite o mais, a opção pela remuneração integral do cargo, permite o menos, a opção pelo recebimento de parcela variável da remuneração, no valor da diferença do *quantum* recebido pelo cargo de origem e o valor de remuneração total do cargo de confiança, bem como a opção pelo recebimento de mera fração da remuneração total (25%).

Pergunta-se-ia, ademais, em acréscimo, qual a razão de ser daquele tratamento diferenciado para a própria União Federal, pois, uma vez que a Lei permite a opção pela remuneração integral do cargo, não admitir, em princípio, a opção por parcela, parte, fração da remuneração integral, por parte do servidor originário de empregos e cargos estaduais e municipais, cujas entidades de origem, por ato soberano, tenham decidido manter o ônus da remuneração para si, liberando-os sem prejuízo de vantagens e vencimentos, parece ser medida que apenas onera desnecessariamente o tesouro federal. É manifesto que a opção permitida na lei, sobre recolocar esses servidores no mesmo plano de tratamento dos demais servidores federais, permitirá, se exercida, economia para os cofres da União, liberada assim de desembolsar o total da remuneração devida para manter-se obrigada apenas a desembolsar a diferença entre uma e outra

remuneração, ou simplesmente um quarto da remuneração total.

6. Essas considerações são reforçadas ainda pelo argumento “a simili ad simile” (ou “a pari”).

Veja-se que entre dois servidores ocupantes de um mesmo cargo transitório não se deve aceitar critérios de remuneração distintos, mas, ante o exercício da mesma função, e, principalmente, ante a mesma *ratio legis* (*identidade de razão*), impede concluir a obrigatoriedade de adoção do mesmo critério retributivo.

7. As considerações precedentes apenas não se aplicam às funções gratificantes-FG de que trata o art. 4º, da Lei, pois, na forma do parágrafo único, estas são exclusivas do ocupante de cargo efetivo regido pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

8. Resta assim revelado o programa normativo, a *mens legis*, a intenção fundamental da regra, o seu espírito, a sua inteligência adequada em face do sistema.

Respeita-se desse modo ao princípio da finalidade, encarecido por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO de forma lapidar, “*verbis*”:

“Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais do que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício — denominado ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’ — são nulos. Quem desatende o fim legal destende a *própria lei*.”

“O que explica, justifica e confere sentido a uma norma é precisamente a finalidade que a anima. A partir dela é que se compreende a racionalidade que lhe presidiu a edição. Logo, é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere competência aos agentes da Administração”

(Cf. Curso de Direito Administrativo, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 52-053).

Resulta patente, pois, que a Lei, no art. 2º, *caput*, disse menos do que visava (*minus dixit quam voluit*), devendo ser interpretada não segundo seu texto, porém segundo a sua intenção ou seu programa normativo.

9. A solução proposta em termos de simples interpretação da *mena legis* não conflita com o entendimento segundo o qual, na espécie, inexistente previsão implícita do legislador, mas sim autêntica lacuna legal.

A solução nesse caso é a mesma, inclusive por imperativo da igualdade de situações, diferindo-se apenas na qualificação da atividade do intérprete, que seria integrativa, mediante o emprego da analogia.

Frise-se, porém, que ao contrário do que o senso comum acredita, o emprego da analogia é admitido no direito administrativo pela melhor doutrina (Cf., em especial, FRANCESCO D’ALESSIO, *Instituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*, Volume Primo, Torino, 1932, p. 147 e ss.; MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., Vol. I, Coimbra, livraria Almedina, 1991, p. 134-5; BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*. Vol. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949, p. 359-61; MANUEL MARIA DIEZ, *Derecho Administrativo*, 2ª ed., 1974, Vol. I, p. 397; JUAN FRANCISCO LINARES, *El Caso Administrativo no Previsto y la Analogia Jurídica en la Jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, 1942.).

Na precisa definição do Prof. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO: “A analogia consiste em método de aplicação da lei aos casos por ela não regulados, nos quais há identidade de razão a justificar a sujeição de hipótese ao seu preceito, ante a semelhança de situações que as unificam por traços comuns, entre o objeto de consideração da lei e o outro por ela não cogitado” (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Vol. I, 2a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 399).

Em direito administrativo, com efeito, a analogia é meio de integração das omissões da lei administrativa, sendo vedado o seu emprego apenas em face as normas excepcio-

nais, normas sancionadoras ou normas restritas ao livre exercício de direitos. Aplicam-se neste campo, como noutros, não as regras do direito privado, mas os princípios adotados no direito público. É também no direito administrativo pacífica a utilização da analogia “in bonam partem”, por exemplo, regra ademais admitida no próprio direito penal, setor do direito público de ordinário resistente à utilização desse meio de integração.

No caso analisando, insisto, não se trata de hipótese exigente do recurso à analogia (“legis” ou iuris”), uma vez que a norma, em momentos diversos, refoge à discriminação atacada, apontando exatamente para a sua inteligência extensiva. Nada altera, porém, ao contrário, confirma a solução, o entendimento que opte por reconhecer na Lei lacuna, pois a colmatação desta terá necessariamente o mesmo resultado: a identificação da similitude de fato e da identidade de razão. Sabe-se que a analogia é orientada pela parêmia segundo a qual: *Ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.

10. Negada a primeira indagação, afirmada a possibilidade de aplicação dos mesmos critérios retributivos aos servidores originários dos Estados e Municípios e ocupantes dos cargos em comissão e de natureza especial indicados, resta apenas responder sobre a última indagação, é dizer, qual a base de cálculo da parcela diferencial para a espécie.

Neste tópico a solução é relativamente simples, pois tem base expressa tanto na Lei em

comento quanto no critério adotado para cálculo do teto de remuneração dos servidores na administração federal, estabelecido na Lei nº 8.852, de 4 de fevereiro de 1994.

Na Lei em comento, a Parcela Variável deve ter “valor equivalente à diferença entre a remuneração recebida em seu órgão ou entidade de origem e a remuneração total do cargo em comissão ou de Natureza Especial que exerce” (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.030/95).

Esse critério é perfeitamente aplicável aos servidores ocupantes de cargo ou emprego permanente na administração estadual e municipal cedidos para União, com ônus para entidades de origem. Por remuneração do cargo ou emprego de origem, como bem assinala o art. 4º, I, da Lei n. 8.852/94, considera-se o “somatório das retribuições pecuniárias percebidas por servidores ou empregados cedidos ou requisitados provenientes de todas as fontes”. Para o fim de cálculo da parcela variável, portanto, e para controle dos valores devidos, o órgão ou entidade cedente deve ser notificado a declarar a remuneração paga, calculando-se, ao depois, observados os dados fornecidos, o valor da parcela variável.

Ante o exposto, feitas essas breves considerações, submeto o Parecer à elevada apreciação do Excelentíssima Senhora Ministra de Estado da Administração Federal e Reformas do Estado, Interina.

Brasília, 2 de maio de 1995.

Paulo Eduardo Garrido Modesto  
Consultor Jurídico.