

SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS PARA A FIXAÇÃO DO TETO REMUNERATÓRIO DO SERVIÇO PÚBLICO: UM ESTUDO À LUZ DO LEADING CASE EM JULGAMENTO NO STF (MS Nº 24.875)

André Luiz Santa Cruz Ramos
Mestrando em direito pela UFPE.
Professor do Instituto de Educação
Superior de Brasília.
Procurador Federal.

Rodrigo Cunha Veloso
Advogado da União.

1. Introdução

O Supremo Tribunal Federal, na sessão administrativa datada de 05.02.2004, resolveu determinar a aplicação, no âmbito do Poder Judiciário, do art. 8º da Emenda Constitucional nº 41/03¹, fixando o teto remuneratório (previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, com as alterações inseridas pela referida Emenda) em R\$ 19.115,19², valor considerado pelos seus membros³ como a maior remuneração atribuída por lei a Ministro do STF, na data da promulgação da Emenda (conforme Leis nº 10.474/02 e nº 10.697/03, e Decretos-lei nº 2.371/87 e nº 1.525/77). No mesmo dia, dada a repercussão da matéria, foi divulgada a seguinte nota à imprensa:

05/02/2004 - 20:52 - NOTA À IMPRENSA

1- O Supremo Tribunal Federal, reunido em sessão administrativa, decidiu, por maioria, determinar a aplicação administrativa interna do artigo 8º da emenda constitucional nº 41/2003. Para tanto, considerou que a maior remuneração atribuída por lei a ministro do

¹ *Art. 8º Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos. Atualmente, já foi regulamentado o subsídio dos Ministros do STF (Lei nº 11.143/05), tendo o CNJ, em sessão do dia 21/03/06, editado as Resoluções que disciplinam o teto salarial do Poder Judiciário.*

² Na sessão, “os ministros analisaram três hipóteses. Na primeira, o teto seria fixado a partir da maior remuneração dos ministros do STF, excluído o presidente, R\$ 17.343,71. A segunda possibilidade consideraria a representação mensal do presidente do STF – 20% maior que a dos outros integrantes da Corte –,totalizando R\$ 19.115,19. Na terceira hipótese examinada, o valor do teto dos servidores subiria para R\$ 23.213,89. Esse número considera a maior gratificação de presença paga a três integrantes da Casa que acumulam o exercício de função junto ao Tribunal Superior Eleitoral” (informação constante do *site* do STF na seção últimas notícias de fevereiro de 2004). A decisão não foi unânime, tendo o Ministro Marco Aurélio votado pelo valor de R\$ 17.343,71.

³ O Presidente do Supremo poderia ter definido sozinho a fixação do teto remuneratório, bem como o seu valor. No entanto, o então Presidente, Ministro Maurício Corrêa, optou por submeter a questão à análise de todos os Ministros da Corte, “*por entender que a matéria, além de revelar evidente complexidade, possui caráter normativo de repercussão nacional, circunstâncias suficientes a indicar, segundo penso, decisão colegiada que lhe permita garantir maior transparência, eficácia e segurança jurídica*”.

STF, na data da promulgação da emenda, a título de vencimento, representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, é de R\$ 19.115,19, nos termos das Leis 10.474/02 e 10.697/03, e Decretos-lei 2.371/87 e 1.525/77, esse último com a redação dada pelo Decreto-lei 1.604/78.

2- O Supremo Tribunal Federal entendeu que os valores recebidos pelos ministros do Tribunal Superior Eleitoral a título de gratificação de presença, na forma da Lei 8.350/91, não integram o cálculo do limite fixado pelo citado artigo 8º da Emenda 41/2003. Por outro lado, esses valores não podem se somar à remuneração dos ministros do Supremo para fins de repercussão prática do teto. É que, se assim não se entendesse, haveria norma constitucional sem eficácia, exatamente aquela que determina que o TSE seja composto por ministros do STF (CF, artigo 119). Se esses já recebem o teto no Supremo, estariam impedidos de receber a remuneração pelo trabalho no TSE e, conseqüentemente, de compor a corte eleitoral.

3- Não se admite que normas constitucionais de igual hierarquia sejam antagônicas, de forma que uma anule a outra. Nessas situações, é preciso que haja uma conformação das regras constitucionais. Assim, no caso específico do TSE, o artigo 119 da Constituição e o artigo 8º da emenda constitucional 41/03 interpretam-se harmonicamente.

4- O presidente do Supremo Tribunal Federal determinará a redução imediata das remunerações, proventos e pensões que, na folha de pagamento da Corte, extrapolem o valor de R\$ 19.115,19 fixado pelo artigo 8º da emenda constitucional 41/03.

O único caso em que o STF admitiu o recebimento acima do teto – conforme se pode extrair da nota acima transcrita – foi o referente aos 3 (três) Ministros da Corte Excelsa que, conforme o art. 119 da CF/88, atuam também no Tribunal Superior Eleitoral, acumulando função e recebendo, por determinação constitucional, gratificação especial. Segundo o voto do Ministro Maurício Corrêa, *verbis*:

A Constituição Federal, desde sua redação primitiva, não apenas autorizou, mas determinou que houvesse a acumulação dos cargos de ministros do STF e do TSE”. E concluiu: “Trata-se, assim, de regra permissiva de acumulação e, mais do que isso, imperativo constitucional (artigo 119) para que se opere o exercício concomitante dos cargos, daí resultando inviável que outra norma de igual hierarquia impeça, ainda que indiretamente, a incidência e aplicação da previsão constitucional.

A fixação do teto remuneratório foi retroativa ao dia 1º de janeiro de 2004, quando foi promulgada a EC 41/03 (Reforma da Previdência). A partir da fixação, todas as remunerações pagas acima do teto foram reduzidas⁴.

O objeto do presente ensaio, todavia, não se refere à fixação do teto remuneratório em si, mas às polêmicas suscitadas em torno inclusão ou não das *vantagens pessoais* e das *gratificações por tempo de serviço* no seu cálculo.

⁴ Segundo nota divulgada no *site* do STF, 26 servidores aposentados e pensionistas recebiam acima do teto e tiveram seus proventos reduzidos.

2. A discussão da matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal

A questão objeto do presente estudo já está sendo enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, e deverá ser solucionada em breve. O caso é de amplo conhecimento de toda a comunidade jurídica e também vem sendo acompanhado de perto pela mídia, dada a relevância da questão.

Trata-se, em síntese, de mandado de segurança (MS nº 24.875) impetrado por ministros aposentados do Pretório Excelso, contra atos do Presidente e do próprio Supremo Tribunal Federal que determinaram a implementação do teto remuneratório previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, com as alterações insertas pela Emenda Constitucional nº 41/2003.

Pugnam os impetrantes pela declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da expressão “*personais ou*” prevista no art. 37, inciso XI, da Carta Federal, com a redação do artigo 1º da EC nº 41/2003, como também do fragmento “*e da parcela recebida em razão de tempo de serviço*”, preceptivo do artigo 8º da referida Emenda Constitucional, sob o argumento de violação do disposto nos artigos 5º, XXXVI, e 60, § 4º, IV, ambos da CF/88, bem assim, aos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade.

Apreciando o pedido de liminar formulado, o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, houve por bem indeferi-lo, por entender ausentes os requisitos necessários, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Eis o teor da decisão, *verbis*:

DECISÃO: Os impetrantes – Djaci Alves Falcão, Francisco Manoel Xavier de Albuquerque, Luiz Rafael Mayer e Oscar Dias Corrêa – todos Ministros do Supremo Tribunal Federal aposentados impetraram mandado de segurança com pedido liminar contra atos do Presidente da Casa e da própria Corte, na determinação e aplicação sobre os seus respectivos proventos de aposentadoria do limite imposto pelo art. 37, XI, da Constituição, à vista da redação ditada pela EC 41, de 19 de dezembro de 2003.

Recordam que compõem os proventos de cada um duas parcelas correspondentes a nítidas vantagens pessoais o adicional máximo de 35% por tempo de serviço e o acréscimo de 20%, por se haverem aposentado no exercício de cargo isolado no qual permaneceram por mais de três anos (L. 1711/52, art. 84, III e L. 8112/90, art. 250).

Tais vantagens de caráter pessoal somam-se aos proventos iguais aos vencimentos do cargo, de R\$ 3.989,81 e à representação de R\$ 8.857,38 para totalizar em R\$ 20.812,44 a remuneração mensal de inatividade de cada um dos impetrantes. Sucede que a EC 41/03 alterou o texto originário do art. 37, I, da Constituição da República que se mantivera eficaz, malgrado a alteração prescrita na EC 19/98, à falta da lei prevista no art. 48, XV de modo a dispor, no que interessa, que os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Contém mais a EC 41/03 disposição transitória, o art. 8º, segundo o qual, até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço.

Em sessão administrativa de 5 de fevereiro de 2004, o Tribunal, para os fins desse art. 8º da EC 41/03, fixou em R\$ 19.115,19 a aludida maior remuneração de Ministro seu, correspondente ao vencimento (R\$ 3.989,81), à representação mensal (R\$ 10.628,86) nela, incluída, a de R\$ 1.771,48, paga ao Presidente da Corte e ao adicional de 35% por tempo de serviço (R\$ 4.496,52).

Arguem os impetrantes a inconstitucionalidade da alusão, no art. 37, XI, CF, às vantagens pessoais e, no art. 8º, da EC 41/03, especificamente, à parcela recebida em razão do tempo de serviço, que é, ontologicamente, vantagem pessoal ou individual.

Reputam indevida, por isso, a inclusão do adicional por tempo de serviço no teto provisório declarado na decisão administrativa do Tribunal e a execução que lhe deu o Presidente da Corte, ao determinar à Secretaria a imediata redução de vencimentos, proventos e pensões incluídos na folha de pagamento da Casa, na medida em que superassem o questionado limite.

Da decisão administrativa e do ato presidencial executivo, aduzem os requerentes, resultou, para cada um deles, a perda mensal de quase a metade da vantagem que percebiam com base no art. 184, III, do antigo Estatuto (L. 1711/52), pois, esclarecem, não fora essa parcela, seus ganhos mensais não ultrapassariam o limite estabelecido.

Invocando precedentes e citando doutores, os peticionários dão por pressuposta a admissibilidade da arguição de inconstitucionalidade de normas ditadas por emendas à Constituição.

E passam a densa sustentação das inconstitucionalidades argüidas, que afinal se reduzem, acentuam, a uma única questão constitucional, a da neutralidade, em matéria de teto, das vantagens pessoais, tanto para quantificá-lo como, para, uma vez quantificado, fazê-lo incidir.

Recordam a jurisprudência firmada no Tribunal desde o primeiro ano de vigência da Constituição e a partir da ADIn 14 no sentido da imunidade ao teto das vantagens de caráter individual.

Certo, aduz a petição, não mais sobrevivem às emendas os textos primitivos dos arts. 37, XI, e 39, § 1º, da Constituição, à luz dos quais se assentou o entendimento da Corte.

Nem por isso, replicam, a lição pretoriana perdeu o seu préstimo: é que as novas regras são obra do constituinte derivado, sujeito a limitações formais e materiais da Constituição, nestas incluída a reverência devida à razoabilidade ou racionalidade da emenda, ou à proporcionalidade, enfim, dos meios e fins nela envolvidos.

A nada disso presta reverência a norma que pretende incluir as vantagens pessoais no cotejo com o teto conforme o novo art. 37, XI nem a que as considera para o cálculo do próprio teto (EC 41/03, art. 8º).

A inovação, arguem os requerentes, não é apenas irracional, mas fere também o princípio da isonomia, a inovação, arguem os requerentes, não é apenas irracional, mas fere também o princípio da isonomia, por constituir mecanismo igualador de desiguais, na medida em que, ao cortá-la da remuneração de quem a elas tem direito, à remuneração deles se igualaria a dos que não fazem jus, nem nunca fizeram, ao *plus* da vantagem.

Insistem na validez do critério da razoabilidade e seja qual for o seu alicerce positivo da Lei Fundamental (assim, v.g., o Estado de Direito Democrático, o princípio da legalidade ou a garantia do devido processo) -, tanto que a jurisprudência do STF o tem acolhido como parâmetro no controle da constitucionalidade de normas.

Invocam Manuel Ferreira Fº para tachar de despautério portanto, irrazoável incluir sob o teto vantagens *pro labore facto*, pois, como assinala o autor, são vantagens pessoais que, por sua índole, variam de servidor para servidor e, resultando de situações objetivas, como tempo de serviço, não podem ser subtraídas de qualquer um, sem violação do princípio da igualdade.

Finalmente e quando não fossem inconstitucionais as normas questionadas da EC 41/03 os impetrantes opõem à incidência sobre sua própria situação individual a garantia do direito adquirido.

Recordam decisões do Supremo Tribunal no sentido da inoponibilidade do direito à aplicação de normas constitucionais, fossem elas adquiridas originárias ou derivadas.

São todos, contudo, redarguí a impetração, julgados anteriores à Constituição de 1988, que incluiu, nos rol das chamadas cláusulas pétreas, os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV), limitação que sustentam, com ênfase, resguarda, contra as emendas constitucionais, não apenas a garantia (abstrata) dos direitos adquiridos (...), mas, também, esses próprios (e concretos) direitos individuais porventura configurados, em casos determinados, como adquiridos.

Evocam-se julgados de épocas diversas que reconheceram o direito adquirido do aposentado ou do servidor, que já reunira os requisitos para a inatividade, contra a aplicação de teto de remuneração imposto por lei ulterior.

Dedica-se ainda a petição a afastar, com relação à impugnada decisão administrativa do Tribunal, o óbice da Súmula 266, que assentou o descabimento do mandado de segurança contra o ato normativo em tese.

Postulam os requerentes provimento liminar que mande suspender os efeitos dos atos que dão motivo ao pedido veiculado na impetração.

O *fumus boni juris*, argumentam, ressaí da fundamentação do pedido, cujos pontos nodais estão todos apoiados por julgados do Tribunal.

Presente também, aduzem, o pressuposto do *periculum in mora*:

O servidor público faz jus à percepção, mês a mês, da remuneração que lhe toca, nos níveis legalmente estabelecidos. Nem mais, nem menos: presume-se que tais níveis sejam suficientes, mas também essenciais à subsistência e aqui desponta a conotação alimentar da prestação sua e da família. Seria inconcebível *horresco referens* que lhe suspendesse, pura e simplesmente, a Administração; mas é também inadmissível que lhe dispense, irreduzível que a faz a Constituição, em níveis inferiores aos devidos. E não há ignorar que é inferior à devida, a remuneração diminuída por efeito de corte ou retenção que se lhe imponha em nome da aplicação de teto remuneratório carente, como este de que aqui se trata, de legitimidade.

(...)

De fato, prosseguem a percepção integral da remunera. De fato, prosseguem a percepção integral da remuneração mensal é essencial basta lembrar-se a irreduzibilidade

constitucional que a protege à satisfação cotidiana das necessidades ordinárias do servidor e sua família. A negativa desta integralidade lhe acarreta, relativamente à porção sonogada mês a mês, indisponibilidade produtora de privação ou carência que traduzem lesão definitiva e irreversível. Pode ser temporária, até momentânea, a carência que dela se presume advir ao servidor. Ainda assim, adere-lhe indistacavelmente à existência como momento de vida que se não dissipa pelo tempo afora, mesmo que afinal sobrevenha, como aqui certamente ocorrerá, a concessão da segurança. Também não milita contra a proteção liminar aqui suplicada, a circunstância de dita porção se ir acumulando mensalmente para ser liberada de uma só vez, mas a duras penas, em futuro distante e incerto. A remuneração do agente público, com efeito, tem vocação de subsistência e não de capitalização.

Finalmente, entrega-se a petição a demonstrar não coibir, na espécie, a concessão da liminar nenhum dos vetos legais ao seu deferimento (L 4348/64, art. 5º; L 5021/66, art. 1º, § 4º): nem se trata de reclassificação ou equiparação de servidores, nem de aumento ou extensão de vantagens, nem de pagamento ou vencimento e vantagens pecuniárias, mas sim de obstar, nos pagamentos subseqüentes à concessão da suplicada liminar e, mais tarde, da própria segurança, o corte ilegítimo ou a retenção descabida, um e outra pretextados pela aplicação de teto espúrio.

Decido da liminar.

O resumo a que procedi da impetração evidencia a densa plausibilidade dos seus fundamentos.

Seria temerário, contudo, neste primeiro exame de delibação, ir além do juízo de evidente plausibilidade para antecipar a virtual certeza da pretensão deduzida pelos impetrantes.

É pedra angular do raciocínio desenvolvido com brilho na impetração a oponibilidade à própria emenda constitucional de cada direito adquirido concreto, seja qual for a sua fonte e não apenas da garantia constitucional dos direitos adquiridos contra a incidência de normas infraconstitucionais supervenientes.

É tema, contudo, no qual a solução afirmativa não obstante o peso das adesões doutrinárias conquistadas nos últimos anos - ainda pende de madura reflexão do Supremo Tribunal, dada sua altíssima ressonância institucional.

Replicam os impetrantes que, havendo julgados da Corte que lhes favorecem a tese, da existência de outros, em sentido contrário, não resulta que se possa negar a relevância da fundamentação do pedido.

Esto modus in rebus.

Na delibação da causa para o fim de calçar provimento liminar, o *fumus boni juris* não se há de afirmar unilateralmente, da simples consideração da boa estruturação lógico-jurídica do raciocínio dos requerentes e com total abstração das objeções que se lhe possam antepor.

De outro lado, sem negar a qualificação alimentar da remuneração do servidor público, é impossível extrair dela, por si só, o *periculum in mora*, sem tomar em conta a modéstia da parcela questionada na soma da remuneração dos impetrantes e, em caso de decisão favorável, a garantia de sua percepção sem delongas.

Esse o quadro, indefiro a liminar. (...)

Levada a questão ao Plenário, na sessão do dia 09 de março do corrente ano, houve empate na decisão (5 x 5), ficando adiado o julgamento para que, em breve, seja definitivamente solucionada a controvérsia, com o voto do novo membro da Corte, Ministro Enrique Ricardo Lewandowsky.⁵

2.1. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence, relator do processo

Em seu voto, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, concedeu parcialmente a segurança, admitindo a permanência, no caso concreto, da vantagem pecuniária prevista no artigo 184 da Lei 1.711/52, até que seja absorvida pelo subsídio, no que foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Celso de Mello e Marco Aurélio – este deferia a segurança ainda em maior extensão.

2.2. A divergência aberta pelo Ministro Joaquim Barbosa

O eminente Ministro Joaquim Barbosa abriu divergência ao voto do relator, indeferindo totalmente a segurança, sendo acompanhado pelos Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau e Nelson Jobim, Presidente.

Parece-nos que assiste razão à corrente divergente do voto do relator. É o que tentaremos demonstrar a seguir.

3. Breve histórico do teto remuneratório⁶

Antes de adentrarmos especificamente no objeto do presente estudo, faz-se necessária uma pequena digressão, a fim de explicar as diversas mudanças ocorridas no texto constitucional acerca da matéria, bem como as implicações fáticas e jurídicas de tais alterações normativas.

3.1. A redação original da Constituição Federal

A imposição do limite máximo de remuneração no serviço público não constitui novidade trazida pela chamada “Reforma da Previdência”, efetivada pela Emenda Constitucional 41/2003.

⁵ Na sessão seguinte à do julgamento (15/03/2006), o Ministro Marco Aurélio levantou questão de ordem, sustentando que, conforme o art. 205, parágrafo único, do RISTF, o Presidente da Corte estaria impedido de participar do julgamento. Alegou o Ministro Marco Aurélio, ainda, que seria aplicável ao caso o inciso II do mesmo art. 205, do RISTF, devendo-se dar por encerrado a votação com a prevalência do ato impugnado. Quanto à aplicação do art. 205, parágrafo único, do RISTF, foi rejeitada a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Também por maioria foi rejeitada a proposta de aplicação do art. 205, inciso II, do RISTF, desta feita vencidos os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Cezar Peluso. Ficou mantida, assim, a decisão de aguardar o voto-desempate do Ministro Enrique Ricardo Lewandowski.

⁶ Parte do presente tópico foi adaptada da NOTA N. AGU/MS 43/2005, de autoria do Dr. Marcelo de Siqueira Freitas, Procurador Federal e Consultor da União.

Com efeito, na redação original dos arts. 37, XI, e 39, § 1º, da Constituição da República, cada um dos poderes da União, dos Estados e do Distrito federal possuía seu próprio teto de remuneração, e, nos Municípios, o mesmo era equivalente à remuneração do respectivo prefeito.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, no julgamento da ADI nº 14, sob a relatoria do Ministro Célio Borja, decidiu que não seriam consideradas para tanto as “*vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho*”, interpretando sistematicamente os dois dispositivos mencionados acima.

O que é preciso destacar desde já, todavia, é que dos dispositivos acima referidos – e segundo o entendimento do próprio STF – observa-se claramente que, com o advento da Constituição Federal de 1988, foi instaurado um limite remuneratório, inexistente no regime constitucional anterior, com a exclusão apenas das vantagens de caráter individual e das relativas à natureza e ao local de trabalho.

Fixada essa premissa inicial, passemos adiante.

3.2. Da “Reforma Administrativa” (EC 19/98)

Com a publicação da Emenda Constitucional nº 19/98, a disciplina da matéria foi substancialmente alterada. A Carta Magna passou a prever expressamente a inclusão das “*vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza*” no cálculo do limite de remuneração, bem como determinou que o mesmo fosse também considerado quanto às parcelas recebidas de maneira cumulativa, trazendo um teto único correspondente ao valor do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Eis a redação do dispositivo, após a alteração:

Constituição Federal – alterações inseridas pela EC 19/98

Art. 37. (...)

(...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, **incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza**, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; (Destaque não constante do texto original).

A alteração provocada no texto constitucional original, resultado do exercício legítimo do poder constituinte derivado reformador, tinha claramente o intuito de afastar o entendimento desse Pretório Excelso consagrado na ADI nº 14, acima mencionada⁷.

⁷ Esta intenção foi reiterada pelo constituinte reformador que editou a EC 41/03. Nesse sentido, aliás, manifestou-se de forma incisiva o Ministro Joaquim Barbosa quando da prolação do seu voto, que abriu a divergência ao voto do Ministro Sepúlveda Pertence, relator. Disse o Ministro Joaquim Barbosa, em síntese, que o intuito da edição da EC 41/03 foi justamente o de modificar a jurisprudência do STF consagradora da exclusão das vantagens pessoais do teto remuneratório, fato que, ressalte-se, esvaziava os precedentes da Corte Excelsa sobre o tema, notadamente o entendimento firmado na ADI nº 14, já mencionada.

Contudo, esses dispositivos, com a nova redação, não chegaram a ter plena eficácia, tendo em vista que, segundo entendimento firmado pelo STF na 3ª Sessão Administrativa, realizada em 25 de junho de 1998, os mesmos eram normas de eficácia limitada⁸.

Assim, assentou o Pretório Excelso a permanência em vigor da redação originária do inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, até a edição de lei regulamentadora do subsídio dos seus respectivos Ministros, porquanto não poderia fazê-lo mediante resolução administrativa.

No entanto, como se sabe, a lei de iniciativa conjunta dos três Poderes fixando o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, previsão expressa no art. 48, XV, da Constituição da República, sequer chegou a ser enviada ao Congresso Nacional.

Em suma: a Constituição continuava determinando a fixação de um teto, mas este ainda não podia ser estabelecido.

3.3. Da “Reforma da Previdência” (EC 41/03)

Por fim, no ano de 2003, foi publicada a Emenda Constitucional nº 41, batizada de “Reforma da Previdência”, que novamente alterou o disposto no artigo 37, XI, bem como o art. 48, XV, ambos da Carta Política.

Observa-se que a EC nº 41/2003 manteve a incidência do limite constitucional sobre as parcelas recebidas como vantagem pessoal ou a qualquer outro título, bem como sua aplicação sobre valores recebidos cumulativamente, fixando o subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal como teto geral de remuneração.

A Emenda Constitucional nº 41/03 previu, porém, uma norma transitória (art. 8º) para fixar, até a edição da lei que definiria o valor do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o teto de remuneração, subsídio, proventos, pensões e demais espécies remuneratórias a serem pagos pelo Poder Público nos termos do art. 37, XI da Carta Maior, qual seja, a *“maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço”*, incidindo esse limite inclusive sobre as situações já existentes.

Em outras palavras, além de alterar as normas referentes ao limite máximo das remunerações pagas pelo erário, a Emenda Constitucional nº 41/2003 quis garantir que esse teto seria auto-aplicável, e assim o fez.

Assim, está claro que a Emenda Constitucional nº 41/2003, em seu artigo 1º, que modificou o artigo 37, inciso XI, da CF, ao repetir a locução *“incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza”* em nada inovou, tendo estabelecido, porém, em

⁸ No mesmo sentido: AO 584 / PE (Rel. Min. Maurício Corrêa), ADI 2075 MC / RJ (Rel. Min. Celso de Mello) e ADI 2087 MC / AM (Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Normas de eficácia limitada, na lição de José Afonso da Silva, “são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado” (SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 82-83).

seu artigo 8º, a norma transitória para a fixação do teto remuneratório, consubstanciada na maior remuneração atribuída por lei na data de sua publicação a ministro do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, não existia, à época da edição dos atos impugnados⁹, qualquer impedimento à implementação do teto remuneratório, em virtude da auto-aplicabilidade da norma transitória do art. 8º da EC 41/03. Ademais, parece-nos estar prejudicada qualquer tentativa de aplicação da jurisprudência antiga do STF.

Afinal, como bem destacou o Ministro Joaquim Barbosa, no voto que abriu a divergência em relação ao voto do Ministro relator, Sepúlveda Pertence, o intuito da edição da EC 41/03 é modificar a jurisprudência do STF, consagrada da exclusão das vantagens pessoais do teto remuneratório. Tal emenda, segundo sustentou corretamente o Ministro, esvazia os precedentes da Corte, havendo que se levar em conta, ainda, que a fixação do teto remuneratório é regra geral não discriminante, impessoal.

4. Das supostas inconstitucionalidades da EC 41/03 no que tange ao estabelecimento dos parâmetros para a fixação do limite remuneratório no serviço público

Os argumentos trazidos pelo *leading case* objeto do presente estudo estão assentados na tese de que os atos administrativos impugnados, levados a efeito pelo Presidente da Suprema Corte e pelo próprio Supremo Tribunal Federal – fixando o teto remuneratório com base no art. 8º da EC 41/03¹⁰ – vulneraram suposto direito líquido e certo.

Argumentou-se, em síntese, que (1) o acréscimo de 20%, auferidos a título de aposentadoria “melhorada”, e (2) o adicional por tempo de serviço, verbas integrantes de proventos, constituem vantagens de caráter pessoal, sendo indevida a inclusão delas no teto provisório fixado pelo STF na sessão administrativa do dia 05.02.2004.

Alegou-se a inconstitucionalidade *incidenter tantum* da alusão, no art. 8º da EC 41/03 e do art. 37, XI da CF/88, às vantagens pessoais e às parcelas recebidas a título de tempo de serviço, destacando-se, ainda, que ambas as verbas em discussão se enquadrariam como vantagens pessoais *ontologicamente* individuais.

As expressões tachadas de inconstitucionais integram os seguintes artigos:

“Constituição Federal, com a redação da EC Nº 41/2003

Art. 37.

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie

⁹ Àquela época, frise-se, ainda não havia sido editada a lei regulamentadora do subsídio dos Ministros do STF. Portanto, seguiu-se o que determinava a norma transitória do art. 8º da EC nº 41/03. Atualmente, a fixação do teto remuneratório está mais do que consolidada, uma vez que a Lei nº 11.143/05 estipulou o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. E o CNJ, em sessão do dia 21/03/06, editou as Resoluções que disciplinam o teto salarial do Poder Judiciário.

¹⁰ O teto provisório fixado pelo STF na Sessão Administrativa datada de 05.02.2004 foi de R\$ 19.115,19.

remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens “peçoais ou” de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;”

“Emenda Constitucional nº 41/2003:

Art. 8º Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal “e da parcela recebida em razão de tempo de serviço,” aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.”

Entendeu-se que se estaria diante de inconstitucionalidade de normas constitucionais editadas pelo constituinte derivado, sujeitas a limites materiais e formais de reforma, entre os quais se inseriria a razoabilidade e a proporcionalidade da modificação.

Invocou-se, ainda, a antiga jurisprudência da Corte, que excluía as vantagens pessoais do teto, tal como posto pela maioria dos Ministros no julgamento da ADI nº 14 (Relator Min. Célio Borja). Defendeu-se, em suma, a “*neutralidade, em matéria de teto, das vantagens pessoais, tanto para quantificá-lo como, para, uma vez quantificado, fazê-lo incidir*”.

Alegou-se, ainda, ofensa ao princípio da isonomia, posto que aquelas remunerações se igualaram com a dos que não fazem jus, nem nunca fizeram, ao *plus* da referida vantagem.

Invocou-se a garantia constitucional do direito adquirido, capaz de proteger não só em abstrato, mas também concretamente casos determinados, salvaguardando o próprio direito tanto da edição de leis posteriores, como também da edição de emendas constitucionais.

5. Da inexistência de direito adquirido

Há muito o constitucionalismo brasileiro lida com a cláusula geral da segurança jurídica, que representa, em linhas gerais, a garantia de uma certa estabilidade do ordenamento, a qual se manifesta, sobretudo, na proteção aos direitos adquiridos, na igualdade de aplicação do direito a todos e na garantia imutabilidade das situações jurídicas decididas definitivamente¹¹.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se claramente com a segurança jurídica, prevendo expressamente, entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão a proteção ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI), na tentativa de imprimir um mínimo de estabilidade às situações consolidadas no caso de advento de novas leis.

E é justamente a proteção ao direito adquirido o principal fundamento do *leading case* aqui analisado. De fato, alega-se a inconstitucionalidade da inclusão, no teto remuneratório, das vantagens pessoais e do adicional por tempo de serviço, sustentando-se, para tanto, a existência de direito adquirido às parcelas integrantes dos respectivos vencimentos decorrentes do adicional de 35% por tempo de serviço, bem como ao aumento de 20% concedido no ato da aposentação (art. 184, III, da Lei 1.711/52, c/c o art. 250, da Lei 8.112/90). Por constituírem, supostamente, direito adquirido, as referidas parcelas remuneratórias anteriormente concedidas não poderiam, agora, sofrer a incidência do teto remuneratório, em virtude da edição da EC nº 41/03 e da incidência da norma transitória prevista no seu art. 8º.

5. 1. Da inexistência de direito adquirido a regime jurídico

Ainda que se tenha presente que o Pretório Excelso, com a edição da EC 19/98, fixou entendimento pela aplicação do artigo 39, § 1º, da Constituição Federal, em sua redação originária, excluindo as vantagens de caráter individual do teto de remuneração – por faltar a lei que regulamentaria o subsídios dos seus ministros – , com o advento da Emenda Constitucional nº 41, essa limitação deixou de existir, conforme assinalado anteriormente.

Registre-se, por oportuno, que o Pretório Excelso admite a modificação no regime jurídico, o qual abrange o regime remuneratório do servidor público, seja ele ativo ou inativo. Neste sentido, é assente a jurisprudência pretoriana¹². Também nesse sentido se manifesta a abalizada doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello¹³, *verbis*:

“Em tempos, pretendeu-se que o vínculo jurídico entre o Estado e o funcionário fosse de natureza contratual. De início, entendido como contrato de direito público, afinal, prevaleceu o entendimento correto, que nega caráter contratual à relação e afirma-lhe natureza institucional. Isto significa que o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer

¹¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do direito**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76.

¹² Citem-se, por exemplos: ADI 2555 / DF (Rel. Min. Ellen Gracie) e RE 219878 / PE (Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 19.

tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra de regime jurídico.” (destaque não constante do texto original).

O próprio Supremo Tribunal Federal, na sessão administrativa que deliberou pela edição do ato de inclusão das vantagens de natureza pessoal no teto, reforçou a idéia, já antiga na jurisprudência da Suprema Corte, de que não há direito adquirido a regime jurídico, uma vez que, ao reconhecer a validade e a eficácia da EC nº 41/03, e ao acolher os parâmetros estabelecidos no art. 8º da referida Emenda, para a imposição do teto salarial, decidiu, *verbis*:

“ATA DA PRIMEIRA SESSÃO ADMINISTRATIVA DO ANO DE 2004, REALIZADA EM 05 DE FEVEREIRO DE 2004. Às dezessete horas, reuniu-se o Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa, presentes os Ministros Maurício Corrêa (Presidente), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa, para a apreciação da seguinte pauta: 1) Processo 319.269 - Após analisar as inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003, o Tribunal decidiu, por maioria, nos termos do voto do Ministro Maurício Corrêa Presidente, que o valor do limite fixado pelo artigo 8º da referida Emenda corresponde a R\$ 19.115,19 (dezenove mil, cento e quinze reais e dezenove centavos), maior remuneração atribuída por lei, na data de sua publicação, a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, representação mensal e parcela recebida em razão de tempo de serviço e cuja composição é a seguinte: R\$ 3.989,81 (três mil, novecentos e oitenta e nove reais e oitenta e um centavos) a título de vencimento, na forma das Leis 10474/02 e 10697/03; R\$ 10.628,86 (dez mil, seiscentos e vinte e oito reais e oitenta e seis centavos) a título de representação mensal, conforme determinam os Decretos-Lei 2371/87, 1525/77 e 1604/78; e R\$ 4.496,52 (quatro mil, quatrocentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos) a título de adicional em razão do tempo de serviço, nos termos do artigo 65, inciso VIII, da Lei Complementar 35/79. Vencido, nesse ponto, "o Ministro Marco Aurélio por entender que o valor corresponde a R\$ 17.343,70 (dezessete mil, trezentos e quarenta e três reais e setenta centavos), excluindo-se para tanto o adicional de 20% (vinte por cento) da representação mensal devida ao Presidente nos termos do Decreto-Lei 1525/77.” (Grifou-se)

Com efeito, o estabelecimento do teto salarial, em consonância com os ditames da EC nº 41/93, ratifica a posição institucional do Supremo Tribunal Federal, de que o regime remuneratório dos servidores públicos não pode estar atrelado a normas anteriores, já revogadas. Nesse sentido, é bastante elucidativo o magistério de Paulo Modesto¹⁴, *verbis*:

“Não se admite, porém, direito adquirido à mera sobrevivência no tempo do regime jurídico regulador da função pública, em benefício de indivíduos determinados, pois foi vencida no plano das idéias e na história a concepção patrimonial da função pública (quando os cargos públicos eram bens negociados, comprados ou doados, e integravam o patrimônio pessoal do seu titular). Atualmente, os cargos adotam o regime legal da função pública, estando à disposição do legislador, nos limites da Constituição, repelindo-se a idéia de que o regime jurídico regulador do exercício da função, em si mesmo

¹⁴ MODESTO, Paulo. “Reforma Administrativa e Direito Adquirido”. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 8, novembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23/03/2006.

considerado, possa ser incorporado ao patrimônio jurídico do servidores ou da Administração.” (destaque não constante do texto original).

Assim, a emenda constitucional tem eficácia imediata, alastrando-se sobre situações presentes e futuras, bem como sobre efeitos futuros de situações consolidadas no passado. Isso é o que Pontes de Miranda¹⁵ chama de “*princípio da imediata incidência das regras jurídicas constitucionais*”.

A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também se firmou no sentido de que as normas constitucionais têm eficácia imediata, estando aptas a alcançar efeitos futuros de atos passados (retroatividade mínima), conforme se observa, por exemplo, do precedente abaixo transcrito:

“Pensões especiais vinculadas a salário mínimo. Aplicação imediata a elas da vedação da parte final do inciso IV do artigo 7º da Constituição de 1988. - Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais têm vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário - e a Constituição pode fazê-lo -, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividades máxima e média). Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 140499 / GO, Relator Min. MOREIRA ALVES, DJ 09-09-94, p. 23444) – (destacouse)

Nesta mesma linha de entendimento, observem-se os seguintes julgados da Suprema Corte: RE 62.123, 2ª Turma, rel. Evandro Lins e Silva (RTJ 42/345); Rep. nº 895/GB, Pleno, rel. Min. Djaci Falcão (RTJ 67/327); RE 157.538/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves (RTJ 151/992); ADI 248/RJ, Pleno, rel. Min. Celso de Mello (RTJ 152/341); RE nº 94.414/SP, Pleno, rel. Min. Moreira Alves (RTJ 114/237); RE 109.885/RN, 2ª Turma, rel. Min. Djaci Falcão (DJ 07.08.87); RE 95.175, 1ª Turma, rel. Min. Soares Munoz (RTJ 103/795); MS 20.157, Pleno, rel. Min. Antonio Nader (RTJ 95/51); RE 93.290, 2ª Turma, rel. Min. Cordeiro Guerra (RTJ 99/869).

5.2 – Da impossibilidade de alegação de direito adquirido contra a Constituição

Não há como prosperar, ademais, a tese de que o novo teto remuneratório violaria o art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República, em decorrência do suposto desrespeito ao direito adquirido. É totalmente descabido o argumento. E a justificativa para tal afirmação é simples: não há direito adquirido contra a Constituição¹⁶.

Para que se entenda a afirmação acima destacada, é fundamental que se compreendam o conteúdo e a extensão da garantia ao direito adquirido expressa na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVI), distinguindo-a dos direitos adquiridos, considerados estes como situações jurídicas individuais concretas. Nesse sentido, precisa é a lição de Paulo Modesto¹⁷, *verbis*:

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1972, p. 385

¹⁶ Esta tese, frise-se, foi sustentada enfaticamente por destacados membros da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, que apreciou a EC nº 41/03 e se manifestou pela sua constitucionalidade. Merecem menção os pareceres dos Deputados José Eduardo Cardozo e Maurício Rands.

¹⁷ MODESTO, Paulo. Obra citada. Vale ressaltar que nesse texto o autor abordava, especificamente, as novas regras constitucionais trazidas pela EC 19/98, a chamada “Reforma Administrativa”. O texto guarda total pertinência, portanto, com o caso discutido nos presentes autos.

“Os direitos adquiridos consubstanciam-se em situações jurídicas individuais concretas; a garantia dos direitos adquiridos apresenta-se como norma constitucional geral e abstrata. Os primeiros são incontáveis, de número incerto, consolidando-se no patrimônio individual a partir da implementação de atos jurídicos individuais (v.g., atos administrativos ampliativos da esfera jurídica de particulares, como licenças e autorizações), atos negociais, fatos jurídicos (v.g., transcurso do tempo para aquisição do direito à aposentadoria) ou declarações legislativas (v.g., anistias) e podem tanto encontrar fundamento na Constituição quanto em leis ordinárias. A garantia do direito adquirido, de outra parte, é norma geral e abstrata, expressamente contemplada na Constituição Federal. Os direitos adquiridos situam-se no plano dos direitos subjetivos; a garantia dos direitos adquiridos insere-se no plano do direito objetivo. A distinção tem reflexos diretos na questão dos limites do poder de reforma constitucional.”

O que o autor acima citado quer expressar, a partir da precisa distinção que estabelece entre a garantia constitucional ao direito adquirido e os direitos adquiridos como situações jurídicas individuais concretas, é que somente aquela constitui cláusula pétrea, sendo, portanto, insuscetível de ser suprimida pelo poder constituinte derivado reformador, em função do óbice constante do art. 60, § 4º, da Carta Magna.

Em contrapartida, os direitos adquiridos, entendidos como situações jurídicas individuais concretas, não constituem cláusula pétrea, não estando imunes, pois, ao poder de reforma da Constituição. Ora, as cláusulas pétreas, por configurarem exceção ao poder reformador do constituinte derivado, reclamam interpretação restritiva. Trata-se de regra básica de hermenêutica jurídica¹⁸.

Submeter o poder reformador da Constituição ao respeito a situações jurídicas individualizadas, concretizadas em função, muitas vezes, de leis infraconstitucionais ou mesmo de normas regulamentares representa um alargamento despropositado do conteúdo e da extensão da garantia ao direito adquirido, o que acaba por condicionar o constituinte reformador aos mesmos limites materiais impostos ao legislador ordinário. Merece transcrição, mais uma vez, a opinião de Paulo Modesto¹⁹, *verbis*:

Os direitos adquiridos não são cláusula pétrea da Constituição e sim a garantia dos direitos adquiridos, isto é, a norma enunciada no art. 5º, XXXVI, do texto constitucional, inscrita no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais. Esta norma não pode ser suprimida do estatuto constitucional mediante o exercício do poder de emenda.

As cláusulas pétreas, também chamadas cláusulas de imutabilidade ou garantias de eternidade, são limites materiais ao poder de reforma constitucional. (...) Constituem exceção ao poder de reforma constitucional e, como tais, reclamam interpretação estrita. (...).

As cláusulas pétreas são normas eminentíssimas da ordem constitucional. O seu conceito não pode ser trivializado ou banalizado. A garantia de imutabilidade qualificada que possuem frente ao poder de reforma constitucional não pode ser transferida para situações jurídicas individuais ou para normas infraconstitucionais, enunciadas em leis ordinárias ou até em atos normativos inferiores. Na ordem constitucional, cumprem uma tarefa especialíssima: a função de bloqueio em relação a toda e qualquer alteração do estatuto fundamental. As cláusulas pétreas, por isso, não podem ser em número incerto, incontável, a ponto de instalar uma situação de imutabilidade de parcela significativa da

¹⁸ Confira-se, a respeito do tema: MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 205.

¹⁹ MODESTO, Paulo. Obra citada.

ordem jurídica. Situam-se logicamente apenas na intimidade da Constituição, de forma expressa ou implícita, são em número limitado e referem apenas a normas constitucionais.

(...) pensar que o poder de reforma está condicionado a respeitar todo e qualquer direito adquirido é subverter a hierarquia das normas no sistema jurídico. O sistema jurídico estrutura-se em camadas sucessivas de normas, fundamentando-se as normas inferiores nas normas do estrato superior. No topo do sistema está a Constituição e na base estão as normas individuais. O sistema jurídico é comumente descrito como uma pirâmide. Na medida em que se desce do topo da pirâmide para a base, da Constituição para as normas individuais, aumenta o número de normas e os limites e condicionamentos materiais ao órgão competente para edição de novas normas. Reversamente, na medida em que se sobe da base da pirâmide jurídica em direção ao seu vértice diminui o número de normas e o número das limitações materiais ao órgão competente para alterar as normas existentes. Assim, o administrador que decide um caso concreto está limitado, em termos de conteúdo, por regulamentos, pela lei (ordinária ou complementar) e pela Constituição; o legislador, que edita lei ordinária, encontra-se limitado, em termos materiais ou de conteúdo, por toda a Constituição; o poder de reforma constitucional, por sua vez, diz-se limitado quanto ao conteúdo do seu objeto apenas pelas cláusulas pétreas expressas ou implícitas constantes da própria Constituição.

Os que defendem que a garantia do direito adquirido não é somente dirigida ao legislador ordinário e sim também ao poder de reforma constitucional esquecem a lógica que rege este sistema. Se o direito adquirido, qualquer que seja a sua fonte, como situação jurídica individual, for oponível também em face da Constituição, ou de emenda que a modifique, o poder de reforma estará submetido a limites materiais semelhantes ao do legislador ordinário, contido segundo quase o mesmo grau de condicionamento, quando toda a lógica do sistema aponta para menores condicionamentos e maior liberdade de iniciativa quanto ao conteúdo possível de alteração.

Resta claro, portanto, que a proteção dirigida aos direitos adquiridos, como situações jurídicas individuais concretas, não é oponível ao poder constituinte reformador, mas apenas ao legislador ordinário.

A conclusão acima é reforçada, ainda, pela constatação de que, em nosso ordenamento jurídico, lei e emenda são expressões distintas, sobretudo no que diz respeito ao condicionamento material imposto ao Poder Legislativo quando de sua elaboração. A lei, como “*veículo ordinário de expressão normativa*”, embora se submeta a processo legislativo mais célere, “*encontra ampla delimitação material fornecida pela Constituição*”. A emenda constitucional, por sua vez, na condição de “*veículo normativo extraordinário*”, submetido a processo legislativo solene, possui “*maior abertura no campo material*”, já que, nesse aspecto, seus limites são apenas as cláusulas pétreas²⁰.

Ademais, não se pode ignorar o fato de que o poder de reforma constitucional é expressão especial da própria vontade e soberania populares, já que exercido pelos legítimos representantes do povo, após rígido procedimento em ambas as casas congressuais.

No caso em estudo – e isso é preciso destacar com ênfase – embora a matéria analisada tenha sido, realmente, objeto de emendas à Constituição, o que se quer fazer prevalecer é a vontade do poder constituinte originário. Afinal, a previsão de um teto

²⁰

Cf. MODESTO, Paulo. Obra citada.

remuneratório para o funcionalismo público está presente no texto constitucional desde a sua redação original. Nesse sentido, destaque-se, pela sua relevância, a consideração feita pelo Ministro Carlos Britto, quando da prolação de seu voto pela denegação total da ordem.

Embora o eminente Ministro seja defensor da tese de que as emendas constitucionais não podem atingir direitos adquiridos, ponderou, todavia, que a submissão dos supostos direitos adquiridos a acréscimos estipendiais ao teto remuneratório deita raízes na vontade do poder constituinte originário. Acrescentou, ainda, que a Lei Magna não nulifica as gratificações e vantagens, estabelecendo apenas uma poda quando a remuneração bate no dito teto salarial. Para o Ministro Ayres Britto, portanto, nenhum direito adquirido foi conspurcado pela EC 41/03.

E mais: o art. 17, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no que se refere especificamente à matéria ora em discussão – fixação e aplicação de teto remuneratório ao funcionalismo público – dispôs o seguinte, *verbis*:

Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

Assim, no caso específico do dispositivo constitucional transitório acima transcrito, o que o constituinte originário estabeleceu foi o seguinte: *“além da própria Constituição, também a lei ordinária ficou autorizada a desconsiderar ‘direitos adquiridos’”*.²¹

Por tudo o que se expôs, é incontestável a afirmação feita no início do presente tópico: não há direito adquirido contra a Constituição. E tal afirmação, é preciso também ressaltar, não é decorrência apenas de opiniões doutrinárias²². Afinal, são vários os precedentes desse Excelso Pretório que corroboram a tese ora sustentada, no sentido de que é inadmissível opor direito adquirido a normas da Constituição Federal, resultem ou não de emendas constitucionais. Citem-se, primeiro, decisões proferidas sob a égide da ordem jurídico-constitucional anterior²³. Os destaques não constam do texto original:

Magistrado. Incidência imediata da proibição contida no artigo 114, I, da Constituição Federal na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 7/77. - Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do Poder Constituinte originário, ou do Poder Constituinte derivado. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE n.º 94.414-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 114/237, RDA 160/144, j. em 13/02/1985).

²¹ MODESTO, Paulo. Obra citada.

²² O professor Paulo Modesto aponta que vários outros juristas de escol acompanham seu entendimento. Por exemplos: PINTO FERREIRA. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, pp. 148/149; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, Vol 2, 1989, p. 191; MACHADO, Hugo de Brito. "Direito Adquirido e Coisa Julgada como Garantias Constitucionais". In: Revista dos Tribunais, a.84, Vol. 714, abril, 1995, p. 21-2; PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 392 e 394.

²³ As decisões ora transcritas foram todas extraídas do texto do professor Paulo Modesto, várias vezes citado ao longo do presente ensaio.

A norma da Emenda Constitucional nº8/77, que estabeleceu o prazo máximo de quatro anos para validade de concursos, tem aplicação imediata. - Não há como invocar, contra essa norma, as garantias do direito adquirido que se dirigem à lei ordinária e não à Constituição (STF, RE n. 95175, Rel. Min. SOARES MUÑOZ, RDA /123, j. em 20.04.1982).

(...) O direito adquirido, garantido no §3º do Art. 153 da Constituição Federal, somente é oponível à lei. Contra a própria Constituição não há direito adquirido. (...) (STF, Pleno, Representação n. 895, Rel. Min. DJACI FALCÃO, RTJ 67/327).

(...) Contra preceito constitucional não é invocável o direito adquirido (STF, 2ª Turma, RE n. 14.360, Rel. Min. EDGAR COSTA, RF, abril, 1951, p.423).

Não há direito adquirido à acumulação remunerada, porque não há direito adquirido depois da Constituição (STF, Rel. Min. CÂNDIDO MOTTA FILHO, RTJ 42/345, j. em 17/03/1967).

Não há direito adquirido contra preceito expresso da Constituição. A correlação de matérias, para efeito de acumulação remunerada, é exigida quando ambos os cargos são do magistério. (STF, RE n. 35.491-SP, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI, RDA 54/215, j. 30/10/1958)

(...) A Emenda Constitucional n. 8/77, ficou em quatro anos o prazo de validade dos concursos (art. 97, §3º, da Constituição Federal). - Trata-se de regra imperativa, que incide imediatamente por força de sua natureza constitucional. - Inocorrência de direito adquirido contra a Constituição. Precedentes: MS 20.157, Pleno, RTJ 95/51. RE não conhecido (RE n. 93.290-RJ, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, RTJ 99/869, j. em 28/08/1981).

(...) Quando sucede alteração constitucional que modifique a estrutura de um instituto jurídico, não se tem como admitir a persistência das leis ordinárias que se encontrem a contraditar a nova estrutura, pois, no pormenor, é a vontade inovadora do constituinte que prevalece. Recurso extraordinário provido.(STF, RE n 84.797-SP, Rel. Min. ANTONIO NEDER, RTJ 80/944, j. em 10/08/1976).

(...) Inexistência de direito adquirido a regime jurídico do servidor público cuja modificação decorre de texto constitucional (STF, RE nº 100.144-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 109/1175, j. em 7/07/83).

(...) O §3º do art. 153 da CF impede que a lei prejudique o direito adquirido, mas não que a própria Constituição regule, como lhe parecer, a eficácia temporal de concursos futuros ou já realizados, inclusive mediante emenda, como aconteceu, no caso, a de nº 8, de 1977, ao acrescentar o §3º do art. 97 (STF, AR nº 1.212, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, RDA 174/183, j. em 3/09/1987).

O entendimento da Corte Suprema não se modificou com a emergência do novo texto constitucional de 1988. Os destaques também não constam do texto original:

(...) A supremacia jurídica das normas inscritas na Carta Federal não permite, ressalvadas as eventuais exceções proclamadas no próprio texto constitucional, que contra elas seja invocado o direito adquirido. Doutrina e jurisprudência. (STF, ADIN 248-RJ, Pleno, Rel. Min. CELSO DE MELLO, RTJ 152/341, j. em 18/11/1993).

Transformação de cargo de datilógrafo em técnico de planejamento, por desvio de função. Alegação de direito adquirido contra a Constituição. (...). Não há direito adquirido contra a Constituição. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, 1ª Turma, RE 157.538-RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 151/992, j. em 22/07/1993).

(...) O constituinte, ao estabelecer a inviolabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, diante da lei 12 (art. 5º, XXXVI), obviamente, excluiu-se dessa limitação, razão pela qual nada o impedia de excluir, dessa garantia, a situação jurídica em foco. - Assim é que, além de vedar, no art. 37, XIV, a concessão de vantagens funcionais "em cascata", determinou a imediata supressão de excessos da espécie, sem consideração a "direito adquirido", expressão que há de ser entendida como compreendendo, não apenas o direito adquirido propriamente dito, mas também o decorrente de ato jurídico perfeito e da coisa julgada. (...). Inconstitucionalidade não configurada. Recurso não conhecido. (STF, RE 140894, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 09-08-1996, PP-27102, j. em 10/05/1994).

Pensões especiais vinculadas a salário mínimo. Aplicação imediata a elas da vedação da parte final do inciso IV do artigo 7. da Constituição de 1988.- Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que os dispositivos constitucionais tem vigência imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima). Salvo disposição expressa em contrário - e a Constituição pode fazê-lo -, eles não alcançam os fatos consumados no passado nem as prestações anteriormente vencidas e não pagas (retroatividades máxima e média). - Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, Primeira Turma, RE-140499- GO, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ DATA-09-09-94/PP-23444, j. em 12/04/1994)

(...) Não há dúvida de que a Constituição se aplica de imediato, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), como sucede com a alteração da competência, mas, a menos que o declare expressamente, não desconstitui os fatos consumados no passado (retroatividade máxima), como é o caso da preclusão já ocorrida anteriormente. (...) (STF, Primeira Turma, RE-136926-DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ DATA-15-04-94 PP-08062, j. em 16/11/1993).

(...). A vedação da vinculação do salário mínimo, constante do inc. IV do art. 7º da Carta Federal, que visa impedir a utilização do referido parâmetro como fator de indexação para obrigações, aplica-se imediatamente sobre as pensões que anteriormente foram estipuladas, não havendo que se falar em direito adquirido. Recurso extraordinário conhecido e provido (STF, RE n. 143812-6-GO, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. em 27/08/1996).

Por fim, destaque-se passagem do voto do eminente Ministro relator, Sepúlveda Pertence, na qual se aborda a questão. Citando Daniel Sarmento, o qual por sua vez se refere a Norberto Bobbio²⁴, o Ministro Pertence indagou: “será que a emenda constitucional (expressão de vontade das gerações futuras) deve ter como limite todos os direitos já distribuídos, perenizando-os, contribuindo para a manutenção de um ‘status quo’ iníquo, infenso a mudanças substanciais?” E a resposta não poderia ser outra: interpretando sistematicamente a Lei Fundamental, não se pode antepor toda a sorte de direito subjetivo às emendas constitucionais.

Está mais do que provado, portanto, que não se pode invocar direito adquirido contra o texto constitucional. E mais absurda ainda é a alegação de direito adquirido para

²⁴

“A criação de novos direitos passa pela abolição, modificação de antigos”.

a manutenção de regime remuneratório que não mais se adapta aos ditames constitucionais vigentes, em razão do disposto no art. 17 do ADCT.

5.3. Da impertinência da alegação de retroatividade da EC 41/03

Outro ponto trazido à análise da Excelsa Corte é o que diz respeito à alegação, constante no *leading case* ora estudado, de que a EC 41/03 estaria retroagindo para atingir situações jurídicas individuais já consolidadas.

Não obstante a demonstração inequívoca de que a emenda constitucional não está impedida de atingir situações individuais concretas – os chamados direitos adquiridos – cumpre destacar que no caso paradigma não se está diante de retroatividade da emenda. Trata-se, com efeito, de mais uma confusão interpretativa. Confundem-se, aqui, “o tema dos direitos adquiridos, que não diz respeito ao passado, mas a efeitos presentes de fatos passados, com a questão da irretroatividade da lei, que diz respeito à alteração no passado de efeitos realizados ou consumados”.²⁵

No que tange ao confronto dos direitos adquiridos com o novo regime constitucional, trazido por emenda à Constituição, basta aferir a sua compatibilidade como o novo texto da Carta Política, que, assim, recepcionará ou não as situações jurídicas formadas sob a égide do regime constitucional precedente.

A análise da (ir)retroatividade da emenda, por sua vez, diz respeito à indagação quanto à possibilidade de aplicação da nova disposição constitucional aos fatos e relações jurídicas resolvidos antes da vigência da emenda. Não há a pretensão – exclusão das vantagens pessoais do valor do teto – de se verem resguardadas situações já consolidadas, mas o que se pretende, na verdade, é manter-se um suposto direito que é totalmente incompatível com a nova ordem constitucional. A emenda não retroagiu, porque os valores recebidos até a sua data que eventualmente extrapolassem o teto não serão devolvidos. Apenas esses valores não mais poderão ser percebidos, sob a égide da nova ordem jurídico-constitucional.

O que se discute, no caso paradigma, é tão-somente a possibilidade de aplicação direta e imediata de norma constitucional trazida por emenda à Constituição sobre relações jurídicas nascidas no regime anterior e que permanecem sob a vigência da nova disposição constitucional. Não se trata, pois, de análise sobre a (ir)retroatividade da emenda.

Basta indagar, portanto, sobre a manutenção, no novo regime constitucional, dos supostos direitos adquiridos sob a égide do regime anterior. E, como já mencionado e demonstrado no tópico anterior, não há que se preservar os supostos direitos adquiridos, uma vez que os mesmos confrontam não só com a EC 41/03, mas com a própria vontade do poder constituinte originário.

²⁵

MODESTO, Paulo. Obra citada.

5.4. Da irredutibilidade de vencimentos como forma qualificada de direito adquirido que pressupõe a validade de sua aquisição

Finalizando o presente tópico, a fim de que não restem dúvidas quanto à improcedência da tese da existência de direito adquirido a ser preservado, cumpre destacar que, segundo iterativa jurisprudência pretoriana, a irredutibilidade de vencimentos é considerada forma qualificada de direito adquirido que pressupõe, para a legitimidade de sua alegação, a validade de sua aquisição. Nesse sentido, *verbis*:

Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. (RE 298695/SP, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 24-10-2003, p 12)".

Esse relevante entendimento jurisprudencial do Pretório Excelso foi destacado, de forma clara, não só pelo Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, como também pelo Ministro Carlos Britto.

Destarte, não pode haver direito adquirido ao recebimento de valores que excedem o teto remuneratório. Isso contraria, como já afirmado reiteradas vezes, a vontade do constituinte originário.

O argumento acima desenvolvido, aliás, foi destacado com muita precisão pelo Ministro Joaquim Barbosa, o qual, observando que a inclusão no aludido teto das vantagens pessoais imporá redução estipendial expressiva quanto a algumas pessoas, mas a outras nem tanto, considerou que deve ser rejeitada a tese do direito adquirido ao excesso, reportando-se, quanto ao tema, ao seu voto proferido na ADI 3105.

De fato, se a jurisprudência pretoriana, como dito, considera fundamental, para o reconhecimento do direito à irredutibilidade de vencimentos a validade da aquisição do direito, é totalmente descabida qualquer tentativa de ver reconhecido um suposto direito adquirido ao recebimento de valores que extrapolam o teto remuneratório, haja vista que desde a promulgação da Constituição da República, em 1988, o recebimento de tais valores era – ao menos em tese – inconstitucional, por contrariar a vontade do legislador constituinte originário.

Na hipótese, eventual, de alguns servidores que vinham recebendo valores que ultrapassavam o atual teto remuneratório²⁶, isso se dava tão-somente pelo fato de que o referido teto até então não havia sido fixado, conforme bem explicado no tópico II do presente memorial.

No entanto, no momento atual, uma vez já existindo a fixação legítima do teto remuneratório para o serviço público, conforme determinação expressa da Constituição, não há razão plausível que justifique o recebimento, por quem quer que seja e sob qualquer pretexto, de valores que o excedam.

Como bem destacou o Ministro Joaquim Barbosa, com a fixação do teto “*estabelece-se limite transparente e objetivo*” no que tange às remunerações pagas no serviço público

²⁶ O *mandamus* que constitui o *leading case* ora analisado foi impetrado por ocasião da fixação do teto provisório, com base no art. 8º da EC nº 41/03. Atualmente, todavia, em função de a lei que estipula o valor do subsídio dos Ministros do STF já ter sido editada (Lei nº 11.143/05), o Conselho Nacional de Justiça, na sessão do dia 21/03 – posteriormente, pois, à sessão de julgamento do presente *writ* – editou as Resoluções 13 e 14, estabelecendo o teto salarial do poder Judiciário.

brasileiro, atingindo-se, finalmente, uma determinação constitucional emanada do poder constituinte originário há mais de uma década.

A sociedade brasileira já esperou muito tempo pela regulamentação do teto remuneratório do serviço público. Passaram-se anos sem que a vontade do constituinte originário fosse efetivamente atendida. Hoje, após um árduo e longo processo político-jurídico, há um limite de remuneração legitimamente fixado. Cabe ao Poder Judiciário, portanto, sobretudo à sua mais alta Corte, zelar pelo respeito a esse limite, pois ao fazê-lo estará zelando, em última instância, pelo respeito à própria ordem jurídico-constitucional.

Enfim, como já se manifestou o eminente Ministro Marco Aurélio, no julgamento da AO 543-4/PA – trecho da decisão mais adiante transcrito – *“ou se tem um teto para valer, ou não, e esse teto passa a ser uma balela, passa a ser algo lírico, implicando (...) a subversão hierárquica remuneratória.”*

6. Da observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Outro argumento trazido à colação pelo caso modelo é pertinente à implementação do teto remuneratório, que considerando, em seu valor, incluídas as vantagens de natureza individual, supostamente feriria os princípios da razoabilidade, da racionalidade e da proporcionalidade.

Ao acatar o comando constitucional reformador, de que trata o artigo 8º da Emenda Constitucional nº 41/2003, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o limite de remuneração em R\$ 19.115,19 (dezenove mil cento e quinze reais e dezenove centavos).

Em verdade, ao determinar, no artigo 8º da EC 41/2003, que o teto remuneratório a ser considerado corresponde *“ao valor da maior remuneração atribuída a Ministro do Supremo Tribunal Federal”*, o constituinte derivado, além de prestigiar o princípio da moralidade, agiu de molde a compatibilizar os direitos dos servidores públicos com o interesse maior do Estado na redução das desigualdades dos trabalhadores, e por conseguinte, na redução das desigualdades sociais, em observância ao que dispõe o artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Diga-se, de passagem, que, no tocante à implementação do teto de remuneratório, foi esta a fundamentação levada a efeito na Exposição de Motivos Interministerial nº 29/MPS/CCIVL-PR, anexa à mensagem nº 156, de 30 de abril de 2003, que enviou a proposta de emenda constitucional que resultou na EC nº 41/2003, conforme se depreende do excerto a seguir transcrito:

88. O fato é que, passados quase cinco anos da edição da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que fixou esse limite, sua implementação não foi efetivada, propiciando que um número reduzido de servidores se apropriem de recursos do Estado em valores que agridem o senso comum e a moralidade. Há benefícios que superam, isoladamente ou como resultado da soma de proventos e/ou pensões e/ou remunerações, o patamar de R\$ 50 mil mensais.

89. Embora o impacto dessa medida não seja substancial do ponto de vista do equilíbrio financeiro das contas públicas, ela se impõe em face da necessidade de se estabelecerem regras mais equânimes entre os trabalhadores brasileiros. É flagrantemente imoral admitir alguém receber dos cofres públicos benefícios pecuniários

nos patamares referidos, enquanto a média dos benefícios do Regime Geral se situa ao redor de R\$ 362,00 mensais. É uma situação absurda, antiética e precisa ser corrigida..

Em caso semelhante ao que ora se examina, objeto da AO nº 543-4/PA, porém sob a égide da EC 19, o eminente Ministro Marco Aurélio manifestou-se nos termos do fragmento a seguir:

(...) É inconcebível, Senhor Presidente, que se possa ter como harmônica com a Carta da República – ante o texto, com já ressaltai, do inciso XI do artigo 37 – a situação pretendida nesta impetração. Percebia o servidor do Judiciário a quantia líquida de R\$ 9.243,22 (nove mil, duzentos e quarenta e três centavos e vinte e dois centavos). Superior, até mesmo, ao que auferia um integrante desta Casa. Houve uma redução, que não se mostrou sequer substancial, para R\$ 7.529,17 (sete mil, quinhentos e vinte e nove reais e dezessete centavos), e ainda está a reclamar? Ainda está a sustentar que lhe assiste o direito líquido e certo de alcançar remuneração superior à de um desembargador?

É certo que, na redação em vigor, decorrente do Poder originário, a Carta não se referiu à inclusão das vantagens pessoais. Não obstante, a meu ver, dada a ordem natural das coisas, não precisava trazê-lo. De duas uma: ou se tem um teto para valer, ou não, e esse teto passa a ser uma balela, passa a ser algo lírico, implicando como eu disse, a subversão hierárquica remuneratória.

A alegação dos impetrantes de que houve ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade exige uma breve análise acerca dos mesmos, a fim de verificar a pertinência de sua argumentação

Com efeito, a idéia de que os atos do poder público devem guardar um mínimo de proporcionalidade é antiga, estando já presente nos ensinamentos de Jellinek, que afirmou: *“não se deve usar canhões para matar pardais”*.²⁷ Hodiernamente, a proporcionalidade tem sido muito utilizada, tanto no direito comparado quanto no direito brasileiro, como importante instrumento de controle dos atos estatais e de proteção dos mais variados valores constitucionais.²⁸

A visão moderna do princípio da proporcionalidade, que remonta aos estudos sobre o tema levados a efeito pela doutrina alemã, reconhece-o em três dimensões: 1) adequação, que exige a aptidão do ato estatal para atingir os fins almejados; 2) necessidade, que exige a adoção da medida menos gravosa possível para a consecução do objetivo perseguido; 3) proporcionalidade em sentido estrito (razoabilidade), que envolve a aferição da relação custo-benefício do ato sob análise. No dizer de Daniel Sarmento²⁹, *verbis*:

Em síntese, para conformar-se ao princípio da proporcionalidade, uma norma jurídica deverá, a um só tempo, ser apta aos fins a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona.

²⁷ Prefácio de Almiro do Couto Silva à obra **“Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro”**, de autoria de Raquel Denize Stumm (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 07).

²⁸ Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, pp. 77-78.

²⁹ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 90.

A grande utilidade do princípio da proporcionalidade está na sua atuação como pauta procedimental da chamada ponderação de interesses, que consiste, grosso modo, na técnica usada para a resolução de conflitos entre valores ou princípios constitucionais, através do sopesamento dos interesses e bens jurídicos em jogo num determinado caso concreto. Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho³⁰, *verbis*:

(...) é ele (o princípio da proporcionalidade) que permite fazer o sopesamento (abwäng, balancing) dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontrem em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito de todos os envolvidos no conflito.

A ponderação de interesses, como bem lembra Daniel Sarmento³¹, *“não representa uma forma de decisionismo judicial disfarçado, já que seu método pauta-se pelo princípio da proporcionalidade, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade.”*

Assim, é justamente em nome dessa objetividade que o julgador, ao aplicar a referida técnica, deve orientar-se, sempre, com base nos dados e circunstâncias do caso concreto, pois são precisamente *“as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado”* que indicarão ao magistrado as balizas necessárias *“para a atribuição do ‘peso’ específico a cada princípio em confronto, sendo, por conseqüência, essenciais à definição do resultado da ponderação.”*³²

Não é a outra a opinião de J.J. Gomes Canotilho³³, que, ao comentar a aplicação do princípio da proporcionalidade, assim se manifesta, *verbis*:

Na qualidade de regra de razoabilidade – rule of reasonableness – desde cedo começou a influenciar a jurisprudência dos países de Common Law. Através da regra da razoabilidade, o juiz tentava (e tenta) avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente.

A jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal também entende que a aplicação do princípio da proporcionalidade está condicionada ao exame do caso concreto³⁴, quando se encontram em colisão princípios constitucionais concorrentes.

Ora, ao examinar um caso concreto, ou seja, hipóteses em que haja supressão de vencimentos em decorrência da aplicação do teto de remuneração, estabelecido como *“maior vencimento de ministro do Supremo Tribunal Federal”* – em sua totalidade de casos se perceberá que o corte será de *“modesta parcela na remuneração dos servidores atingidos”* - com os objetivos do Estado de adotar medidas moralizadoras que tenham a finalidade precípua de reduzir as desigualdades dos trabalhadores, não há, pois, que se falar em excessos, porquanto a medida revela-se inteiramente proporcional ao fim colimado.

Isso porque, considerando-se a tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade, bem como as circunstâncias fáticas que permeiam o caso *sub judice*, vê-se que a fixação do teto, tal como realizada:

³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos editor, 1999, p. 66.

³¹ SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 96.

³² SARMENTO, Daniel. Obra citada, p. 97.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição, Coimbra: Almedina, p. 266.

³⁴ Cite-se, por exemplo, a IF nº 492-6/SP, que teve como redator para o acórdão o eminente Ministro Gilmar Mendes.

- (i) é adequada, haja vista ser apta à consecução dos fins colimados, quais sejam, reduzir as disparidades de remuneração no âmbito do serviço público, trazendo um limite remuneratório objetivo e transparente;
- (ii) é necessária, pois a previsão do maior vencimento de Ministro do STF como limite de remuneração, sem dúvida, tornou a medida de fixação do teto o menos gravosa possível para os servidores;
- (iii) é razoável (proporcional em sentido estrito), pois o custo-benefício da medida é o melhor possível. Afinal, estar-se-á realizando a vontade do constituinte originário – benefício, pois, imensurável, na medida em que a vontade da sociedade está sendo atendida – com o sacrifício, tão-somente, de situações jurídicas individuais. Sacrifício esse, ademais, ínfimo, uma vez que poucos serão os casos em que o teto implicará redução de vencimentos, considerado o universo total de servidores.

Assim, o reconhecimento de um direito adquirido em concreto não se dá ao arrepio de toda uma diversidade de outros princípios e regras, especialmente de ordem constitucional, como ocorre na presente ação, em que devem ser ponderados juntamente os princípios da moralidade, da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, do atendimento ao superior interesse público.

7. O respeito ao princípio da igualdade

Extraí-se, ademais, da análise dos argumentos veiculados pelo caso exemplo a assertiva de que a incidência do teto estabelecido sobre as vantagens pessoais a que têm direito - certos funcionários públicos³⁵ - termina por nivelar servidores em desigualdade, já que alguns auferem *individualmente*, vantagem não concedida aos demais, e isto termina por igualar os que não têm direito ao “*plus da vantagem*”.

Conforme assinalado, a Emenda Constitucional nº 41/2003, ao estabelecer o teto de remuneração, fê-lo com o objetivo de reduzir as desigualdades entre os trabalhadores brasileiros e, por conseguinte, minimizar as desigualdades sociais. Nesse diapasão, há que se destacar o magistério do professor Sérgio Abreu³⁶, *verbis*:

(...) É no Estado de Direito Social ou “Estado Providência”, que o ente estatal surge como interventor para “conter situações de intolerável desigualdade”. A superação das desigualdades – através de políticas de redistribuição de renda e equalização de posições excessivamente desvantajosas, denominada discriminação positiva, - visa alcançar a igualdade substancial.

A discriminação positiva está assentada no critério da razoabilidade e na interdição da arbitrariedade. Nesse sentido, a discriminação positiva coaduna-se com o princípio da igualdade.

³⁵ Geralmente aqueles que gozam de vantagens acima do valor fixado pelo teto remuneratório.

³⁶ ABREU, Sérgio. “O princípio da igualdade: a (in)sensível desigualdade ou a isonomia matizada”. In: **Os Princípios da Constituição de 1988**, p. 264.

(...)

O tratamento mais favorável em razão da vulnerabilidade ou debilidade econômico-social justifica, autoriza, ou seja, não caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade, pelo contrário, viabiliza a igualdade material. Tratamento dessa natureza traz “efeito social e politicamente integrador, e exclusividade, na medida em que define claramente que são os insiders e os outsiders.

O esforço interpretativo do princípio igualitário está relacionado com a ‘a ‘concretude’ da vida, com a realidade social do momento existente, a partir da captação do ‘espírito’ reinante, em consonância com a apreciação do todo, do sentido de universalidade expresso na Carga Magna.

(...)

Por essa razão, a tarefa do jurista “é impor a igualdade de todos no tocante à qualidade de seres humanos, à dignidade humana, aos direitos fundamentais e às restantes garantias legalmente vigentes de proteção.

A aplicação do princípio isonômico, bem como de qualquer outro princípio jurídico, não se deve esgotar no seu aspecto formal, mas ser enfocada quanto ao seu conteúdo substancial. A simples existência de princípios, tão-somente, não é suficiente, pois ela assegura uma justiça meramente formal.

O exame do princípio da igualdade, sob o seu aspecto material, já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 174516/SP, sob a relatoria do eminente Ministro Carlos Velloso, *verbis*:

A aplicabilidade do princípio isonômico meramente formal vem cada vez mais cedendo espaço à consagração da igualdade material, com vistas ao reconhecimento de peculiaridades factuais que mereçam distinções não discriminatórias. 11. Conforme observa GILMAR FERREIRA MENDES, 'o princípio da isonomia pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário (Gleichbehandlungsgebot), quanto como proibição de tratamento discriminatório (Ungleichbehandlungsverbot). A lesão ao princípio da isonomia oferece problemas sobretudo quando se tem a chamada 'exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade' (willkürlicher Begünstigungsausschluss). Tem-se uma 'exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade' se a norma afronta o princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.' (in "Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade", Editora Celso Bastos, 1998, p. 44/45). 12. Na espécie, não se vislumbra afronta ao princípio da isonomia. A lei federal autorizadora da transferência de alunos de Universidade, embora disciplinando especificamente determinadas situações jurídicas, direcionou-se à finalidade social do texto, i. é, a continuidade dos serviços públicos e a garantia à educação, que é direito individual e dever do Estado (art. 205 da CF/88), não tendo o deferimento do tratamento diferenciado suporte em causa eminentemente discriminatória. ("RE 174516/SP, Relator Min. CARLOS VELLOSO, DJ 18/02/2002, p. 051).

Como se vê, o princípio da isonomia não pode ser apreciado sob o aspecto puramente formal, mas sim sob o prisma da igualdade substancial ou material, já que a finalidade do legislador constituinte reformador foi a de reduzir desigualdades entre os trabalhadores, bem como fazer valer o princípio da moralidade administrativa, no que se

refere à contenção de proventos e remunerações incompatíveis com o contexto econômico e social brasileiro.

8. A aplicação do art. 17 do ADCT

Em arremate, merece realce a questão relacionada à aplicação do disposto no artigo 17, do ADCT. Faz-se oportuna a transcrição de parte da E.M.I. nº 29 – MPS/CCIVIL-PR, de 29/04/2003, que encaminhou o projeto de reforma constitucional ao Congresso Nacional, a fim de se demonstrar a sua improcedência, *verbis*:

92. Fixado o limite de remuneração determinado pelo inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, vislumbra-se a possibilidade de se aplicar o dispositivo contido no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinação imposta pelo Poder Constituinte Originário, jamais aplicada pela ausência da necessária regulamentação infraconstitucional no que tange, especificamente aos limites de remuneração na Administração Pública.

93. O mencionado dispositivo prevê que os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites de remuneração dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

94. Pelo fato de os entes públicos e seus respectivos poderes jamais terem fixado os referidos limites, o comando imperativo do Constituinte Originário teve a sua exequibilidade postergada em face da condição suspensiva jamais implementada, sem contudo perder a máxima eficácia de uma norma constitucional.

95. Tal possibilidade foi, novamente, adiada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de julho de 1998, pelo fato de o Legislador Constitucional Derivado ter alterado a fórmula de fixação dos limites de remuneração, estabelecendo ser o subsídio percebido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal o limite para as remunerações no serviço público que, conforme já mencionamos, até o momento não foi fixado.

96. Tem-se, portanto, a oportunidade ímpar de garantir a máxima efetividade do conteúdo do art. 17 dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, haja vista que tal comando não foi observado pela ausência dos limites requeridos. Logo, à medida que se estabelece o limite, a norma deve ser aplicada, por já estar superada a condição suspensiva que impedia a exequibilidade, com a fixação do limite previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição, motivo pelo qual invocamos sua remissão como forma de não deixar dúvidas quanto à decisão para que este comando seja observado.

Do texto acima transcrito, constata-se que o objetivo do legislador constitucional derivado foi o de chamar à aplicação o preceptivo das disposições transitórias, que determinou a conformação dos vencimentos, remunerações e demais vantagens ao limite de remuneração estabelecido, que somente veio a lume com a edição da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que os artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não são imunes ao poder de reforma, não assistindo razão a

quem afirme que tais preceptivos já cumpriram sua função à época do advento da Constituição originária³⁷. Confira-se o seguinte julgado, *verbis*:

Ementa: - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Antecipação do plebiscito a que alude o art. 2º do ADCT da Constituição de 1988. - não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o S.T.F. competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional. - no caso a nº 2, de 25 de agosto de 1992 - impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas. - Contendo as normas constitucionais transitórias exceções à parte permanente da Constituição, não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta, até porque é da natureza mesma das coisas que, para haver exceção, é necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção, depende. A enumeração autônoma, obviamente, não tem o condão de dar independência àquilo que, por sua natureza mesma, é dependente. Ação Direta de Inconstitucionalidade que se julga improcedente. (ADI 830/DF, Relator Min. MOREIRA ALVES, DJ 16-09-1994, p 24278).

Revela-se de cristalina clareza o voto condutor do acórdão, proferido pelo eminente ministro Moreira Alves, do qual se transcreve o trecho a seguir:

Contendo as normas constitucionais transitórias exceções à parte permanente da Constituição, não tem sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta, até porque é da natureza mesma das coisas que, para haver exceção, é necessário que haja regra, de cuja existência aquela, como exceção, depende. A enumeração autônoma, obviamente, não tem o condão de dar independência àquilo que, por sua natureza mesma, é dependente.

(...)

Não teria sentido que, em decorrência de numeração contínua ou autônoma, a disposição constitucional estivesse, ou não, sujeita ao processo de reforma contido na parte permanente da Constituição. Ademais, a transitoriedade em si mesma não torna impossível a alteração de norma constitucional dessa natureza. Com efeito, se é possível alterar-se, por emenda, a regra da parte permanente para estender-se a todos, e sem limitações, o que a exceção transitória outorgava a alguns com limitações; se é possível criar-se exceção permanente à regra também permanente; é absolutamente ilógico pretender-se que a exceção transitória, por causa da sua transitoriedade, seja imutável, inclusive para restringir-se ou dilargar-se o período de transitoriedade.

Mais, ainda. Se é certo que, em face do nosso sistema jurídico, a rigidez das normas constitucionais decorre justamente da existência de processo que dificulte a edição de emenda ou a impeça por meio de cláusulas pétreas explícitas, terem-se como não aplicáveis essas normas aos dispositivos do ADCT, por se entender ser este autônomo, não implicará a imutabilidade absoluta deles, mas, ao contrário, sua flexibilidade total sem limitação por cláusulas pétreas explícitas ou implícitas (e por estas também, porque só se defende a existência delas nas constituições rígidas)”.

³⁷ Tese sustentada pelo Ministro relator, Sepúlveda Pertence, em seu voto, com a qual não concordamos, *data maxima venia*. Segundo o Ministro, a menção no art. 9º da EC 41/03 ao art. 17 do ADCT é inútil e frustrada, uma vez que a norma transitória refere-se, no seu entender, ao momento de vigência inaugural da Constituição, ou seja, ao seu texto originário. Conclui afirmando que se trata do art. 17 do ADCT de preceito transitório de eficácia exaurida no tempo, pois já incidiu. O Min. Pertence classificou-a de regra transitória de efeito instantâneo.

Assim, não se verifica qualquer óbice à manutenção do comando constitucional reformador, relativamente ao disposto no artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determina a aplicação do limite remuneratório previsto no inciso XI, do artigo 37, com a alteração da EC 41/2003.

9. CONCLUSÃO

A constituição da República, em seus arts. 37, XI e 39, § 1º, desde sua redação original, expressava o desejo do poder constituinte originário de fixar um teto remuneratório para efeito de limitar a remuneração percebida por servidores públicos.

A Excelsa Corte, tendo como paradigma a redação original dos artigos 37, XI e 39, § 1º, fixou entendimento (ADI nº 14) de que não seriam consideradas, para efeito do cômputo do indigitado teto, vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

Com a publicação da Emenda Constitucional nº 19/98, a Carta Magna passou a prever expressamente a inclusão das vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza no cálculo do limite de remuneração, bem como determinou que o mesmo fosse, outrossim, considerado quanto às parcelas recebidas de maneira cumulativa, trazendo um teto único correspondente ao valor do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A alteração materializada, resultado do exercício do legítimo poder constituinte derivado reformador, tinha nítido objetivo de afastar a jurisprudência do STF consagrado na mencionada ADI nº 14.

Instado, novamente, a se manifestar, já tendo como parâmetro a novel redação da CR/88 conferida pela EC nº 19/98, decidiu a Corte Maior na 3ª Sessão Administrativa, realizada em 25 de junho de 1988, que, nada obstante a validade da alteração empreendida, a mesma ostentava eficácia limitada, somente sendo possível a instituição do teto remuneratório quando da promulgação da lei regulamentadora do subsídio, o que não veio a ocorrer.

Por fim, quedou promulgada a Emenda Constitucional nº 41, que novamente alterou os dispositivos constitucionais relacionados com o teto remuneratório, para efeito de reforçar e manter o limite constitucional sobre as parcelas recebidas como vantagem pessoal ou a qualquer título, bem como sua aplicação sobre valores recebidos cumulativamente, fixando o subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal como teto geral de remuneração. Desta feita, visando a implementar, de fato, o limite remuneratório e afastar todos os empecilhos até então visualizados, previu-se no art. 8º da EC nº 19/98, norma transitória para fixar, até a edição da lei que definiria o valor do subsídio, o teto de remuneração, subsídio, proventos, pensões e demais espécies remuneratórias e serem pagos pelo Poder Público nos termos do art. 37, XI da Carta da República, como sendo o valor da maior remuneração atribuída por lei ao Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Assim, conforme demonstrado no decorrer do presente estudo, parece assistir razão aos Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Carlos Brito, Eros Grau e Nelson Jobim, razão pela qual entendemos plenamente constitucional a efetiva limitação da remuneração percebida pelos servidores públicos, considerando-se os valores auferidos à

guisa de vantagens de caráter individual e de qualquer outra natureza, inclusive com eventuais supressões de valores, objetivando a ampla obediência ao desejo do poder constituinte originário e decorrente, sobretudo por não haver ofensa ao direito adquirido nem aos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.