

Parecer nº 04/2001 – Marcelo Lopes da Silva

Ementa: Inconstitucionalidade formal de dispositivo concessivo de vantagens remuneratórias. Possibilidade de o Chefe do Poder Executivo baixar ato determinando a sua inobservância. Impossibilidade de ressarcimento das vantagens percebidas pelos beneficiários de boa-fé.

Sr^a Procuradora-Chefe,

Trata-se de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Administração e Reestruturação a esta Procuradoria, com base em proposta apresentada pela Superintendência de Legislação, Direitos e Deveres (SUPLED) da SARE, objetivando um esclarecimento sobre a possível inconstitucionalidade formal do art. 4º da Lei nº 2.204, de 24 de dezembro de 1993, bem como suas conseqüências em relação a certos servidores beneficiados pela norma (os que ocupam cargos em comissão DGA).

Aduz o Superintendente Interino de Legislação, Direitos e Deveres que o caso em tela cuida de redução de tempo exigido para a aquisição de vantagem pecuniária, o que geraria um aumento de despesa.

Assevera que tal redução temporal deu-se por emenda parlamentar, apesar da matéria em apreço ser de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

Outrossim, ressalta que, até a presente data, o vício que atinge o dispositivo em exame não foi considerado pela Administração, de modo que um grande número de vantagens podem ter sido concedidas com base na referida Lei.

Nesse passo, são solicitadas respostas às seguintes questões:

a) O art. 4º da Lei nº 2.204/93 resiste a um contraste de constitucionalidade formal?

b) Uma vez constatada a inconstitucionalidade formal do art. 4º da Lei nº 2.204/93, qual seria a conseqüência no que diz respeito às incorporações de símbolo DG concedidas a servidores que exerceram, após o advento da Lei nº 1.696/90, o cargo por período inferior a trinta meses?

Dados os fatos, passo a tecer as seguintes observações.

I - Da inconstitucionalidade formal do art. 4º da Lei estadual nº 2.204/93

Em resposta à primeira indagação, cumpre ser dito que o art. 4º da Lei nº 2.204/93 veio a modificar a redação original do art. 4º, § 1º, da Lei nº 1.696/90, que assim dispõe:

"Art. 4º - Os cargos em comissão de Subsecretário Adjunto, símbolo DAS-10, Chefe de Gabinete e Diretor Geral da Administração, símbolo DAS-9, no âmbito da Administração Direta, passam a ser designados por outros, AS, CG e DGA, respectivamente.

§ 1º - A remuneração dos cargos em comissão referidos no **caput** é fixada em equivalência àquela atribuída aos de símbolo VP-1 (Decreto nº 12.432, de 01.12.88), para o de Subsecretário Adjunto, e VP-2, para os de Chefe de Gabinete e Diretor-Geral de Administração, aplicando-se, em consequência, ao primeiro e ao segundo, o disposto no art. 6º, e seu parágrafo único, da Lei 1.649/90, com a alteração determinada pelo artigo 1º da presente Lei, **exigindo-se, para efeito de complementação de incorporação, quanto ao terceiro, o tempo de serviço ininterrupto de, no mínimo, 30 (trinta) meses simples de exercício no mesmo.**" (grifou-se)

E eis a modificação encetada pelo art. 4º da Lei nº 2.204/93:

"Art. 4º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário e, em especial, o artigo 2º da Lei nº 1.656, de 01.06.90, o artigo 3º da Lei nº 1.718, de 19.10.90, e bem assim a parte final do artigo 4º da Lei nº 1.696, de 20.08.90, reduzido para 01 (um) ano o prazo nela previsto." (grifou-se)

Como muito bem aponta a Superintendência de Legislação, Direitos e Deveres da SARE, tal alteração normativa implica em aumento de despesa, matéria cuja iniciativa é privativa do Chefe do Executivo, *in casu*, do Exmo. Sr. Governador do Estado.

Ocorre que a modificação em comento operou-se por emenda parlamentar, em total afronta ao art. 63, I, da Carta da República, *in verbis*:

"Art. 63 - Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, §§ 3º e 4º;"

Com efeito, em prestígio ao princípio da simetria, o entendimento jurisprudencial sobre a questão, em especial o do Supremo Tribunal Fede-

ral, é no sentido de que o comando do art. 63, I, da CRFB é de observância compulsória pelos Estados-membros.

Neste diapasão, passa-se a transcrever os seguintes julgados:

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido da observância compulsória pelos Estados-membros das regras básicas do processo legislativo federal, como, por exemplo, daquelas que dizem respeito à iniciativa reservada (CF, art. 61, § 1º) e aos limites do poder de emenda parlamentar (CF, art. 63, I)." (STF, RDA 199/173 e 191/194 - grifos nossos)

"A atuação dos membros das **Assembléias Legislativas dos Estados** acha-se submetida, no processo de formação das leis, à limitação imposta pelo art. 63, I, da Constituição de 1988, que veda - ressalvadas as proposições de natureza orçamentária - o oferecimento de emendas parlamentares de que resulte o aumento da despesa prevista nos projetos sujeitos ao exclusivo poder de iniciativa do Governador do Estado." (STF, RDA 202/217 - grifos nossos)

Inobstante o mencionado, dispõe a Constituição Estadual, em seu art. 113, I, *in verbis*:

"Art. 113 - Não será admitido aumento de despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa privativa do Governador do Estado, ressalvado o disposto no art. 210, § 3º, desta Constituição;"

Destarte, outro raciocínio não pode subsistir, senão o de que o art. 4º da Lei nº 2.204/93 padece de inconstitucionalidade formal, por vulnerar o preceito do art. 113, I, da Carta Estadual.

Assim sendo, uma vez firmado o entendimento de que o dispositivo em comento é inconstitucional, passamos ao exame de seus efeitos.

II - Das consequências da inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 2.204/93. Possibilidade de a Administração Pública deixar de aplicar norma inconstitucional

Inicialmente, cumpre esclarecer que o Administrador está adstrito ao princípio da legalidade, insculpido no *caput* do artigo 37 da CRFB:

“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).” (grifou-se)

Ora, como é cediço, norma inconstitucional é norma nula e, como tal, não gera efeitos, como se nunca tivesse feito parte do ordenamento jurídico, tamanha a mácula que a persegue. Os efeitos da inconstitucionalidade de uma norma operam-se, portanto, *ex tunc*.

Nesse ponto, pode o intérprete ter a seguinte dúvida: Pode a Administração Pública deixar de cumprir uma lei, por considerá-la inconstitucional? A essa pergunta respondemos de forma afirmativa, consoante o entendimento a seguir esposado.

Com efeito, decorre do próprio princípio da legalidade a possibilidade, pela Administração Pública, de deixar de aplicar uma norma que considera inconstitucional.

Não há como exigir do Poder Executivo o cumprimento de norma que entenda inconstitucional, podendo este negar-se a cumpri-la, ressalvada a apreciação do Judiciário sobre a matéria.

Tal entendimento dimana do próprio princípio da legalidade, que, por definição, exige que o Administrador pautar a sua conduta dentro dos estritos limites da lei, o que se faz comparando a sua conduta com as disposições legais e constitucionais.

Nesse sentido, leciona **ALEXANDRE DE MORAES**:

“O Poder Executivo, assim como os demais Poderes do Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, observando, primeiramente, o primado do Estado de Direito Democrático, as normas constitucionais. Dessa forma, não há como exigir-se do chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que considere flagrantemente inconstitucional, podendo e devendo, licitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário. Porém, como recorda Elival da Silva Ramos, ‘por se tratar de medida extremamente grave e com ampla repercussão nas relações entre os Poderes, cabe restringi-la apenas ao Chefe do Executivo, negando-se a possibilidade de qualquer funcionário administrativo subalterno descumprir a lei sob a alegação de inconstitucionalidade. Sempre que o funcionário subordinado vislumbrar o vício de inconstitucionalidade legislativa deverá propor submissão da matéria ao titular do Poder, até para fins de uniformidade da ação administrativa.’

Portanto poderá o Chefe do Executivo determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos normativos que considerar inconstitucionais.”

Corroborando tal entendimento, o Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal já decidiu que “os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia - e isso mesmo tem sido questionado como o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais” (cf. *Íntegra do Acórdão in RTJ 151/331-355-Adin nº 221/DF*).

Assim sendo, deve ser encaminhado ao Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado, informando sobre a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei nº 2.204/93, a fim de que seja apreciado o oferecimento da Representação de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, consoante o permissivo do art. 162 da Constituição Estadual. Poderá, ainda, na via administrativa, ser expedido ato pelo Chefe do Poder Executivo orientando à Administração Pública que deixe de observar o comando inconstitucional contido no dispositivo citado, bem como sejam refeitos os cálculos de incorporações de DGA, dos servidores que exerceram o cargo por período inferior a 30 meses.

Por fim, como corolário da tese acima esposada, cumpre alvitrar algumas considerações sobre a possibilidade de ressarcimento das quantias indevidamente percebidas pelos servidores de cargos em comissão, símbolo DGA.

Sobre este ponto, cabe distinguir:

- a) se o ato administrativo foi praticado com boa-fé; e
- b) se houve comprovada má-fé na formação do referido ato.

Os beneficiários das vantagens concedidas, em razão de atos administrativos regularmente constituídos, devem ser reconhecidos, salvo prova em contrário, como agentes de boa-fé.

Outrossim, cumpre ser dito que não há previsão legal para um eventual ressarcimento, caso os benefícios tenham sido aprovados pelo Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil ou pela Procuradoria-Geral do Estado, consoante a redação do art. 22, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 220/75:

“Art. 22 - As reposições de indenizações à Fazenda Pública far-se-ão em parcelas mensais não excedentes à décima parte

do vencimento, exceto na ocorrência de má-fé, hipótese em que não se admitirá parcelamento.

Parágrafo único - Será dispensada a reposição nos casos em que a percepção indevida tiver ocorrido de entendimento expressamente aprovado pelo Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil ou pela Procuradoria-Geral do Estado."

Tal raciocínio é reforçado pelo que dispõe o art. 282 do Decreto nº 2.479/79, *in verbis*, apesar de inaplicável à hipótese:

"Art. 282 - Verificada, em processo administrativo disciplinar, a acumulação proibida, e provada a boa-fé, o funcionário optará por um dos cargos, sem obrigação de restituir."

Portanto, se na concessão dos benefícios houve a aprovação da parte da Administração Pública, ante o princípio da presunção da legalidade e da legitimidade dos atos administrativos, não poderia o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 4º, da Lei nº 2.204/93 alcançar as quantias já percebidas pelo servidor, pois não restaria demonstrada qualquer má-fé do beneficiário da norma em apreço.

Assim, interpretando o dispositivo legal à luz do princípio constitucional da moralidade administrativa, infere-se que a *mens legis*, isto é, a vontade da lei, é a de que não pode aquele que agiu de má-fé obter benefícios da Administração, no que diz respeito ao ato viciado.

CONCLUSÃO

1. O art. 4º da Lei nº 2.204/93 padece de inconstitucionalidade formal, pois vulnera o art. 113, I, da Carta Estadual.
2. Pode o Chefe do Poder Executivo determinar que a Administração Pública deixe de aplicar uma norma que considere inconstitucional.
3. A propositura da Representação de Inconstitucionalidade competirá aos legitimados pelo art. 162 da Constituição Estadual.
4. Em atenção ao princípio constitucional da moralidade administrativa, é possível o ressarcimento das quantias indevidamente pagas pela Administração, mas somente na hipótese de má-fé do servidor beneficiário do ato concessório, o que não ocorre quando o benefício é percebido em

conformidade à legislação, ainda que inconstitucional, diante do que dispõe a legislação estadual.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2001

Marcelo Lopes da Silva
Procurador do Estado

Aprovo o judicioso Parecer nº 04/2001-MLS, da lavra do ilustre Procurador do Estado **Marcelo Lopes da Silva**.

O art. 4º da Lei nº 2.204/93 está eivado de inconstitucionalidade formal, pois afronta o art. 113, I, da Carta Estadual. O Chefe do Poder Executivo, por sua vez, está autorizado a determinar à Administração Pública que deixe de aplicar uma lei inconstitucional.

Quanto às conseqüências produzidas em relação a certos servidores que foram beneficiados por essa norma inconstitucional, é possível o ressarcimento das quantias pagas indevidamente pela Administração, desde que o servidor beneficiário do ato estivesse de má-fé.

Nada obstante, submeto a questão à elevada consideração de V. Exa. para pronunciamento definitivo.

Em 16 de março de 2001.

Fabiana Andrada do Amaral Rudge Braga
Procuradora-Chefe da Procuradoria de Pessoal

VISTO

Aprovo o Parecer nº 04/2001-MLS (fls. 12/18), da lavra do Ilustre Procurador do Estado Dr. **Marcelo Lopes da Silva**, acolhido pela Procuradora-Chefe da Procuradoria de Pessoal, Dra. **Fabiana Andrada do Amaral Rudge Braga** (fls. 19).

De fato, padece de vício de inconstitucionalidade formal a parte final do art. 4º da Lei nº 2.204/93, no que diz respeito à redução do prazo previsto no § 1º do art. 4º da Lei nº 2.204/93. Assim sendo, é facultada ao Chefe do Executivo Estadual a determinação de que a administração deixe de aplicar a referida norma.

Ao Gabinete Civil, sugerindo posterior remessa à Secretaria de Estado de Administração e Reestruturação.

Em 27 de março de 2001

Francesco Conte
Procurador-Geral do Estado

Processo nº E-01/60.264/2000