

A isonomia de vencimentos à luz da Constituição de 1988^(*)

Hugo Nigro Mazzilli
Promotor de Justiça - SP

a) Generalidades

Em matéria de vinculação ou equiparação de vencimentos, para o efeito da remuneração de pessoal do serviço público, a Constituição estabelece uma regra geral e apenas duas exceções.

A regra geral é a de que é vedada qualquer vinculação ou equiparação de vencimentos (CF, artigo 37, XIII, primeira parte); as exceções são as hipóteses do inciso XII do artigo 37 e do § 1º do artigo 39 (CF, artigo 37, XIII, segunda parte).

Vejam as duas exceções: a) o inciso XII do artigo 37 dispõe que "os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo"; b) o § 1º do artigo 39 - que cuida da instituição de regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta e indireta - está assim redigido: "a lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho".

A primeira exceção é uma forma de vinculação ou equiparação pelo teto, ou seja, os cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão receber remuneração superior aos cargos do Poder Executivo. Por sua vez, a segunda exceção, embora não mencione nem vinculação nem equiparação (refere-se a isonomia de vencimentos), por certo daquelas cuida, porque se trata de regra que, por força da própria vontade do legislador constituinte, excepcionou expressamente o princípio geral que vedava vinculação ou equiparação. Desta forma, quando identificada a hipótese de que cuida o § 1º do artigo 39, a isonomia de vencimentos quer dizer equiparação.

b) Requisitos para a isonomia de vencimentos entre cargos diversos

São necessários vários requisitos para ser concedida a isonomia de vencimentos, de que cuida o artigo 39, § 1º:

1ª) A isonomia de vencimentos depende do advento de uma lei infraconstitucional, que a assegure;

2ª) É necessário que se trate de cargos de atribuições iguais ou de cargos assemelhados;

3ª) Tais cargos devem ser do mesmo Poder ou devem ser assemelhados entre servidores dos três Poderes;

4ª) Não se incluem no tratamento isonômico as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local do trabalho.

(*) "Justitia" - Vol. CXLIV - Ano L - Outubro-Dezembro, 1988 - págs. 23 a 28.

Analisando ditos requisitos, vemos que, quanto ao primeiro, diz a Constituição que “a lei assegurará” dita isonomia. Assim, sem lei expressa, assegurando tal isonomia, não será possível sua concessão.

Quanto ao segundo, a lei constitucional se refere a “cargos de atribuições iguais ou assemelhados”; não diz “cargos de atribuições iguais ou assemelhadas”. Desta forma, “assemelhados” refere-se a cargos e não a atribuições.

Em outras palavras, para que o legislador assegure dita isonomia, é necessário que: a) identifique, em concreto, cargos de atribuições iguais; ou b) torne, em concreto, assemelhados os cargos.

Assim, a questão de haver cargos de atribuições iguais, é matéria que exige constatação concreta, ou seja, verificam-se as atribuições de um e de outro cargo, comparam-se e, se faticamente forem eles cargos de atribuições iguais, a lei deve assegurar a isonomia de vencimentos entre ambos (ex: se as atribuições forem iguais, a lei deverá assegurar isonomia de vencimentos entre o ascensorista da Assembléia Legislativa e o ascensorista do Tribunal de Justiça). Nesse caso, se a lei descurar de assegurar dito tratamento isonômico, poder-se-á recorrer ao Poder Judiciário (CF, artigos 5^º, LXXI, e 103, § 2^º).

Por sua vez, a questão atinente aos cargos assemelhados, não decorre apenas de uma constatação fática, ou que possa ser reconhecida caso a caso por via exclusivamente jurisprudencial. Cargo assemelhado não é apenas o cargo semelhante (caso em que se suporia uma mera constatação fática), e sim aquele que o legislador, num ato de vontade, fez assemelhado a outro cargo. Antes de nada, a disciplina imposta pela própria Constituição Federal é o primeiro parâmetro para aferir da existência de dita assemelhação. Por outro lado, em se tratando de assemelhação infraconstitucional, é evidente que, neste caso, não pode a vontade do legislador ser arbitrária, ou seja, não pode assemelhar cargos que nada têm em comum, como, por exemplo, o de ascensorista da Assembléia Legislativa e o de deputado estadual. Com efeito, não se pode, apenas, usar a vontade política do legislador infraconstitucional, para assemelhar cargos que nada tenham em comum. Desta maneira, para não se cair em vício de inconstitucionalidade, deverá o legislador infraconstitucional levar em conta diversos critérios objetivos para efetuar a assemelhação de cargos, como desenvolveremos adiante.

O terceiro requisito diz respeito com a abrangência da norma, que alcança não só os cargos do mesmo Poder, como o dos servidores dos três Poderes.

Por último, é natural que as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local do trabalho, devem excepcionar o critério igualador, previsto no dispositivo legal (p. ex.: os adicionais por tempo de serviço, o trabalho em local perigoso ou insalubre).

c) Carreiras de atribuições iguais e carreiras assemelhadas

O artigo 135 da Constituição Federal assevera que “às carreiras disciplinadas neste Título aplicam-se o princípio do artigo 37, XII, e o artigo 39, § 1^º”. Por sua vez, o artigo 241 acrescentou que “aos delegados de polícia de carreira aplica-se o princípio do artigo 39, § 1^º, correspondente às carreiras disciplinadas no artigo 135 desta Constituição”.

Ora, em que pese a dicção do artigo 241, o artigo 135 não disciplina carreira alguma. Na verdade, apenas refere-se ele às carreiras disciplinadas, agora sim, no

Título IV (“Da Organização dos Poderes”), o qual compreende os artigos 44 a 135 da Constituição Federal.

Quais são essas carreiras? As carreiras disciplinadas em dito Título não são aquelas referidas no Título apenas de passagem (como a dos serviços auxiliares dos tribunais – artigo 96, I, b, ou a dos procuradores da Fazenda Nacional – artigo 131, § 3^º). Também não se incluem nessa norma os cargos isolados referidos naquele Título (ex: o Presidente da República, os deputados, os juizes de paz), bem como os dos Ministros do Tribunal de Contas que, sobre não estarem organizados em carreira, ainda têm forma própria a assegurar-lhes isonomia remuneratória (artigo 73, § 3^º).

Carreiras disciplinadas naquele Título, portanto, são aquelas sobre as quais a Constituição impôs regras atinentes à forma de ingresso, ao provimento dos cargos, às atribuições, às vedações e às garantias. Desta forma, incluem-se entre as carreiras disciplinadas no Título a Magistratura (artigos 92/126), o Ministério Público (artigos 127/130), a Advocacia-Geral da União (artigo 131), a Procuradoria dos Estados e do Distrito Federal (artigo 132) e a Defensoria Pública (artigo 134).

Ora, o artigo 135 manda estender às carreiras de que se falou, o princípio de limitação de vencimentos pelo teto, bem como a regra de isonomia do artigo 39, § 1^º.

A esta altura, seria de perguntar se não seria redundante o artigo 135, pois que as regras dos artigos 37, XII, e 39, § 1^º, porque gerais, já teriam incidência sobre todos os servidores públicos.

Deve ser recusada toda interpretação que parta do princípio de que a lei é desnecessária, exatamente quando, no caso, tem sentido próprio o artigo 135 da nova Constituição: enquanto os artigos 37, XII, e 39, § 1^º, cuidavam de teto ou isonomia entre cargos, o artigo 135 permitiu, em tese, a existência de teto e isonomia entre as carreiras de que cuidou.

Assim, permitiu este último dispositivo que se identificasse, para fins de remuneração, se há carreiras de atribuições iguais ou se há carreiras assemelhadas, seguindo-se, *mutatis mutandis*, os princípios acima já elencados a propósito da isonomia entre cargos.

d) Carreiras de atribuições iguais

É perfeitamente possível que a lei venha a assegurar isonomia de vencimentos entre carreiras de atribuições iguais, como, por exemplo, entre as diversas carreiras do Ministério Público da União (artigo 128, I e II); se não o fizer, à índole do que ocorre com cargos de atribuições iguais, cabe acesso ao Judiciário, por parte dos interessados, para obter a isonomia devida.

e) Carreiras assemelhadas

A assemelhação de carreiras depende, antes de mais nada, como vimos, do tratamento jurídico a elas dado pela Constituição Federal. E, na esfera infraconstitucional, também não se dispensa um ato de vontade do legislador. Esta vontade, porém, não é arbitrária, nem mesmo puramente discricionária, pois a assemelhação de carreiras, para não ser feita de modo flagrantemente inconstitucional (assemelhando, por exemplo, carreiras que nada tenham em comum), necessita, antes, da identificação, em concreto, de pontos de semelhança básicos entre os cargos, os agentes, as funções e os atributos gerais de cada uma delas.

Quanto aos cargos das respectivas carreiras, é necessário verificar: a) o provimento inicial (requisitos de qualificação e forma de provimento); b) o provimento

derivado (forma de provimento); c) a organização interna da carreira (promoções, remoções)

Quanto aos agentes, é necessário examinar: a) as características da chefia; b) as características gerais dos agentes (princípios, natureza jurídica, garantias e vedações constitucionais).

Quanto às funções, é necessário confrontar: a) sua natureza jurídica; b) o objeto da atuação; c) a vedação de atribuições não compatíveis.

Por fim, quanto aos atributos gerais de cada carreira, deve-se levar em conta: a) a finalidade institucional; b) as autonomias ou subordinacões; c) o regime jurídico; d) as garantias gerais da carreira ou da instituição.

f) O Ministério Público e a assemelhação de carreiras

Examinando-se detidamente as características intrínsecas dos cargos, dos agentes, das funções, bem como os atributos gerais de cada uma das carreiras a que se referem os artigos 135 e 241 da Constituição Federal, chega-se à conclusão de que é possível estabelecer, de *lege ferenda*, uma assemelhação entre algumas delas, negando-a, porém, obrigatoriamente, entre outras.

Assim, à guisa de mero exemplo, enquanto há vários traços comuns entre o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal e Territórios (artigo 128, I), ou entre a Defensoria Pública e a Advocacia do Estado (artigos 132 e 134), não há traços comuns entre a Magistratura e a carreira dos delegados de Polícia.

Outrossim, é possível reconhecer características predominantes comuns entre as carreiras da Magistratura e do Ministério Público, enquanto não é possível admitir o mesmo quando sejam estas últimas confrontadas com as demais carreiras referidas nos artigos 135 e 241 da Constituição Federal.

Examinemos, um a um, os requisitos de assemelhação entre as carreiras.

Cargos

Quanto ao provimento inicial, os requisitos de qualificação e a forma de provimento são idênticos na Magistratura e no Ministério Público, sendo que, quanto às demais carreiras, embora os requisitos de qualificação sejam iguais (bacharel em ciências jurídicas), a forma de provimento é totalmente distinta (nas primeiras, o provimento é feito pela própria instituição; nas demais, obrigatoriamente pelo Poder Executivo, porque qualquer outra solução seria flagrantemente inconstitucional).

No provimento derivado, a forma de fazê-lo também é idêntica para a Magistratura e para o Ministério Público, sendo, porém, totalmente diversa nas demais carreiras, assim como o é no provimento inicial.

É a mesma a organização interna da Magistratura e do Ministério Público (organizados em iguais entrâncias e instâncias, atuando sempre lado a lado), sem paralelo nas demais carreiras de que cuida o aludido Título.

Agentes

Examinando-se as características da chefia das instituições da Magistratura e do Ministério Público, vemos que há entre ambas os seguintes pontos comuns, inconfundíveis com as demais chefias das outras carreiras do Título, ou fora dele: 1^a) a forma de provimento do cargo de chefia (na Magistratura e no Ministério Público não ocorre por ato unilateral do Poder Executivo; nas demais, seguindo o modelo federal,

a escolha é feita *ad nutum* pelo chefe do Poder Executivo); 2^a) o Poder Executivo não pode exonerar de ofício os chefes da Magistratura e do Ministério Público, enquanto pode e deve mesmo fazê-lo para os chefes das demais carreiras, nomeados em comissão; 3^a) em casos de crime de responsabilidade, apenas os chefes de Ministério Público recebem o mesmo tratamento constitucional só reservado aos chefes de Poder, sendo julgados pelo Poder Legislativo, em anômala função jurisdicional (artigo 52, II); 4^a) apenas o Poder Judiciário e o Ministério Público, por sua chefia, detêm iniciativa do processo legislativo, sendo que totalmente inconstitucional seria admitir o início do processo legislativo por outras entidades não legitimadas a tanto pela Lei Maior (artigo 61, *caput*); 5^a) apenas estas duas instituições detêm iniciativa direta da sua própria proposta orçamentária (artigos 99, §§ 1^a e 2^a, e 127, §§ 2^a e 3^a).

Por sua vez, as características gerais dessas instituições permitem anotar: 1^a) o princípio da autonomia e da independência funcional só existem para ambas essas instituições e seus respectivos órgãos; 2^a) as decisões finais de cada uma destas instituições podem ser tomadas por órgãos isolados, pois qualquer um deles, por força da própria relação de organicidade, concentra nas mãos o poder da instituição a que pertencem; ao revés, nas demais carreiras, seus integrantes são funcionários públicos comuns, cujas decisões podem ser revistas ou disciplinadas pelas respectivas chefias, a quem devem obediência e disciplina, sendo que as decisões finais pertencem sempre ao chefe do Poder Executivo, na qualidade de agente político, investido pelo mandato eletivo popular justamente para tomar essas decisões de soberania; 3^a) examinando-se a natureza jurídica dos seus órgãos, verifica-se que se trata de agentes políticos, o que incoorre nas demais carreiras dos artigos 135 e 241; 4^a) as garantias são expressamente as mesmas para Magistratura e Ministério Público (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), sendo que a nenhuma outra das carreiras de que cuidam citados artigos foram ou podem ser conferidas, a nível infraconstitucional, todos esses predicamentos; 5^a) as vedações constitucionais são praticamente as mesmas entre magistrados e órgãos do Ministério Público (artigos 95, parágrafo único, e 128, § 5^o, II), não havendo paralelo algum, também nesse ponto, entre estas carreiras e as demais.

Funções

A natureza jurídica das funções da Magistratura e do Ministério Público consiste no exercício de uma parcela direta da soberania do Estado característica que não está, nem poderia estar, presente nos demais setores do funcionalismo público comum, atinente às demais carreiras de que cuidam os artigos 135 e 241.

Quanto ao objeto da atuação, o Ministério Público é titular exclusivo da ação penal pública; ademais, tem iniciativa própria, acrescida de autonomia funcional, para zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição; por fim, dispõe de inúmeras outras funções, entre as quais o próprio controle externo sobre a atividade policial exercida pelos delegados de polícia e seus subordinados.

Há, ainda, literal vedação do exercício de funções não compatíveis pelos órgãos do Ministério Público e da Magistratura (artigos 95, parágrafo único, I; 128, § 5^o, II, *d*, e 129, IX), o que incoorre para as demais carreiras.

O *status* constitucional das funções ministeriais, bem como o objeto de sua atuação, como ainda a vedação do exercício de atribuições incompatíveis com a destinação institucional – tudo isto é inconfundível com a situação das demais carrei-

ras do Título ou fora dele, sendo apenas equiparáveis tais condições às da Magistratura, ou seja, o exercício de uma parcela da soberania estatal, e as vedações de funções incompatíveis.

Atributos Gerais

A finalidade institucional do Ministério Público é própria, inconfundível com as demais carreiras; as autonomias são as mesmas que garantem os Poderes de Estado (administrativa, orçamentária e funcional); o regime jurídico dos membros do Ministério Público e da Magistratura é especial, em nada se confundindo com o dos demais funcionários públicos, aos quais se aplica o regime estatutário comum (ou seja, contém regras próprias sobre a independência funcional, a aposentadoria, o foro por prerrogativa de função já definido na própria Constituição Federal).

Além disso, diversos dispositivos esparsos asseguram garantias gerais às instituições, dando ao Ministério Público elevado *status*, no mesmo nível da Magistratura: impossibilidade de cometer à legislação delegada a disciplina de sua garantia (art. 68, § 1º, I); a apenação como crime de responsabilidade do chefe do Poder Executivo quando atente contra o livre exercício do Poder Judiciário e do Ministério Público (artigo 85, II); a participação nos tribunais pelo chamado quinto constitucional (artigo 94); a liberação da dotação orçamentária da mesma forma que somente se faz aos Poderes de Estado (artigo 168); o exercício das funções exclusivamente por membros da carreira (artigo 129, § 2º).

g) Conclusão

Chega-se à conclusão de que a assemelhação de carreiras, enquanto deve ser reconhecida entre a Magistratura e o Ministério Público, deve ser negada entre estas instituições e as demais carreiras do funcionalismo público comum, que podem ser, sim, assemelhadas ou não entre si.