

AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS n° 41/03 e n° 19/98 E A FIXAÇÃO DE SUBTETO DOS SERVIDORES PÚBLICOS – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Roberto de Abreu e Silva¹

Resumo: No quadro do processo de ponderação de valores, no particular confronto de emendas constitucionais com os direitos fundamentais inseridos no artigo 5º, XXXVI, elevados ao status de princípios de salvaguarda de direitos adquiridos e de irredutibilidade de vencimento, na dimensão axiológica da Constituição, triunfam estes, sobre as disposições restritivas de direitos inseridas nas ECs n°s 41/03 e 19/98 e diplomas legislativos decorrentes. Tais normas editadas por força do Poder Constituinte Derivado enfraquecidas no plano de valores da CRFB/88 restarão sempre vencidas na batalha no campo da Carta de Direitos e Liberdades públicas, quando colidirem com as normas de expressão valorativa maior do Poder Constituinte Originário (arts. 5º, XXXVI e 60, §4º, da CRFB/88).

Palavras-chave: Funcionalismo. Sub-teto remuneratório. Direito adquirido. Princípios constitucionais. Hierarquia hermenêutica.

Sumário: 1. Introdução: Hermenêutica constitucional – 2. A aplicação da lei e seus conflitos 3. Âmbito legal da discussão – 4. A solução no plano formal e material – 5. Direitos fundamentais constitucionais – 6. Hierarquia dos princípios constitucionais – 7. Intangibilidade dos direitos adquiridos – 8. Princípios constitucionais predominantes – 9. Conclusão – 10 – *Abstract* – 11. Referências.

1. Introdução – Hermenêutica constitucional

1. A questão da fixação de subtetos nos ganhos de qualquer natureza dos servidores públicos aposentados e ativos ostentando direitos adquiridos, conseqüência das inovações das Emendas Constitucionais n°s 41/03 e 19/98, exige uma hermenêutica ponderada à luz da Constituição, doutrina, jurisprudência, e consciência jurídica do exegeta, na ótica do princípio: *honeste vivere neminem laedere sum cuique tribuere*, dando a cada um o que é seu, no momento de se converter o direito em Justiça.

2. A aplicação da lei e seus conflitos

2.1. Argumentam os aposentados e ativos que conquistaram direitos à jubilação, a despeito de não exercidos, que os diplomas legislativos provenientes da EC n° 41/03, nas esferas, federal, estadual e municipal, ao estabelecerem subtetos, não podem afetá-los, porquanto suas situações se encontram resguardadas pelo instituto do direito adquirido, garantido como preceito individual fundamental e inviolável, nos artigos 5º, XXXVI, e 60, § 4º, da CRFB/88.

2.2. Postulam, em regra, deferimento de liminar, na via mandamental, alicerçados no art. 7º, II, da Lei n° 1.533/51, no desiderato de evitar as reduções de verbas de natureza alimentar e de difícil reparação por entidades públicas, provenientes dos efeitos concretos de lei ou decreto a impactar o pilar da segurança jurídica da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88.

2.3. Por outro lado, respondem as autoridades impetradas sustentando a validade e eficácia da lei ou decreto, que estabeleceu o subteto, como corolário da EC n° 41/03, a partir de sua vigência.

3. Âmbito legal da discussão.

A solução do conflito de interesses, nesta pesquisa, pressupõe respostas às questões de ordem formal e material. No sentido formal, pode o chefe do executivo fixar subteto por meio de decreto? Na ótica material, a EC n° 41/2003, como Poder Constituinte Derivado que é, pode excluir ou mitigar situações jurídicas que configuram direitos adquiridos de aposentados e ativos, estes conquistados, a despeito de não exercidos?

4. A solução no plano formal e material.

4.1. Sucede o exame e definição da questão formal suscitada mediante os fundamentos seguintes.

¹ Roberto de Abreu e Silva. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Professor e Doutor em Direito.

4.1.1. A fixação do limite remuneratório pelo Chefe do Poder Executivo estadual ou municipal e *subteto* na implementação das normas da EC nº 41/03 carece de lei em sentido estrito, porquanto “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CRFB/88).

(i) Nesse sentido, proclamou a E. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), MS nº 403/04, relatoria do Des. Murilo Andrade Carvalho, j. em 29.03.2005:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUBTETO. DECRETO N. 23.919 DO MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO. (...) Decreto de execução de duvidosa constitucionalidade pelo prisma formal, tendo em vista que inova na ordem jurídica, o que só é possível pela via da lei, consoante exsurge da cláusula pétrea constitucional contida no art. 5º, II da CF, prescrevendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (...) E.C. 41/03 que, nesta parte, é passível de exame de conformidade com a cláusula pétrea insculpida no inciso IV do p. 4º, do art. 60, do contrato social, onde se consagra a intangibilidade dos direitos e garantias individuais pela vontade do constituinte derivado, rubrica que se insere o direito adquirido (Concessão da segurança).”

(ii) No mesmo diapasão, posicionou-se o E. Órgão Especial do (TJRJ) ao fulminar a pretensão do Estado, em estabelecer “subteto” remuneratório sob os reflexos de redutor constitucional pelo Decreto nº 25.168/99, na medida em que configura ato administrativo de efeito concreto - MS. nº 1516/2000, Unânime. Relator Des. Marlan Marinho, 20.08.01:

“(...) O subteto estabelecido pelo Dec. Estadual no. 25.168/99 é inaplicável à remuneração, proventos e pensões dos servidores públicos e pensionistas, que os vem recebendo, de acordo com lei anterior, porque, entre nós, o direito adquirido é constitucionalmente protegido. Esta é a posição do STF, firmada em sessão administrativa, ao argumento desenvolvido no sentido de que as normas dos artigos 37, XI e 39, p. 4, da Constituição Federal, com a nova redação, não são auto-aplicáveis, dependendo, antes, da edição de lei formal, de iniciativa dos Chefes dos três Poderes da Nação, destinada à fixação, no âmbito federal, do chamado teto remuneratório. “

(iii) No mesmo sentido, decidiu a E. Oitava Câmara Cível do TJRJ no Mandado de Segurança nº 2004.004.02559, relator Desembargador ANTONIO SALDANHA PALHEIRO:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TETO CONSTITUCIONAL. SERVIDOR MUNICIPAL INATIVO. DECRETO MUNICIPAL 23919 DE 16/01/04. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE SUBTETO REMUNERATÓRIO, ENQUANTO NÃO EDITADA LEI FEDERAL PELOS TRÊS PODERES. O COMANDO DA E. C. 41 DE 19/12/03 NÃO INCIDE SOBRE DIREITO ADQUIRIDO, CONSISTENTE EM PROVENTOS PERCEBIDOS DE LONGO PRAZO, INTEGRADOS AO PATRIMÔNIO DOS IMPETRANTES. PRESERVAÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DE NORMA INSERIDA NO TEXTO CONSTITUCIONAL PELO PODER DERIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA, UMA VEZ QUE O DECRETO QUE FIXA O SUBTETO FOI EDITADO PELO PREFEITO MUNICIPAL E EXECUTADO PELO SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO. NORMA DE EFEITO CONCRETO, A CONFIGURAR ATO ADMINISTRATIVO TÍPICO. MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO JÁ CONSOLIDADA INCLUSIVE ATRAVÉS DE DECISÃO DO E. ÓRGÃO ESPECIAL. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.”
(sublinhado do expositor)

4.2. No sentido material, merece relevo o posicionamento de vanguarda da Justiça Mineira, relativo aos temas: teto remuneratório, vantagens pessoais e irredutibilidade de vencimentos dos aposentados, na apelação Cível nº 10024.03.11700-5/001, 6ª Câmara Cível, comarca de Belo Horizonte, apelante: Município de Belo Horizonte, relator. Des. Edílson Fernandes, 03.05.2005:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TETO REMUNERATÓRIO. CONSTITUCIONAL. EMENDA. SERVIDOR APOSENTADO. VANTAGENS PESSOAIS. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. Não pode a Emenda constitucional pretender excluir ou mitigar situações jurídicas que se refiram a direitos definitivamente constituídos e imunes à revisão, mormente em face da garantia da irredutibilidade de vencimentos. A Emenda Constitucional n. 41 não pode ser aplicada a servidores cuja situação já se encontrava consolidada e, portanto, amparada pela garantia do direito adquirido.”

Igualmente, na Apelação nº 1.0024.04.3260029-8/001, 5ª Câmara Cível, comarca de Belo Horizonte,

apelante: IPSEMIG, apelado: AMMP Assoc. Mineira do Ministério Público, relatora. Des. Maria Elza, 14.04.05:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TETO REMUNERATÓRIO. PODER CONSTITUINTE DERIVADO. DIREITO ADQUIRIDO. 1. O art. 37, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, com redação conferida pela EC n. 41/03 estabeleceu o teto máximo da remuneração e do 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 de modo que qualquer valor que exceda o teto deverá ser decotado. 2. Todavia, as modificações ocorridas pela EC n. 41/03 no que concernem ao teto remuneratório esbarram, em princípio no chamado “direito adquirido” vez que a supressão na remuneração ou subsídio, visando adequar o teto estabelecido, importa necessariamente, em exclusão de parcelas já incorporadas ao patrimônio do servidor público.”

4.3. Assim sendo, afigura-se patente a ilegitimidade de decreto, para fixar subteto, por conter vícios formais em dois aspectos: a) a competência é do legislativo estabelecer o subsídio do chefe do executivo; e, b) a fixação de subtetos para os aposentados, se possível no sistema jurídico vigente, reclama lei no sentido estrito, motivo pelo qual rechaça-se a validade e eficácia de decreto, na medida em que afronta o postulado de reserva de lei, *ut* norma do art. 5º, II, da CRFB/88.

4.4. No mérito, as situações jurídicas dos aposentados e ativos com direitos conquistados à aposentadoria, antes da edição de decreto ou lei fixando subteto por força da EC nº 41/03, consubstanciam-se direitos adquiridos, insuscetíveis de modificações pelo Poder Constituinte Derivado, porquanto configuram preceitos fundamentais resguardados pela muralha jurídica da cláusula pétreia (arts.5º, XXXVI e 60, § 4º, da CRFB/88).

4.4.1. Nesse sentido, converge a lição da Profª Carmen Lúcia Antunes Rocha²:

“Somente pela ação do poder constituinte originário – cujo processo não é deflagrado apenas pela eventual vontade de um governante ou de um grupo que chegue ao poder – se podem desfazer situações constituídas, solapar direitos anteriormente aceitos como coerentes com os princípios e valores antes acatados. Somente pela atuação do poder constituinte originário se podem desconstituir o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, nos termos do sistema constitucional vigente (art. XXXVI, da Lei Fundamental da República). O mais é fraude à constituição, é destruição da Constituição em seus esteiros-mestres. Quando, por meio de uma reforma constitucional, se investem contra situações firmadas em condições jurídicas pretéritas sobre as quais retroagem as novas normas, não se tem como prejudicado apenas o princípio do direito adquirido, mas, também, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

4.4.2. Nessa perspectiva, pontuou, ainda, o Min. Celso de Mello, no julgamento da Medida Cautelar (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94)³:

“É preciso não perder de perspectiva que as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o texto da Constituição a que aderem. Daí a sua plena sindicabilidade jurisdicional, especialmente em face do núcleo temático protegido pela cláusula de imutabilidade inscrita no art. 60, parágrafo 4º, da Carta Federal. As denominadas cláusulas pétreas representam, na realidade, categorias normativas subordinantes que, achando-se pré-excluídas, por decisão da Assembléia Nacional Constituinte, do Poder de reforma do Congresso Nacional, evidenciam-se como temas insuscetíveis de modificação pela via do poder constituinte derivado.

4.4.3. Neste passo, enfatizou a d. Procuradoria de Justiça nos autos do Mandado de Segurança nº 2004.004.00962, da 6ª Câmara Cível do TJRJ, ao referir-se à EC nº 41/03, que alterou a situação jurídica dos aposentados:

“...Acredita esta Procuradoria de Justiça que a presente Emenda Constitucional n. 41/2003 – como poder derivado que é – não pode pretender excluir ou mitigar situações jurídicas que já estejam consolidadas, como a dos impetrantes que já estão aposentados.”

² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.109.

³ Min. Celso de Mello, trecho em destaque no voto da Ministra Ellen Gracie na ADI nº 3.105-8 D.F.

4.4.4. No seu entender, o fato do artigo 9º, da EC nº 41/03 declarar aplicável o art. 17, do ADCT: “*constitui-se indisfarçável tentativa de burlar a garantia do direito adquirido, consagrado no artigo 5º, inciso XXXVI, da CF. Não confere legitimidade ao Poder constituinte derivado para restringir direitos dos aposentados, em situações jurídicas constituídas, anteriormente.*”

5. Direitos fundamentais constitucionais.

5.1. No terreno da Carta de Direitos e liberdades das pessoas a EC nº 41/03 ao determinar a fixação de subteto colide com a norma de salvaguarda do direito adquirido, no capítulo dos direitos fundamentais, resguardado pela cláusula pétrea (arts.5º, XXXVI e 60, § 4º, da CRFB/88).

5.2. A colisão de direitos fundamentais tem lugar quando alguma situação jurídica é vedada por um princípio, mas, permitida por outro, hipótese em que um dos princípios deve prevalecer. Isto não significa que o princípio do qual se abdica na solução, seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza. A hermenêutica atribui maior valor a um bem do que a outro na adequação do fato ao modelo tipificado na norma jurídica, no propósito de solucionar a colisão de direitos fundamentais, com substrato em normas de igual estatura e similar nobreza constitucional.

5.3. Não se pode olvidar, na solução desse impasse, que a Constituição tem subjacente em seu conteúdo valores maiores que revelam uma justiça fundamental, em que o injusto se afigura inconstitucional, em princípio⁴.

5.4. Pontue-se que, na subsunção clássica das normas jurídicas, em ponderação, segundo os fatos, valores e princípios da Carta Magna, estes, com onipresença máxima, quando da concretização do direito, legitimam um Estado Constitucional Democrático de Direito, na visão de Robert Alexy⁵.

5.5. Em tais circunstâncias, na colisão de princípios dentro da constituição dirime-se o confronto, na dimensão dos valores, conforme doutrina do jurista, Paulo Bonavides⁶: “O conflito de regras se resolve na dimensão da “validade”, a colisão de princípios na dimensão do “valor”.” No conflito de regras, a solução que se impõe é a declaração de nulidade ou invalidade de uma delas, introduzindo uma cláusula de exceção, quando se aplica, adequadamente, um dos critérios: hierárquico, cronológico ou da especialidade.

5.6. Destarte, a fixação do subteto por ordem do Poder Constituinte Derivado prejudicando direitos dos aposentados e servidores em atividade, com direitos conquistados à aposentação, ainda, que se considerasse como legitimação extraordinária outorgada pelo Poder Constituinte Originário no art. 17, do ADCT, as alterações editadas na EC nº 41/03, *data maxima venia*, contrasta, com os direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI da CRFB/88).

6. Hierarquia dos princípios constitucionais

6.1. Configurada a situação de colisão de normas no âmbito do Contrato Social, deve implementar-se a solução do impasse na dimensão axiológica da Carta de Direitos e Liberdades.

6.2. Procedendo a análise dessa questão no plano axiológico da CRFB/88, sopesando seus respectivos valores no contexto da Carta de Direitos resulta patente que a ordem jurídica pátria atribui maior valor às normas protetivas de

⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999, p. 122, § 2º, versa sobre: A potencial inconstitucionalidade da lei injusta. Nesse mesmo sentido, é a obra de FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Petrópolis: Vozes, 1989.

⁵ ALEXY, Robert. *El Concepto Y la validez del derecho*. Madrid: Gedisa, 1994, p.159/177, estudios Alemanes. “Tanto las reglas como los principios pueden ser concebidos como normas. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas tienen el carater de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas...el modelo reglas/principios/procedimiento es el modelo de sistema jurídico que asegura un máximo de razón práctica en el derecho y, por esta razón, es preferible a todos los otros modelos...Con los principios constitucionales vectores, especialmente con los tres principios iusfundamentales de la dignidad, la libertad y la igualdad, y con los tres principios de fines y estructura del Estado de derecho, la democracia y el Estado social, se han incorporado como derecho positivo al sistema jurídico de la República Federal de Alemania, las formulas principales del moderno derecho racional. Sólo una teoría de los principios puede conferir adecuadamente validez a contenidos de la razón práctica incorporados al sistema jurídico en el más alto grado de jerarquía y como derecho positivo de aplicación directa.”

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, p.251.

direitos adquiridos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXVI) do que a norma de disposição constitucional transitória do art. 17, do ADCT em rota de colisão. Conclui-se com segurança tal posicionamento, porquanto o direito adquirido, na síntese dos direitos fundamentais, além de ostentar *status* e valor superior à norma de disposição constitucional transitória (art.17) encontra-se resguardado pela armadura da cláusula pétrea no art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88, inatingível, portanto, pela EC nº41/03 editada pelo Poder Constituinte Derivado.

6.3. Neste aspecto, pontifica José Afonso da Silva:

*“3. Antes da promulgação da Constituição de 1988 entendia-se que não havia direito adquirido contra norma constitucional, fosse ele originária ou derivada. Hoje, no entanto, é necessário distinguir entre as normas constitucionais provenientes da atuação do poder constituinte originário – **normas constitucionais originárias** – e as normas constitucionais provenientes de emendas constitucionais – **normas constitucionais derivadas**. Quanto às primeiras, dúvida alguma resta de que não se submetem ao direito anterior e, por isso, não estão sujeitas a respeitar o direito adquirido. Neste aspecto basta lembrar Pontes de Miranda: A constituição é vassoura que desbasta o direito anterior, para que só subsista o que for compatível com a nova estrutura e as normas regras jurídicas constitucionais (Cf. Comentários à constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, t. VI, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1972, p. 381), mas a Constituição pode ressaltar como fizeram as constituições de 1946 e 1967.*

4. Quanto às normas constitucionais derivadas, a questão tomou novo rumo com a Constituição de 1988, de sorte que se pode dizer que é pacífico, na doutrina hoje, que emendas à Constituição não podem ofender o direito adquirido (Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ...Não é sequer necessário descer a considerações tal como a de saber se no termo “lei” do inc. XXXVI do art. 5º da Constituição Federal se inclui também as emendas constitucionais, porque os fundamentos da intocabilidade do direito adquirido por elas se encontram na vedação constante do artigo 60, p. 4º. IV).

6.4. No mesmo sentido é a doutrina do Ministro Carlos Ayres Britto e de Valmir Pontes Filho⁷:

“Em síntese, a norma constitucional veiculadora da intocabilidade do direito adquirido é norma de bloqueio de toda função legislativa pós-Constituição. Impõe-se a qualquer dos atos estatais que se integrem no “processo legislativo”, sem exclusão das emendas.”

6.5. É de ser destacado excerto do r. voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do MS. nº 23.047-3/DF⁸, sobre o tema em estudo:

“... A ordem jurídico-constitucional há de ser percebida com o alcance de viabilizar a almejada segurança jurídica. O que assento, e aqui sinalizo a visão que adotarei sobre a reforma previdenciária, é a imutabilidade das situações em curso, tenham o tempo que tiverem. Afinal, entender-se de forma diversa é admitir que o Estado, que tudo pode – legisla, executa e julga, altere, unilateralmente, os parâmetros da aposentadoria, fazendo-o de forma substancial. Não, isso para mim não é possível, porquanto, repito, as contribuições satisfeitas têm objetivo próprio e a modificação esvazia, implicando vantagem indevida para um dos envolvidos na relação jurídica, o que é pior, justamente para aquele que, a todos os títulos, surge na posição mais confortável – O Estado.”

6.6. Além disso, ainda, que se admitisse válida a legitimação do Poder Constituinte Derivado outorgada no artigo 17, do ADCT, para fins de exclusão ou mitigação de situações jurídicas asseguradas como direitos fundamentais, as normas das ECs nºs 41/03 e 19/98, somente, poderiam produzir efeitos *ex nunc* e não, *ex tunc*, na medida em que a ordem jurídica pátria não admite conspurcar direitos adquiridos e nem seus efeitos futuros.

6.7. Assim, as alterações introduzidas pelas ECs nºs 41/03 e 19/98 não podem afetar as situações jurídicas já constituídas e consolidadas dos aposentados e ativos com direitos adquiridos e ainda não usufruídos, quando de sua edição, prejudicando-os, com a fixação do *subteto* para a redução de seus proventos, subsídios, remunerações e vantagens pessoais.

⁷ BRITTO, Carlos Ayres; PONTES FILHO, Valmir. *Direito adquirido contra as emendas constitucionais*, in Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba/ Celso Antônio Bandeira de Mello, organizador. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 160;

⁸ MS nº 23.047-3/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 14.11.2003, p.00014.

7. Intangibilidade dos direitos adquiridos

7.1. É certo que os direitos fundamentais dos aposentados, *data maxima venia*, se apresentam insuscetíveis de modificações pelo Poder Constituinte Derivado mediante efeito *ex tunc*. Não obstante, ainda, que se admitisse a validade constitucional da autorização do artigo 17, do ADCT, nas edições das ECs n°s 19/98 e 41/03 e legislações decorrentes na fixação de subteto, somente produzem efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroagem para afetar os direitos adquiridos por seus respectivos titulares, anteriormente às suas vigências.

7.2. Adite-se, ainda, que a questão da fixação do subteto deve respeito à salvaguarda constitucional dos direitos dos servidores públicos ativos e inativos à irredutibilidade de remunerações expressão que no lato sentido compreende os proventos, vencimentos, subsídios ou salários, inclusive, vantagens pessoais, já incorporadas aos respectivos patrimônios dos ativos ou inativos. Essa norma inserta nos artigos 7º, VI, e 37, XV, da CRFB/88, de igual modo, impede a redução de rendimentos, na fixação de subteto, porquanto contraria direito líquido e certo de cada titular, jubilado ou não, por sua própria vontade.

7.3. Com efeito, a irredutibilidade de vencimentos se constitui, também, em garantia individual inalterável por Emenda Constitucional, pelo Poder Constituinte Derivado, conforme asseguram os artigos 37, XV, 5º, XXXVI e 60, § 4º, da CRFB/88 e posicionamento do E. STF na ADIN n° 2.112 MC/RJ, de 11.05.2000.

7.4. Destaca-se, ainda, a exigência de respeito às vantagens pessoais dos servidores públicos, resguardados, igualmente, de afetação por lei ou decreto que implemente o redutor constitucional da EC n° 41/03, editada pelo Poder Constituinte Derivado, visto que no plano da Carta de Direitos e Liberdades encontra em flagrante contraste com a salvaguarda de direito adquiridos e de irredutibilidade de vencimentos garantidas outorgadas pelo Poder Constituinte Originário.

7.5. Nesse prisma, a fixação de subsídios das chefias dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, parâmetro da definição de subtetos para os servidores públicos, ainda, que se considerasse legítima, à luz do artigo 17, da ADCT, não pode afetar os direitos adquiridos dos titulares, notadamente, no capítulo das **vantagens pessoais**, para reduzir vencimentos porquanto, garantidos pela blindagem dos preceitos fundamentais na CRFB/88, pelos motivos seguintes.

7.5.1. A expressão *subsídio* na terminologia do Direito Constitucional não compreende os direitos e vantagens individuais conquistados durante a carreira do servidor público, antes de sua aposentação.

7.5.2. Nesse sentido expressa o Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva, 23ª ed. 2003, atualizado pelo Des. Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho:

“Subsídio na terminologia técnica de Direito Constitucional, ... designa a remuneração fixa e mensal paga aos membros do poder legislativo federal, estadual ou municipal. O subsídio não se identifica com a ajuda de custo, nem com as contribuições devidas pelas presenças às sessões.”

7.5.3. Se as ajudas de custos e os *jetons* deferidos a parlamentares não integram os subsídios dos chefes dos Poderes Públicos, *a fortiori*, os direitos e vantagens pessoais não se compreendem nas expressões subsídio ou remuneração, utilizada pelo legislador ao alterar a redação do artigo 37, XI, através da EC n° 19/98.

7.5.4. A redação originária do artigo 37, XI, da CRFB/88 ao estabelecer como teto a remuneração e subsídios dos membros dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios não incluía as vantagens pessoais, situação que se alterou com a nova redação introduzida pela Emenda Constitucional n° 19/1988.

Art. 37, XI, da CRFB/88. Redação originária: “A lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração em espécie, pelo Prefeito. ”

Art. 37, XI, da CRFB/88. Redação da EC n° 19/98: “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. “

7.6. Não se perca de vista que as expressões utilizadas pelo legislador, ... os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais, originaram-se do Poder Constituinte Derivado, que, a despeito da norma do art.17, do ADCT, *data venia*, não tem força constitucional no plano axiológico da Carta de Direitos Fundamentais para desconstituir direitos adquiridos, anteriormente, gozados ou não, por seus respectivos titulares.

7.7. Não obstante, ainda, que se considerassem como válidas tais disposições por força da EC nº 19/98 e artigo 17, do ADCT, somente, poderá surtir efeitos *ex nunc*, motivo pelo qual não tem eficácia retroativa para alcançar direitos adquiridos, anteriormente, por cada titular, cuja intangibilidade encontra-se assegurada em cláusula pétrea na CRFB/88.

8. Princípios constitucionais predominantes

8.1. Convém sublinhar que na colisão de disposições constitucionais transitórias com direitos adquiridos, anteriormente, os preceitos fundamentais assegurados como cláusulas pétreas prevalecem sobre a norma transitória do artigo 17, do ADCT, que permitiu a alteração do artigo 37, XI, para incluir no texto constitucional pela EC nº 19/98 a expressão vantagens pessoais, não constantes da Constituição editada pelo Poder Constituinte Originário, como consequência lógica do seu maior *status* e valor preponderante no plano axiológico do Contrato Social de 1988.

8.2. Ressaltam do contexto desta reflexão as conclusões seguintes.

(i) As Emendas Constitucionais nº/s 19/98 e 41/03 no plano axiológico da Constituição carecem de força e valores jurídicos suficientes para destruir as cláusulas pétreas e afetar os direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos, coisa julgada e o princípio da irredutibilidade de vencimento, assegurados como preceitos fundamentais no Contrato Social de 1988.

(ii) Produzem efeitos, apenas, *ex nunc*, motivo pelo qual a fixação de subteto em legislação infraconstitucional posterior, corolário desses diplomas, não pode macular atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos e consolidados, antecedentemente, dos aposentados e conquistados por servidores ativos, ainda, não jubilados, porquanto estão resguardados pelos princípios da irredutibilidade de vencimentos e as garantias fundamentais blindados em cláusula pétrea da CRFB/88.

(iii) Os efeitos da Emenda nº 19/98, alterando a redação do art.37, XI, motivada no art.17, do ADCT, bem assim, da Emenda nº 41/03 e das legislações decorrentes ao fixarem subtetos, *data venia*, somente, podem alcançar situações jurídicas futuras, porquanto produzem efeitos, apenas, *ex nunc*. Não podem retroagir, portanto, para afetar os direitos adquiridos daqueles que têm situações jurídicas constituídas e consolidadas, jubilados ou não, segundo a Constituição vigente ao tempo de cada conquista.

8.2.1. Nesse sentido, decidiu a E. 6ª Câmara Cível do TJRJ, por maioria, relatoria deste expositor, tutelando os direitos de aposentados do Município do Rio de Janeiro, no feito nº 2004.004.00962, julgado em 05.09.2005:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES APOSENTADOS. PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. FIXAÇÃO DE SUBTETO. DECRETO Nº 23.919/04. ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL. *As Emendas nº/s 19/98 e 41/03 no plano axiológico da Constituição carecem de força jurídica suficiente para destruir as cláusulas pétreas e afetar os direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e coisa julgada assegurados como preceitos fundamentais no contrato social de 1988. Produzem efeitos, apenas ex nunc, razão pela qual a fixação de subteto em legislação infraconstitucional posterior, corolário desses diplomas, não pode macular atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos e consolidados, antecedentemente, pelos impetrantes, na qualidade de aposentados, porquanto estão resguardados pelos princípios da irredutibilidade de vencimentos e as garantias fundamentais na CRFB/88 (arts. 37, XV e XI - redação originária, 5º, XXXVI e 60, § 4º) outorgados pelos Poder Constituinte Originário. Consequentemente, os efeitos da Emenda nº 19/98, alterando a redação do art. 37, XI, motivada no art. 17, do ADCT, bem assim, da Emenda nº 41/03 e das legislações decorrentes, fixando subtetos, somente podem alcançar as situações jurídicas futuras, jamais, retroagirem para afetar as situações jurídicas constituídas e consolidadas, segundo a ordem jurídica constitucional vigente ao seu tempo. Nesse sentido, o Decreto Municipal nº 23.919/04, do Município do Rio de Janeiro, ainda, contaminado por vícios formais, não pode afetar as situações jurídicas dos impetrantes, definitivamente, constituídas e consubstanciadas em direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos e consolidados, em que pese r. entendimento contrário, data maxima venia,*

sob pena de violações de direitos e garantias fundamentais dos postulantes e comprometimento do pilar de segurança do sistema jurídico brasileiro. PRELIMINAR REJEITADA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

8.2.2. Nota-se que o princípio de irredutibilidade de vencimento de funcionários públicos (empregados da CLT, aposentados e pensionistas) e, notadamente, da Magistratura, como uma das garantias de sua independência funcional, consagradas pelo Constituinte originário (artigos 7º., VI e 95, III da CRFB/88) mereceu destaque no r. voto minerva do Ministro Ricardo Lewandowski proferido, recentemente, no Mandado de Segurança 24.875-1, acompanhando o eminente Ministro relator, Sepúlveda Pertence, na expressão seguinte:

“...A conciliação das situações dos impetrantes com a nova ordem constitucional, então, há de fazer-se sob o prisma da irredutibilidade de vencimentos, tradicional garantia dos magistrados – estendida pelo STF também aos proventos--, que repele a idéia de decesso remuneratório. Nessa linha, o Supremo tem decidido que o valor nominal da remuneração percebida pelo servidor, sob a égide de determinado plexo normativo, não pode sofrer diminuição sob pena de vulnerar situação juridicamente estável, imune à alteração legislativa posterior.

Convém sublinhar, porém que a jurisprudência desta Corte apenas assegura a percepção do montante global dos vencimentos ou proventos, e não a manutenção de percentuais que integram o seu cálculo, porque não se pode admitir que uma situação jurídica derivada de regime remuneratório que não mais subsiste venha a perpetuar-se no tempo, em permanente contradição com o regramento normativo superveniente.

A partir dessas reflexões, e sempre no intuito de alcançar a solução que melhor possa conciliar os princípios da boa-fé e da segurança jurídica com o limite remuneratório estabelecido na EC 41.2003, é que acompanho o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, para conceder parcialmente a segurança, assegurando aos impetrantes o direito de continuar recebendo o acréscimo sobre os proventos até que seu montante seja coberto pelo subsídio fixado em lei para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.”

Este r. voto minerva, na visão científica e jurídica, inicia-se prestigiando o princípio da irredutibilidade de vencimento, mas, afinal, termina invalidando-o em doses homeopáticas no decurso do tempo, *data maxima venia*, na medida em que assegura “ aos impetrantes o direito de continuar recebendo o acréscimo sobre os proventos até que seu montante seja coberto pelo subsídio fixado em lei para os Ministros do Supremo Tribunal Federal. “, em que pese o transparente e r. propósito de conciliá-lo com os princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

9. Conclusão

9.1. Em síntese, a fixação de subteto, por decreto, constitui vício formal e ainda, que editada por lei materializando os comandos das ECs nº/s 41/03 e 19/98, por originarem-se do Poder Constituinte Derivado ao colidirem com a salvaguarda do direito adquirido e do princípio da irredutibilidade de vencimento, pilares inabaláveis instituídos pelo Poder Constituinte Originário, quedam estioladas na dimensão axiológica da Carta de Direitos e Liberdades públicas de 1988.

9.2. No processo de ponderação de valores, no particular confronto de emendas constitucionais com os direitos fundamentais inseridos no artigo 5º, XXXVI, elevados ao *status* de princípios de salvaguarda de direitos adquiridos e de irredutibilidade de vencimento, na dimensão axiológica da Constituição, triunfam estes, sobre as disposições restritivas de direitos inseridas nas ECs nº/s 41/03 e 19/98 e os diplomas legislativos decorrentes.

9.3. Evidentemente, tais normas editadas por força do Poder Constituinte Derivado enfraquecidas no plano de valores da CRFB/88, restarão sempre vencidas na batalha no campo da Carta de Direitos e Liberdades públicas, quando colidirem com as normas de expressão valorativa maior do Poder Constituinte Originário (arts. 5º, XXXVI e 60, § 4º, da CRFB/88).

9.4. Por isso, as ECs. nº/s 41/03 e 19/98 e legislações derivadas, afiguram-se, sem força jurídica suficiente, na dimensão axiológica da CRFB/88, para fixarem subtetos e reduzirem proventos, remunerações, subsídios ou vencimentos e vantagens pessoais de aposentados e servidores públicos ativos, titulares de direitos adquiridos conquistados, antes de suas respectivas vigências, seja no presente ou no futuro, salvo nova ordem específica do Poder Constituinte Originário, no caso, inexistente, na atualidade.

9.5. Conseqüência do inexorável efeito *ex nunc*, esses referidos diplomas legislativos, ao estabelecerem subtetos, *data maxima venia*, somente, podem alcançar direitos que forem adquiridos no futuro, após suas respectivas vigências, sob pena de violações de direitos e garantias fundamentais, afetação do princípio de irredutibilidade de vencimento, trincando os pilares de segurança do sistema jurídico brasileiro inserto na CRFB/88,

notadamente, nos artigos 5º, XXXVI, 37, XI, XV, artigos 7º., VI e 95, III da CRFB/88 e 60, § 4º, da CRFB/88.

Rio de Janeiro, 17 de julho de 2006.

ROBERTO DE ABREU E SILVA

10. Abstract:etc.

Dans le cadre de la pondération de valeurs et particulièrement dans la confrontation des amendements Constitutionnels avec les droits fondamentaux insérés dans l'article cinq, XXXVI, élevés au statut de principe de sauvegarde des droits acquis et de irréductibilité de salaire dans la dimension axiologique de la Constitution triomphent des dispositions restrictives de droit insérés dans E.Cs. 41/03 et 19/98 et des diplômes législatifs associés. De telles normes éditées par force par le Pouvoir Constituant Dérivé fragilisé sur le plain des valeurs de la CRFB/88 permanettront toujours vaincus dans la bataille du cadre de la lettre de droit et libertés publiques quand elles se heurteront aux normes superieures d'expression valorisées du Pouvoir Constituant Originnaire (arts. 5º XXXVI et 60, § 4º de la CRFB/88).

Key words: etc.

11. Mots Clés - Fonctionnarism . Sub plafond rentable. Droit acquis. Principes constitutionnels. Hiérarchie herméneutique

12. Referências

ABREU E SILVA, Roberto de. A Falta Contra a Legalidade Constitucional. Lúmen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

ALEXY, Robert. *El Concepto Y la validez del derecho*. Madrid: Gedisa, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. **Etc....**