

P A R E C E R

1. Representação n.º 942

A Representação número 942, ofereceu-a o Procurador-Geral da República ao Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Apresentou-lha, para lograr a declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 115 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, promulgada pela Mesa da Assembléia Constituinte no dia 23 de julho de 1975.

Embora deparasse acolheita no pedido formulado pelo Chefe da Procuradoria-Geral da República, verdade é que, de três Desembargadores do Tribunal de Justiça local, componentes do quinto de lugares reservados a advogados e membros do Ministério Público, proveio a arguição do preceito questionado não corresponder à exigência da norma constitucional suprema.

O presente Parecer que fundamenta as informações da Presidência da Assembléia Legislativa, põe de realce que não se faz mister de esforço, para caracterizar a natureza constitucional do dispositivo criticado.

2. Disposição questionada: artigo 115 da Constituição Estadual

A representação argüi parcialmente de inconstitucional o artigo 115, que reza:

“Os membros da classe de advogados e do Ministério Público que passem a integrar o quinto constitucional dos tribunais de segunda instância, contam, para todos os efeitos, o tempo de exercício anterior na prática da advocacia ou na carreira do Ministério Público, até o máximo de vinte anos”.

Este texto, comenta a representação, traduz o princípio firmado em proveito dos advogados, que entram para os tribunais sem nenhum tempo de serviço público.

Desmiúça o princípio falando de sua origem na lei ordinária, que objetivou, para efeito de aposentadoria, compor, e conciliar situações de membros do mesmo órgão judiciário.

Ferreteia, ao cabo, a norma constitucional, que incluiu o membro do Ministério Público, o qual como funcionário que é, tem direito de contar, a igual de qualquer servidor, seu tempo de serviço ao passar de uma carreira para outra, sobretudo no mesmo Estado-federado.

Remata seus argumentos pregoando que o preceito contravém aos mandamentos dos artigos 13, item V, e 102, parágrafo 3.º, da Constituição Federal, o primeiro respeitante à observância das normas relativas

aos funcionários públicos, e o segundo que toca ao funcionário, para fins de aposentadoria e disponibilidade, poder contar o tempo de serviço público federal, estadual e municipal.

Proclama, à vista dessas considerações, que a norma deve de ser parcialmente declarada inconstitucional, para se restabelecer o preceito federal ferido.

3. Ausência de vulneração ou de inconstitucionalidade

A representação caiu em engano, ao querer arrimar-se em texto constitucional, considerado paradigma, para exilar da Carta estadual disposição dotada de legitimidade.

O parágrafo 3.º, do artigo 102, da Constituição Federal, manda se compute, para efeito de aposentadoria ou disponibilidade, o tempo de serviço federal, estadual e municipal, mas que o seja na forma da lei.

Vê-se a olho que a contagem de tempo não se faz de enfiada, senão de modo a obedecer à lei, que, no caso, vem a ser o preceito questionado.

Todo tento haja em que a expressão “na forma da lei”, da atual Constituição, limitou a maneira de contar o tempo de serviço estabelecida no parágrafo 1.º, do artigo 101, da Constituição de 1967.

Para os que, na composição do quinto, ingressam nos tribunais, não há desigualar-lhes o tratamento, mas, sim, igualar-lho de ponto em claro.

Importaria desjustiça, e das maiores, o não emparelhar, o não ombrear, o não nivelar ou o não pôr em igualdade de condições, no tocante a tempo de serviço, advogados e membros do Ministério Público, nomeados para cargos idênticos de tribunais do segundo grau de jurisdição.

A lei, na espécie o artigo 115 da Constituição estadual, determina que o tempo de serviço corresponda ao tempo de exercício anterior da advocacia, ou da carreira do Ministério Público, até ao máximo de vinte anos.

Trata-se de uma exceção que se abre ao princípio ou à regra geral de contagem de tempo de serviço.

A exceção a bem dizer abriga-se à sombra da disposição constitucional — “na forma da lei”, repetida no parágrafo 3.º, do artigo 94, da Constituição estadual.

Da norma expressa do Estatuto máximo ressumbra a constitucionalidade do texto, que a representação repulsa desmotivadamente.

A proscricção da norma a que tanto se aspira, seria, para ser claro e exato, avantajar aos ditames constitucionais.

Não há jamais abolir o preceito questionado, porque traz por sem dúvida aquele quê inconfundível de constitucionalidade.

4. *Fundamento ético comum à moral e ao direito*

Vai já em largos e extensos anos que irrompeu a polêmica entre dois notáveis juristas alemães — Ihering e Kohler, aos quais nenhuns outros se lhes avantajaram na força da argumentação e na originalidade das teses discutidas.

Advogando a necessidade da luta pelo direito, se se quiser contribuir para a salvaguarda da ordem pública, Ihering surpreendeu na odiosa figura de Shylock, usurário duro e implacável, da comédia de Shakespeare, uma como espécie do campeão do direito em Veneza.

Teve por válido, à luz da lei e do pacto assinado, o direito do impiedoso credor cortar uma libra de carne do devedor faltoso.

Saindo-se com embargos ao cumprimento de uma norma desumana, desferindo golpes à ilimitada avareza, e opugnando a execução de clamorosa injustiça material, Kohler encarou o assunto do ângulo oposto ao de Ihering, e enfatizou a natureza do pacto contrário aos bons costumes, para, além de outras considerações, sinalar a inexecutibilidade de um direito nascido de uma lei avessa aos princípios da ordem jurídica e de todo nula por carecer de traços éticos e fundamento moral.

Embasados numa unidade superior, como duas grandes categorias éticas, a moral e o direito expressam dois aspectos da deontologia.

No pensar de Del Vecchio, a primeira representa e instaura uma ordem subjetiva, enquanto o segundo introduz uma coordenação objetiva, ou mais propriamente, intersubjetiva.

Como atividade humana, devem dirigir-se ambos de maneira conforme, coerente e harmoniosa.

Entranhados de caracteres que os singularizam, direito e moral são disciplinas que se distinguem uma da outra, apesar das normas morais exercerem influência sobre as normas jurídicas.

Sendo o objeto de ambas as normas os atos humanos, a moral olha-os no momento volitivo interno, enquanto o direito, ao ter de regulá-los, ou protegê-los, procura discipliná-los ao se exteriorizarem.

A caracterização das normas de direito como normas apenas objetivas e técnicas, segundo proclamava à rosa dos ventos o positivismo jurídico, não conta com aplausos, visto que, ao se tornarem em normas obrigatórias, as normas jurídicas se embebem e repassam de princípios morais que elas absorvem.

É pacífico que as normas morais influenciam nas relações jurídicas, a tal ponto que se peleja, hoje, em todos os sentidos pela moralização do Direito.

Disse-o alguém: o Direito é um rio, e a moral o leite desse rio.

Georges Ripert, depois de evidenciar que a norma moral é encontrada nas relações jurídicas obrigacionais, existe para perseguição da fraude ou da intenção fraudulenta, e se acha presente em todos os momentos da atividade jurídica, registra que o Direito não pode viver uni-

camente de sua técnica, mas deve viver e desenvolver-se por meio de constante penetração de sua seiva moral.

Está-se a ver que a árvore jurídica busca, com os dedos de suas raízes, ao fundo da moral, substâncias e energias vitais, com que se frondeja, e alimenta seus ramos e tronco.

No Direito constitucional como no administrativo, justo e imprescindível é que suas normas não se furtem, nem se evadam dos princípios morais, que nelas perlustram e penetram até ao âmago.

A regra do artigo 115 tem a percorrê-la e a fundá-la cãnone moral, qual o de se exigir que o nomeado para o tribunal, pelo quinto, nele permaneça ao menos por período de dez anos.

Resguarda-se o erário contra os que, com o tempo de trinta anos de advogado, ou de membro do Ministério Público, em seguida à investidura, recorram à aposentadoria.

A escolha para preencher o quinto dos tribunais de segundo grau não é prêmio, nem privilégio.

É a recolta entre os que aliam as mais puras gemas do trabalho e a maior dignidade ao mais alto saber jurídico, para o exercício da judicatura ou do poder de julgar, pelo espaço nunca abaixo de uma década.

A norma constitucional é um como imperativo categórico kantiano, a que o nomeado não pode subtrair-se, pois nela se fixa a lei moral, ou elemento *a priori* da moralidade, impeditivo de uma aposentação antes de dez anos de exercício da função de magistrado.

Não é preciso ir além, nem superlativar nenhuma outra afirmação, para se ter idéia da prudência e sabedoria da norma, que protege o erário, protegendo a dignidade do cargo.

5. *Em conclusão*

O preceito do artigo 115 não é causa de disputa, nem foi ensartado na Carta estadual para servir de pomo de discórdia.

Não desaira ninguém, nem a ninguém prejudica, se a contagem do tempo é feita nos moldes constitucionais.

Perlustrada com olhos de ver e examinada sob todas as luzes, não é ato de lesa-ciência jurídica, ou de lesa-legalidade constitucional.

É preciso tê-la em grande apreço pelo conteúdo moralizador que em si traz.

É mister malhar e remalhar que, demonstrada e redemonstrada a realidade escondida, acareados e confrontados textos, uma coisa fica imbatível — a constitucionalidade do artigo 115 da Carta estadual.

É o meu parecer, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 2 de dezembro de 1975

IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA