

PROCURADORIA DE PESSOAL

Parecer nº11/2002- Augusto Henrique pereira de Souza Werneck Martins.

Incorporação. Fixação de proventos.

Legalidade da contagem em dobro do tempo de exercício em cargo em comissão de dirigente de autarquia.

Constitucionalidade do art. 6º, parágrafo único, da Lei 1.696, de 08 de maio de 1990, com a redação dada pela Lei 1.696/90.

Inconstitucionalidade da incidência de adicional de tempo de serviço sobre parcela remuneratória relativa à incorporação. Inteligência do Parecer nº03/2002 - PPCM.

SENHOR PROCURADOR GERAL .

I.Trata-se de procedimento administrativo de requerimento de aposentadoria proporcional pelo servidor público estadual MURILO SERGIO HERÉDIA DE FIGUEIREDO, Assistente Jurídico, no qual o Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, no exercício de prerrogativas de controle previstas especificamente no art.71,III, da Constituição Federal¹ - parâmetro que é da cláusula meramente simétrica do art. 123,III, da Carta Estadual de 1989 -- houve por bem determinar diligência, recomendando a restituição dos respectivos autos àquela Egrégia Corte.

2.Ainda no fito de relatar, é de constatar-se que a ilustrada PG-12 deu instrução regular ao procedimento de fixação de proventos, como denotam os despachos e demais comunicações administrativas, até o ato final de aprovação da respectiva apostila, publicado no D.O de 06 de agosto de 1998, oportunidade em que se iniciou o exame pelo Órgão de

¹ É a regra: "Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (omissis) III-apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadoria, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.A respeito, por todos os entendimentos firmados em sede de consultoria jurídica nesta PGE, veja-se o Parecer nº02/96-LRB, ao qual foram atribuídos efeitos normativos(DORJ de 29.09.96)

Fiscalização de Contas, culminando com a decisão à qual se está a dar cumprimento, que na verdade é desdobramento de diligência anterior (fls. 35 e seguintes), quando, ainda no âmbito da Coordenadoria Geral de Recursos Humanos, Administração e Finanças, é suscitada dúvida quanto à legislação aplicável à incorporação concedida ao servidor, em face do entendimento firmado nos Pareceres 01/99 e 03/99-PFB, alvitrando enfim a refixação de proventos para efetivar a sanatória do ato.

3. Submetida tal proposição à douta Procuradora-Chefe da PG-12, foi por ela sugerida a oitiva desta Especializada *“não só acerca da viabilidade da adoção das medidas aqui alvitradas, mas também, e principalmente, a respeito da dúvida suscitada pela Assessoria de Recursos Humanos na parte final da manifestação de fls.48, consistente em saber se, para fins dos triênios do servidor/interessado, deve ser mantida a incidência sobre o valor do símbolo do cargo em comissão ou sobre a totalidade dos seus vencimentos, assim compreendidos: vencimento-base mais verba de assessoramento jurídico”*

4. Nesses termos, passo a responder à consulta, que divido em dois aspectos fundamentais: a) quanto à validade do original ato concessivo da incorporação; e b) quanto à juridicidade da modificação da incidência dos triênios sobre os valores atribuídos ao vencimento do cargo em comissão, para aquele consignado ao cargo efetivo, acrescido das vantagens fruídas em caráter permanente.

5. A primeira indagação concerne à mecânica do desfazimento do ato administrativo que deferiu a incorporação, em que se refere a ilustre titular da PG-12 ao “entendimento afinal consolidado pela PGE”, no sentido de que “a regra do parágrafo único, do art. 6º, da Lei 1.649/90 somente poderia ter tido eficácia, em qualquer tempo, para o ocupante de cargos de **Secretário de Estado**”.

6. Tal óbice consistiria no entendimento esposado nos Pareceres 01/99 e 03/99, da eminente Procuradora do Estado PATRÍCIA FERREIRA BAPTISTA, citado em voto que determinou diligência anterior, já mencionada, que recomendava procedesse a Procuradoria Geral do Estado *“a exclusão da parcela denominada 5/8 do VP-1, concedida com fulcro na*

Lei nº720/83”. De examinar-se, assim, o exato teor de tão elaborados exames jurídicos, que confirmam o talento especialíssimo de sua autora, não sem advertir, de pronto, que ousarei divergir de sua propalada conclusão.

7. Com efeito, o Parecer nº01/99 abrange variada temática no que respeita à interpretação e aplicação de leis e regulamentos que dispõem acerca da vantagem funcional denominada *“incorporação”*, disciplinada sucessivamente no Decreto-Lei 220/75, no Decreto 2.479/9, na Lei 530/82 e na Lei 1.103/86; após 1987, um novo conceito de estrutura administrativa foi instituído na Administração Estadual, com a edição de uma série de diplomas, a partir da Lei 1.206, de 15.10.87, seguida pelas Lei 1.272, de 24.12.87, Lei 1.649, de 08.05.90 e Lei 1696, de 20.08.90. Nesta apreciação, todavia, um aspecto apenas de toda a regência das extintas *“incorporações”*² merece um olhar mais atento: o direito à contagem em dobro do tempo de exercício dos cargos denominados *“vinculados”* pelo legislador, alvo da increpação da ementa do invocado Parecer, nesses termos:

*“A contagem em dobro de tempo de exercício em funções de confiança, para efeito de incorporação, somente podia ser efetuada, em qualquer tempo, com relação aos ocupantes de cargo de Secretário de Estado. Inconstitucionalidade da vinculação de cargos para efeitos remuneratórios. Perda da eficácia das remissões legislativas a cargos vinculados. Poder-dever da Administração de negar aplicação a leis que repute inconstitucionais”*³

8. Tal conclusão resulta de haver a legislação de regência criado uma nova tipologia de cargos em comissão, como já se assinalou no item anterior, a partir da Lei 1.206/87, superando a antiga dualidade de cargos de direção e assessoramento superior (DAS) e de direção e assessoramento intermediário (DAI), fórmula reverente ao parâmetro federal, para adotar uma terceira espécie, de nítida inspiração no direito administrativo francês, no contemplar a idêia de uma *“alta administração”*, lembrando o regime específico dos *emplois*

² Conforme se sabe a Lei 2.565/96 extinguiu o instituto da incorporação, aplicando regra de transição aos detentores de cargos em comissão e funções gratificadas ao tempo de sua publicação. A respeito, ver os citados Pareceres 01/99 e 03/99, aos quais a única ressalva que se há de fazer é exclusivamente a que é tratada neste exame, ou seja, a contagem em dobro do tempo de exercício em cargos ditos *“vinculados”*, para fins de incorporação.

³ Parecer nº01/99. DOERJ. Poder Executivo. 05.07.99 pág.16.

*supérieurs*⁴, no inaugurar um regime jurídico comum para os cargos dos escalões superiores da Administração, concebendo assim um sistema no qual Secretários de Estado seriam o vértice de uma pirâmide institucional que englobava, na administração direta, os Subsecretários, Subsecretários Adjuntos, Chefes de Gabinete, Superintendentes e Diretores-Gerais, e tutelando, no que aproveitava à administração autárquica, Presidentes, Vice-Presidentes e Diretores de autarquias e fundações de direito público do Estado do Rio de Janeiro.

9.O sistema implantado, por assim dizer, transcendia em muito a estreita via da política remuneratória e suas conseqüências para o regime jurídico dos servidores públicos, sendo este somente um dos múltiplos direcionamentos que a novel estrutura preconizava. De todo modo, é evidente que a nova definição dos cargos implicou em modificação em sua fórmula de retribuição e na introdução de outras cláusulas que indicassem a hierarquia próxima de atribuições, dentro do conceito de “alta administração” que se pretendeu implantar, e isto implicava, decerto, no reconhecimento de um *vínculo* original, que, como se observou, não se originou de um critério de remuneração, nem foi sua conseqüência; ao revés, o estabelecimento desse liame que criava um “parentesco” entre os cargos de Secretário de Estado e aqueles cuja pertinência de atribuições era identificada na lei, este liame, frise-se, é que gerou portanto um regime jurídico que se comunicava e daí chegar-se ao exagero da vinculação de remunerações, esta, sim, inconstitucional, mas no plano do resultado da aplicação de um tal sistema de normas que era seu pressuposto, nunca o contrário.

10.Logo, quando se cuida de abordar a aplicação da norma que dispõe sobre a contagem de tempo de exercício em dobro para fins de incorporação, é indisputável inserí-la no contexto em que foi produzida, valendo dizer que a norma do art.6º, §1º, da Lei 1.649/90, com a redação dada pela Lei 1.696/90 deve ser interpretada no plano desse sistema, muito especialmente quando recaía a tarefa do hermeneuta sobre a expressão “cargos vinculados”, pelo risco, já demonstrado, de verificar-se aí uma hipótese de vinculação de espécies remuneratórias, no sentido vedado pelo art. 37, XIII, da Constituição Federal, o que

⁴ A respeito v. AUBY, Jean-Marie, DUCOS-ADER, Robert et AUBY, Jean-Bernard. *Institutions Administratives*, Dalloz, 5ªed. 1989, pág.552.

já foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal especificamente no caso da vinculação das remunerações dos cargos em tela à de Secretário de Estado, na ADIn 1227-4, relatada pelo Ministro MAURÍCIO CORRÊA, cujo julgamento definitivo se deu no último dia 02 de outubro, estando o acórdão ainda à espera de publicação, mas já sendo sabida a confirmação *in totum* da Medida Cautelar anteriormente deferida.

11.Tal pronunciamento antecipatório, aliás, não deixava dúvidas acerca da sua exata latitude, apreciando a relação fixada entre os vencimentos atribuídos aos cargos de símbolos SE, SS, SA, DG, CG, PR e VP, estes dois últimos com as subclassificações 1, 2 e 3, conforme o grau de complexidade organizacional da autarquia ou fundação. Certo que neste caso é evidente que se está a malferir a teleologia constitucional que emana da vedação de equiparações e vinculações, admitindo o que doutrinariamente se reconhece como *comparação vertical*, como na lição clássica de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁵:

“Vinculação é relação de comparação vertical, diferente da equiparação que é relação horizontal. Vincula-se um cargo inferior, isto é, de menores atribuições e menor complexidade, com outro superior, para efeito de retribuição, mantendo-se certa diferença de vencimentos entre um e outro, de sorte que, aumentando-se os vencimentos de um, o outro também fica automaticamente majorado, para guardar a mesma distância preestabelecida”

12.Esclarecendo-se perfeitamente que a *vinculação* é instituto que se repudia porque afeta a essência da função administrativa no tanger as possibilidades do Erário sem que haja a devida decisão do administrador, no plano da conveniência e oportunidade, nem a manifestação específica do legislador, para atender aos critérios de legalidade estrita e de responsabilidade fiscal, melhor definidos em nossa ordem constitucional após as Emendas Constitucionais nº18, 19 e 20, mas já visualizados pelo Constituinte Originário, no teor do parágrafo único do art. 169, da Constituição de 1988⁶. De toda sorte, o pressuposto do reajuste

⁵ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, 9ªed. 1994, pág. 584

⁶ É o dispositivo: “A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração da estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas: I – se houver prévia dotação orçamentária para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

“em cadeia” para utilizar a adjetivação feliz de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁷ já era de todo repudiado em nossa tradição constitucional, sempre prevenindo a automaticidade de reajustes, como já pontificava PONTES DE MIRANDA⁸, na exegese do antigo art.98, parágrafo único, da Constituição de 1967:

“...O que se teve por fto foi a proibição, não só do regramento equiparativo, mas também do elemento subordinativo, se com isso se submetem ao mesmo quanto, ou à mesma vantagem ou ao mesmo decréscimo ou outra alteração na remuneração, no tocante a um cargo, a alguns cargos, outros cargos ou outro cargo”

13.No mesmo sentido sempre se pronunciou a jurisprudência do STF, marcando a natureza estritamente vencimental dos efeitos da vinculação, sendo assim um mecanismo pernicioso de aumento da despesa pública, como muito bem explicitado no voto condutor transcrito a seguir; do Ministro CÉLIO BORJA:

“No conceito constitucional de vinculação de vencimentos está insita a idéia de automatismo na modificação da retribuição de cargos ou empregos públicos, de molde a acarretar o aumento ou a redução de todos os que estão ligados ao cargo-paradigma, toda vez que a remuneração deste é alterada. O que o constituinte quis impedir foi a subtração aos administradores da pecúnia pública da faculdade de dosar despesas de pessoal, de acordo com as possibilidades do Erário...”⁹

14.Culminando com o quanto se disse no julgamento da proposita Medida Cautelar na ADIn 1227-4, oportunidade em que tais ditames foram reforçados, do mesmo modo que reafirmada a aplicação estrita da vedação apenas ao que concerne às espécies remuneratórias havidas habitualmente pelo servidor público. Nesse diapasão é que se manifestou o Ministro MAURÍCIO CORRÊA:

“O §1º, do art. 4º, da Lei 1696/90, estabelece que as remunerações dos cargos nela mencionados equivalem às remunerações de outros cargos, elencados no art. 2º, caput, e seus §§ 1º e 2º, que também se vinculam, a

⁷ *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Malheiros, 14ªed. 2002, pág.247

⁸ *Comentários à Constituição de 1967*, III tomo, Ed.RT, 2ªed. 1973.

⁹ V. *RTJ* 123/24

teor do parágrafo único, do art. 10, da Lei nº1.206/87, ao vencimento-base atribuído ao cargo de Secretário de Estado; afigura-se, em princípio, a hipótese de vinculação vedada pela Lei Magna”¹⁰

15-Lógico, por assim dizer, que a decisão – ora confirmada, no mérito – não abrangeu a disposição que é objeto desta consulta, cujo teor, como se verá, refoge inteiramente ao remarcado conceito jurídico de *vinculação*, e da carga axiológica que o Constituinte de 1988, reverente já à *tradição constitucional brasileira*, admitiu e o Constituinte Reformador aperfeiçoou, ao espriar seu conteúdo a todas as “espécies remuneratórias”.¹¹ A decisão que julgou a inconstitucional a Lei estadual sob o crivo do art.37,XIII da Constituição Federal, não pode produzir efeitos diferentes daqueles reconhecidos na doutrina, na jurisprudência e na *própria decisão*, anulando a chamada “automaticidade” de efeitos extra-financeiros, que não eram pertinentes à relação que se estabelecera entre os vencimentos de Secretário de Estado e de outros cargos em comissão. Por isso não é de ser proclamada a inconstitucionalidade do art.6, parágrafo único, da Lei 1.696/90, porque a menção a “cargos cuja remuneração ele se vinculem”, referindo-se a Secretário de Estado, tem o signo léxico de uma enumeração, não sendo um efeito típico, original do fenômeno da vinculação, não havendo desta maneira o que invalidar.

16-Assim é o art. 6º, e seu §1º, da citada lei 1.649/90, com a redação da Lei 1696, de 20 de agosto de 1990:

“Art. 6º - A remuneração correspondente aos cargos da Administração Pública de Secretário de Estado, bem como aqueles cuja remuneração a eles se vinculam, somente será incorporada a vencimentos ou proventos uma única vez, vedada a duplicidade dessa incorporação a qualquer título.

Parágrafo único – O tempo de exercício dos cargos a que se refere este artigo será computado em dobro para os efeitos do artigo 30 do

¹⁰ *Julgamento em 30.06.95*

¹¹ O texto original, de 05.10.1988, aludia a *vencimentos*, embora já houvesse pronunciamento judicial em matéria de controle de constitucionalidade das leis, no STF, admitindo a versão mais extensa, atingindo toda parcela remuneratória, sob qualquer denominação ou tipologia. Trata-se de voto inovador de ALIOMAR BALEBEIRO (cit. RDA 201/89) que se tornou referência. Reforça, todavia, o caráter de epíteto à automaticidade de reajustes remuneratórios, o chamado *telos* da vedação, como se salientou.

17-Cuida-se de norma estatuidora, a um só tempo, de direito inerente a determinados cargos, dada a valoração referente à sua complexidade de atribuições e o grau de responsabilidade envolvido nas tarefas, por conta de sua inclusão em determinado sistema, que deve ser compreendido nos níveis administrativo e jurídico. Desse modo, como já aventado, o critério jurídico advém de uma prévia valoração do legislador, que entendeu ser inerente a determinados cargos um *subsistema interno*, certamente recepcionado pelos móveis principiológicos constitucionais de *organização do serviço público em carreira e da eficiência*, especificando assim a concretização mais estrita do que amplamente se pode identificar no conteúdo dos *princípios da legalidade e da moralidade*,¹² quando se pretende reparar, através da incorporação, a dedicação ao serviço, preservando a lealdade dos funcionários que exerceram cargos públicos relativamente à administração. Tal *subsistema interno*, como já se disse, organizava cargos em ordenações setoriais agregadas aos Secretários de Estado e daí a outros cargos de direção superior da administração direta e indireta, definindo atribuições, prerrogativas e deveres, até prever a incorporação e seu regramento específico. Esta propriedade científica que hierarquiza princípios constitucionais, princípios legais, subprincípios e regras, no caso, não pode levar à outra solução senão o confinamento da hipótese de vinculação inconstitucional, não podendo levar à ruptura do que se chamou a axiologia da legislação, que não é aliás contrária à Constituição.¹³

18-Tal apreciação não fugiu à percepção do Supremo Tribunal Federal que não conheceu – e tal circunstância é determinante para formação de um juízo definitivo acerca da matéria – da Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta em face da norma do art. 6º e seu parágrafo único, da Lei 1.649/90, cumprindo rememorar a decisão do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE,¹⁴ ao indeferir o pedido de Medida Cautelar:

¹² De fato, a incorporação objetiva “premiar” o servidor mas, também, dar-lhe condição econômica de dedicar-se zelosamente à instituição após a cessação da investidura, emprestando-lhe nova independência.

¹³ Ver a respeito LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed. portuguesa. Trad. LAMEGO, José, Fundação Calouste Gulbenkian. Pág. 592 e segs, merecendo destaque o trecho: “...Mas algumas ordens jurídicas também se tornam inacessíveis a um tal efeito à distância, por causa de seu teor literal e atendendo à sua finalidade específica; não resta então outra opção

¹⁴ ADIn 489-1

“Servidor público estadual: legislação estadual que manda contar em dobro tempo de serviço como Secretário de Estado ou assemelhado para o cálculo do período legal necessário à incorporação do valor da remuneração do cargo em comissão aos vencimentos do cargo efetivo ou aos correspondentes proventos de aposentadoria: arguição de inconstitucionalidade fundada no princípio constitucional da isonomia: relevância da questão, embora complexa e delicada, como sói, quando se cuida de verificar a razoabilidade ou não da distinção legal de situações de fato: conseqüente rigor na aferição do periculum in mora para a concessão da suspensão liminar da lei questionada, que, na espécie, não é de proporção tal que a autorize: denegação da medida cautelar pelo relator, referendada pelo Tribunal”

19-A compatibilidade potencial da norma com o sistema constitucional vigente é salientada, aliás, explicitamente, na mesma assentada da Suprema Corte, no voto do Ministro OCTÁVIO GALOTTI¹⁵, que também se colaciona:

“Reconhece, a própria inicial, a legitimidade do tratamento favorecido aos Secretários de Estado, em razão de seus encargos peculiares, e não vejo como possam este tratamento bem como o conferido a cargos assemelháveis pela responsabilidade conferida aos titulares, apenas resumir-se ao quantum da remuneração, sem lhe ser lícito abranger a contemplação de outras prerrogativas, não vedadas pela Constituição, que aprouver ao Estado outorgar, no uso de sua autonomia para legislar em matéria de direito administrativo”

20-Todo o reportado conduz à constatação da origem da divergência proclamada, ao início, entre este e o Parecer nº01/99-PFB, reafirmado no Parecer nº03/99-PFB, que apontava a expressão “cargos cuja remuneração a ele se vinculam” como havendo perdido a “eficácia”. Ora, a vinculação de que se tratava, como se demonstrou, era anterior à rejeitada automaticidade de vencimentos, que deve, positivamente, ser excluída do *subsistema interno* criado, nem as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria autorizam entendimento diverso. Diga-se, mais, que o *caput* do art. 6º, onde reside a menção específica a cargos “cuja remuneração a ele se vinculam”, consagra regra de inestimável valor no plano

¹⁵ *id. Ibid.*

da concretização do princípio da moralidade, dando proibidade ao dito *subsistema*, ao impedir uma Segunda incorporação, mesmo que houvesse a fluência de tempo aquisitiva respectiva. A prevalecer tal interpretação de absoluta rigidez normativa, seria plausível aos ocupantes de cargos em comissão no período de vigência da Lei requer a duplicidade da vantagem, sob o argumento contraditório da “ausência de vinculação”, com nítido prejuízo, para o Erário e assim para a boa administração da coisa pública.

21- Com efeito, o legislador ao adotar a locução increpada de inconstitucionalidade quis evitar uma enumeração taxativa que certamente prejudicaria a boa técnica legislativa, adotando o gênero “vinculados” que bem explicitava a hipótese. Para não referir-se exaustivamente a todos os símbolos (SE, SS, AS, CG, DG, PR-1, PR-2, PR-3, VP-1, VP-2 E VP-3), utilizou solução gramatical que se limitou a definir aquilo que LARENZ¹⁶ denominava “o sentido literal a extrair do uso linguístico geral”, ou seja, utilizou o legislador um jargão corrente na administração em uma definição *adjetiva* e não *substantiva*. Não deu nova repercussão à vinculação de espécies remuneratórias julgada inconstitucional, nem, muito menos, criou nova hipótese de vinculação ou equiparação. Apenas, na lógica do subsistema em que se inseria, disciplinou uma vantagem funcional para cargos assemelhados do ponto de vista administrativo, vedando a *dupla incorporação da remuneração dos cargos “vinculados”*, no *caput*, do art. 6º, e permitindo a contagem em dobro do respectivo tempo de exercício, em seu parágrafo único.

22- Por isso é que sou levado a concluir pela constitucionalidade e legalidade da fixação original de proventos do servidor público de que se trata, não devendo ser cogitada portanto a prática da autotutela no que tange à hipótese descrita pela d. PG 12, mantendo-se a contagem em dobro para fins de incorporação do tempo de exercício no cargo de dirigente autárquico, devendo a questão remanescente – incidência dos triênios sobre a retribuição básica do cargo efetivo ou da vantagem incorporada – ser resolvida à luz do Parecer nº 003/2002-PPCM, que concluiu pela inconstitucionalidade da repercussão do adicional de tempo de serviço sobre a parcela recebida a título de incorporação.

¹⁶ *op cit* pág. 390

Sub censura.

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUSA WERNECK MARTINS
Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal

Processo nº E-14/35987/97
(TCE N.º112.778-1/98)

VISTO

Aprovo o Parecer nº 11/2002-AHWM, de 9 de outubro último, do ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria de Pessoal, Doutor AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK MARTINS.

Encaminhe-se ao Gabinete Civil, com vistas ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2.002.

GERALDO ARRUDA FIGUEREDO
Procurador-Geral do Estado