

Teto remuneratório (Notas sobre a aplicação do teto remuneratório instituído pela Emenda Constitucional nº 19/98)

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

1. Histórico.
2. Modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/98.
3. Eficácia em tese das modificações introduzidas.
4. Eficácia das modificações nas hipóteses individuais.
5. Incolumidade constitucional dos direitos individuais à percepção de excessos do teto.
6. Conclusões.

1. HISTÓRICO

1.1 Os tetos fixados pelo constituinte originário

Abusos remuneratórios, acumulados inultamente durante décadas na União e em várias unidades da federação, provocaram, como em tantas hipóteses semelhantes de indignada extravasão de zelo moralizador do serviço público por parte do constituinte originário de 1988, a *federalização* de regras para a fixação de limites máximos (*teto*) e de relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, bem como de limites estipendiais específicos para os membros dos poderes legislativos estaduais e municipais e membros do poder judiciário dos estados.

Assim é que, para os *servidores públicos*, foi então editada a regra do art. 37, XI, da Constituição de 1988, com a seguinte redação:

“- 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, nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;”

Estabeleceu-se, complementarmente a essa regra, no inciso XII do mesmo art. 37, que os vencimentos dos cargos do Poder Executivo seriam o *teto* para os cargos, entenda-se, correspondentes aos dos demais poderes:

“- os vencimentos dos cargos do poder legislativo e do poder judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;”

Para os *membros dos Poderes Legislativos* estaduais e municipais, foram estabelecidas três regras específicas. Os *Deputados Estaduais* teriam como *teto* setenta e cinco por cento da remuneração em espécie dos *Deputados Federais* (art. 27, § 2º) e os *Vereadores*, por sua vez, teriam um *teto individual* de setenta e cinco por cento da remuneração estabelecida, em espécie, para os *Deputados Estaduais* (art. 29, VI) e um *teto coletivo* limitado a cinco por cento da receita do Município (art. 29, VII).

Finalmente, o constituinte de 1988 houve por bem fixar no art. 93, V, como *teto específico para os vencimentos dos magistrados*, os percebidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

“- os vencimentos dos magistrados serão fixados com diferença não superior a dez por cento de uma para outra das categorias de carreira, não podendo, a título nenhum, exceder os dos ministros do Supremo Tribunal Federal;”

Existiam, portanto, nas disposições originárias da Constituição de 1988, *seis tetos estipendiais*:

- 1º) – um *teto remuneratório geral* para os servidores públicos de cada unidade autônoma da federação (art. 37, XI);
- 2º) – dentro de cada uma dessas unidades federativas, um *teto complementar específico para os vencimentos de cada cargo*, tendo como referência os vencimentos dos cargos do Poder Executivo (art. 93, V);
- 3º) – para os *Deputados Estaduais*, um *teto específico* referenciado à remuneração dos *Deputados Federais* (art. 27, § 2º);
- 4º) – para os *Vereadores*, um *teto específico individual*, referenciado à remuneração dos *Deputados Estaduais* (art. 29, VI).
- 5º) – ainda para os *vereadores*, um *teto específico coletivo*, vinculado à receita do Município (art. 29, VII);

6º) – para a magistratura, além do teto remuneratório geral estadual, um *teto nacional específico*, referenciado a um escalonamento que tem como ápice os vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 93, V).

1.2 As espécies estipendiais abrangidas

Como, à época, a expressão *servidores públicos* incluía civis e militares (art. 37, XV), compreendia então todos os detentores de cargos, empregos e funções públicas na Administração direta, indireta e fundacional, a teor do art. 37, I, da Constituição, essas *espécies estipendiais* abrangidas pelo teto, genericamente denominadas *remuneração* (art. 37, X, XI, XIII, XV e art. 40, § 4º), incluíam *vencimentos, salários e proventos*. Legisladores recebiam genericamente *remuneração* e magistrados, especificamente, *vencimentos*.

1.3 A regra constitucional transitória

A imediata, geral e retroativa aplicação dos novos tetos constitucionais foi objeto de uma *regra transitória específica* do art. 17 ADCT:

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

Deve-se observar aqui que o constituinte originário, ao vedar a invocação do *direito adquirido* ou a *percepção de excesso a qualquer título*, inovava na tradição constitucional brasileira, ao atribuir um conteúdo *amplo, retroativo e confiscatório* ao teto estipendial.

Com efeito, com a autoridade de mais alto intérprete da Constituição, desta forma expôs o Ministro **José Néri da Silveira** a *excepcionalidade* desse dispositivo transitório em obra específica sobre o *controle da constitucionalidade em hipótese de reforma constitucional*:

“exato 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. Assim ocorreu no art. 17 do ato das disposições transitórias da lei magna de 1988, ao estabelecer: ‘art. 17 – os vencimentos... (segue-se o texto acima transcrito)’. Do próprio texto

transcrito, exsurge, entretanto, em relevo, a significação da garantia do 'direito adquirido', como valor fundamental integrante do núcleo essencial identificador da constituição, a ponto de ressaltar 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".⁽¹⁾

2. MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EC Nº 19/98

2.1. O teto fixado pelo constituinte derivado

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, o constituinte derivado avançou ainda mais na *federalização* do tratamento jurídico dos *servidores públicos*, abandonando os três tetos existentes e instituindo um *teto único nacional* para estes, bem como para os detentores de cargos políticos, referenciado nos estímulos fixados para os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A nova regra veio estabelecida no art. 3º da EC nº 19/98, dando nova redação à do art. 37, XI da Constituição de 1988:

"- 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;"

Permaneceu em vigor, todavia, a regra do *teto complementar específico* do inciso XII do mesmo art. 37, estabelecendo que os vencimentos dos cargos do Poder Executivo seriam o *teto* para os cargos, como se disse, correspondentes, dos demais Poderes:

⁽¹⁾ JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA, "A reforma constitucional e o controle de sua constitucionalidade" in *AJURIS Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 64, 1995. pp. 209/210.(n/grifos).

“- os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;”

A necessidade hermenêutica de *conciliar* as duas regras, para que ambas produzam efeitos, evidencia a subsistência da dupla referenciação a que se chegou com a emenda nº19/98: 1º) - *todas as espécies de estipêndios* passam a ter um teto único - “o subsídio mensal, em espécie, dos ministros do Supremo Tribunal Federal”; 2º) - todavia, os *vencimentos* dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário continuam a ter um *teto secundário específico*: aqueles “ pagos pelo Poder Executivo” aos que lhes forem correspondentes.

Quanto aos estipêndios recebidos pelos membros dos Legislativos estaduais e municipais, além de sujeitos ao *teto remuneratório geral nacional*, permanecem com seus *tetos específicos* em valores percentuais iguais aos fixados pelo constituinte originário (arts. 27, §2º e 29, VI), sendo que os Vereadores continuam ainda submetidos ao *teto coletivo* (art. 29, VII), que não foi alterado. Os dispositivos respectivos modificados passaram a ter a seguinte redação:

Para os deputados estaduais, o art. 27, § 2º:

“ - O subsídio dos deputados estaduais será fixado por lei de iniciativa da assembléia legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os deputados federais, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I.”

Para os vereadores, o art. 29, VI:

“- subsídio dos vereadores fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Estaduais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I.”

Finalmente, o constituinte reformador de 1988 manteve no art. 13 da Emenda Constitucional nº 19/98, ao dar nova redação ao dispositivo originário art.93,V, o *teto específico* para os *estipêndios dos magistrados* (pagos sob a espécie remuneratória denominada *subsídios*) referenciados aos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal:

“ – O subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI e 39, § 4º.”

Coexistem, portanto, com a Emenda Constitucional nº 19/98 da Constituição de 1988, seis espécies distintas de teto remuneratório:

- 1º) – *teto remuneratório geral para quaisquer modalidades estipendiais* de todas as unidades autônomas da federação, referenciado ao *subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal* (art. 37, XI);
- 2º) – *tetos remuneratórios específicos* para os *vencimentos* dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, referenciados aos *vencimentos* pagos aos cargos do Poder Executivo (art. 37, XII);
- 3º) – *teto remuneratório específico* para os *subsídios* dos Deputados Estaduais referenciados aos *subsídios* dos Deputados Federais (art. 27, § 2º);
- 4º) – *teto remuneratório específico individual* para os *subsídios* dos Vereadores, referenciado aos *subsídios* dos Deputados Estaduais (art. 29, VI);
- 5º) – *teto específico coletivo* para os *subsídios* dos Vereadores, vinculado à receita do respectivo Município (art. 29, VII);
- 6º) – *tetos remuneratórios específicos* para os *subsídios* dos magistrados, referenciados escalonadamente aos *subsídios* dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Ministros dos Tribunais Superiores e das demais categorias da estrutura judiciária nacional (art. 93, V).

Como se observa, a aplicação conjunta de todos os tetos para cada hipótese de remuneração poderá suscitar problemas hermenêuticos que só serão resolvidos harmonizando-os, de modo a que todos tenham a *eficácia possível*.

2.2. As espécies estipendiais abrangidas

A expressão *espécies remuneratórias*, encontrada no art. 3º da EC nº 19/98 e assim mencionada duas vezes na nova redação do art. 37, X e XI, do texto magno, passou a ser a dicção oficial constitucional do gênero *estipendial*, do qual *subsídio* (art. 37, X e 39, § 4º), *remuneração* (art. 37, X e XI), *proventos* (art. 37, XI), *peções* (art. 37, XI), *outra espécie remuneratória* (art. 37, XI), e, ainda, *vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza* (art. 37, XI), tornaram-se as espécies. ⁽²⁾

Poder-se-ia argumentar, procurando-se manter uma lógica não mais existente, que o termo remuneração seria ainda o *genus* estipendial, a partir dos cognatos utilizados, "espécie remuneratória" (art. 37, XIII) e "acumulação remunerada" (art. 37, XVI) e de seu próprio uso natural nas expressões "remuneração do pessoal" (art. 39, *caput*) e "sistema remuneratório" (art. 39, § 1º). Esse esforço se torna baldado diante da dupla menção "remuneração" e "subsídio", por duas vezes utilizada nos dispositivos tornados capitais do art. 37, X e XI do novo texto constitucional, bem como no rol contido no art. 29 da EC nº 19/98.

2.3. A regra transitória da EC nº 19/98

Por outro lado, embora possivelmente cogitada, uma imediata geral e retroativa aplicação dos novos tetos, distintamente do texto posto pelo constituinte originário, *não foi objeto de uma regra transitória específica na EC nº 19/98*, à semelhança daquela, já transcrita e comentada, do art. 17 ADCT.

Ao contrário, ao estabelecer uma regra de aplicação imediata dos novos limites remuneratórios, no art. 29, da EC nº 19/98, o constituinte derivado, embora repetindo a vedação de "percepção de excesso a qualquer título" *não chegou a vedar a invocação do direito adquirido*.

Submisso à sua limitação material, o legislador da Emenda nº 19/98 não atribuiu, como não poderia fazê-lo, um efeito *amplo, retroativo e confiscatório* às regras alusivas à aplicação do novo teto remuneratório, contentando-se em atribuir-lhe um conteúdo *limitado*.

3. EFICÁCIA EM TESE DAS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS

3.1. Diferimento da aplicação do novo teto

O novo teto geral nacional, instituído pela Emenda Constitucional nº 19/98, não é auto-aplicável. Sua aplicabilidade está diferida porque *inexiste o parâmetro nacional*, o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal

⁽²⁾ As denominações estão no singular ou no plural conforme se encontram no art. 37, X e XI da Constituição, com a nova redação que lhes deu o art.3º da EC nº 19/98.

Federal, que, até a data deste artigo, ainda não tinha sido fixado por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal (art. 48, XV).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, deliberou que *não são auto-aplicáveis* as normas no art. 37, XI e 39, § 4º da Constituição, na redação que lhes deram os arts. 3º e 5º, respectivamente, da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, “porque a fixação do subsídio mensal em espécie, de Ministro do Supremo Tribunal Federal – que servirá de teto –, nos termos do art. 48, XV, da Constituição, na redação do art. 7º da referida Emenda Constitucional nº 19 depende de lei formal, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal”.⁽³⁾

3.2. Diferimento da aplicação das novas espécies remuneratórias

Por outro lado, não só a fixação dos Ministros da Suprema Corte necessita de edição de lei em sentido formal; como também a de *todos os demais subsídios* previstos na Emenda Constitucional nº 19/98 estão nessa condição, pois para todos eles foram previstas, como condicionantes de sua aplicação, *leis específicas em sentido formal* (art. 39, §§ 4º e 8º; art. 93, V; art. 128, § 5º; art. 135 e art. 144, § 9º).

Assim, enquanto não forem editadas essas necessárias leis específicas, *permanecem em vigor, por recepção, todas as antigas categorias estipendiais estabelecidas pelo constituinte originário e, por óbvio, os respectivos tetos originários*, pois até que se definam as “*parcelas únicas*” que caracterizarão cada subsídio, será impossível praticar-se o hibridismo de vir a impor um *novo teto – que deveria ser fixado para limitar subsídios* – fazendo-o incidir sobre um conjunto de *remunerações compósitas, ainda em vigor*, uma vez que cada uma delas continua a ser o resultado da *soma de inúmeras parcelas remuneratórias*, cada qual, por sua vez com seu respectivo fundamento legal, estabelecendo distintos e inúmeros direitos pessoais, já incorporados ao patrimônio dos servidores que legitimamente as percebiam antes de promulgada a Emenda limitadora.

Curiosamente, porém, o legislador constituinte derivado da Emenda nº 19/98 não previu sanção alguma em caso de retardo ou omissão na implantação dos subsídios previstos⁽⁴⁾, em qualquer esfera da federação e para quaisquer das categorias de que se cogite, até mesmo no que se refere à categoria- referencial do teto remuneratório, a dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que, apenas *ad argumentandum*, se assim decidissem, não estariam obrigados a aderir à mensagem conjunta prevista no art. 48, XV, com sua nova redação.

⁽³⁾ Excerto da ata da 3ª Sessão Administrativa, realizada em 24 de junho de 1998.

⁽⁴⁾ Observação recolhida de exposição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO no XXIV Congresso de Procuradores de Estado, em Campos do Jordão, São Paulo, setembro de 1998, lembrando ainda, na mesma linha, que o regime jurídico único instituído pela Constituição de 1988, jamais foi implantado no Estado de São Paulo, passados dez anos de sua promulgação.

4. EFICÁCIA DAS MODIFICAÇÕES NAS HIPÓTESES INDIVIDUAIS

4.1 Pressuposto da fixação das novas espécies estipendiais

Desde logo, em razão do anteriormente exposto, a aplicação dos *novos tetos* da Emenda 19/98 depende da fixação das *novas espécies remuneratórias* nela previstas. O hibridismo aplicatório que seria a incidência do novo teto geral, do reformado art. 37, XI, *sobre as parcelas que conformam os vencimentos que ainda não hajam sido substituídos por subsídios*, seria empreitada quase impossível; ante os seus próprios termos, combinados com o do comando do art. 39, § 4º, que identificam a *nova espécie remuneratória* pela “parcela única”.

4.2 Pressuposto da ressalva de direitos pessoais

Mas mesmo que venham a ser fixados os *subsídios*, as antigas modalidades estipendiais previstas pelo legislador constituinte originário para cada uma das categorias que deverão ser remuneradas por esta forma de “parcela única”, todos os *direitos pessoais* que excederem ao teto remuneratório geral continuarão a ser devidos, ainda que sob a forma de “parcela única pessoal”, na linha do que tem decidido, em pacífica interpretação, o Supremo Tribunal Federal a respeito da *exclusão das vantagens pessoais do teto remuneratório*.⁽⁵⁾

Por outro lado, com fundamento nesta jurisprudência assente da Suprema Corte, relativamente a todas as demais espécies remuneratórias, excetuados os subsídios, a aplicação do *novo teto nacional geral* somente se poderá dar em dois casos: *ex nunc*, sobre quaisquer espécies remuneratórias que venha a ser abstrata ou concretamente fixadas *a partir da promulgação da Emenda* e *ex tunc*, sobre espécies remuneratórias de qualquer natureza que hajam sido fixadas ilegitimamente; salvo se, numa hipótese dificilmente concebível, o Colendo Supremo Tribunal Federal decidir se desdizer e renegar todos os doutos argumentos que suportaram os quatorze acórdãos que até hoje o levaram a excluir do teto remuneratório as parcelas representativas de direitos pessoais legitimamente adquiridos.

5. INCOLUMIDADE CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS INDIVIDUAIS Á 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

⁽⁵⁾ A relação de nada menos que *quatorze arestos* neste sentido se encontra no anexo I do parecer de ROBERTO RICHELETTE FREIRE DE CARVALHO, in *Reforma Administrativa*, Caderno Especial editado pela Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo – APESP, 1998, p. 44.

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*.⁽⁶⁾

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 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'."⁽⁷⁾

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⁽⁸⁾, postos à disposição do intérprete consciencioso para evitar

⁽⁶⁾ 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° 84, outubro-dezembro de 1987, ano XX, p. 56.

⁽⁷⁾ ALMIRO DO COUTO E SILVA, *op. cit.*, p. 62.

⁽⁸⁾ 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 alime 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 comprometerlo." "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).

a traição do direito pelo direito que CÍCERO sintetizou: *summum ius summa (saepe) iniuria* ⁽⁹⁾.

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*.” ⁽¹⁰⁾

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, receberam 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.” ⁽¹¹⁾

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. ⁽¹²⁾

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 ⁽¹³⁾ 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” ⁽¹⁴⁾, e, no Brasil, com o

⁽⁹⁾ CÍCERO, *Off*, 1, 10.

⁽¹⁰⁾ 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.

⁽¹¹⁾ CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, “O Princípio do Direito Adquirido no Direito Constitucional”, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, 26, n. 103, julho/setembro 1989, p. 147.

⁽¹²⁾ “*Leges et constitutiones futurum certo est dare formam 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.

⁽¹³⁾ *Apud* RAUL MACHADO HORTA, “Constituição e Direito Adquirido”, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, 28, n. 112, outubro/dezembro de 1991, p. 73.

⁽¹⁴⁾ RAUL MACHADO HORTA, *op. cit.*, p. 75.

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” ⁽¹⁵⁾, 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.” ⁽¹⁶⁾

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 se apenas imutável pela lei ordinária para se tornar “imune a qualquer alteração constitucional formal”, ⁽¹⁷⁾ 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.

⁽¹⁵⁾ RAUL MACHADO HORTA, *op. cit.*, p. 78.

⁽¹⁶⁾ RAUL MACHADO HORTA, *op. cit.*, p. 80.

⁽¹⁷⁾ IVO DANTAS, *Direito Adquirido, Emendas Constitucionais e Controle da Constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 55.

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 estípedios que estejam sendo legitimamente percebidos, contra o novo teto geral nacional instituído pelo art. 37, XI, da EC nº 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 LUIS ROBERTO BARROSO, é um *princípio posto pelo constituinte originário*, intocável e, efetivamente, intocado pelo constituinte derivado e, por isso, absolutamente prevacente contra *quaisquer tipos de reduções de estípedios*, não importa que classe de "lei" as haja determinado, salvo se já vinham sendo percebidos ilegitimamente segundo a ordem jurídica vigente na ocasião em que foram fixados. ⁽¹⁸⁾

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 nº 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 instituído, limitado esse, portanto, pelas cláusulas pétreas estabelecidas pelo primeiro.

Em consequência, 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*.

⁽¹⁸⁾ Exposição do ilustre constitucionalista apresentada ao XXIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Campos do Jordão, S.P., setembro de 1988.

É suficiente comparar-se esses dois textos dos dispositivos provisórios, o do art. 17, *caput*, do ADCT, e o do art. 29, da EC nº 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⁽¹⁹⁾, 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."⁽²⁰⁾

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 ressaltar 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."⁽²¹⁾

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 nº 1/69 modificasse direitos decorrentes de aposentadorias de servidores públicos com seus requisitos legais preenchidos na vigência do texto originário de 1967, ressaltou-os como direitos constitucionalmente adquiridos, estendendo jurisprudencialmente a proteção então apenas reconhecida contra a lei ordinária.⁽²²⁾

6. CONCLUSÕES

1. A preservação da *legalidade* 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*.

⁽¹⁹⁾ RAUL MACHADO HORTA, *op. cit.*, p. 85.

⁽²⁰⁾ RAUL MACHADO HORTA, *op. cit.*, p. 85.

⁽²¹⁾ José Néri da Silveira, *op. cit.*, pp. 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. "Selbstreflexion der Rechtssysteme", in *Rechtstheorie*, 1979, p. 59 e ss.).

⁽²²⁾ RE. 75.102, São Paulo, julgado em 27 de abril de 1973, Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, mencionando como precedentes os julgados pelo Plenário nos RE. 74.284, 74.534 e 73.139.

2. A expressão *direitos adquiridos* não vem a ser, ao cabo de milenar evolução, sinônima de *direitos constitucionalmente adquiridos*.
3. *Direito constitucionalmente adquirido*, completando o ciclo de desenvolvimento institucional dos direitos adquiridos, no sentido de alcançar a plenitude possível do princípio da segurança jurídica, deixou de ser apenas imutável pela lei ordinária para se tornar imune a qualquer alteração constitucional formal.
4. Os direitos individuais legitimamente adquiridos ao abrigo da ordem constitucional originária são intangíveis pela Emenda Constitucional nº 19/98, porquanto a expressão "lei", empregada pelo constituinte de 1998, no art. 5º, XXXVI, não pode mais ser entendida no seu sentido restrito, de lei ordinária, mas no sentido genérico, como qualquer outro produto jusnormativo de processo legislativo previsto no art. 59.
5. Contra qualquer pretensão interpretativa retroativa, sobreleva-se, também, como expressão do princípio da garantia jurídica, o princípio constitucionalmente expresso da *irredutibilidade estipendial*, nimamente reiterado nos artigos 37, XV e 39, § 2º, c/c art. 7º, VI da Constituição de 1988.
6. 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.
7. *Pelos motivos expostos, os estípedios de qualquer natureza, tais como os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias, enquadradas na Emenda Constitucional nº 19/98, deverão adequar-se aos novos limites dela decorrentes, aplicando-se a todas as situações remuneratórias que se vierem a constituir depois de sua promulgação, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título, salvo, por óbvio, assegurada por título constitucional anterior e preferencial, a percepção de qualquer importância a maior que já haja sido legitimamente incorporada aos estípedios de membro de poder ou de servidor público.*

Teresópolis, inverno de 1998.