

PARECER 9/2004

Emenda Constitucional nº 41/2003 e fixação de limites estipendiais para os agentes públicos. Norma permanente e norma de transição. Reflexos de decisão administrativa do Supremo Tribunal Federal, que declarou o valor da "maior remuneração atribuída por lei a Ministro do Supremo Tribunal Federal". Parecer Coletivo nº 01/2004, deste Tribunal. Precedentes jurisprudenciais.

As normas da EC nº 41/2003 que estabelecem os limites para remuneração e o subsídio dos agentes públicos, para que sejam compatíveis com a ordem constitucional, devem ser interpretadas no sentido de não ofender o princípio da segurança das relações jurídicas, matriz da proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito.

Invalidez na aplicação de mecanismo redutor de estípedios, inclusive pela ausência de instrumento normativo adequado, seja para a fixação dos seus limites, seja para submetê-lo ao devido processo legal.

Trata-se de matéria, remetida a esta Auditoria pela Presidência da Corte, caracterizada como Pedido de Orientação Técnica (RITCE, art. 140) formulado pelo Senhor Diretor-Geral deste Tribunal, indagando sobre a extensão e a aplicação do Parecer Coletivo nº 1/2004, "*Tendo em vista a fixação da remuneração percebida por Ministro do Supremo Tribunal Federal [ocorrida] em Sessão Administrativa do dia 05 último, no valor de r\$ 19.150,19, do qual 90,21 % é o subteto no âmbito estadual, aplicável imediatamente ao Poder Judiciário e organismos vinculados a esse sistema remuneratório, a esse exemplo o Ministério Público ...*". Considera o Senhor Diretor-Geral que, tendo havido decisão administrativa quanto à aplicação do contido no Parecer Coletivo nº 1/2004, no âmbito interno desta Corte de Contas, seria necessária a verificação sobre a sua aplicabilidade, de forma extensiva, também aos órgãos jurisdicionados pelo Tribunal, como parte integrante de sua competência fiscalizatória (art. 70 da Constituição Federal e art. 70 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul).

Vindo o expediente a esta Auditoria (10-01-2004), foi distribuído a este Auditor Substituto de Conselheiro, na mesma data.

É o relatório.

1. O sentido e a importância da existência de limite ao valor dos estípedios dos agentes públicos.

Um primeiro aspecto a ser destacado diz respeito à importância dada pelo texto constitucional à fixação de um limite ("teto") aos valores estipendiais devidos aos agentes públicos.

Desde os enunciados contidos na Constituição Federal de 1988 pode-se perceber o destaque conferido à idéia, fundada no princípio da moralidade, de se estabelecerem parâmetros para a remuneração (entendida a expressão em seu sentido lato) dos servidores públicos, e não só destes, mas também dos demais agentes públicos.

A preocupação do legislador constituinte originário, traduzindo manifesta característica do regime republicano, para o qual é ofensiva qualquer forma de privilégio ou tratamento antiisonômico, plasmou-se no contido no inc. XI do art. 37 da Carta, que, a partir de então, passou a ser referência obrigatória sobre a matéria. Tal a relevância deste limitador constitucional que o mesmo constituinte originário chegou ao ponto de estabelecer igualmente regra, de natureza transitória e excepcional, determinando a adequação dos valores estipendiais então pagos ao limite do inc. XI do art. 37, afastada a invocação de direito adquirido, corolário do princípio da segurança das relações jurídicas

(art. 17 do ADCT).

Estas considerações introdutórias se fazem necessárias para que não se perca de vista o significado funcional da(s) regra(s) sobre limite(s) remuneratório(s), no contemporâneo sistema constitucional brasileiro, elemento essencial a ser considerado pelo seu intérprete ou aplicador.

2. As inovações trazidas pela EC nº 41/2004.

As diversas modificações introduzidas pela EC nº 41/2003, na Constituição Federal, foram adequadamente examinadas no Parecer Coletivo nº 1/2004, elaborado em atenção à solução para questões administrativas desta Corte, mas cujas conclusões genéricas são aplicáveis aos órgãos por ela jurisdicionados.

Naquela manifestação se disse que, ao tratar dos limites à remuneração dos servidores públicos, a EC nº 41/2003 (a) deu nova redação ao inc. XI do art. 37 da Constituição Federal (CF), (b) estabeleceu regra temporária, até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o mesmo recém-referido dispositivo e (c) invocou o conteúdo do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), nos seguintes termos:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

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, 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;

... omissis ...

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.

Art. 9º Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios 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.

Depois de algumas considerações sobre a atividade hermenêutica, extraídas de outro Parecer

(1), já aprovado pelo Tribunal Pleno, o Parecer Coletivo nº 1/2004 referiu-se à "*específica tarefa de interpretar as normas 'conforme a Constituição'*", mencionando o trabalho de LUIS ROBERTO BARROSO (2):

A interpretação conforme a Constituição compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Cuida-se, por certo, da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outras que o Texto comportaria (...) O conceito sugere mais: a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É, ainda, da sua natureza excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição ...

Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita ...

Como então foi assinalado, e ainda segundo o mesmo magistério, interpretar "conforme a Constituição", para mais de mera eleição de uma determinada linha de interpretação, significa proceder-se à

... exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a um resultado contrastante com a Constituição", razão pela qual não consiste de "mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura legal.

Igualmente resgatou-se a lição de JORGE MIRANDA (3), no sentido que a "*... interpretação conforme a Constituição consiste em 'levar em conta, dentro do elemento sistemático da interpretação, aquilo que se reporta à Constituição'*", destacando-se, do mesmo autor, que

Com efeito, cada disposição legal não tem somente de ser captada no conjunto das disposições da mesma lei e cada lei no conjunto da ordem legislativa; têm outrossim de se considerar no contexto da ordem constitucional, e isso tanto mais quanto mais se tem dilatado, no século XX, a esfera de acção desta como centro de energias dinamizadoras das demais normas da ordem jurídica positiva. A chamada interpretação conforme a Constituição repousa nesta base (...).

*A interpretação conforme a Constituição não consiste tanto em escolher, entre vários sentidos possíveis e normas de qualquer preceito, o que seja mais conforme com a Constituição quanto em discernir **no limite** - na fronteira da inconstitucionalidade - um sentido que, conquanto não aparente ou não decorrente de outros elementos de interpretação, é o sentido **necessário** e o que se torna **possível** por virtude da força conformadora da Lei Fundamental. E são diversas as vias que, para tanto, se seguem e diversos os resultados a que se chega: desde a interpretação extensiva ou restritiva à redução (eliminando os elementos inconstitucionais do preceito ou do acto) e, porventura, a conversão (configurando o acto sob a veste de outro tipo constitucional).*

Reafirma-se aqui, mais, que, "*... no caso específico da norma construída pelo legislador constituído, como aqui que trata, há que se considerar que qualquer interpretação a ser feita deve ainda sê-la conforme a Constituição, pois que, como a remansosa doutrina indica, existem limites materiais ao poder de reforma constitucional (4), implícitos e explícitos*".

Como foi demonstrado no Parecer Coletivo nº 1/2004, dentre os limites materiais explícitos inseridos na Constituição Federal vigente, *verbis*:

... tem-se o comando contido no art. 60, § 4º, IV, vedando a possibilidade de afetação aos direitos e garantias individuais, que é de decisiva relevância para o deslinde da questão posta sub examen. Ademais, além da tutela dos direitos adquiridos, é consagrado que a segurança das relações jurídicas constitui valor fundamental dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como consectário de uma sociedade livre e justa (art. 3º, I, da CF),

materializado na vedação em tela e no caput do art. 5º da Constituição Federal.

Após uma retrospectiva sobre a evolução da regra sobre os limites remuneratórios no serviço público (dito "teto") (5), o Parecer Coletivo nº 1/2004 refere que a EC nº 41/2003 retomou a idéia de "tetos" diferenciados por Poder e ente federado. Além disso, com o desaparecimento do "teto" único eliminou-se a exigência da "lei de iniciativa conjunta", óbice considerado na análise do Supremo Tribunal Federal à efetividade da aplicação do limite.

3. Limites estipendiais: norma permanente e norma transitória.

*"Como a fixação dos subsídios, quer dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quer dos Governadores, Deputados Estaduais, Desembargadores ou Prefeitos, depende de leis, (art. 49, VII e VIII, da CF, quanto às posições referentes aos Poderes Legislativo e Executivo; art. 96, II, "b", em relação ao Poder Judiciário e Tribunais de Contas, art. 127, § 2º, no tocante ao Ministério Público - com proposição de iniciativa exclusiva do Poder ou instituição)" (6), concluiu o Parecer Coletivo nº 1/2004, que a norma permanente de "teto" (o inc. XI do art. 37 da Constituição Federal), até que estejam em vigor estes diplomas legais, **não é auto-aplicável**.*

Daí a existência de uma norma transitória de "teto", contida no art. 8º da EC nº 41/2003 (*"até que seja fixado o valor do subsídio ..."*), que adotou como referência *"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"*.

O Parecer Coletivo nº 1/2004 concluiu que também aqui **a regra não era auto-aplicável**, pois, na ocasião em que foi elaborado, não havia esta referência fundamental, não apenas para o "teto" federal, mas, igualmente, para os "tetos" nos Estados, no tocante àqueles estipêndios vinculados indiretamente a ela, por força da parte final do mesmo art. 8º da EC nº 41/2003 (aí sintonizado com o disposto no art. 93, V, da Constituição Federal). Esta objeção está parcialmente superada com a divulgação da ata da primeira sessão administrativa do ano de 2004, do Supremo Tribunal Federal, de onde se extrai:

*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 cinqüenta 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. Sua Excelência consignou, também, que considera inconstitucional a expressão "percebidos cumulativamente ou não" contida no artigo 1º da Emenda Constitucional 41/03, no que deu nova redação ao inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, assim como o artigo 9º da referida Emenda. O Tribunal fixou ainda, por unanimidade, nos termos do voto do Ministro Maurício Corrêa, o entendimento de que, no caso específico da acumulação dos cargos de Ministro do Supremo Tribunal Federal e Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, determinada pelo artigo 119, inciso I, letra "a" da Constituição, não se aplica a cumulação das remunerações para fins de incidência do limite estabelecido pelo*

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal. Foram consignados e juntados ao processo os votos escritos dos Ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio.

Havendo o limite transitório decorrente do "*valor da maior remuneração atribuída por lei na data da publicação da EC nº 41/2003 a Ministro do Supremo Tribunal Federal*", preenche-se condição necessária para a fixação dos limites nos diferentes Estados da Federação, no tocante aos membros do Poder Judiciário (e aos demais agentes públicos a eles relacionados, como já se definiu no Parecer Coletivo nº 1/2004), mas não suficiente: é que o limite transitório, neste caso, é "... o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça ..", cuja fixação depende de iniciativa legislativa, com exclusividade, do Poder Judiciário (art. 96, II, "b", da Constituição Federal).

Mais: mesmo que se conheça o valor da "*maior remuneração 'atribuída por lei' a Ministro*" do Supremo Tribunal Federal, ainda não é possível a fixação dos subsídios dos Desembargadores, nos Estados, antes de conhecer o valor da "*maior remuneração 'mensal' de Ministro do Supremo Tribunal Federal*" a que se refere o art. 8º da EC nº 41/2003.

É que a referência indicada na parte inicial do dispositivo (*maior remuneração atribuída por lei a Ministro*) logo adiante determinou a sua composição ("*a título de vencimento, de representação mensal e de parcela recebida em razão de tempo de serviço*"), que foi exatamente o critério levado em conta pelo Ministro MAURÍCIO CORRÊA, no voto condutor da decisão tomada na sessão administrativa do Supremo Tribunal Federal, retroreferida, *verbis*:

3. *Por sua vez, o artigo 8º determinou que, enquanto não for fixado por lei o subsídio mensal dos Ministros desta Corte, o limite ali previsto corresponderá ao "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".*

4. *Nesses termos, cumpre explicitar que o vencimento devido aos Ministros é de R\$ 3.989,81 (três mil, novecentos e oitenta e nove reais e oitenta e um centavos); a representação mensal, de 222% do vencimento básico, que corresponde a R\$ 8.857,38 (oito mil, oitocentos e cinquenta e sete reais e trinta e oito centavos) (Decreto-Lei 2371/87), o que soma R\$ 12.847,19 (doze mil, oitocentos e quarenta e sete reais e dezenove centavos), valor esse que serve de base para o cálculo do adicional de tempo de serviço, que, observado o patamar de 35%, corresponde a R\$ 4.496,52 (quatro mil, quatrocentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos), totalizando R\$ 17.343,71 (dezessete mil, trezentos e quarenta e três reais e setenta e um centavos).*

5. *É relevante considerar-se, ainda, que o Decreto-Lei 1525/77, com a redação dada pelo Decreto-Lei 1604/78, manda acrescer à representação mensal devida ao Presidente da Corte o percentual de 20% (vinte por cento), correspondente a R\$ 1.771,48 (um mil, setecentos e setenta e um reais e quarenta e oito centavos).*

6. *Vê-se, em conseqüência, que hoje, a maior remuneração atribuída a um Ministro em exercício no Tribunal é a do Presidente, que, por possuir também 07 quinquênios, recebe, na forma da lei, a título de vencimentos, representação mensal e adicional por tempo de serviço, um total de R\$ 19.115,19 (dezenove mil, cento e quinze reais e dezenove centavos).*

O Ministro-Presidente do STF deixou claro que a definição se fez *em tese*, não havendo consideração de situações individuais:

8. *Apresentados estes dados - frise-se, sem cogitar ou levar em conta minha situação pessoal, na medida em que traduziria atitude menor e posicionamento mesquinho incompatível com a minha vida pública -, deixo claro que adoto esse entendimento com base estritamente no direito assegurado pelo texto promulgado, destinado a todos os agentes públicos, de sorte a observar-se para fins de limite remuneratório, o valor da maior remuneração atribuída por lei a Ministro do STF e que hoje corresponde à minha, como Presidente do Tribunal, que perfaz o total, como dito, de R\$ 19.115,19 (dezenove mil, cento e quinze reais e dezenove centavos).*

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

Já o limite a ser considerado em relação aos Desembargadores (maior remuneração *mensal* de Ministro do Supremo Tribunal Federal) não teve sua composição determinada no art. 8º da EC nº 41/2003, e, a partir de uma interpretação sistemática e *conforme a Constituição*, deve guardar compatibilidade com a regra do art. 93, V, da Carta, e corresponder a 90,25 % do *subsídio* de Ministro do Supremo Tribunal Federal, o que, por certo, não é o mesmo que foi definido na indicada sessão administrativa.

Impende destacar que o "regime de subsídio", trazido pela EC nº 19/1998, nunca chegou a ser implantado, na ausência de lei, de iniciativa conjunta dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que o fizesse, motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal terminou por considerar que o sistema remuneratório anterior recebeu ultra-atividade (sessão administrativa do STF, 24-06-98). Ademais, mantido o estipêndio dos agentes públicos sob a forma de "remuneração", considere-se que já havia antes entendido o Pretório Excelso pela exclusão, para fins dos limites remuneratórios, das vantagens e direitos pessoais (ADI nº 14, DJU 1º/12/89) (7). Nestas circunstâncias, o ingresso no novo regime permanece na dependência da norma que defina o "subsídio" de Ministro do Supremo Tribunal Federal, agora, a partir da EC nº 41/2003, de iniciativa privativa daquela Corte.

Ainda a se considerar que, por um princípio elementar de hermenêutica que leva em conta que toda regra tem uma *finalidade*, que o limite transitório (que é caminho, passagem) não pode ser mais rigoroso do que o permanente (que é o destino), o que fatalmente ocorreria se a interpretação não fosse a que aqui se defende.

Assim, é inviável cogitar-se da assinalação de limite ("teto") transitório para os membros do Poder Judiciário (e demais agentes públicos a ele relacionados), antes de estabelecido o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça.

4. Invalidade na aplicação de mecanismo redutor de estipêndios.

Ainda na linha sugerida pelo pedido de orientação técnica, vale destacar um outro aspecto do Parecer Coletivo nº 1/2004, concernente a correta interpretação e aplicação do disposto no art. 9º da EC nº 41/2003, isto para o momento em que os limites incidentes nos Estados estiverem em vigor.

Naquela manifestação foi descartada a possibilidade de qualquer eficácia repristinatória da regra, transitória e excepcional, contida no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Federal de 1988:

Para tanto, o Parecer Coletivo nº 1/2004, inicialmente, resgatou o trabalho de DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO, intitulado "*Notas sobre a aplicação do teto remuneratório instituído pela Emenda Constitucional nº 19/98*", contido em publicação da Escola Superior de Advocacia do Estado do Rio Grande do Sul (ESAERS), Revista Temática nº 1, comentando a circunstância de o legislador derivado de então não ter tido a pretensão de reprisar a excepcionalíssima regra contida no art. 17 do ADCT:

5. INCOLUMIDADE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS INDIVIDUAIS À PERCEPÇÃO DE EXCESSOS DO TETO

5.1. Natureza jurídica dos direitos constitucionalmente adquiridos.

*Na raiz do Direito, de todos os direitos, está o anseio humano por **segurança**. Descartado o uso privado da força como solução garantidora nos conflitos que instabilizam a vida em sociedade, a concentração do monopólio legítimo da coerção nas mãos de uma autoridade veio a se tornar a solução capaz de prover um nível de segurança satisfatório para permitir o desenvolvimento das civilizações.*

*Assim, o direito produziu o conceito de **legalidade**, conformidade à lei, mas, não obstante esta extraordinária conquista, que acompanhou sua instituição, o enriquecimento conceitual do universo jurídico ainda se expandiria com a incorporação do conceito político de **legitimidade**, a conformidade à vontade prevalente na sociedade, democraticamente recolhida, e, coroando a evolução, com o conceito ético de **licitude**, que é a conformidade com os valores morais basilares que fundam as próprias sociedades humanas.*

A preservação da legalidade, portanto, é uma finalidade do Direito, embora não seja a única, entre todas as que concorrem para promover a mais importante, que é a **segurança jurídica (I)**.

Tal é a importância dessa finalidade e do correspondente princípio da segurança jurídica, que os ordenamentos jurídicos, à medida em que se tornavam mais e mais complexos e evoluía a Ciência do Direito, foram desenvolvendo certos institutos especiais, predominantemente voltados a uma apreciação de segundo grau, valorativo-interpretativa da própria norma jurídica, e, assim, à **correção** de sua própria aplicação através de novos princípios que iam sendo cientificamente inferidos e introduzidos na vida jurídica.

É que, como admiravelmente sintetizou ALMIRO DO COUTO E SILVA, "A dificuldade no desempenho da atividade jurídica consiste muitas vezes em saber o exato ponto em que certos princípios deixam de ser aplicáveis, cedendo lugar a outros. Não são raras as ocasiões em que, por essa ignorância, as soluções propostas para problemas jurídicos têm, como diz Bernard Schwartz, 'toda a beleza da lógica e toda a hediondez da iniquidade' (II).

São inúmeros os institutos "corretivos" dessa natureza, tais como o **abuso de direito, a boa fé, a irretroatividade da lei** e, o que particularmente nos interessa, o **direito adquirido (III)**, postos à disposição do intérprete consciencioso para evitar a traição do direito pelo direito, que CÍCERO sintetizou: **summum ius summa (saepe) iniuria (IV)**.

O desenvolvimento dos princípios afins da **irretroatividade das leis e do direito adquirido** é, provavelmente, o que mais lenta e laboriosamente se deu, como demonstra LIMONGI FRANÇA em sua rica monografia sobre o tema, fundando o princípio da irretroatividade das leis na "razão natural" e, imemorialmente, o do direito adquirido, como sua manifestação "complementar e mais desenvolvida", que já se encontrariam "nos primórdios da vida jurídica da humanidade, pelo menos em estado embrionário (V).

A expressão **direitos adquiridos** não é, ao cabo dessa evolução, sinônima de direitos constitucionalmente **adquiridos**. "Há institutos jurídicos que, conquanto se incluam na teoria geral do direito, recebem atenção quase exclusiva, ou muito especial, na esfera doutrinária do direito privado, passando a ser, por essa influência, jusprivativista, aplicadas segundo os parâmetros cultivados por esta rama do direito. Todavia, o seu emprego naquela seara jurídica distingue-se, substancialmente, do trato que devem receber no campo do direito público, especialmente no direito constitucional (VI).

Portanto, entre aquelas duas noções, medeia uma evolução milenar, desdobrada em várias fases que poderiam ser assim sintetizadas:

1ª fase: dos facta **praeterita**, consoante a formulação teodosiana do ano 440, que proibia revogação de situações preexistentes pela lei (VI).

2ª fase: da definição privatística, como, após longa trajetória doutrinária, apareceu positivada no Brasil no art. 21 do Direito Civil Brasileiro Recompilado, de CARLOS DE CARVALHO (VIII) e no art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957).

3ª fase: da definição constitucional, na qual, pioneiramente, "a Constituição norte-americana de 1787 exprime o momento inaugural da irretroatividade da lei com alcance hierárquico de norma suprema (IX), e, no Brasil, com o acolhimento do princípio da irretroatividade em seu sentido amplo "da qual se projetava o princípio do direito adquirido, corolário da irretroatividade e a ela inerente, por relação congênita (X), desde a Constituição do Império, de 1824, no art. 179, § 3º (referido à lei no sentido estrito); na Constituição de 1891, ainda sob a forma de irretroatividade ampla, no art. 11 § 3º; e, segundo RAUL MACHADO HORTA, presente de modo aperfeiçoado nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e 1988, que, segundo o ilustre autor, "integram o segundo período do constitucionalismo brasileiro, quando o direito adquirido tornou-se princípio constitucional, absorvendo nele a irretroatividade da lei,

que deixou de figurar no enunciado da Constituição, por sua absorção na regra do direito adquirido (XI).

4ª fase: **dos direitos constitucionalmente adquiridos, na qual o direito adquirido, completando o ciclo de desenvolvimento institucional no sentido plenamente realizador do princípio da segurança jurídica, deixou de ser apenas imutável pela lei ordinária para se tornar "imune a qualquer alteração constitucional formal (XII), uma vez que os direitos e garantias individuais, entre os quais se encontra o direito adquirido, tornaram-se um dos limites materiais opostos ao poder de emenda (art. 5º, XXXVI, combinado com o art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988).**

5.2. Intangibilidade dos direitos individuais legitimamente adquiridos ao abrigo da ordem constitucional originária face a Emendas Constitucionais

A expressão "lei", empregada pelo constituinte de 1988, no art. 5º, XXXVI, não pode mais ser entendida no seu sentido restrito, de lei ordinária, mas no sentido genérico, como qualquer outro produto jurnormativo do processo legislativo que, como se prevê na Constituição, compreende, além da elaboração de leis ordinárias, por certo, também as emendas à Constituição; as leis complementares, as leis delegadas e até as medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (art. 59, I a VII). Se se atribuisse, por hipótese, apenas um sentido restritivo à palavra "lei", a proteção do art. 5º, XXXVI se restringiria às leis ordinárias e, no máximo, às delegadas e complementares, o que não é, positivamente, a interpretação teleologicamente mais correta. Ergo, a proteção constitucional se estende às emendas à Constituição.

5.3. A irredutibilidade estipendial como princípio-limite estabelecido pelo constituinte originário

Mas não apenas a conta da cláusula dos direitos constitucionalmente adquiridos estão protegidos, os estipêndios que estejam sendo legitimamente percebidos, contra o novo teto geral nacional instituído pelo art. 37, XI, da EC n.º 19/98.

Com a mesma forma constitucional, sobreleva-se também, como expressão do superprincípio da garantia jurídica, o princípio da irredutibilidade estipendial, reiteradamente expresso nos artigos 37, XV e 39, § 2º c/c art. 7º, VI da Constituição de 1988, sendo que este último dispositivo referido pode ser considerado também uma espécie de direito adquirido constitucional em favor de qualquer pessoa que trabalhe, ou seja, um trabalhador, genericamente considerado.

Essa irredutibilidade, segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, é um princípio posto pelo constituinte originário, intocável e, efetivamente, intocado pelo constituinte derivado e, por isso, absolutamente prevalecente contra quaisquer tipos de reduções de estipêndios, não importa que classe de "lei" as haja determinado, salvo se já vinham sendo percebidos ilegalmente segundo a ordem jurídica vigente na ocasião em que foram fixados (XIII).

5.4. A inexistência de vedação de invocação de direito adquirido na EC nº 19/98

Os limites materiais opostos ao poder de emenda do constituinte derivado, instituídos no art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988, asseguram um direito adquirido constitucional contra uma eventual interpretação que hipoteticamente viesse a entender extensível ao art. 29 da EC n.º 19/98, a única exceção aberta pelo constituinte originário à irretroatividade das próprias normas por ele estabelecidas na Constituição de 1988, que foi aquela estritamente contida na ressalva do art. 17, caput, do ADCT.

Na verdade, ambas as regras de transição não se confundem, não têm a mesma redação, pois apenas a originária faz explícita exceção dos direitos adquiridos, nem, muito menos, têm a mesma eficácia, pois uma, é regra do Poder Constituinte instituidor e outra, do Poder Constituinte instituído, limitado este, portanto, pelas cláusulas pétreas estabelecidas pelo primeiro.

Em conseqüência, só no caso de teto remuneratório fixado pelo constituinte originário poderia, ele próprio, determinar, excepcionalmente, como o fez, a abolição dos direitos adquiridos sob a ordem constitucional anterior; jamais no caso de um novo teto remuneratório fixado pelo constituinte derivado, um legislador, insista-se, que já se encontra submetido a expressa limitação de emenda estabelecida pela ordem constitucional vigente. (este grifo é do ora parecerista)

É suficiente comparar-se esses dois textos dos dispositivos provisórios, o do art. 17, caput, do ADCT, e o do art. 29, da EC n° 19/98, para se verificar que o legislador da Emenda, ao não repetir a vedação de invocação do direito adquirido, desistiu de forçar a produção de efeitos retroativos, consciente de que não poderia fazê-lo com a mesma eficácia com que o fizera o originário.

Sobressai nitidamente que o constituinte originário, ao qual não se recusa o poder de desfazer o direito adquirido (XIV), pelo respeito ao princípio da segurança jurídica e a seu corolário, o da continuidade das leis, como é da tradição do constitucionalismo brasileiro, fez, na expressão de RAUL MACHADO HORTA, "uma das raras e explícitas recusas de aplicação do direito adquirido" (XV).

No mesmo sentido, como já foi referido, pronunciou-se o ilustre Ministro JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, observando que "ao constituinte originário sempre se admitiu, pela ilimitação, em princípio, de seus poderes, inserir no texto da Constituição editada disposição que venha alcançar direito adquirido", lembrando o ocorrido no art. 17, ADCT, de 1988, mas, com notável precisão, destacando, o ilustre magistrado, o efeito metajurídico da exceção ali expressa: "Do próprio texto transcrito, exsurge, entretanto, como valor fundamental integrante do núcleo essencial identificador do sistema da Constituição, a ponto de ressalvar sua não-incidência, em norma expressa, da qual emerge nítido o caráter de excepcionalidade, ao determinar-se que não seria invocável na hipótese concretamente definida (XVI).

Finalmente, como exemplo e argumento de reforço, recorde-se o caso julgado, ainda recentemente, em que o Supremo Tribunal Federal, para evitar que a Emenda Constitucional n° 1/69 modificasse direitos decorrentes de aposentadorias de servidores públicos com seus requisitos legais preenchidos na vigência do Texto originário de 1967, ressalvou-os como direitos constitucionalmente adquiridos, estendendo jurisprudencialmente a proteção então apenas reconhecida contra a lei ordinária (XVII).

Como conclusão das considerações lançadas, apontou o mesmo autor:

O legislador da Emenda Constitucional, ao não repetir a vedação de invocação do direito adquirido em disposição transitória, como havia feito, quando da imposição retroativa de teto remuneratório, o constituinte originário, desistiu conscientemente de forcejar pela produção de efeitos retroativos, convencido de que seria inútil aditar uma ressalva permitida apenas ao constituinte originário. (os grifos são do ora parecerista).

Ainda no exame acerca da extensão da proteção aos direitos adquiridos, o Parecer Coletivo n° 1/2004 fez alusão a ELIVAL DA SILVA RAMOS (8):

A despeito das variadas interpretações que correm acerca do preceituado no inciso IV do § 4° do art. 60 da Lei Maior, afigura-se-nos estar muito próxima do consenso doutrinário a asserção de que não se pode, por emenda constitucional, eliminar a garantia que assegura proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, ou mesmo reduzir-lhe a abrangência, por exemplo, suprimindo uma das categorias limitantes ou restringindo a proteção aos direitos adquiridos enquanto fatos pretéritos. Nesse sentido foi a nossa manifestação ao final do item precedente.

Ora, dessa decorrência da limitação material ao Constituinte de revisão, que lhe impõe o respeito ao princípio dos direitos e garantias fundamentais, há que se extrair outra, qual seja, a de que não é lícito às emendas constitucionais, ao disporem sobre determinadas matérias,

causar prejuízo a direitos adquiridos (i), sejam eles de base infraconstitucional, sejam eles fundados em dispositivos da própria Constituição, sob pena de se admitir, por via oblíqua e dissimulada, que, paulatinamente, vá-se tomando a garantia letra morta (ii), condenada a fazer parte da hedionda galeria das disposições constitucionais desprezadas da realidade.

E, como corolário desta posição doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, indica o Parecer Coletivo nº 1/2004 a posição de CARLOS AYRES BRITTO e VALMIR PONTES FILHO (9):

1. A Constituição como norma que se põe na linha de largada do Direito

1.1. Há direito adquirido, sim, contra as emendas constitucionais. O que não há é direito adquirido contra a Constituição, tal como originariamente posta, porque a Constituição originariamente posta é o começo lógico de toda a normatividade jurídico-positiva de um Estado soberano (KELSEN). Logo, não tem compromisso com a ordem jurídica anterior, justamente por ser inaugural de uma nova ordem cujo primeiro efeito é sepultar a própria Constituição primitiva.

1.2. Noutros termos, então, somente a Constituição originária é que se põe na linha de largada do Direito Positivo. Sua irrupção no cenário jurídico significa a postura do começar tudo de novo, e não simplesmente a do ajustar as coisas. Isto, pelo fato de que seu órgão de elaboração (Assembléia Nacional Constituinte, no caso brasileiro) é o único a se caracterizar como instância capaz de normar sem ser normada; vale dizer, como instância que tem a exclusiva força de preservar, ou deixar de fazê-lo, toda e qualquer norma produzida à luz da velha ordem jurídica.

1.3. Nada escapa à força de construção e ao mesmo tempo de demolição normativa da Constituição originária, no sentido de que tudo que ela disser de forma expressa ou até mesmo implícita passa a vigorar como norma jurídica e todo o Direito anterior que não estiver de acordo com ela deixa de vigorar como norma jurídica (princípio da instantânea perda de eficácia das normas não recepcionadas pela nova ordem constitucional). É exprimir: todas as relações possíveis e imagináveis estão à mercê da Constituição e por isso é que se pode ajuizar que contra ela não há direito adquirido.

2. A emenda constitucional como norma que se põe a meio caminho do Direito

2. 1. Não é bem isto o que sucede com as emendas à Constituição, que já se encontram a meio caminho do Direito Positivo. Seu órgão de elaboração é destituído da característica de instância exclusivamente normante, exatamente porque já derivado da primária manifestação de vontade normativa daquele que elabora a Constituição. Daí não se lhe poder reconhecer a natureza de um verdadeiro poder constituinte, como ensinava GEORGE BURDEAU e como insistem na diferenciação JORGE MIRANDA e JOSÉ GOMES CANOTILHO.

2.2. Pois bem, por não ser possível reconhecer ao órgão de produção das emendas constitucionais a ontologia de um verdadeiro poder constituinte, mas apenas a de um poder reformador, é centro deliberativo que não exercita a plenitude de um poder correlatamente desconstituinte. Ele não zera a contabilidade jurídica anterior e daí a compreensão de se tratar de um aparelho decisório que não tem a força de ignorar de todo a Constituição preexistente, pois somente pode normar nos termos em que pela Constituição mesma já se encontra normado.

2.3. Daqui se conclui, obviamente, que a permanência ou não de um direito já adquirido é matéria que se equaciona, antes de tudo, à face do originário texto Maior.

E não das emendas à Constituição, propriamente. É sempre necessário ver se existe, no assoalho da própria Constituição, um regime específico para o chamado direito adquirido, imune à incidência das próprias emendas.

3. A subsistência do direito adquirido, ante as emendas constitucionais

3.1. Anotada a diferenciação, para logo se percebe que a afirmativa dos que negam a sobrevivência do direito adquirido, ante as emendas, é feita com apoio na intelecção de que a lei

é que está proibida de desrespeitar esse tipo de direito. Não as emendas, que têm hierarquia superior à da lei.

3.2. *É como se pronuncia PAULO MODESTO em recente e precioso estudo sobre o tema, do qual reproduzimos o seguinte trecho: "O direito adquirido, por conseguinte, ao contrário do que alguns órgãos de imprensa teimam em dizer, não é garantia dirigida ao poder constituinte, originário ou reformador. É garantia do cidadão frente ao legislador infraconstitucional, utilizável para impedir a eficácia derogatória da lei nova em face de situações jurídicas constituídas no passado por leis ordinárias ou leis complementares" (em Reforma Administrativa e Direito Adquirido ao Regime da Função Pública, pg. 7).*

3.3. *Ocorre que não nos parece inteiramente acertado esse modo de pensar a Constituição de 1988. As emendas têm força impositiva superior à da lei _ certo é dizê-lo _ mas nem por isso estão liberadas da vedação constitucional da imposição de prejuízo ao direito já adquirido pelo respectivo titular. Se elas não foram incluídas na disposição literal do inciso XXXVI ao art. 5º da Magna Carta ("a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"), foi pela principal razão de que o direito ali referido é exclusivamente o concedido por lei. Não o concedido pela Constituição, diretamente.*

3.4. *Com efeito, o direito adquirido a que se referiu o mencionado dispositivo constitucional foi o conferido por lei, exclusivamente, pois os direitos conferidos pela Constituição mesma, de modo pronto e acabado, não se encontram à mercê da lei. A lei não pode desconsiderar os direitos subjetivos que o próprio Texto Magno plasmou de todo, sem que ele mesmo admitisse a menor constrição por via legal, como, por exemplo, os constitutivos da liberdade de manifestação do pensamento, de reunião e de sindicalização, ou os consistentes na estabilidade dos servidores públicos civis e na irredutibilidade dos respectivos vencimentos.*

3.5. *Agora, como a lei poderia tomar o que ela mesma deu, segundo o princípio de que a lei posterior revoga a anterior, a Constituição entrou no circuito para impedir o "toma-lá-dá-cá". Isto, sempre que o titular do direito abstratamente concedido já houver preenchido, em concreto, as respectivas condições de exercício (direito adquirido, portanto, a significar permanência de efeito pontual de norma já riscada do mapa jurídico).*

4. A permanência do direito adquirido como forma de manifestação do princípio constitucional da segurança jurídica

4. 1. *Assim dispôs a Constituição, no prefalado inciso XXXVI do art. 5º, como uma das formas de particular manifestação do princípio da segurança jurídica. Princípio, esse, de logo entalhado no " caput" do mesmo artigo, no capítulo versante sobre direitos e garantias marcadamente individuais, e, por isso mesmo, subtraído ao poder legiferante do Congresso Nacional, ainda que agindo este como poder reformador. E a vedação que se contém no inciso IV do § 4º do art. 60, nestes esclarecedores termos:*

"Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV _ os direitos e garantias individuais."

4.2. *Ora bem, se o princípio constitucional da segurança abarca o direito que se adquire por simples disposição legal, quanto mais o direito que se adquire por disposição nuclearmente constitucional... Ou, por outra, se a Constituição recusasse aos direitos por ela mesma conferidos a cota de segurança que decididamente emprestou aos direitos obtidos por lei, estaria a hierarquizar os direitos adquiridos em constitucionais e legais, para privilegiar estes últimos.*

4.3. *Em diferentes palavras, a Constituição estaria a se proclamar lei menor, em tema de direitos adquiridos, reservando o designativo de lei maior para a lei ordinária ou complementar, em igual matéria. Linha de interpretação que nos parece rejeitável, por desconsiderar o vínculo funcional direto entre a obra do verdadeiro poder constituinte (que é Constituição originária) e a maior estabilidade das relações jurídicas nela substanciadas,*

quando comparadas com as relações instituídas por leis de um poder simplesmente constituído, como é o Congresso Nacional.

4.4. Com este nosso modo de ver as coisas, não estamos negando que as emendas possam prejudicar (por modificação ou supressão) certos direitos subjetivos que não façam parte da relação dos expressamente nominados como "direitos e garantias individuais". O que estamos a afirmar é que tais direitos, uma vez adquiridos, seja qual for a respectiva natureza (direito social, político, funcional etc.), não podem mais ser lesionados por efeito de reforma constitucional. A normatividade das emendas, no caso, já nasce etiquetada com o timbre do "doravante", e mais com o timbre do "desde sempre".

5. A justificativa lógica de cada remissão constitucional à lei, e não às emendas

5.1. É enganoso pensar, assim, que a interdição da lei para ofender certos direitos ou garantias subjetivas venha sempre a significar liberação das emendas constitucionais para fazê-lo. Uma coisa não puxa a outra, necessariamente, porque há justificativa lógica para o fato em si da remissão constitucional explícita à lei.

5.2. Só para ilustrar este nosso enunciado, pense-se na regra constitucional que proíbe a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu. Ou no preceito de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Ou, ainda, no dispositivo que veicula a norma interditante da lei quanto à possibilidade de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Por que tanto chamamento expresse à lei? Simplesmente, porque a Constituição reserva para a lei a conformação de matéria penal, assim como de matéria processual, seja esta de natureza igualmente penal, ou civil, conforme a seguinte voz de comando:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I _ direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho".

"Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União (...)"

5.3. Pois é esse mesmo fundamento racional que está na base da citação da lei, alusivamente à interdição de ofensa ao direito adquirido. E que o Texto Magno convocou expressamente a lei para criar direitos subjetivos, como, "verbi gratia", os atinentes a trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, I, X, XI, XIX...) e à isonomia entre os servidores públicos civis da Administração Direta (§ 1º do art. 39). Se não proibiu literalmente as emendas de retroagirem, foi porque também não autorizou expressamente que elas ampliassem a pauta dos direitos já constitucionalmente deferidos.

5.4. Salta à evidência, então, que não é pelo fato de haver citado a lei, e não as emendas, que a Constituição esteja a liberar estas últimas quanto àquelas proibições.

Além de dever pesquisar sobre a razão específica da citação constitucional da lei, o intérprete não pode esquecer que é justamente a lei a forma usual ou cotidiana de se inovar a Ordem Jurídica (não de se fundar essa Ordem, claro). As emendas são extraordinárias, episódicas, e não é por outra causa que a "Lex Fundamentalís" deixa de indicar os assuntos por elas reguláveis.

5.5. Deveras, as emendas constitucionais se caracterizam, não pela indicação das matérias que lhes são reservadas, mas pela indicação das matérias que lhes são proibidas (cláusulas pétreas). Já as leis, estas são numerosamente referidas pela Constituição, tanto para o efeito de poder conformar certas relações, quanto para o efeito de não poder fazê-lo exatamente porque a Ordem Jurídica tem na lei o seu elemento próprio de dinamização, a partir da peregrina regra de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (inciso II do art. 5º da Carta de Outubro).

5.6. *Seria até o caso de se perguntar: só porque a Constituição apenas mencionou a lei como fonte de obrigação positiva ou negativa, as emendas estariam proibidas de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa? Clarissimamente que não! A Constituição calou quanto às emendas, tão-somente porque em nenhum momento delas falou (a não ser por implicitude) como veículo de concessão de direitos subjetivos, ou instrumentos de imposição de deveres. E também porque delas não fez _ insista-se _ mecanismo usual de regulação jurídica da vida coletiva, tanto que dificultou sobremodo o processo da respectiva gestação. Ao contrário do que fez com a lei, cujo processo de elaboração é comparativamente simplificado e cuja aptidão conformadora é abrangente de todas as matérias de competência da União (tal como se deduz da letra do art. 48 ao falar de "sanção" do Presidente da República, ato de controle que não faz parte do processo das emendas).*

6. O direito adquirido como fato bloqueador da produção das leis e das emendas

6.1. *Isto mesmo é de se entender quanto à interdição da lei para prejudicar o direito já adquirido. A omissão do vocábulo "emenda" não significa ordem diversa daquela que prevalece para a lei. " O vento que venta lá é o mesmo que venta aqui", pois o que importa preservar é a inteireza do princípio da segurança das relações jurídicas, que tem na intocabilidade do direito adquirido uma das suas mais expressivas manifestações pontuais.*

6.2. *Daqui resulta que defender a tese da aptidão das emendas constitucionais para a infligência de dano ao direito adquirido, ou para definir crimes ou cominar penas inexistentes à época da materialização dos atos humanos que venham a sancionar, ou ainda para agravar penalidade já fixada por sentença condenatória em fase de execução, tudo sob o fundamento do silêncio da Constituição quanto à palavra "emenda", _ defender esse tipo de tese é descambar para o reducionismo ou a dessubstancialização do princípio da segurança jurídica, relativizando o que a Lei Maior concebeu, a esse respeito, como princípio absoluto.*

6.3. *Numa frase, incorrer nessa prática relativizadora ainda não é abolir pura e simplesmente o direito individual da segurança, mas não foi apenas isto o que a Constituição proibiu. A Constituição fez muito mais, porque proibiu que se discutisse a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias daquela espécie individual (entre outras matérias intangíveis). E por tendência há de se entender a propensão, a vocação, a inclinação, o propósito velado, ou oblíquo, ou mesmo diferido, de infligir redução de substância na originária carga protetiva da norma constitucional erigida à suprema dignidade de cláusula pétrea.*

6.4. *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 integram no "processo legislativo", sem exclusão das emendas.*

7. Considerações Finais

7.1. *Á guisa de remate, que não se estranhe o fato de a subsistência do direito adquirido implicar ultra-operatividade tópica de uma lei que se tornou incompatível com emenda constitucional, porque esse tipo de ultra-operatividade foi antecipadamente ressalvado pela Constituição originária, no estratégico inciso XXXVI do art. 5°. Mera consequência lógica do irrefutável juízo de que a Constituição originária tudo pode, inclusive para esse efeito de não permitir o desfazimento de um direito cuja lei de concessão venha a colidir com futura emenda constitucional.*

7.2. *Em rigor de interpretação, a lei cuja materialidade venha a ser abalroada por emenda constitucional já não prossegue como centro de imputação jurídica. Perde a eficácia. Mas o direito por ela outorgado sobrevive, incólume, desde que já inscrito no rol dos adquiridos. Com o que não se tem a "invenção" de uma nova cláusula pétrea, mas simplesmente a compreensão de que a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais é suficientemente lata para incorporar a ultra-atividade de norma legal produtora de um direito subjetivo cujas condições de gozo já se encontrem factualmente preenchidas.*

7.3. *Tão dilatado é o raio de abrangência material da cláusula em apreço, que a Lei das Leis chegou a embutir no inventário dos direitos e garantias individuais "outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (§ 2º do art. 5º).*

E é claro que nos mencionados princípios foi encartado o da segurança das relações jurídicas, a patentear a cientificidade daquele tipo "generoso" de interpretação a que se reportava SEABRA FAGUNDES.

7.4. *Enfim, é o nosso jeito pessoal de ver as coisas, sem nos deixar abater com a jurisprudência contrária que se formou à sombra de passadas Constituições. Não, porém, da atual, exigente da formação de novos quadros mentais.*

Assim, conclui o Parecer Coletivo nº 1/2004, "retomando-se as razões antes apresentadas e referentes à incolumidade de certas matérias constitucionais à atividade revisora, a única forma de manter a higidez da norma constante do art. 9º da Emenda será interpretá-la 'conforme a Constituição', o que significa observar o princípio constitucional da segurança jurídica, seu núcleo essencial expressamente previsto como limite material de revisão e, para isto, dar-lhe eficácia "pro futuro", jamais em retroação inconstitucional".

Além dessa posição, e adiantando-se sobre o tema (que, diga-se de passagem, não constituía objeto da sessão administrativa do dia 5 próximo passado, no Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual sobre ela não há decisão - e, se houvesse, teria suas conseqüências restritas ao âmbito interno daquela Corte), o Ministro MARCO AURÉLIO assim analisou a regra do art. 9º da EC nº 41/2003:

5. Quanto à norma do artigo 9º da Emenda, a perplexidade é ainda maior. O poder de emenda é derivado, submetido ao texto do mencionado artigo 60 e, especificamente, ao inciso IV do §4º nele contido. A ressurreição do artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 conflita com a disciplina constitucional. Direitos e garantias individuais não de ser preservados, resguardando-se a segurança jurídica. Daí a cláusula permanente da Constituição, segundo a qual a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

As situações legitimamente alcançadas estão ao abrigo da Constituição, sendo totalmente impróprio cogitar de redução, em face do teto criado. Irregularidades existentes não de ser expungidas mediante o acionamento dos preceitos de regência, sendo dispensável nova normatização.

Não fossem essas razões suficientes para reconhecer a invalidade de qualquer mecanismo redutor de estímulos devidos aos agentes públicos, há ainda a considerar-se que qualquer enfrentamento de situação individual haveria que obedecer ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), em processo administrativo próprio, submetido ao contraditório e com possibilidade de ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal), igualmente consecutórios do princípio da segurança das relações jurídicas.

A proteção dos direitos individuais à ação estatal, ainda quando esta está fundada em valores republicanos, como no caso da fixação dos limites estímulos para os agentes públicos, não deixa de ser, ela própria, também um valor republicano, a merecer tutela específica, como destacou o Min. CELSO DE MELLO, por ocasião do julgamento da ADI 2010/DF (Medida Cautelar, DJU 12/04/2002), *verbis*:

RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização

político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política.

A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.

5. Conclusões.

São inteiramente aplicáveis aos jurisdicionados desta Corte, onde o limite estipencial esteja relacionado aos membros do Poder Judiciário, as conclusões do Parecer Coletivo nº 1/2004, mesmo após a deliberação do Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa, fixando o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação da EC nº 41/2003 a Ministro do Supremo Tribunal Federal, as quais são, em síntese:

a) a norma permanente de "teto" (o inc. XI do art. 37 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 41/2003) **não é auto-aplicável**;

b) a norma transitória de "teto" (art. 8º da EC nº 41/2003), no tocante aos paradigmados aos membros do Poder Judiciário, **não é auto-aplicável**;

c) o mecanismo do "abate-teto" (art. 9º da EC nº 41/2003), quando puder ser aplicado, deverá **respeitar o texto constitucional**, garantindo-se a aplicação do princípio da segurança das relações jurídicas, consagrado na proteção aos direitos individualmente adquiridos e aos atos jurídicos perfeitos, na vedação à irredutibilidade estipencial e na exigência do devido processo legal.

É o parecer.

Auditoria, 16 de fevereiro de 2004.

CESAR SANTOLIM

Auditor Substituto de Conselheiro

(1) Parecer Coletivo nº 2/2002, aprovado pelo Tribunal Pleno em sessão de 08-05-2002.

(2) *Interpretação e Aplicação da Constituição*; 2ª ed., S.Paulo: Saraiva, ps. 174-175.

(3) *Manual de Direito Constitucional*; 2ª ed.; Coimbra: Coimbra Editora, 1988, tomo II, p. 232/234.

(4) Veja-se, por exemplo, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *in Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª ed., p. 69.

(5) "... o texto originário proposto na Constituição de 1988 estabelecia "tetos" diferenciados, por ente da Federação (União, Estados e Municípios) e por Poder (os membros do Congresso Nacional, os Ministros de Estado e os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e seus correspondentes, no plano estadual, e o Prefeito, no âmbito dos Municípios). O valor então considerado, como foi interpretado

pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n° 14-4-RJ), não incluía as vantagens de natureza pessoal, que já estivessem integradas ao patrimônio de cada servidor, e nem tampouco as verbas de natureza indenizatória.

Em estrita correlação com esta disposição (única referência no texto constitucional originário acerca de limite - nesta expressão textual - para a remuneração dos servidores) é que deve ser vista outra regra, de caráter transitório e excepcional, contida no art. 17 do ADCT, onde se cogitava do afastamento à proteção dos direitos adquiridos (inserida entre os direitos e garantias fundamentais, *ex vi* do disposto no inc. XXXVI do art. 5° da Constituição), para a obtenção de uma efetividade imediata da regra (o "abate-teto").

Com o advento da EC n° 19/98, deu-se outra redação ao referido inc. XI do art. 37 da CF, fixando-se um único "teto", nacional e para todos os Poderes (o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal). Houve, igualmente, o detalhamento, na regra, acerca do alcance da limitação, para afirmá-la sobre "a remuneração, o subsídio e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza". E, no art. 29 da Emenda Constitucional, veio regra de conteúdo assemelhado àquela contida no art. 17 do ADCT, mas sem menção à possibilidade de afronta aos direitos adquiridos, havendo referência, tão-somente, à vedação quanto à "percepção de excesso a qualquer título".

É também conhecida a solução ofertada pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à aplicação deste dispositivo, a partir da redação conferida pela EC n° 19/98: em sessão administrativa de 24 de junho de 1998 entendeu inaplicável o art. 37, XI, em face da necessidade de "lei de iniciativa conjunta" para a fixação do subsídio dos Ministros daquela Corte, parâmetro para o "teto" nacional e único. Não se conhece a posição do STF sobre o inteiro sentido da então nova regra, pois a ausência do diploma legal exigido determinou a prejudicialidade deste exame.'

(6) Parecer Coletivo n° 01/2004.

(7) Na ADI 2075/RJ, DJ 19/08/2003, Relator o Min. CELSO DE MELLO, consta da Ementa que "O NOVO TETO REMUNERATÓRIO, FUNDADO NA EC 19/98, SOMENTE LIMITARÁ A REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DEPOIS DE EDITADA A LEI QUE INSTITUIR O SUBSÍDIO DEVIDO AOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - Enquanto não sobrevier a lei formal, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 48, XV), destinada a fixar o subsídio devido aos Ministros da Suprema Corte, continuarão a prevalecer os tetos remuneratórios estabelecidos, individualmente, para cada um dos Poderes da República (CF, art. 37, XI, na redação anterior à promulgação da EC 19/98), excluídas, em consequência, de tais limitações, as vantagens de caráter pessoal (RTJ 173/662), prevalecendo, desse modo, a doutrina consagrada no julgamento da ADI 14/DF (RTJ 130/475), até que seja instituído o valor do subsídio dos Juizes do Supremo Tribunal Federal. - Não se revela aplicável, desde logo, em virtude da ausência da lei formal a que se refere o art. 48, XV, da Constituição da República, a norma inscrita no art. 29 da EC 19/98, pois a imediata adequação ao novo teto depende, essencialmente, da fixação do subsídio devido aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. A QUESTÃO DO SUBTETO NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO DOS ESTADOS-MEMBROS E DOS MUNICÍPIOS - HIPÓTESE EM QUE SE REVELA CONSTITUCIONALMENTE POSSÍVEL A FIXAÇÃO DESSE LIMITE EM VALOR INFERIOR AO PREVISTO NO ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO - RESSALVA QUANTO ÀS HIPÓTESES EM QUE A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO ESTIPULA TETOS ESPECÍFICOS (CF, ART. 27, § 2º E ART. 93, V)."

(I) ALMIRO DO COUTO E SILVA, em primoroso e já clássico estudo sobre o **princípio da segurança jurídica**, lembra, a respeito, que JEAN RIVERO afirmou que "**a jurisprudência considera a segurança jurídica mais importante que a própria legalidade**" e que, uniformes neste sentido, são as opiniões de ANDRÉ DE LAUBADÈRE, FRANCIS-PAUL BÉNOIT, GEORGE VEDEL e MARCEL WALINE. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança*

jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, in Revista de Direito Público, São Paulo, n.º 84, outubro - dezembro de 1987, ano XX, p. 56.

(II) ALMIRO DO COUTO E SILVA, op. cit. p. 62.

(III) Em antigo trabalho de minha modesta lavra, em que explorei a teoria e, em particular, alguns desses institutos, deixei consignado que "Tais suportes, os **institutos de correção**, permitem que o jurismo se alimpe a si próprio, na sua aplicação (no momento de maior importância na vida de um direito), dos desvios maiores e das iniquidades mais marcantes que possam comprometê-lo." *Ensaio para uma Teoria dos Institutos de Correção*, in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara, V. 16, 1967, p.89 (DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO).

(IV) CÍCERO, Of. 1, 10.

(V) R. LIMONGI FRANÇA, *A irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*, São Paulo, Saraiva, 1998, citações na p. 8, seguindo-se um erudito e elucidativo histórico até a p. 80.

(VI) CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, *O Princípio do Direito Adquirido no Direito Constitucional*, Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, a 26, n.º 103, julho/setembro 1989, p. 147.

(VII) "*Leges et constitutiones futuram certo est dare forniam negotiis, non a facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*", apud FERDINAND LASSALLE, *Théorie Générale des Droits Acquis - Conciliation du Droit Positif et de La Philosophie du Droit*, Paris, V Giard, E. Brière, 1904, p. 24.

(VIII) Apud RAUL MACHADO HORTA, *Constituição e Direito Adquirido*, Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, a 28, n. 112, outubro/dezembro de 199), p. 73.

(IX) RAUL MACHADO HORTA, op. cit., p. 75.

(X) RAUL MACHADO HORTA, op. cit., p. 78.

(XI) RAUL MACHADO HORTA, op. cit., p.80

(XII) IVO DANTAS, *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 1997, p. 55.

(XIII) Exposição do ilustre constitucionalista apresentada ao XXIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Campos do Jordão, S.P., setembro de 1998.

(XIV) RAUL MACHADO HORTA, op. cit, p. 85.

(XV) RAUL MACHADO HORTA, op. cit., p. 85.

(XVI) JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, op. cit., ps. 209 e 210, remetendo-se, assim, à mais atualizada doutrina constitucionalista que vê na articulação do núcleo de identidade constitucional com o necessário e irrefreável desenvolvimento constitucional, a chamada identidade reflexiva, como a condição de efetividade de uma Constituição, como a entende NIKLAS LUHMANN (v. *Seibstreflexion der Rechtssysteme, in Rechstheorie*, 1979, p. 159 e ss.).

(XVII) R.E. 75.102, São Paulo, julgado em 27 de abril de 1973, Relator: Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE, mencionando como precedentes os julgados pelo Plenário nas RE. 74.284, 74.534. c 73.139.

(8) "A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro", São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 238/239.

(i) E, também, é claro, a atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada.

(ii) Foi o raciocínio desenvolvido por José Afonso da Silva, na obra *Poder Constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 233, trazendo, ademais, à colação artigo da autoria de Hugo Nigro Mazzilli, em que se professa o mesmo ponto de vista: "Um tal argumento e uma tal doutrina (*o argumento de que apenas a cláusula protetiva em si não pode ser abolida por meio de emenda e não os direitos por ela protegidos*) valem como uma fraude à Constituição, porque eliminariam a garantia do direito mediante a supressão do direito garantido. Se isso fosse possível, de nada adiantaria a proteção normativa de um direito, pois, precisamente quando esse direito se efetiva e se concretiza num titular, pode ser eliminado. E o mesmo que suprimir, a cada

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

passo, a norma de garantia, por esvaziá-la de seu conteúdo jurídico: seu efeito prático".

(9) "Direito Adquirido contra as Emendas Constitucionais", Rev. de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 202, pp. 75/80 (out-dez/95).

Processo nº 891-02.00/04-7

DECISÃO: O Tribunal Pleno, **em sessão de 18-02-2004**, à unanimidade, acolhendo o Voto do Senhor Conselheiro-Relator, por seus jurídicos fundamentos, decide pelo **envio ao Senhor Diretor-Geral desta Corte do Parecer nº 9/2004 da Auditoria**, acolhido nesta data, a fim de que seja adotado como orientação deste Tribunal sobre a matéria.

PARECER ACOLHIDO.