

voto vista:

inc. inconst. n° 100090030477

Vistos e etc..-

Pedi vista dos autos para melhor me situar perante a questão posta em discussão nos autos, sobre a qual já me posicionei anteriormente em outras situações que analisei, mas, confesso, agora motivado pelo voto vanguardista proferido pelo Des. Samuel Meira Brasil, seguido pelo eminente relator, Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama.-

A hipótese cuida de incidente de inconstitucionalidade, cujo objeto é o exame da higidez da fixação, no inciso III do Parágrafo único do art. 5º da LC Estadual nº 455/2008, da idade máxima de trinta (30) anos para a admissão nos cargos de Agente Penitenciário e de Agente de Escolta e Vigilância, da Administração Pública Estadual.-

Ao empreender uma análise vertical dos variados fatores que circundam o processo hermenêutico adotado no exame da relação de conformidade entre a norma jurídica e os mandamentos constitucionais, o Des. Samuel Meira Brasil Júnior, com a habitual profundidade e inteligência de seus pronunciamentos, concluiu, em suma, que o dito preceito legal deve ser interpretado conforme as Constituições, Federal e Estadual, no sentido de admitir a inscrição de candidatos com até o limite de idade de trinta e cinco (35) anos para os referidos cargos públicos. Além disso, atribuiu a tal pronunciamento declaratório, efeitos *ex nunc*, isto é, a partir do trânsito em julgado, preservando, entretanto, as situações jurídicas anteriores com ele conformes. Por fim, definiu também que tal limite de idade se aplica também aos Agentes Penitenciários e Agentes de Escolta e Vigilância que foram aprovados no concurso público e que já exerciam as funções correspondentes através de regular designação temporária ou cargo comissionado, e nelas tenham ingressado até os 35 (trinta e cinco) anos de idade.-

A despeito do judicioso voto do Des. Samuel Meira Brasil Júnior, ao qual aderiu o relator, o Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama, que reformulou seu voto para acompanhá-lo, pronuncio-me agora, *data maxima venia*, no sentido de acompanhá-los apenas em parte. Conquanto em outras ocasiões tenha adotado entendimento diverso, no sentido da constitucionalidade do limite estabelecido, de trinta anos de idade para os cargos, devo admitir que melhor reflexão sobre o tema, certamente induzido pelas múltiplas razões apresentadas neste caso pelos votos que me antecederam, conduziu-me agora a outra conclusão: não obstante

a Constituição Federal no inc. XXX do seu art. 7º, proíba a existência de

*diferença de salários, de exercício de funções e de **critério de admissão** por motivo de sexo, **idade**, cor ou estado civil",*

não é de hoje que se tem admitido a relativização, em certa medida e em excepcionais situações, dessa vedação. Nesse passo, ganha relevo a orientação inserta na súmula 683 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual

o limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Logo, uma vez identificado que as atribuições do cargo exigem a limitação etária, e restando evidenciado que a idade fixada não afronta ao princípio da proporcionalidade, ter-se-á como legítima a fixação desse critério. Deste modo, tendo em conta os fundamentos do denso voto do Des. Samuel Meira Brasil Júnior, infiro que a idade de até 30 (trinta) anos estipulada pelo legislador estadual como limite máximo para admissão nos cargos de agentes penitenciários e de agentes de escolta e vigilância realmente não se revela consentânea com a Constituição Federal, diante do postulado da proporcionalidade, que nas palavras do decano da Suprema Corte, Min. Celso de Mello,

*"...acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como **parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.**"*
(RTJ 176/578-580, Plenário).-

Deveras, apesar de não ser possível desconsiderar as atribuições desses cargos, as quais certamente exigem vigor físico, demonstram-se relevantes os outros diversos fatores de ponderação avaliados neste

caso, quais sejam, o tempo de aproveitamento do servidor no exercício de suas funções; a política pública prisional e os responsáveis por sua execução; a experiência e o amadurecimento dos agentes executores; e a inquestionável realidade de que os avanços da medicina e a conseqüente elevação da qualidade de vida das pessoas, cada vez mais preocupadas com o trato de sua saúde, permitem a clara constatação de que a vitalidade do ser humano vem se prolongando a cada dia. Consignadas, tais, me parecem elas irrefutáveis verdades, e a partir delas penso que autorizado considerar que, com efeito, a idade máxima de trinta (30) anos já não guarda sintonia com o princípio da proporcionalidade para a situação em exame, porquanto é inevitável reconhecer que nos dias atuais pessoas com idade mais elevada do que esta, inclusive, demonstram perfeita capacidade de exercer as atribuições dos cargos referidos, sem prejuízo, inclusive, de desempenha-las por considerável lapso temporal, atendendo, com isto, os interesses da Administração em otimizar economicamente a utilização da mão de obra por ela contratada para tal. Assim, e por tais motivos, já não tenho agora, ponderadas essas circunstâncias, razões para dissentir da conclusão a que chegaram o relator e o Des. Samuel, de que o limite de idade de trinta (30) anos preconizado na lei estadual se mostra maculado por inconstitucionalidade, por sua irrazoabilidade, diante da garantia constitucional da não discriminação, para admissão ao trabalho, do critério de idade (CF., art. 7º, XXX), somente legitimada, segundo a súmula nº 683 do STF, já invocada, nas situações em que as atribuições do cargo a justifiquem, circunstância que não se apresenta na hipótese, haja vista as inteligentes ponderações feitas pelo Des. Samuel a respeito.-

No entanto, e é neste ponto que peço vênia para discordar, vejo com reserva a atuação do Judiciário em fixar outra idade máxima para os cargos, por meio de técnica de interpretação. Embora considere louvável a intenção de definir a questão posta em análise, diante do interesse social envolvido, me parece, existem alguns aspectos informadores da jurisdição constitucional que não podem ser relegados: à margem da incursão na celeuma acerca da natureza jurídica da interpretação conforme a Constituição - se correspondente à pronúncia de inconstitucionalidade, ou se consistente, apenas, em um princípio interpretativo -, o certo é que essa técnica conhece limites, dentre os quais o da impossibilidade de ser utilizada contra literal expressão de texto legal. Por isso, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se diz que

"...essa técnica só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco..." (ADI 1344 MC, rel. Min. MOREIRA ALVES) - grifei.-

Deste modo, insisto, a técnica da interpretação conforme a constituição apenas permite eleger, dentre as possíveis interpretações conferidas à norma, aquela que melhor se amolda aos preceitos e princípios constitucionais. Daí, *data venia*, se a norma, diante do seu nítido comando, não comporta mais de uma interpretação, inviável se mostra a aplicação da técnica hermenêutica.-

Assim assentado, então, e me parecendo certo que o texto legal, neste caso, é preciso ao estipular a idade máxima em trinta (30) anos, outra interpretação dele não se mostra possível, senão a de que o teto de idade

desejado pela Administração é o por ele afirmado. Nem por isso contudo, é certo, estará vedada a declaração de sua inconstitucionalidade, como proposto, mas ao fazê-lo, a Corte deverá limitar-se apenas e tão somente a reconhecer a sua incompatibilidade com as Cartas, e nada mais.-

Longe de ser esta uma postura puramente técnico-formalista, encontra ela amparo no princípio da separação dos poderes, consagrado como um dos fundamentais do Estado brasileiro (CF, art. 2º), que por sua essencialidade sequer pode ser objeto de emenda constitucional com o escopo de aboli-lo, inserido que se encontra no rol das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, inc. III), tamanha a sua importância para a sustentação do Estado Democrático de Direito. Não cabe, pois, ao Judiciário, substituir-se ao Legislativo, criando outro conteúdo normativo de natureza positiva, em substituição àquele que considerou inconstitucional, imiscuindo-se em disciplinar matéria cuja iniciativa legal é do Executivo, e de exame e análise imprescindível do Legislativo. Por oportuno, acerca deste tema o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que

"... não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes." (RE 200844 AgR, rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª T., julg. em 25/06/2002).-

Não desconheço que a atuação do Supremo Tribunal Federal tem muitas vezes se desenvolvido sob os influxos do chamado ativismo judicial, tanto que a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição são proferidas

" ... o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos." (cf. GILMAR MENDES in Curso de Direito Constitucional. 6ª ed., Saraiva, p. 1.371),

mas de qualquer modo, é fora de dúvida que a prolação desse tipo de decisão deve ser feita sempre *cum granu salis*, tanto que o Pretório Excelso tem empregado esses *efeitos aditivos* apenas em situações excepcionais (v.g. MI 670-ES, que cuidou da aplicação da lei geral de greve aos servidores públicos; e Pet 3.388-RR, que tratou do conhecido caso de demarcação das terras indígenas, *Raposa do Sol*), que, me parece, a presente, definitivamente não guarda.-

Ressalto, outrossim, a propósito, que embora aqui tenha sido adotada a orientação firmada no RE 176479 (rel. Min. MOREIRA ALVES, 1ª T. DJ 05-09-1997), no qual se reconheceu que a idade máxima de trinta e cinco (35) anos se revelava consentânea com o princípio da proporcionalidade, o certo é que nesse precedente foi questionada a constitucionalidade de lei gaúcha que realmente previa essa idade como limitação etária, de modo que a Corte Constitucional apenas avaliou se ela estava em conformidade com o postulado constitucional da vedação de critério de admissão por idade (CF, art. 7º, XXX), à luz da disposição da súmula 683, já citados. Já no caso ora em apreço, a LC Estadual nº 455/2008, estipulou explicitamente a idade máxima de trinta (30) anos para admissão nos cargos públicos, daí por que, ainda que se

reconheça o seu descompasso com o postulado da proporcionalidade, não se revela viável fixar outra idade que em tese possa parecer a mais adequada, pois, assim o fazendo, restará nítido o desempenho de processo legiferante por este órgão, que é julgador, e não legislador, nem tampouco dispõe de iniciativa legal e conhecimento e suporte técnicos para estabelecer o limite ideal. Extremamente valioso, sob este aspecto, é o magistério do constitucionalista emérito, LUÍS ROBERTO BARROSO (*in* Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2ª ed., Saraiva, 2010, p. 261), que assevera:

*“ ... em resumo, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação ao excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. Nesse avaliação, o magistrado deve ter o cuidado de não invalidar escolhas administrativas situadas no espectro do aceitável, impondo seus próprios juízos de conveniência e oportunidade. **Não cabe ao Judiciário impor a realização das melhores políticas, em sua própria visão, mas tão somente o bloqueio de opções que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional.**”*

Deste modo, então, prevalecendo o entendimento de que a idade máxima de trinta (30) anos ofende realmente o princípio da proporcionalidade, caberá a este Tribunal apenas pronunciar tal inconstitucionalidade, nesses exatos termos, deixando que o administrador e o legislador, no desempenho de suas funções típicas, fixem outra que se revele consentânea, o fazendo, inclusive,

em período de tempo compatível com eventual abertura de certame para preenchimento de vagas novas ou já existentes.-

Assim definida a questão, e estabelecendo que os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade operar-se-ão apenas, como entenderam os eminentes Desembargadores, relator e Samuel, modulando os seus efeitos, *ex nunc*, mas com o resguardo das situações pretéritas, daqueles inscritos e aprovados no concurso público e dos exercentes dos cargos através de designações temporárias e exercentes de cargos em comissão que se submeteram ao concurso e foram nele aprovados, voto, pois, proclamando a inconstitucionalidade do inciso III do art. 5º da LC nº 455/2008, atribuindo a tal declaração, efeitos *ex nunc*, mas com as ressalvas explicitadas.-

Vit., 2012

Carlos Roberto Mignone
Desembargador

inc. inconst. nº :- 100090030477

-ooo-