



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DA INTANGIBILIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO FACE ÀS LIMITAÇÕES DO
PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR: TETO REMUNERATÓRIO A
LUZ DO STF

Luiz Paulo Figueiredo de Araujo

Rio de Janeiro
2019

LUIZ PAULO FIGUEIREDO DE ARAUJO

DA INTANGIBILIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO FACE ÀS LIMITAÇÕES DO
PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR: TETO REMUNERATÓRIO A
LUZ DO STF

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

DA INTANGIBILIDADE DO DIREITO ADQUIRIDO FACE ÀS LIMITAÇÕES DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR: TETO REMUNERATÓRIO A LUZ DO STF

Luiz Paulo Figueiredo de Araujo

Graduado pela Universidade Estácio de Sá - UNESA. Pós-graduado em Direito Público pela Academia Nacional de Juristas—ANAJ. Advogado.

Resumo – O objetivo precípua deste trabalho consiste na análise da (in)tangibilidade do direito adquirido face às limitações do Poder Constituinte Derivado Reformador, ou seja, verificar se situações jurídicas consolidadas e tuteladas pelo manto do direito adquirido, podem ser revistas por uma emenda constitucional (lei em sentido formal). Neste sentido, surge uma forte divergência doutrinária em atenção a disposição literal do inciso XXXVI do artigo 5º da CRFB/88, que se refere a oponibilidade daquela característica do direito adquirido de forma adstrita à lei. De outra face, bons doutrinadores realizam uma interpretação lógico-gramatical, invocando o inciso IV do §4 do artigo 60º da CRFB/88, asseverando que o direito adquirido dever ser compreendido como uma garantia individual, sendo assim, uma cláusula pétrea. Busca-se ainda esmiuçar a decisão do STF acerca da constitucionalidade da EC nº. 41/03 que ressuscitou o artigo 17º do ADCT, viabilizando que uma norma constitucional derivada alcance situações jurídicas já perfectibilizadas pelo direito adquirido. Ainda, foi feito um cotejo das posições jurisprudenciais modernas acerca do instituto complexo do teto remuneratório. Conclui-se por uma interpretação lógico-gramatical da CRFB/88, asseverando a inconstitucionalidade material do artigo 9º da EC nº. 41/03, tendo em vista a violação a uma garantia individual, ao disposto no inciso XXXVI do artigo 5º da CRFB/88 e o espírito da constituição.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Administrativo. Norma princípio da segurança jurídica. Norma princípio da isonomia. Direito adquirido. Cláusula Pétrea. Teto remuneratório. Jurisprudência do STF.

Sumário – Introdução. 1. Controvérsias doutrinárias acerca da intangibilidade do direito adquirido face emenda constitucional—EC. 2. Manifestação do Poder Constituinte Derivado Reformador nas ECs. 19/98 e 41/03. 3. Jurisprudência do STF concernente ao teto remuneratório sob a óptica das inovações na ordem jurídica interna. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da intangibilidade do direito adquirido face às limitações materiais do Poder Constituinte Derivado Reformador, adstrito ao instituto do teto remuneratório. A Constituição Federal de 1988, caracterizada pela doutrina do direito constitucional como escrita, analítica, promulgada, eclética, dirigente e normativa, prevê um rol analítico de direitos e garantias fundamentais voltados aos brasileiros e estrangeiros.

Em uma percepção cirúrgica dos aludidos direitos, que integram modernamente a concepção de direitos humanos, frise-se a garantia fundamental constante no inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988, denominada direito adquirido. Sob a óptica histórica do dispositivo constitucional, revela-se que parte de sua inspiração restou calcada no Decreto-lei nº. 4.657/1942—LINDB, que a partir de 01 de agosto de 1957, resultou em uma modificação normativa, tratando expressamente da intangibilidade do direito adquirido face às inovações legislativas.

Tendo sido sumariamente apresentado o instituto do direito adquirido, faz-se necessário uma percepção interativa acerca de sua característica intangível, ser ou não oponível as manifestações do Poder Constituinte Derivado Reformador. Note-se a existência de densa divergência doutrinária e jurisprudencial, e inclusive, o próprio STF, ainda não se manifestou de modo translúcido sobre a matéria, apenas em análises casuísticas estabelecendo algumas premissas, como a inexistência de direito adquirido face à regime jurídico ou estatuto jurídico previdenciário.

Com o fito de rechaçar as discrepâncias remuneratórias no âmbito do serviço público, o constituinte originário instituiu o teto remuneratório, atendendo as normas princípios da legalidade, isonomia, segurança jurídica e proporcionalidade. Ressalta-se que a previsão originária do inciso XI do artigo 37º da Carta Constitucional de 1988, sofreu intensas modificações com o advento das EC nº.19/98 e 41/03, advindo esta, provocar um efeito repristinatório do artigo 17º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias—ADCT.

Neste sentido, o primeiro capítulo do presente artigo jurídico pretende de forma esclarecedora, conceituar o instituto do direito adquirido e adentrar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da (in)tangibilidade do direito adquirido face às limitações do Poder Constituinte Derivado Reformador.

Em seguida, no segundo capítulo, realizar-se-á uma análise dos efeitos jurídicos oriundos das EC nº. 19/98 e 41/03, no âmbito do teto remuneratório, associando-se ao prisma do direito fundamental constante no inciso XXXI do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988.

Já no terceiro capítulo, pretende-se exercitar um cotejo dos entendimentos contemporâneos dos tribunais de superposição voltado ao teto remuneratório constitucional, bem como verificar as situações jurídicas casuísticas aptas a exorbitação do instituto.

Desta forma, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, com o manejo das obras bibliográficas pertinentes ao tema delimitado, analisadas

e fichadas na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência), com o fito de sustentação da tese.

1. DO CONCEITO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADQUIRIDO E ALIMITAÇÃO MATERIAL DO INSTITUTO PELA CARACTERÍSTICA DA (IN)TANGIBILIDADE

O instituto jurídico do direito adquirido tem os seus contornos constitucionais definidos no inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988¹, bem como repousa sua matriz infraconstitucional no artigo 6º do Decreto-lei nº. 4.657/1942—LINDB². Tendo em vista a nítida indeterminabilidade do campo de incidência do instituto, considerado como uma garantia constitucional de 1ª geração (norma protetiva), na classificação de Norberto Bobbio³, buscar-se-á desenvolver um conceito basilar.

Considera-se o direito adquirido como instituto constitucional de transcendência histórica, marcado pela possibilidade de exercício imediato pelo seu titular, que incorpora o patrimônio jurídico deste, constituído para fins de estabilização das relações e respectiva promoção da segurança jurídica. É mecanismo indissociável do Estado Democrático de Direito e primoroso aliado dos titulares de direitos e garantias fundamentais. Em razão da alta carga de subjetividade inserta no instituto, a doutrina assevera que o direito adquirido é um gênero, no qual o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são espécies.

Frise-se que inevitavelmente o instituto é observado em razão de sua característica intangível expressa no bojo da Constituição Federal de 1988, passando inclusive a integrar sua própria definição. No exercício de uma exegese literal do dispositivo constitucional, se percebe que somente pode ser considerado direito adquirido aquilo que é incorporado ao patrimônio jurídico do titular do direito, atendendo as normas vigentes à época, prescindindo de exercício. Deste modo, caracterizado a insuficiência de satisfação dos requisitos constantes em norma, como não se perfectibiliza no mundo jurídico, não integram o patrimônio do titular, e assim logicamente não gozam da intangibilidade.

Na óptica da matriz infraconstitucional extrai-se que adquirido é o direito que o titular pode exercer, bem como o representante do titular pode exercer, ou cujo começo tenha um termo prefixo ou uma condição preestabelecida inalterável ao arbítrio de outrem. A título de

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

²BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

³BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

representação da exposição supracitada destaca-se a virada jurisprudencial no âmbito do STF⁴ acerca da concessão da benesse constitucional denominada como abono de permanência, cuja matriz constitucional repousa no parágrafo 19º do artigo 40º da CRFB/88. Entendeu este sodalício que o beneficiário faz jus ao abono de permanência desde o momento em que satisfaz os requisitos constantes no estatuto jurídico, sendo prescindível o momento de deflagração do requerimento na órbita administrativa com esta finalidade.

Nas exímias lições de Pontes de Miranda⁵, já se asseverava que a lei nova não poderia prejudicar o ato jurídico perfeito, bem como não poderia prejudicar o fato jurídico, considerado por Miguel Reale⁶, como um fato natural que guarda grau de relevância para o mundo jurídico. É indubitável a aplicação da norma princípio da irretroatividade da lei nova face o instituto jurídico do direito adquirido, frisando se tratar de regra dentro da percepção interdisciplinar do direito.

Ocorre que o constituinte originário ao positivar a característica da intangibilidade do direito adquirido, delimitou-se expressamente ao vocábulo lei, e no exercício de uma exegese literal, novamente, se chega a conclusão de que a intangibilidade do direito adquirido somente é oponível nas manifestações típicas do Congresso Nacional de repercussão infraconstitucional por meio de edição de leis ordinárias, complementares, e até mesmo as leis delegadas e medidas provisórias em um exercício atípico e típico, respectivamente, da função do Poder Executivo.

Seguindo esta linha de raciocínio jurídico, destaca-se o jurista Daniel Sarmiento⁷, em que sustenta uma aplicação restritiva da norma constitucional originária, constante no inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988. Os efeitos constitucionais jurídicos desta corrente doutrinária, na qual merece indiscutível respeito, permite que uma manifestação do Poder Constituinte derivado reformador atinja situações jurídicas pretéritas ao seu advento no mundo jurídico. Não se trata de relativização da característica fundante do instituto, é uma estrita obediência à vontade exarada pelo constituinte originário, e perceptivelmente ratificada no exame do artigo 17º⁸ do Ato de Disposições Transitórias—ADCT.

⁴Idem. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Re. nº 793.305/PE*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2212582>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

⁵MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. Tomo V. São Paulo: Forense, 2003. p. 189.

⁶MELLO, MARCOS BERNARDES. *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 432.

⁷SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional- Teoria, História e métodos de trabalho*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2014. p. 225-230.

⁸BRASIL. *Atos de disposições transitórias*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

O preâmbulo constitucional de natureza interpretativa assevera que todas as remunerações, vencimentos, vantagens e proventos de aposentadoria, que estejam em desacordo com instituto complexo do teto remuneratório concentrado no inciso XI do artigo 37⁹ da Carta Constitucional de 1988, devem ser imediatamente reduzidos para fins de atingir o teto remuneratório, não sendo oponível o direito adquirido. Deste modo, leva-se a conclusão que diante de uma emenda constitucional aplica-se a norma princípio da retroatividade das manifestações do Poder Constituinte derivadoreformador.

Novamente, objetivando uma melhor elucidação das preposições, frise-se o julgamento do RE n.º 609.381/GO¹⁰, no qual o Ministro Teori Albino Zavascki sustentou a possibilidade de uma emenda constitucional alcançar situações jurídicas anteriores ao seu advento, e neste caso, especificamente quanto ao teto remuneratório, exercitando uma exegese literal do inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Constitucional de 1988, corroborado com artigo 9º da EC n.º 41/03, que ressuscitou o artigo 17º do ADCT.

De outra banda, outra percepção proposta por outros doutrinadores, ancora-se no exercício de uma exegese lógico-gramatical do inciso XXXVI do artigo 5º e do inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60º da Carta Constitucional de 1988¹¹. Preliminarmente, no exame sobre o fundamento doutrinário, o que se observa é o argumento das limitações materias do Poder Constituinte derivado reformador, especificamente quanto à impossibilidade de deliberação de proposta de emenda à constituição tendente a abolir direitos e garantias fundamentais.

Asseveram que o direito adquirido está inserto no capítulo dos direitos fundamentais previsto no texto constitucional, conseqüentemente é considerado uma garantia constitucional inserta na limitação material do Poder Constituinte Derivado Reformador, ou seja, uma cláusula pétrea. Sabe-se que as aludidas cláusulas são passíveis de modificação, no exercício de um devido processo legislativo de extrema dificuldade e cooperação, mas não se admite a sua extinção.

Está corrente é considerada majoritária no âmbito do Direito Constitucional, tendo como expoentes os juristas Carlos Ayres Britto, José Afonso da Silva¹² e José dos Santos Carvalho Filho¹³. Destaca-se que a ADI. 3184¹⁴, que tramita no STF, na qual a Associação de

⁹BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. n.º 609.381/GO. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7458295>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

¹¹SARMENTO, op. cit., p. 233-234.

¹²SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 288.

¹³BRASIL. op. cit., nota 10.

Magistrados Brasileiros—AMB assevera a inconstitucionalidade do artigo 9º da EC nº. 41/03, haja vista que afronta a garantia constitucional do direito adquirido, sendo uma oportunidade para que o sodalício venha se manifestar sobre o cerne da controvérsia exposta.

Sendo assim no campo jurídico, verifica-se que a resolução da controvérsia perpassa sobre normas princípios indispensáveis do Estado Democrático de Direito, como a segurança das relações jurídicas, primazia dos direitos fundamentais e sua maior concretude. No estudo sobre os direitos e garantias fundamentais, a doutrina assevera que deve ser aplicada uma exegese ampliativa das garantias fundamentais, com adstrição lógica para não acarretar em usurpação de competência legislativa, mas com o fundamento em atribuição de maior efetividade das aludidas normas.

2. DA Oponibilidade do Direito Adquirido face aos Efeitos Jurídicos oriundos das EC. Nº. 19/98 e 41/03 no âmbito do Teto Remuneratório

A Emenda Constitucional nº. 19/98¹⁵ modificou quase totalmente o sistema remuneratório dos agentes públicos, introduzindo o subsídio, como forma de remuneração dos agentes políticos e de certas categorias de servidores públicos, e excluiu o princípio da isonomia dos vencimentos, entre outras transformações. A Constituição, agora, prevê dois sistemas remuneratórios para os agentes públicos: 1º) o de remuneração ou vencimento, e, 2º) o de subsídio. O primeiro sistema, compreende uma parte fixa e uma variável, composta por vantagens pecuniárias de variada natureza (adicionais, gratificações, verbas indenizatórias e o segundo, constituído por parcela única, que exclui a possibilidade de percepção de vantagens pecuniárias variáveis.

Remuneração sempre significou, no serviço público, uma retribuição composta de uma parcela fixa (geralmente no valor de dois terços do padrão do cargo, emprego ou função) e outra parte variável (quotas ou percentagens da sucumbência ou das multas arrecadadas ou de outras circunstâncias), paga em função da produtividade. A remuneração já não mais possui esse antigo significado. Atualmente, a remuneração significa o somatório de todos os valores percebidos pelo servidor, quer sejam pecuniários ou não, abrangendo, assim, o vencimento, as vantagens e as quotas de produtividade.

Vantagens pecuniárias são as parcelas pecuniárias acrescidas ao vencimento-base em decorrência de uma situação fática previamente estabelecida na norma jurídica

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade—ADI nº. 3184*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2212582>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

¹⁵BRASIL. *Emenda Constitucional nº. 19 de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

pertinente. Toda vantagem pecuniária reclama a consumação de certo fato, que proporciona o direito à sua percepção. Presente a situação fática prevista na norma, fica assegurado ao servidor o direito subjetivo a receber o valor correspondente à vantagem. Vários fatos podem levar ao recebimento desses acréscimos, dentre os quais: tempo de serviço, trabalho em gabinetes do escalão superior, horas trabalhadas além da jornada normal, trabalho noturno, entre outros.

Hely Lopes Meirelles¹⁶ distinguiu essas duas espécies de retribuição:

O que caracteriza o adicional e o distingue da gratificação é o ser aquele uma recompensa ao tempo de serviço do servidor, ou uma retribuição pelo desempenho de funções especiais que refogem da rotina burocrática, e esta, uma compensação por serviços comuns executados em condições anormais para o servidor, ou uma ajuda pessoal em face de certas situações que agravam o orçamento do servidor. O adicional relaciona-se com o tempo ou com a função; a gratificação relaciona-se com o serviço ou com o servidor.

Para que as vantagens pecuniárias passem a integrar os vencimentos, é necessário que a lei assim preveja; é o denominado sistema de incorporação, mediante o qual a vantagem adere ao vencimento-base, não podendo ser suprimida dos vencimentos, salvo opção explícita do servidor. Caso seja consumado o fato que a lei defina como o gerador da incorporação, o valor incorporado constituirá direito adquirido do servidor, sendo, portanto, insuscetível de supressão posterior pela Administração Pública. A lei poderá determinar a incorporação automática, como ocorre com o adicional por tempo de serviço; ou exigir tempo de percepção ou prever a incorporação progressiva, proporcional ao tempo de percepção.

A EC. n.º. 19/98¹⁷ excluiu do artigo 39, § 1º, esta regra, que assegurava a isonomia remuneratória. Todavia, isso não impedirá que os servidores pleiteiem o direito à isonomia, com fundamento no artigo 5, *caput* e inciso I, da Constituição Federal de 1988. Além disso, mantém-se a norma do inciso XII, do artigo 37¹⁸, segundo o qual "os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo". Esta regra de paridade de vencimentos vem do artigo 98 da Constituição de 1967¹⁹, sempre interpretada no sentido de igualdade de remuneração para os servidores dos três Poderes. Ainda que a Constituição Federal de 1988 não tenha consignado expressamente, esta regra também haverá de valer no que concerne a empregos e funções públicas.

¹⁶MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.299.

¹⁷BRASIL. op.cit., nota 15.

¹⁸BRASIL. op. cit., nota 1.

¹⁹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

Com relação à fixação ou alteração da retribuição, seja a remuneração dos servidores públicos, seja o subsídio, só poderá ser feita por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso. Esta lei será a da entidade política competente para fixar ou alterar a retribuição. A fixação e a alteração da retribuição, além de depender da existência de recursos orçamentários, sofre limitações e, em especial, a do artigo 169 da Constituição Federal de 1988.

A Lei Complementar nº 101²⁰, de 04/05/2000, ao estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, fixou, nos artigos 19 e 20, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, que não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida: para a União, 50% e para os Estados e Municípios, 60%.

Feitas estas ressalvas, passaremos a discorrer sobre o teto remuneratório dos servidores públicos. Registre-se que o teto é a soma de tudo que um servidor ou aposentado recebe ao final do mês. A regra que vigorava anteriormente à entrada em vigor da referida Emenda – que se deu em 31/12/2003, vinculava o teto remuneratório dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, aplicando-se aos três Poderes dos respectivos entes, o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Na prática, contudo, a Constituição Federal vinculou a criação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal à criação de lei, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, o que, de fato, não ocorreu.

Conforme se depreende do Texto Constitucional, o processo legislativo que dará origem à lei que fixará o subsídio de que trata o art. 39, parágrafo 4, se dará única e exclusivamente por meio de iniciativa discricionária dos Chefes dos Poderes da República, da Câmara, do Senado e do Supremo Tribunal Federal. Não se vislumbra, de acordo com o Texto, imposição de prazo para a apresentação deste projeto de lei. Presumia-se tão somente a existência de uma base consensual e da vontade convergente das pessoas mencionadas, descaracterizando-se com isso qualquer hipótese de iniciativa vinculada.

O que se verifica é que houve a ausência de base consensual ou de vontade das pessoas competentes, posto que não fizeram jus à competência atribuída pela Constituição da República, para fixar o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Com

²⁰BRASIL. *Lei Complementar nº101de2000*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019

isso, as demais normas constitucionais que dispunham acerca do “subsídio” dos servidores públicos ficaram a vagar, como uma nau sem o seu comandante, face à falta de referencial, qual seja, o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, a aplicação do teto fixado com a redação da Emenda Constitucional nº. 19, referencial a todas as demais remunerações e subsídios dos servidores, restou inoperante.

O advento da EC. nº. 41/03²¹ alterou este panorama, trazendo novas disposições constitucionais que versam sobre o teto dos servidores públicos, através da proliferação deste em subtetos. A partir de então, ficou mantido o teto nacional, sendo este o valor da maior remuneração, atribuída por lei em 31/12/03 aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, e os subtetos aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com esta mudança, extinguiu-se a unificação do teto remuneratório aplicável aos servidores públicos, o que, em verdade, não se formalizou por falta de sua própria criação, passando a vigorar o teto nacional, com base na maior remuneração atribuída por lei, em 31/12/2003, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Desvinculou-se a existência deste teto maior à sua eventual criação, bem como ao livre arbítrio dos Presidentes da República, da Câmara, do Senado e do Supremo Tribunal Federal.

A questão posta em debate cinge-se à possibilidade de efetuar descontos, a título de abatimento de teto remuneratório, dos proventos e subsídios dos servidores ligados ao Poder Executivo, que recebem acima do teto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, em conjunto com o estabelecido no art. 37, XI, da CR/88, alterado pela Emenda Constitucional nº 41/2003.

Reside a controvérsia sobre ser ou não possível, à luz da garantia constitucional de que a “lei não prejudicará o ato jurídico perfeito e o direito adquirido”, se por força de Emenda à Constituição, os valores dos proventos dos servidores, constituídos de padrão básico e de vantagens pessoais e fixados em conformidade com as normas de direito positivo válidas, anteriormente, venham a sofrer redução naquilo que excederem ao teto determinado na referida emenda.

A matéria é por demais conhecida na órbita jurídica tendo já sido, inclusive, apreciada pela Corte Superior de Justiça que, por reiteradas decisões, concedeu a segurança para assegurar aos impetrantes o recebimento integral de seus proventos, incluídas as vantagens pessoais. Tais impetrações fundam-se nas garantias constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade dos proventos, que não podem ser violadas.

²¹BRASIL. *Emenda Constitucional nº. 41 de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019.

Desse modo, a Constituição Federal poderá ser emendada, desde que não seja para, dentre outros, abolir os direitos e garantias individuais, nos termos do seu artigo 60 § 4º, inciso IV. O instituto do direito adquirido encontra-se previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inciso XXXVI, da CF) sendo, portanto, vedada, a sua supressão por emenda constitucional.

3. COTEJO DOS PRECEDENTES VINCULANTES E ARGUMENTATIVOS DO STF ACERCA DA INCIDÊNCIA OU NÃO DO INSTITUTO DO TETO REMUNERATÓRIO, EM EXAMES CAUSAIS

Em congruência com os fundamentos já delineados, é importante extrair a característica complexa da norma que prevê o instituto constitucional do teto remuneratório, qual seja, o inciso XI do artigo 37º da Carta Magna de 1988²² (redação determinada pela EC. nº. 41/03). Neste sentido, é possível visualizar a manifestação da aludida norma em determinadas demandas, provocando efeitos jurídicos e práticos distintos.

A título representativo, o tema 377²³ e 384²⁴ fixado pelo STF, tendo como “*leading case*” o RE nº. 612.975/MT²⁵, concluiu que: “Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do artigo 37º, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a incidência do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.”

Neste sentido, a interpretação conferida pelo Tribunal Constitucional acerca do inciso XVI do artigo 37º da Carta Magna de 1988²⁶, regra que consubstancia a possibilidade de acumulação de cargo público, compreendeu que nas hipóteses constitucionalmente previstas, o teto remuneratório incide para cada vínculo autônomo formalizado pelo servidor público, ou seja, podendo o somatório dos ganhos ultrapassarem o limite isolado constante no inciso XI do artigo 37 da Carta Magna de 1988.

Tal posição, revela um marco na jurisprudência do STF, e põe fim a uma série de conflitos envolvendo possível lesão à ordem pública. De outra face, havia um número expressivo de demandas, pretendendo o reconhecimento de que Procuradores Municipais,

²²BRASIL. op. cit., nota 1.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 377*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3874667&numeroProcesso=612975&classeProcesso=RE&numeroTema=377>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 384*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2694206&numeroProcesso=602043&classeProcesso=RE&numeroTema=384>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

²⁵BRASIL. op. cit., nota 24.

²⁶BRASIL. op. cit., nota 1.

sujeitassem ao limite para percepção da remuneração dos subsídios dos Prefeitos dos Municípios, assim como ocorre no caso de Procuradores Estaduais, nos quais sujeitam-se aos limites do subsídio do Governador do Estado.

Em 2019, o STF apreciou a questão, e fixou a tese em repercussão geral: “A expressão “Procuradores”, contida na parte final do inciso XI do artigo 37º da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.”

O Tribunal Constitucional compreendeu que a hermenêutica incidente na parte final do inciso XI do artigo 37 da Carta Magna de 1988, que exclui os Procuradores Municipais é inconstitucional, pois, uma vez que a lei não distingue, não é dado ao interprete realizar a distinção. Desse modo, os Procuradores Municipais, consideradas como atividade essencial à justiça, não expressa no artigo 132 da Carta Constitucional de 1988, sujeitam-se ao limites do subsídio dos desembargadores do Tribunais de Justiça estaduais.

A Carta Constitucional de 1988, no artigo 37º, §11º, assevera que não serão computadas, para os efeitos dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. Ocorre que por diversas vezes a caracterização da natureza indenizatória de determinadas parcelas, é divergente, apesar de ser matéria de reserva de lei, conforme a disposição supra.

No âmbito da magistratura, a Resolução nº. 13 de 2006 do CNJ²⁷, assevera em seu artigo 8º, as parcelas de caráter indenizatório, em um rol exemplificativo “*numerus apertus*”, corroborando para compreensão dessa natureza, que guarda entrelaço direto com ajuda de custos e diárias. Ocorre, que por diversas vezes a lei atribui um rótulo a determinada parcela, denominando-a de indenizatória, mas, que na realidade se reveste de caráter remuneratório.

Esta situação, foi enfrentada pelo STF no RE nº. 650.898/RS²⁸, tendo por objeto lei de determinado Município, que previa a título de indenização o pagamento de um valor ao Prefeito Municipal. Tratava-se de uma suposta “indenização por representação”, mas que na realidade se manifestava como uma parcela remuneratória, afastando a aplicação do §11 do

²⁷BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 13 de 2006. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=177>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. nº 650.898/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=411555&numeroProcesso=650898&classeProcesso=RE&numeroTema=484>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

artigo 37 da Carta Magna de 1988, e sujeitando-a a norma regra do teto remuneratório, esculpida no inciso XI do aludido dispositivo constitucional.

Dessa forma, o Tribunal Constitucional compreendeu que o exame da natureza indenizatória de determinada parcela percebida pelo servidor, faz-se imprescindível de forma causal, sendo viável o reconhecimento da inconstitucionalidade ou a interpretação conforme a Constituição, ao diploma infraconstitucional, no qual prevê a parcela direcionada ao servidor.

Outra tese firmada de extrema relevância, que merece ser revista, é aquela difundida pelo STF no julgamento do RE 609.381/GO²⁹, que expressamente prevê:

O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências do valor máximo nela discriminadas, todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com o regime legal anterior. Os valores que ultrapassam os limites estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal, constituem excesso cujo o pagamento não pode ser reclamado com base na irredutibilidade de vencimentos.

Nesta tese fixada pelo Tribunal Constitucional, ressuscitando o artigo 17 do ADCT³⁰, primeiramente, deve se divergir acerca da eficácia temporal da Emenda Constitucional n.º. 41/03³¹, sendo esta que inseriu a modificação do inciso XI do artigo 37 da Carta Magna de 1988. Tal divergência, materializa-se na previsão do inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Magna de 1988³², no qual assevera que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Conforme já delineado no presente artigo jurídico, cinge-se uma divergência doutrinária acerca da interpretação daquele dispositivo, frisando se tratar de melhor fundamento doutrinário, a preservação do direito adquirido, o cumprimento da vontade expressa do constituinte originário e a atribuição da eficácia “*ex nunc*” da emenda constitucional, a fim de atingir situações jurídicas sem o revestimento da garantia individual do direito adquirido.

O exercício de uma interpretação sistêmica do dispositivo supra, combinado com o inciso IV do §4º do artigo 60 da Carta Constitucional de 1988³³, revela que a vontade soberana do constituinte originário, foi no sentido de impedir que a Emenda Constitucional, manifestação do poder constituinte derivado reformador, viesse a tender ou abolir direito e

²⁹BRASIL. op. cit., nota 24.

³⁰BRASIL. op. cit., nota 8.

³¹BRASIL. op. cit., nota 21.

³²BRASIL. op. cit., nota 1.

³³BRASIL. op. cit., nota 1.

garantias individuais, pelo qual, ao nosso ver, se insere perfeitamente na questão trabalhada no presente artigo jurídico.

Neste sentido, posiciona-se o jurista José Afonso da Silva³⁴, no qual afirma:

Emenda constitucional, como demonstrado amplamente não pode atribuir eficácia a norma de efeitos instantâneos, imediatos e exauridos, em hipótese alguma, e menos ainda, a norma veiculadora de restrições ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Portanto, o art. 9 da PEC é inconstitucional na medida que determina a aplicação do artigo 17 do ADCT a situações que ele cria.

De outra banda, outro argumento manejado pelo Tribunal Constitucional, a fim de asseverar a constitucionalidade do artigo 9º da EC. nº. 41/03³⁵, é a inaplicabilidade, *in casu*, da norma princípio da irredutibilidade de vencimentos. Ora, a norma princípio da irredutibilidade de vencimentos tutela todas as formas de estipêndios da relação de trabalho, e no caso, da magistratura, trata-se de uma garantia constitucional, estudada como prerrogativa, ancorada no inciso III do artigo 95 da Carta Magna de 1988.

Sendo assim, pela EC. nº. 41/03³⁶ houve a reinstauração de uma norma interpretativa e de efeitos exauridos instantaneamente, com o suposto propósito de se regulamentar a situação salarial, a fim de conferir a aplicação a norma princípio da igualdade de tratamento. Há uma violação sistêmica do texto constitucional, e a fixação de um precedente vinculante pelo Tribunal Constitucional, referendando o notório equívoco perpetrado pela legislativo, gera situação de instabilidade e insegurança jurídica.

Neste sentido, posiciona-se Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷, ao asseverar que:

uma vez que a Emenda Constitucional não pode ferir o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada, o artigo 9 da referida PEC, não pode pelo expediente de invocar a aplicação do artigo 17 do ADCT, ganhar esta força jurídica que lhe é vedada. Donde, não lhe seria possível, sob pena de inconstitucionalidade, pretender extrapolar os efeitos no mencionado preceptivo para disposições diferentes daquelas a que estava reportado, de maneira a subjugar e reduzir, vencimentos, proventos, montepios, pensões ou outras espécies remuneratórias, percebidas cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, a novos limites que veio a estabelecer.

Por fim, a posição assentada pelo STF, neste último julgado trazido à baila, merece uma revisão, tendo em vista que o artigo 9º da EC. nº. 41/03 deve ser declarado

³⁴BRASIL. op. cit., nota 12.

³⁵BRASIL. op. cit., nota 21.

³⁶Ibidem.

³⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 354.

materialmente inconstitucional, a fim de preservar as disposições constitucionais, e propiciar a preservação da estabilidade das relações jurídicas e a segurança jurídica.

CONCLUSÃO

No fluxo desta pesquisa, constata-se a existência de uma divergência doutrinária e jurisprudencial de extrema relevância, acerca da característica da intangibilidade do direito adquirido ser ou não oponível as Emendas Constitucionais, na percepção conglobante do inciso XXXVI do artigo 5º c/c inciso IV do §4º do artigo 60 da Constituição Federal, considerado este, como limitação material do Poder Constituinte Derivado Reformador.

Verifica-se ainda, que o Supremo Tribunal Federal não resolveu definitivamente tal divergência, advindo, apenas, se posicionar quanto às situações casuísticas, pacificando os conflitos de interesse que envolvem os respectivos sujeitos processuais. Nesta diapasão, a ausência deste pronunciamento definitivo acerca do pano de fundo trabalhado neste artigo jurídico, revela que este Tribunal de Superposição, responsável pela guarda da Constituição Federal de 1988, deve o quanto antes se manifestar, com o fito de proporcionar segurança jurídica e isonomia.

Neste sentido, a prolação de decisões distintas que envolvam questões microscópicas heterogêneas, mas, como questão macroscópica tema que lhes é comum, choca-se com os consectários da previsibilidade e estabilidade que compõem a segurança jurídica. Tal questão adquiriu força para resolução, com o advento do CPC/15, uma vez que seu artigo 926 assevera que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, sob pena de violação a isonomia e a segurança jurídica.

Em que pese a existência de uma corrente doutrinária que assevera a intangibilidade do direito adquirido face às emendas constitucionais, há de se reconhecer os bons fundamentos jurídicos para ambas posições, sendo mister, a resolução definitiva do tema por iniciativa do legislativo, ou por manifestação do Tribunal de Superposição.

Na seara do teto remuneratório, considerado um tema complexo e extremamente intrigante, verifica-se que há uma posição do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 41/03 que se atêm a ressuscitar o artigo 17º do ADCT, ou seja, há a presença do instituto constitucional da repriminção, porém, de uma norma constitucional de eficácia exaurida. Data vênica, asseverar a tangibilidade do direito adquirido face uma emenda constitucional, é negar vigência a certos dispositivos

constitucionais, e exercitar uma interpretação dissonante da vontade do constituinte originário.

Desta forma, o vocábulo lei constante no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, abarca todas as espécies normativas contidas no artigo 59º do diploma constitucional (lei em sentido formal), pois, ao contrário, o mero exercício de uma interpretação restritiva se choca com o espírito da Constituição Federal de 1988. Assim, o artigo 9º da EC. nº. 41/03 deve ser declarado materialmente inconstitucional, uma vez que afronta diretamente o texto da Constituição.

Por fim, com o fito de demonstrar a complexidade no entorno do instituto constitucional do teto remuneratório, dedica-se um capítulo deste artigo jurídico, realizando uma pesquisa explorativa e de conteúdo jurisprudencial, acerca do entendimento contemporâneo dos Tribunais de Superposição em situações casuísticas, cujo o objeto é o teto remuneratório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp. nº 609.391/GO*. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7458295>>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade—ADI nº. 3184*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2212582>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Re. nº 793.305/PE*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2212582>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 377*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3874667&numeroProcesso=612975&classeProcesso=RE&numeroTema=377>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tema 384*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2694206&numeroProcesso=602043&classeProcesso=RE&numeroTema=384>>. Acesso em: 08 abr. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE. nº 609.381/GO*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13561815>>. Acesso em: 8 abr. 2019.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MELLO, MARCOS BERNARDES. *Teoria do Fato Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. Tomo V. São Paulo: Forense, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional- Teoria, História e métodos de trabalho*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.