REMUNERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO — EXTENSÃO JURISDICIONAL DE VANTAGEM — INCONSTITUCIONALIDADE

Não se conhece de mandado de segurança, quando este é impetrado em face de autoridade estatal que nenhum *poder de decisão detém sobre a matéria objeto da controvérsia mandamental.*

O impetrante é carecedor do writ *constitucional se as medidas postuladas em sede de mandado de segurança revelam-se estranhas à esfera de atribuições da autoridade impetrada.*

O Poder Judiciário, que não dispõe de função legislativa, não pode conceder a servidores civis, sob fundamento de isonomia, extensão de vantagens pecuniárias que foram exclusivamente outorgadas por lei aos servidores militares.

A Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal — que consagra, na jurisprudência desta Corte, uma específica projeção do princípio da separação de poderes — foi recebida pela Carta Política de 1988. Reveste-se, em conseqüência, de plena eficácia e de integral aplicabilidade sob a vigente ordem constitucional.

O mandado de segurança não se qualifica como instrumento processualmente adequado à argüição da inconstitucionalidade da lei, por omissão parcial, quando, resultando esta da exclusão discriminatória de benefício de natureza pecuniária, vem o ato normativo estatal ofender o princípio da isonomia.

A extensão jurisdicional, em favor dos servidores preteridos, do benefício pecuniário que lhes foi indevidamente negado pelo legislador encontra obstáculo no princípio da separação de poderes. A disciplina jurídica da remuneração devida aos agentes públicos em geral está sujeita ao princípio da reserva legal absoluta. Esse postulado constitucional submete ao domínio normativo da lei formal veiculação das regras pertinentes ao instituto do estipêndio funcional.

O princípio da divisão funcional do poder impede que, estando em plena vigência o ato legislativo, venham os Tribunais a ampliar-lhes o conteúdo normativo e a estender a sua eficácia jurídica a situações subjetivas nele não previstas, ainda que a pretexto de tornar efetiva a cláusula isonômica inscrita na Constituição.

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21.662
Recorrentes: Altair Torres e outros
Recorrido: Ministro da Aeronáutica
Relator: Sr. Ministro CELSO DE MELLO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso em mandado de segurança.

Brasília, 05 de abril de 1994.

Moreira Alves — Presidente, Celso de Mello — Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO — O Ministério Público Federal, em parecer da ilustre Subprocuradora-Geral, Dra. ANADYR DE MENDONÇA RODRIGUES, assim resumiu a questão suscitada no presente recurso ordinário constitucional interposto contra decisão denegatória de mandado de segurança proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (fls. 88/91), *verbis:*

"ALTAIR TORRES e outros seis Impetrantes, servidores civis inativos e pensionistas, impetraram Mandado de Segurança contra o MINISTRO DE ESTADO DA AERONÁUTICA, perante o E. Superior Tribunal de Justiça, originariamente, formulando o seguinte petitum:

'Ante o exposto, é a presente ordem de segurança requerida pelos Impetrantes, servidores civis inativos do Ministério da Aeronáutica com o escopo de debelar o ato omissivo da DD. Autoridade-Impetrada, o Exmo. Sr. MINISTRO DE ESTADO DA AERONÁUTICA, compelindo-o a dar imediata execução ao preceito do inc. X do art. 37, da Constituição Federal, ou seja, determinar o revisionamento dos proventos de todos os Impetrantes, a fim de que a eles se incorporem todas as vantagens patrimoniais conferidas aos servidores militares pela Lei nº 8.237, de 30/11/1991, com efeitos retroperantes.' (fls. 7)

2. Eis o V. Acórdão recorrido, na palavra de seu douto voto condutor:

'Pelo que vimos no relatório, pretendem os impetrantes — servidores públicos civis — seja-lhes concedido o aumento em torno de 42% outorgado aos servidores militares, em face da Lei nº 8.237/91, tendo em vista o disposto no art. 37, inciso X, que reza:

'A revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data.'

A par de quaisquer considerações sobre o mérito da *quaestio,* é impossível acolher-se a pretensão.

Impetrado que foi o mandado de segurança contra pretenso ato do Ministro da Economia, temos, no entanto, que o mesmo não praticou qualquer ato ou omissão ferindo direito dos impetrantes, eis que, 'não tem competência para editar ato normativo aumentando remuneração dos servidores públicos'.

Como bem colocou o Parecer-PGFN/CRJN/Nº063/92:

'Destarte, constata-se a inépcia da peça exordial e a carência da segurança dos impetrantes, tendo em vista a impossibilidade jurídica do pedido, a inexistência de qualquer ato comissivo ou omissivo do Senhor Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, capaz de ter ferido o reclamado direito, e pelo fato de as providências requeridas, no presente *writ não serem da alçada da Ilustre Autoridade impetrada, não possuindo este legitimidade passiva.*'

Insurgem-se os impetrantes, outrossim, contra a Lei nº 8.237/91, 'que por ser abstrata e impessoal não pode causar lesão a direitos dos impetrantes', configurando-se, sem dúvida, impetração contra 'lei em tese', obstada pelo enunciado da Súmula nº 266, do Supremo Tribunal Federal.

Assim vem decidindo tanto esta Corte como o Supremo Tribunal Federal, no exame de pedidos relacionados ao mesmo diploma legal, conforme se vê das decisões seguintes: Mandado de Segurança nº 1.719-DF, relator Min. Garcia Vieira, julgado em 13.10.79; Mandado de Segurança nº 21.390-DF e 21.411-CE, relator Min. Marco Aurélio, D.J. de 27.04.92 e 14.04.92; Mandado de Segurança nº 21.400-SP, relator Min. Octávio Gallotti, D.J. de 08.05.92; Mandado de Segurança nº 21.427-MG, relator Min. Ilmar Galvão, D.J. de 20.11.92.

Pelo exposto, não conheço da segurança.' (fls. 67/68)

3. O Recurso Ordinário, em essência, assim se sustenta:

'Cabe aos Senhores Ministros de Estado, nos termos do art. 87, II, da Constituição Federal, 'expedir instruções para execução das leis, decretos e regulamentos', *sejam as leis de categoria constitucional, complementar ou ordinária.*

.....

No caso, diante de norma manifestamente inconstitucional, porque discrimina onde a Magna Carta veda a discriminação, incumbe-lhe negar aplicação à regra inconstitucional, como pacificamente já assentou o Excelso Supremo Tribunal Federal, estendendo aos servidores civis do Ministério da Marinha o aumento geral indisfarçadamente concedido aos servidores militares.

Aliás, a competência do Sr. Ministro de Estado da Marinha para assegurar a isonomia constitucional ressai evidenciada pela Portaria nº 976/SC-5, de 19.03.92, do ESTADO MAIOR DAS FORÇAS ARMADAS, em cujo art. 2º dispõe incumbir aos 'Ministros Militares, no âmbito das respectivas Forças estabelecer as equivalências de cursos, com vista ao disposto no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.237/91' (vide doc. nº 4 da inicial).' (fls. 76/77)

'Não se trata de mandado de segurança contra lei em tese. Aliás, não se atacam os dispositivos da Lei nº 8.237/91, mas a restrição ao direito dos Recorrentes de terem incorporado aos seus proventos as vantagens pecuniárias deferidas por esse regramento aos seus pares, os servidores militares, em atividade ou não.

Almeja-se, pois, seccionar lesão ao direito subjetivo à isonomia no aumento de proventos, o qual ostentam pelos termos do art. 37, inc. X da Carta Maior.' (fls. 77)

....."

Ao opinar sobre a pretensão recursal deduzida pelos ora recorrentes, a douta Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo *improvimento* do recurso em parecer assim ementado (fls. 88), *verbis:*

"EMENTA — Eventual reconhecimento de inconstitucionalidade imputada à Lei nº 8.237/91, em face de constituir aumento geral concedido apenas aos servidores militares, com desobediência à prescrição do art. 37, X, da CF: teria o efeito de tornar NENHUM o aumento concedido apenas aos servidores militares, mas não traria a conseqüência — que é o objeto da impetração — de assegurar igual aumento de vencimentos aos servidores civis, assim se 'CONSTITUCIONALIZANDO' a Lei nº 8.237, de 1991, porquanto 'não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.' (Súmula 339). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança insuscetível de provimento."

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (RELATOR) — A pretensão mandamental manifestada pelos ora recorrentes — todos servidores civis inativos do Ministério da Aeronáutica — objetiva compelir o Ministro de Estado da Aeronáutica "*a dar imediata execução ao preceito do inc. X do art. 37 da Constituição Federal...*" (fls. 7).

Os ora recorrentes buscam, na realidade, a concessão de ordem judicial com a finalidade de obterem a revisão de seus proventos, "*a fim de que a eles se incorporem todas as*

vantagens patrimoniais conferidas aos servidores militares pela Lei nº 8.237, de 30.9.1991...'' (fls. 7).

O acórdão recorrido foi assim ementado (fls. 72), *verbis:*

"MANDADO DE SEGURANÇA. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO AOS INTEGRANTES DAS FORÇAS ARMADAS. LEI Nº 8.237/91. EXTENSÃO AOS SERVIDORES CIVIS. PEDIDO DIRIGIDO CONTRA A LEI EM TESE.

— Endereçado o pedido contra a lei em tese, incidem as disposições da Súmula nº 266, do Supremo Tribunal Federal, não se admitindo o mandado de segurança."

A douta Procuradoria-Geral da República, invocando a Súmula 339/STF, opinou pelo não-provimento do presente recurso ordinário (fls. 88/92).

Os ora recorrentes, pretendendo manter a isonomia remuneratória entre os servidores civis e militares, questionam a Lei nº8.237/91 no ponto em que esta concedeu *''indisfarçável aumento dos vencimentos''* aos agentes *castrenses.*

Muito embora afirmem que o ato legislativo em causa vulnera frontalmente o art. 37, X, da Constituição, mesmo assim — e paradoxalmente com fundamento na lei referida — querem que o Ministro da Aeronáutica, *por ato próprio*, estenda-lhes as vantagens pecuniárias que a Lei nº 8.237/91 *somente* concedeu aos servidores militares.

Tenho para mim que, *por dois fundamentos*, não pode ser acolhida a pretensão recursal ora manifestada.

Cabe assinalar, inicialmente, que falece legitimidade passiva *ad causam* ao Ministro da Aeronáutica para figurar como autoridade coatora neste processo mandamental.

Com efeito, nenhum poder assiste ao Ministro de Estado para, *por autoridade própria*, ordenar a extensão administrativa aos agentes públicos civis dos efeitos pecuniários de uma lei *especificamente* destinada aos servidores militares.

Não se pode desconhecer que a atividade estatal é *necessariamente* regida pelo princípio da legalidade. Isto significa que os órgãos e entidades que compõem a Administração Pública só podem agir *ex lege*. A incondicional submissão do Estado aos modelos legais que lhe pautam a atividade jurídica constitui decorrência expressiva do postulado que consagra, em nosso sistema de direito positivo, a *rule of law.*

Inexistem, na doutrina, nacional ou estrangeira, quaisquer disceptações a propósito do tema. Todos os autores coincidem neste ponto: *a atividade administrativa pressupõe a existência de lei.* Sem o comando legislativo, a Administração Pública deve quedar-se inerte, sob pena de absoluta desvalia do ato praticado. *''Qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica''*. (M. Seabra Fagundes, "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", p. 80/81, item nº 51, 6ª ed., 1984). *No mesmo sentido: Miguel Reale*, "Direito Administrativo", p. 263/264, 1969; *Ruy Cirne Lima*, "Princípios de Direito Administrativo", p. 22, 1954; *Fritz Fleiner*, "Principes Généraux du droit administratif allemand", p. 87, 1933; *Renato Alessi*, "Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano", p. 197, 1960; *Guido Zanobini*, "L'attività amministrativa e la legge", *in* "Scritti Vari di Diritto Publico", p. 212, 1955; *Joseph Barthélemy* e *Paul Duez*, "Traité Élémentaire de Droit Constitutionnel", p. 749.

O tema básico subjacente à resolução da *quaestio* suscitada neste procedimento cinge-se ao *fato;* Sr. Presidente, de que o agente público — inclusive o próprio Ministro de Estado —, ao manifestar o *querer* da Administração Pública, deve, *sempre*, apoiar-se na vontade do legislador previamente manifestada na lei. Sem a lei, *que é a fórmula jurídica da ordem estatal*, não se realiza um dos pressupostos essenciais da própria eficácia da atividade administrativa.

Sem poder para agir ou para suprir a omissão reclamada pelos ora recorrentes, nada justificava, pois, a qualificação de autoridade coatora que, nesta sede mandamental, foi atribuída ao Ministro da Aeronáutica.

Na realidade, o que os ora recorrentes efetivamente pretendem nada mais é do que a

concessão, *mediante simples ato administrativo da autoridade impetrada*, de vantagem pecuniária concedida a categoria funcional diversa, o que se revela providência de todo inviável ante a *inexistência* do *necessário* título jurídico que, representado pela norma legal, conferiria suporte e legitimidade à postulação manifestada pelos interessados.

Sendo assim, nada poderia justificar o acolhimento da pretensão de direito material deduzida pelos recorrentes, eis que o *writ* foi impetrado contra autoridade que *nenhum* poder de decisão detém sobre a matéria em debate.

Tal como adverte o saudoso HELY LOPES MEIRELLES, *"A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário (...). Se as providências pedidas no mandado não são da alçada do impetrado, o impetrante é carecedor da segurança contra aquela autoridade, por falta de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado. (...)."* ("Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, 'Habeas Data'", 14ª ed., 1992, Malheiros).

Nesse mesmo sentido, orienta-se, *também*, o magistério jurisprudencial dos Tribunais, *inclusive desta Suprema Corte (RTJ* 96/66 — *RT* 321/141 — *RT* 492/198).

Impende observar, ainda, tal como expressamente ressaltado no parecer da douta Procuradoria-Geral da República, que, mesmo que razão assistisse aos recorrentes, faleceria poder ao Judiciário, *que não tem função legislativa*, para, *sob fundamento de isonomia*, conceder a postulada extensão, aos agentes públicos civis, de vantagens pecuniárias exclusivamente outorgadas, *por lei*, aos servidores militares.

A Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal — que consagra, na jurisprudência desta Corte, uma específica projeção do princípio da separação de poderes — *exclui* da pretensão mandamental deduzida nesta causa a viabilidade jurídica essencial ao seu acolhimento. O conteúdo dessa formulação sumular foi recebido pela Carta Política de 1988. Reveste-se, em conseqüência, de plena eficácia e de integral aplicabilidade sob a *vigente* ordem constitucional.

Acentue-se, neste ponto, por sua extrema pertinência, que a disciplina jurídica da remuneração devida aos servidores públicos em geral está sujeita ao princípio da reserva legal absoluta que submete ao domínio normativo da lei formal a veiculação das regras pertinentes a esse tema.

A *exigência constitucional* de lei para o regramento do estipêndio funcional traduz indeclinável formalidade jurídica que torna inviável a pretensão dos ora recorrentes de verem estendido aos servidores *civis* do Ministério da Aeronáutica o denunciado aumento geral que teria sido concedido aos servidores militares.

Nem se diga que a Lei nº 8.237/91, porque *alegadamente* infringente do que dispõe o art. 37, X, da Constituição, permitiria que se postulasse, *em favor dos agentes públicos civis*, a extensão das vantagens pecuniárias que por ela *somente* foram concedidas aos servidores militares.

É de registrar, neste ponto, que, *em tema de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei*, emerge a grave questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia.

A reflexão doutrinária em torno dessa questão tem ensejado diversas abordagens teóricas do tema, com o objetivo de propiciar, *a partir do desprezo estatal dispensado pelo Poder Legislativo ao postulado da isonomia*, a formulação de soluções que dispensem à matéria um adequado tratamento jurídico (J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional", p. 736/737 e 831, 4ª ed., 1987, Almedina, Coimbra; JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II/407, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora, Limitada; GILMAR FERREIRA MENDES, "Controle de Constitucionalidade — Aspectos jurídicos e políticos", p. 69/70, 1990, Saraiva).

A discussão das *possíveis* soluções jurídicas estimuladas pela questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, permite vislumbrar três mecanismos destinados a viabilizá-las: *(a) extensão dos benefícios* ou vantagens às categorias ou grupos

inconstitucionalmente deles excluídos; *(b) supressão dos benefícios* ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; *(c) reconhecimento* da existência de uma situação ainda constitucional *(situação constitucional imperfeita)*, ensejando-se ao Poder Público, em tempo razoável, a edição de lei restabelecedora do dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal que, embora existente, revela-se insuficiente e incompleto (*RTJ* 136/439-440, rel. Min. CELSO DE MELLO).

O que não se revela possível, Sr. Presidente, tendo em vista o nosso sistema de direito positivo, é proceder, em sede mandamental, a uma verdadeira argüição em tese da inconstitucionalidade de lei por omissão parcial, para, a partir do reconhecimento do caráter discriminatório do ato legislativo em questão, postular-se a extensão, por via jurisdicional, do benefício pecuniário que não foi outorgado aos servidores civis.

Essa pretensão mandamental foi rejeitada em decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que, ao não conhecer do *MS 21.400-SP*, rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, *DJU* de 08.05.92, ressaltou a absoluta inviabilidade jurídica do pleito deduzido por servidores civis. O voto que foi então proferido pelo em. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE deixou claramente explicitado esse ponto da controvérsia, *verbis:*

"Quanto ao mérito, Senhor Presidente, parece-me que, de fato, a via do mandado de segurança não se prestaria, jamais, para a extensão pretendida.

Relator da ADIn 529, — na qual se punha o mesmo problema em relação ao aumento concedido aos militares, pela medida provisória então questionada — acentuei o tormento da solução jurídica do problema da inconstitucionalidade por exclusão indevida de benefício, em face à regra da isonomia.

.....

(...) Se assim é, em termos de ação direta, é óbvio que o mandado de segurança é inadequado, tanto para argüir a inconstitucionalidade por ação da lei discriminatória, quanto para obter a extensão, por sentença judicial, do benefício negado, que contraria a doutrina da Súmula 339, a meu ver, ainda continua imperante no regime constitucional vigente."

Posteriormente a essa decisão, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar *outro* mandado de segurança que *também* veiculava impugnação virtualmente idêntica à que ora se registra na presente sede processual, além de salientar que o *writ* mandamental dirigia-se contra lei em tese, insuscetível de vulnerar, concretamente, direito dos servidores civis, proclamou a inidoneidade jurídica da via eleita e da própria pretensão nela deduzida, eis que esta — *acaso acolhida* — *"implicaria (...) violação da regra consubstanciada na Súmula 339, segundo a qual 'não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia'"* (*MS 21.427-MG*, rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJU de 20.11.92).

O respeito ao princípio da separação de poderes *impede* que se estendam às categorias funcionais eventualmente discriminadas as vantagens das quais vieram elas a ser injustamente excluídas pelo ato legislativo impugnado.

Daí, a correta observação constante do parecer do Ministério Público Federal, subscrito pela ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. ANADYR DE MENDONÇA RODRIGUES (fls. 92), *verbis:*

".....

O eventual reconhecimento da inconstitucionalidade imputada teria o efeito de tornar NENHUM o aumento concedido apenas aos servidores militares, mas não traria a conseqüência — que é objeto da impetração — de assegurar igual aumento de vencimentos aos servidores civis, assim se 'CONSTITUCIONALIZANDO' a Lei nº 8.237, de 1991."

Impõe-se registrar que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar recentemente, em 24.03.94, o *MS 21.561-DF*, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA — em cujo âmbito discutia-se tema essencialmente idêntico ao ora debatido na presente causa —, ao não conhecer do *writ* mandamental, recusou a pretensão jurídica deduzida pelos impetrantes, sob o entendimento de que a extensão jurisdicional dos

efeitos pecuniários de determinada lei a servidores públicos nela não contemplados importaria em interferência inconstitucional dos Tribunais no processo de formação das espécies legislativas, eis que, tal como *então* ressaltado pela douta Procuradoria-Geral da República, vigente a lei, não compete ao Poder Judiciário *"ampliar-lhe o conteúdo nem a eficácia, ainda que a pretexto de fazer cumprir preceito constitucional (Súmula nº 339, do Supremo Tribunal Federal). Na verdade, pela via do mandado de segurança pretende-se obter o efeito de declaração de inconstitucionalidade por omissão, o que é inaceitável"*.

Sendo assim, e tendo presentes as razões expostas, *nego provimento* a este recurso ordinário, por entender incabível o mandado de segurança impetrado pelos ora recorrentes.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº21.662-3
ORIGEM: DISTRITO FEDERAL
RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO
RECTES.: ALTAIR TORRES E OUTROS
ADVS.: ALNYR GOMES E OUTRO
RECDO.: MINISTRO DA AERONÁUTICA

Decisão: A Turma negou provimento ao recurso em mandado de segurança. Unânime. 1ª Turma, 05.04.94.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

RICARDO DIAS DUARTE, Secretário