JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

TETO DE REMUNERAÇÃO — VANTAGEM PESSOAL — EXCLUSÃO

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Processo nº 00400.001444/2000-68

Origem: Ministério dos Transportes

Assunto: Limite máximo de estipêndios. Exclusão da vantagem versada no art. 184 da Lei nº 1.711, de 1952.

(*)Parecer nº GM — 018

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/WM-12/2000, de 05 de dezembro de 2000, da lavra do Consultor da União, Dr. WILSON TELES DE MACÊDO, e submeto-o ao *EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA*, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 2 de fevereiro de 2001.

GILMAR FERREIRA MENDES

Advogado-Geral da União

(*)A respeito deste Parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho:

"Aprovo: Em 5/2/2001"

Parecer nº AGU/WM-12/2000 (Anexo ao Parecer GM-18)

Processo nº 00400.001444/2000-68

ASSUNTO: Limite máximo de estipêndios. Exclusão da vantagem versada ao art. 184 da Lei nº 1.711, de 1952.

EMENTA: O acréscimo de proventos previsto no item III do art. 184 da Lei nº 1.711, de 1952, por configurar vantagem pessoal, exclui-se do limite máximo de remuneração a que se refere o inciso XI do art. 37 da Carta Federal, na redação original.

Os cargos *efetivos* de Consultor Jurídico

classificam-se como isolados e, por conseguinte, os servidores neles aposentados são alcançados pelo disposto no art. 184, III, da Lei nº 1.711, de 1952.

PARECER

É presente a esta Advocacia-Geral da União divergência, de ordem interpretativa, concernente à viabilidade de desconsiderar-se, no cálculo do limite máximo de remuneração, a vantagem do art. 184, III, da Lei nº 1.711, de 1952, relativamente a servidor aposentado no cargo de provimento *efetivo* de Consultor Jurídico.

2. Esse artigo integrava o estatuto dos funcionários públicos civis da União, antecessor ao consubstanciado na Lei nº 8.112, de 1990, e permitia que o ocupante de cargo *final de carreira* ou *isolado* fosse aposentado com os proventos acrescidos de vinte por cento (art. 184, II e III, da Lei nº 1.711), na hipótese em que tivesse atendido às condições, para tanto fixadas, até 19 de abril de 1992 (art. 250 da Lei nº 8.112, de 1990).

3. Despiciendo desenvolver esforços tendentes a demonstrar que esse acréscimo de proventos possui conotação de vantagem pessoal, porquanto afigura-se remansosa a con-

figuração do direito personalíssimo quando preenchidos todos os requisitos exigidos no preceptivo de regência (Art. 184).

II

4. O tema sob comento não é novo nesta Instituição e foi analisado ante a jurisprudência da Corte Suprema, resultando o entendimento de que a *“inclusão das vantagens de caráter pessoal no limite máximo de remuneração, efetuada pelo inciso III do art. 1º da Lei nº 8.852, de 1994, evidencia-se incompatível com o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 1º, da Carta Federal, por isso que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a inteligência desses preceptivos constitucionais ao firmar o entendimento jurisprudencial de que ditas parcelas estipendiárias não se somam à retribuição, para o efeito de determinar o denominado “teto”.*

.....
A Lei nº 8.852 disciplinou a aplicação dos arts. 37, itens XI e XII, e 39, § 1º, da Constituição, fixando a definição de remuneração, com o seguinte jaez, verbis:

“Art. 1º Para os efeitos desta Lei, a retribuição pecuniária devida na administração pública direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União compreende:

.....
III — como remuneração, a soma dos vencimentos com os adicionais de caráter individual e demais vantagens, nestas compreendidas as relativas à natureza ou ao local de trabalho e a prevista no art. 62 da Lei nº 8.112, de 1990, ou outra paga sob o mesmo fundamento, sendo excluídas:

.....
“(O destaque foi acrescido).

Reveste-se de clareza meridiana a inclusão das vantagens de caráter pessoal no “teto” da retribuição, inclusive as parcelas denominadas de “quintos” ou de “décimos”, salva-guardada a exclusão efetuada expressamente no art. 1º *supra*.

Em várias ações diretas de inconstitucionalidade e em recursos, o egrégio Supremo Tribunal Federal assim decidiu, em face do

sentido e alcance dos arts. 37, item XI, e 39 § 1º, da C.F, *ipsis litteris*:

“REMUNERAÇÃO — TETO. Ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade nº 14, Plenário desta Corte assentou que, na compreensão do teto de que cogita o inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal, não são consideradas as vantagens individuais”. (Destaque do original) (RE 164.573, in D.J. de 15/12/95). Nessa linha foram adotadas decisões nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs. 1273 — PE, in D.J. de 10/8/95: 1344 — Es, in D.J. de 19/4/96; e 1331-9 — PI; nos Recursos Extraordinários n.ºs. 141.788 — CE, in R.T.J. 152/243; 144.555-6 — SP, in D.J. de 10/8/95; 156.130-1 — GO, in D.J. DE 18/6/93; 160.860 — PR, in D.J. de 23/6/95; e 164.573 — PR, in D.J. de 15/12/95; e nos Recursos em Mandado de Segurança n.ºs. 21.840-5 — DF, in D.J. de 4/11/94; e 21.841-3 — DF, in D.J. de 9/6/95.

O simples cotejo entre a definição de remuneração, ínsita no art. 1º, III, da Lei nº 8.852, e as enumeradas decisões, prolatadas pelo STF, evidencia o conflito entre ambas. Entretanto, vez que o entendimento judicial deflui dos arts. 37, XI, e 39, § 1º, da Carta, a ilação que se extrai consiste no reconhecimento da inadequação desse Diploma Legal aos referidos comandos constitucionais.

Exposto isto, exsurge a necessidade de dilucidar a dúvida objeto da consulta, ou seja, impõe-se decidir sobre a exclusão das parcelas a que alude o art. 62 da Lei nº 8.112, de 1990, do limite máximo de retribuição estabelecido no Art. 37.

Essa decisão requer o exame da aplicabilidade de norma considerada dissonante da Lei Fundamental, contudo ainda não assim declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parece suficiente ao desate da pendência que se verifiquem as decisões do STF, adotadas uma, em 11 de dezembro de 1961, no Recurso de Mandado de Segurança nº 8.372 — Ceará, à unanimidade, para desprover recurso, ut notas taquigráficas, onde o Relator, Senhor Ministro Pedro Chaves, pondera a necessidade de “distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não-aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação

de qualquer Tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado” e, outra, em 29 de março de 1990, quando foi apreciado pedido de liminar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221 — DF, ficando ementado, na forma que se segue, excerto do respectivo acórdão, verbis:

“Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de leis posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia — e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade —, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais” (D.J. de 22/10/93).

Com o intuito de melhor subsidiar a decisão da autoridade competente no tocante à aplicação das normas a serem observadas no cálculo do “teto” estipendiário, impende ademais ponderar que o STF firmou jurisprudência no sentido de que a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade da lei surte efeitos erga omnes e ex tunc (Pareceres proferidos pelos Ministros Moreira Alves e Rodrigues Alckmin, no processo administrativo nº 4.477/72, in D.J. de 16/5/77, pp. 3.123 e 3.124, Decisões adotadas no Recurso Extraordinário nº 93.356, in R.T.J. nº 97, p. 1.369; e nas Representações nºs. 971, 1.016 e 1.077, in R.T.J. nºs. 87, p. 758; 95, p. 993; e 101, p. 503, respectivamente).

É jurisprudência consignada por Gilmar Ferreira Mendes na obra *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 253/4, com o seguinte jaez:

“Desde então, não mais se coloca em dúvida, na doutrina e na jurisprudência, a eficácia erga omnes da pronúncia de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de normas. Uma alteração posterior do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal deixou assente que, apenas na hipótese de decisão proferida no controle in-

cidental de normas (art. 178), estava a Corte obrigada a informar o Senado Federal sobre a declaração de inconstitucionalidade.

Admite-se, atualmente, na doutrina que a eficácia erga omnes da pronúncia de inconstitucionalidade no controle abstrato de normas tem hierarquia constitucional. Sustenta-se com base no argumento a contrario, lastreado no art. 52, X, da Constituição que a suspensão da aplicação da lei inconstitucional pelo Senado Federal é exigida apenas nos casos de declaração incidental de inconstitucionalidade.

.....
A lei declarada inconstitucional é considerada, independentemente de qualquer outro ato, nula ipso jure e ex tunc”. São acordes com essas proposições José Afonso da Silva, Ferreira Filho (mencionados na aludida Obra) e Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Ed. Malheiros, 6ª ed., p. 277).

Destarte, em se concluindo pela continuidade da aplicação da norma considerada pelo Chefe do Poder Executivo conflitante com o Texto Fundamental, até ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, implicaria reconhecimento da nulidade absoluta dos atos praticados anteriormente à declaração judicial da eiva da lei, possivelmente quando teriam sido constituídos fatos consumados.

No entanto, Gilmar Ferreira Mendes registra tendência jurisprudencial da excelsa Corte, diversa do reconhecimento de que esses atos administrativos sejam nulos, com o seguinte teor:

“A disposição declarada inconstitucional no controle abstrato de normas não mais pode ser aplicada, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal. Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de ilicitude. Essa orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar, todavia, tentati-

va no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade.

Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade e sua aplicação continuada produziria consequências que não poderiam ser olvidadas. A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como fato eficaz, apto a produzir consequências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público. Esse seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, se configurasse uma quebra da segurança jurídica e do princípio da boa fé." (Op. cit, pp. 253/4).

A prosperar a tese da eficácia do ato administrativo editado anteriormente à declaração da inconstitucionalidade da lei que a este serviu de suporte jurídico, poderão subsistir fatos sociais com resultados jurídicos diversos, de um lado por terem precedido a decisão judicial e, de outro, reputarem-se sucedâneos à prestação jurisdicional.

III

Em síntese, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal imprime a convicção de que é desconforme com as aludidas normas constitucionais considerarem-se as vantagens de caráter pessoal no cálculo do limite máximo de retribuição (as parcelas de que cuida o art. 62 da Lei nº 8.112 possuem essa conotação), como ocorre com o item III do art. 1º da Lei nº 8.554, de 1994, facultado no entanto ao Presidente da República decidir a respeito da não aplicação desse dispositivo, enquanto não apreciar sua constitucionalidade pela Corte.

No entanto, dada a desenganada inadequa-

ção do Art. 1º, III, aos cânones constitucionais, evidenciada pelas iterativas decisões do STF, recomenda-se novo disciplinamento da matéria, de modo a positivar regras mais judiciosas e consentâneas com a sistemática constitucional (não se tem notícia da propositura de ação com o objetivo de estabelecer o controle normativo quanto ao tema da espécie), a fazer-se até mesmo mediante a edição de medida provisória, pois afigura-se relevante e urgente o restabelecimento da ordem jurídica" (v. o Parecer nº GQ — 120, de 17/12/96, que adotou o Parecer nº AGU/WM-9/96, de 8/11/96, in D.O. de 13/2/97, p. 2.583).

5. Com a superveniência da Lei nº 9.624, de 1998, ficaram excluídos da retribuição, para "efeito do cálculo do limite máximo estabelecido pelo artigo 3º da Lei nº 8.852, de 4 de fevereiro de 1994", as "parcelas relativos à diferença de vencimentos nominalmente identificada decorrente de enquadramento e os décimos incorporados".

6. Persistiu o Pretório Excelso em adotar decisões consentâneas com a exclusão das vantagens pessoais do denominado "teto". A fim de demonstrá-lo, é bastante reproduzir o seguinte ex-certo do despacho exarado na oportunidade em que foi examinado o pedido de Suspensão de Segurança nº 1583 — AM, in D.J. de 24 de maio de 2000, p. 13:

"O que deflui do acórdão é isto: enquanto não aplicável o novo art. 37, XI "permanecerá igualmente paralisada, na lei amazonense, a pretensão a sujeitar-se ao teto nele fixado as vantagens pessoais de toda a espécie, que a jurisprudência firmada no Tribunal sob a vigência da Constituição originária, assentou ser imune à limitação". (Voto do Ministro S. Pertence, Relator)".

III

7. Dirimido que a vantagem a que alude o item III do art. 184 da Lei nº 1.711 exclui-se do limite máximo de remuneração, dado caracterizar-se como de direito personalíssimo, impende dilucidar que os cargos de Consultor Jurídico eram providos em caráter efetivo até

o advento do Decreto-lei nº 200, de 1967, cujo art. 205, parágrafo único, estabeleceu: à “*medida que se forem vagando, os cargos de Consultor Jurídico atualmente providos em caráter efetivo passarão a sê-lo em comissão*”.

8. Vez que efetuou-se aposentadoria em cargo de Consultor Jurídico qualificado de efetivo, impõe-se a necessidade de perquirir sobre a classificação dele, se de carreira ou isolado, em face do comando do Art. 184. A configuração de cargos de carreira e isolados foi enfocada por esta AGU, deslindando que, a “*exemplo do regimento efetuado pelo Decreto-lei nº 1.713, de 1939, art. 6º, o conceito de carreira, esculpido no art. 7º da Lei nº 1.711, adstringiu-se ao aglomerado de classes norteadas pelas atribuições, com o seguinte teor:*

“Art. 7º Carreira é um agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, com denominação própria.

§ 1º As atribuições de cada carreira serão definidas em Regulamento.

.....”

Assentou-se a aceção do vocábulo “*classe*” como sendo “*um agrupamento de cargos da mesma profissão ou atividade e de igual padrão de vencimento*” (art. 6º da Lei nº 1.711).

A carreira estruturou-se em razão da profissão, dos conhecimentos especializados e da natureza das atribuições e, as classes compreendidas na carreira, indicavam os vencimentos e os cargos de mesmas atribuições e responsabilidades.

Idêntico sentido mantiveram as classes na antiga sistemática de classificação de cargos, instituída pela Lei nº 3.780, de 1960, art. 4º, e no atual plano de classificação a que alude a Lei nº 5.645, de 1970, conforme o conceito inserto no art. 3º do Decreto nº 70.320, de 1972.

O atual estatuto dos servidores públicos civis federais é silente a respeito do sentido que se empresta ao termo “*carreira*”, em razão de o art. 39 da Constituição, na redação original e em vigor na data da edição da Lei nº 8.112, haver determinado a instituição de regime jurídico único e de plano de carreiras, passando o conceito destas a constituir ma-

téria do respectivo sistema. Tanto assim que o parágrafo único do art. 10 da Lei nº 8.112 prescreveu: a lei fixadora das diretrizes da organização de carreiras, na Administração Federal, e seus regulamentos estabelecerão os requisitos para o ingresso e o desenvolvimento do servidor, mediante promoção. Dito Art. 39, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, vinculou a promoção à carreira e qualificou a participação em cursos de formação e aperfeiçoamento como requisito para a obtenção dessa melhoria.

O escopo da estruturação das carreiras consiste, só e só, em viabilizar que o servidor possa evoluir, ascender, como se depreende do sentido léxico do vocábulo:

“Carreira. (Do lat. Vulg. Carraria, i.e., “*via carraria*”,

“*caminho de carro*”). ... Fazer carreira. 1. Alcançar boa posição social e/ou profissional.”.

Sem receio de incorrer em que invoco, pode ser asseverado que o sistema de classificação de cargos, organizado em carreiras e estas compostas de classes e cargos, tem o objetivo de possibilitar a promoção, assim considerada como a elevação de servidor de classe a classe, como se ressume dos arts. 44 e 47 do Decreto-lei nº 1.713/39; 39 e 41 da Lei nº 1.711/52; 29 da Lei nº 3.780/60; e 2º, parágrafo único, do Decreto nº 84.669, de 1980 (regulamentou o art. 6º da Lei nº 5.645/70, que intitulou a promoção de “*progressão funcional*”). Posiciona-se o servidor em carreira com o intuito de regulamentar sua evolução funcional e, depois de determinado tempo de exercício de suas atribuições e de aperfeiçoamento, capacitar-se a desenvolver, em decorrência da promoção, as atividades de mesma natureza, porém mais complexas e de maior responsabilidade.

A contrário senso, cargo isolado é o que não se estruturou em carreira, ou seja, não quis o legislador contemplar seu titular com a promoção.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu liames entre o provimento de cargo, mediante habilitação em concurso público, a promoção e a carreira, bem assim distinção precisa entre esta e o cargo isolado, na oportunidade em que adotou decisão definitiva pertinente

à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 231-7, cujo acórdão ficou assim ementado (in D.J. de 13/11/92):

“EMENTA: — Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos.

— O critério de mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o em carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subseqüentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento que é a “promoção”.

Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados.

— O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o “aproveitamento”, uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo.

Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para declarar inconstitucionais os artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro” (Destaque acrescidos)” (v. o Parecer nº GQ — 185, de 29/12/98, que adotou o Parecer nº AGU/WM-29/98, de 23/12/98).

9. Acresçam-se outras opiniões de doutrinadores que comungam no entendimento supra, ligado ao conceito de cargo isolado e de carreira, efetuando-se os destaques atinentes às espécies:

“Cargo de carreira ou dinâmico é aquele

em que o funcionário, embora desempenhando a mesma espécie de serviço, tem possibilidade de ascender gradativamente na escala hierárquica.

Cargo isolado ou estático é aquele em que o funcionário não tem possibilidade de ascender na escala hierárquica” (José Cretella Júnior; Curso de Direito Administrativo, Forense, 5ª ed., 1977, p. 477).

“Cargo de carreira — é o que se escalona em classes, para acesso privativo de seus titulares, até o da mais alta hierarquia profissional.

“Cargo isolado — é o que não se escalona em classes, por ser o único na sua categoria” (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo. Malheiro Editores, 23ª ed., 1998, p. 349).

“Cargo isolado — é aquele que não compõe carreira com qualquer outro, pela natureza das atribuições respectivas, as quais não guardam similaridade com as de nenhum outro cargo” e “cargo de carreira é aquele disposto ou situado em alguma sucessão coordenada e certa com outros...” (Ivan Barbosa Rigolin, Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 1993, p. 38).

10. Por conseguinte, é válida a ilação de que o cargo efetivo de Consultor Jurídico classifica-se como cargo isolado.

IV

11. Em síntese, conclua-se, em tese, que:

a) a vantagem do inciso III do art. 184 da Lei nº 1.711, de 1952, não é considerada para fins de cálculo do denominado “teto”, enquanto observado o limite de retribuição a que se refere o item XI do art. 37 da Constituição, na redação original;

b) o cargo efetivo de Consultor Jurídico é isolado e, assim, ao servidor nele aposentado aplica-se o disposto no preceito estatutário aludido na alínea anterior, desde que preenchidos os requisitos insertos nas normas que regulam sua incidência.

Sub censura.

Brasília, 5 de dezembro de 2000.

Wilson Teles de Macêdo

Consultor da União