

CONSELHO DA MAGISTRATURA

PROCESSO N.º 5.678, DE 1984

Recurso contra Ato do Sr. Des. Corregedor

Recorrente: Paulo Roberto de Oliveira — Técnico Judiciário Juramentado

Assunto : Solicita contagem de tempo em dobro de férias e licença não gozadas para efeito de tempo de serviço (Lei Estadual n.º 703/83).

Por sua conta e risco, a autoridade administrativa pode negar execução à lei que entenda inconstitucional, considerando fundamentalmente o interesse público a ser preservado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo n.º 5.678, de 1984, em que é Recorrente PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA: ACORDAM, por unanimidade, os Desembargadores que integram o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, negar provimento ao recurso.

O Recorrente pediu contagem em dobro do tempo que corresponderia a férias e licenças-prêmio não gozadas, para complementar o prazo de 5 (cinco) anos do art. 208, da Constituição Federal, oriundo da Emenda Constitucional n.º 22, de 1982. Busca amparar-se na Lei Estadual n.º 703, de 19.12.83.

O Sr. Corregedor, entendendo inconstitucional a referida Lei, negou sua execução e, em consequência, a pretensão do Recorrente que, inconformado, pediu fosse reconsiderado aquele despacho.

O Sr. Corregedor não só manteve o ato, cuja reconsideração era desejada; como esclareceu, em aditamento, que o Recorrente não perfazia, em 31.12.83, quatro anos de serviços, e não teria, na ocasião do despacho, quinquênio de exercício capaz de permitir a contagem em dobro de período, relativo à licença-prêmio.

Nosso voto endossou o que dissera o Eminentíssimo Desembargador Corregedor, inclusive considerando que, sobre o assunto, este Conselho aprovara fundamentado parecer do Eminentíssimo Desembargador GRACCHO AURÉLIO, concluindo no sentido de que a autoridade administrativa pode negar aplicação à lei inconstitucional.

Como, entretanto, o Ilustre Representante da Procuradoria Geral da Justiça, Dr. SÉRGIO D'ANDRÉA FERREIRA, procedeu à leitura, no ensejo do julgamento, de brilhante parecer, cuja conclusão se con-

flita com a que antes decidira este Conselho, sustentando, em posição antinômica com aquele anterior pronunciamento, que a autoridade administrativa não pode negar execução à lei que considere inconstitucional; e aduzindo que a Lei n.º 703, de 19.12.83, em questão, não é inconstitucional; sentimo-nos, em face da relevância da questão, no dever de a reexaminarmos, para decidirmos a controversia.

As premissas racionais, levantadas pelos Eminentíssimos Juristas Des. GRACCHO AURÉLIO e Procurador da Justiça SÉRGIO D'ANDRÉA FERREIRA, só poderiam levar às conclusões a que chegaram.

Enquanto o primeiro afirma ser a lei inconstitucional nula; o segundo, entende-a anulável.

O parecer do Des. GRACCHO AURÉLIO baseou-se nas manifestações de clássicos, estudiosos da matéria, que, no estudo do Direito Brasileiro, deixaram-se influenciar pelos Constitucionalistas norte-americanos, que sempre colocavam os dizeres constitucionais em tal altitude, que jamais deixaram de entender como nulas e sem qualquer validade, verdadeiramente sacrílegas, as leis havidas como inconstitucionais.

Todavia, posteriormente, KELSEN, em sua *Teoria Pura do Direito*, mostrou-se contrário àquela posição radical. Defendeu a impossibilidade da existência, na ordem jurídica, de uma lei inconstitucional, visto essa expressão envolver contradição, pela impossibilidade de admitir-se a um só tempo um ato juridicamente viciado a vigorar e, simultaneamente, sem existência.

Logo, se os Ilustres Des. GRACCHO AURÉLIO e Procurador SÉRGIO D'ANDRÉA partiram de premissas diversas, só poderiam concluir — também — a divergirem. Daí reconhecermos suas conclusões como lógicas ilações de suas premissas.

Partimos para outras especulações, em nosso modesto entender, mais consentâneas com o dinamismo e as finalidades que devem orientar as autoridades administrativas responsáveis no Estado Moderno, em suas múltiplas facetas.

Entender-se possível à administração dizer simplesmente que uma lei é inconstitucional e, em decorrência, não executá-la, seria eliminar-se os órgãos de controle da constitucionalidade e colocar na terra velhos princípios, como o da independência dos Poderes; bem assim, a regra hermenêutica de que, em tese, a lei obediente às formalidades constitucionais deve ser antes considerada como harmônica com os textos superiores, do que com eles em conflito.

E entender-se, no sentido de que não seria possível a inaplicabilidade da lei inconstitucional, poderia levar a sérios prejuízos para o cumprimento da máxima finalidade administrativa, a consubstanciar-se no bem coletivo.

Dentro dessas idéias, parece-nos acertada e conciliadora a posição, colocada por CELSO BASTOS, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, em trabalho divulgado no n.º 67, da *Revista de Direito Público*, sob o título "Controle da Constitucionalidade das Leis", p. 64-72, em cujos ensinamentos nos inspiramos.

Caberia analisar-se o texto da lei para saber-se de suas características de permissibilidade e de imperatividade.

O texto constitucional, como é doutrinariamente pacífico, é imperativo. A linguagem da Constituição outorga poder.

No caso, a matéria constitucional, que é relativa a pessoal, além de imperativa, é sistêmica, tanto que se aplicam aos servidores dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios as mesmas regras da Constituição da República.

O que leva a poder-se asseverar que as leis, relativas a pessoal, baixadas pelos Estados são permissivas, não impositivas. O caráter imperativo é o da Carta Constitucional da República, mas as leis estaduais são meramente supletivas.

No caso, essa feição subsidiária é indiscutível. Nem poderia ser outra, desde que se considere o art. 109, II e III, da Constituição Federal que, fiel ao sistema referido de pessoal, dispõe, nos itens referidos, que a lei federal definirá "a forma e as condições de provimento dos cargos públicos" e "as condições para aquisição de estabilidade".

É assente que o conteúdo da regra é que indica suas características de permissibilidade.

E esse fim, evidentemente complementar, é o da Lei n.º 703/83.

Porém, a autoridade administrativa que descumpra a lei, ainda que sob o fundamento de inconstitucionalidade, procede por sua conta e risco. Incorre em todas as sanções admissíveis, caso não declarada a inconstitucionalidade pelo órgão de controle competente; no caso brasileiro: o Judiciário.

A lei é permissiva, mas cabe estudar-se sua permissão à vista de seus dizeres.

Ela pode conter uma permissão forte, quando proíbe ou autoriza imediata e especificamente, e será fraca, se não contiver vedação ou autorização explícita.

Na primeira hipótese se terá que responder não ser possível, em tese, a não execução da lei, ainda que a entendamos inconstitucional; enquanto, na segunda, seria possível o não cumprimento pela falta de maiores conseqüências.

Ante esse quadro, cabe à autoridade administrativa nortear sua conduta, de acordo com as finalidades primordiais da administração pública.

Logo, se a permissão for fraca e se o descumprimento for favorável ao bem público, o comportamento inicialmente ilícito, ainda que não ratificado pelo órgão de controle, não poderá levar a maiores implicações, desde que se comprove que o não cumprimento visara à salvaguarda do bem público.

Na hipótese versada é indiscutível ser fraca a permissão da lei e, também, não se discute a posição do Sr. Corregedor, que desejou resguardar princípios salutares da política de pessoal, manteve-se coerente com o sistema da Constituição Federal; e teve como objetivo o resguardo do bem público; bem assim, atendeu ao dinamismo que se impõe ao Estado Moderno em suas práticas e atividades administrativas, que se procrastinariam se ele aguardasse a decretação da inconstitucionalidade, quer pela via concentrada da ação direta, quer pela difusa da decisão judicial, relativa aos casos concretos.

O Des. GRACCHO AURÉLIO, durante os debates da matéria, lembrou a hipótese das leis municipais não passíveis de controle concentrado, conforme decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal que considerou inconstitucionais as tentativas no sentido de serem criadas pelos Estados ações idênticas à direta, prevista na Constituição da República; ações que teriam como objetivo a decretação da inconstitucionalidade das leis emanadas dos Municípios.

A autoridade administrativa Municipal só restaria, então, a via difusa, a decorrer da não execução da lei municipal, que estivesse maculada de inconstitucionalidade. Daí, ser de admitir-se a não aplicação da regra viciada.

A conclusão a que se chega: — sem negar-se a validade das conclusões dos Eminentíssimos Desembargador GRACCHO AURÉLIO e Procurador da Justiça, SÉRGIO D'ANDRÉA, em face das premissas que ergueram, é a de que à autoridade administrativa, por sua conta e risco, é possível negar cumprimento à lei, sob fundamento de inconstitucionalidade, desde que o faça na defesa do bem coletivo.

Acresce-se que o Interessado, nem ao menos, completou tempo para fazer jus à licença-prêmio.

Assim, nega-se provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 7 de junho de 1984.

Des. Graccho Aurélio
Presidente sem voto

Des. Jorge Loretti
Relator