

SUBSÍDIO E GRATIFICAÇÕES INCORPORADAS: GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO ADQUIRIDO

SUBSIDY OR ALLOWANCE AND INCORPORATED BONUSES: CONSTITUCIONAL GUARANTEE TO VESTED RIGHTS

Paulo Cesar Velloso Quaglia Filho¹

Recebido em: 19.1.2016

Aprovado em: 11.4.2016

Resumo: O estudo, partindo de uma análise da remuneração mediante subsídio, de sua relação com a regra de teto e da verificação de quais parcelas são por ele absorvidas, conclui, ao final, consubstanciarem-se as gratificações de direção, chefia e assessoramento, regularmente já incorporadas, em direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF/88), fugindo à discussão atinente à inexistência de direito adquirido a regime jurídico, limitando-se, no entanto, ao teto remuneratório.

Palavras-chave: Subsídio; Teto remuneratório constitucional; Gratificações incorporadas; Direito adquirido.

Sumário: 1 Introdução. 2 Subsídio e regra de teto. 3 Gratificações incorporadas e direito adquirido. 4. Conclusões.

Abstract: The study, based on an analysis of pay by subsidy or allowance, its relationship with the wage cap rule and verification of which plots are by it absorbed, concludes, at the end, being the management, leadership and advisory bonuses, regularly already incorporated, vested rights (article 5º, XXXVI, from the CF/88), therefore fleeing the discussion pertaining to the lack of entitlement to legal framework, limited, however, to the wage cap.

Keywords: Subsidy or Allowance; Constitutional wage cap; Incorporated bonuses; Vested rights.

1 Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

1 INTRODUÇÃO

A criação da nova modalidade de remuneração por meio de subsídio, a partir da EC n° 41/2003, obrigatória para os membros de Poder, para os detentores de mandato eletivo, para os Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais (art. 39, § 4°, da CF/88), para os membros do Ministério Público (art. 128, § 5°, da CF/88), para os membros das carreiras da Advocacia Pública e da Defensoria Pública (art. 135 da CF/88) e para as carreiras policiais de que trata o art. 144 da CF/88, e facultativa para os demais servidores estatutários organizados em carreira (art. 39, § 8°, da CF/88), tem gerado, na sua implementação, sérias perplexidades, dúvidas e controvérsias, em especial sobre a abrangência e os reflexos, nas políticas remuneratórias, do conceito de subsídio.

Diante do grande número de estatutos jurídicos a que submetidos os diversos servidores públicos, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios, cada qual prevendo um sem número de direitos, parcelas, vantagens, etc., inúmeras dúvidas sobre quais as verbas do regime anterior à implementação do subsídio - não obstante a redação do art. 39, § 4°, da CF/88 - coexistem ou podem coexistir no novo paradigma de remuneração em parcela única, produzem questionamentos administrativos, no âmbito dos Tribunais de Contas e dos Conselhos e até mesmo disputas judiciais.

No presente trabalho, a par de se procurar sistematizar um entendimento geral sobre a matéria, uma questão em especial desperta atenção: a da possibilidade de as gratificações de direção, chefia e assessoramento, regularmente já incorporadas pelo servidor, serem mantidas, ou não, sob o regime de remuneração por meio de subsídio.

A fim de tornar mais clara a exposição, optou-se por uma divisão dúplice: parte-se da análise da remuneração mediante subsídio e de sua relação com a regra de teto e se chega à verificação de quais parcelas podem ser cumuladas e se é possível a cumulação com gratificações incorporadas. Tal divisão tem por finalidade uma melhor sistematização do tema, tornando fácil sua assimilação e posterior consulta.

No primeiro tópico, se analisa o que representa a remuneração mediante subsídio, o que este abrange e que espécie de parcelas podem ser ou não com ele cumuladas, bem como a relação destas parcelas com a regra que estabelece o limite remuneratório em cada ente federado.

Na segunda parte, se analisa, a partir da interpretação sobre a natureza do subsídio e de sua cumulatividade com outras verbas, especialmente as vantagens pessoais de caráter subjetivo do tipo *propter laborem*, se é possível que as gratificações pelo exercício de funções extra-cargo, regularmente incorporadas, convivam, sob a tutela do direito adquirido, com o regime de remuneração por meio de subsídio, bem como, por fim, seu efeito sobre o teto remuneratório.

Por fim, chegam-se às conclusões, apresentadas em forma de tópicos, devidamente enumeradas.

Assim, se verá, neste estudo, uma breve reflexão sistematizada sobre subsídio, sua relação com o teto remuneratório e a possibilidade de sua cumulação com outras parcelas remuneratórias, com especial atenção às funções gratificadas incorporadas, esperando que seja de utilidade para os operadores do direito interessados no assunto, e mesmo possa ajudar a trazer subsídios para a discussão no meio jurídico nacional.

2 SUBSÍDIO E REGRA DE TETO

De início, ressalte-se que se trata de matéria extremamente controversa e ainda não plenamente analisada e pacificada, tanto doutrinária quanto jurisprudencialmente, de modo que, no presente estudo, trata-se de fazer uma análise geral das questões envolvidas, buscando-se extrair uma conclusão lógica e juridicamente sistematizada.

Dito isso, importante esclarecer a distinção entre subsídio e teto remuneratório, a fim de fixar as premissas básicas para análise da matéria em debate.

O subsídio tem como norma-base constitucional o art. 39, § 4º, da Carta Magna, que assim dispõe:

“Art. 39, § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (g.n.)

Já no que tange ao teto remuneratório, verifica-se que sua base constitucional se encontra no art. 37, inciso XI, da CF/88, *in verbis*:

“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; (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 41, 19.12.2003)” (g.n.)

Na lição de José Afonso da Silva²:

“Espécies remuneratórias. A EC-19/98 modificou o sistema remuneratório dos agentes públicos, com a criação do subsídio, como forma de remunerar agentes políticos e certas categorias de agentes administrativos civis e os militares. Usa a expressão espécies remuneratórias, como gênero, que compreende: o subsídio, o vencimento (*singular*), os vencimentos (*plural*) e a remuneração.
(...)

O subsídio, agora reincorporado à Constituição por força do art. 5º da EC-19/98, difere substancialmente daquele tipo referido acima, porque: (a) não é forma de retribuição apenas a titulares de mandato eletivo; (b) tem natureza de remuneração, é mesmo considerado pelo novo texto constitucional uma espécie remuneratória; (c) é fixado em parcela única. O subsídio é obrigatório ou facultativo. É obrigatório para detentores de mandato eletivo federal, estadual e municipal (Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e Prefeitos Municipais; Senadores, Deputados e Vereadores), para Ministros de Estado, Secretários de Estado e de Municípios, membros do Poder Judiciário (Ministros, Desembargadores e Juizes), membros de Tribunais de Contas (por força das remissões contidas nos arts. 73, § 3º, e 75), membros do MP Federal e Estadual, Advogados da União, Procuradores de Estado e do Distrito Federal, Defensores Públicos e dos servidores policiais (civis e militares)³. É facultativo, como forma de remuneração de servidores

2 SILVA, J.A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 681-683.

3 Cf. arts. 227, § 2º; 28, § 2º; 29, V e VI; 39, § 4º; 48, XV; 49, VII e VIII; 93, V; 128, § 5º, I, c; 135; e 144, § 9º, de acordo com enunciado da EC-19/98.

públicos organizados em carreira, se assim dispuser a lei (federal, estadual ou municipal, conforme a regra de competência).

Consoante se disse acima, o subsídio é fixado em parcela única, “vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI”. A remissão a esses dois incisos do art. 37 significa que: (a) o subsídio, excluído o de mandato eletivo, sujeito a regime próprio, só poderá ser fixado e alterado por lei específica; (b) é assegurada sua revisão anual, que só poderá ser para aumentá-lo, nunca para reduzi-lo, pois sua irredutibilidade é também garantida no art. 37, XV, para ocupantes de cargos e empregos públicos, excluídos os subsídios de mandato eletivo; (c) fica sujeito ao teto que corresponde: (c.1) no âmbito federal, ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; (c.2) nos Estados e Distrito Federal, ao subsídio do Governador, no âmbito do Poder Executivo; e ao subsídio dos Deputados Estaduais no âmbito do Poder Legislativo; e ao 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, incluindo nesse limite os membros do Ministério Público, os Procuradores e os Defensores Públicos; (...)” (g.n.)

Uma primeira conclusão, nesse passo, é a de que o subsídio, aplicável aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, por força do art. 135 da CF/88, deve ser fixado em parcela única.

No entanto, em assim sendo, qual a utilidade da regra de teto? Afinal, à primeira vista e em conclusão apressada, nunca se poderia ultrapassar o valor do subsídio, se nenhuma outra parcela pudesse ser agregada; subsídio e teto, nesse contexto, se confundiriam. Não é o que ocorre, porém.

Com efeito, a única utilidade lógico-jurídica de existir uma regra de teto, a par e diversa da regra de fixação do subsídio, é a previsão da possibilidade jurídica de a remuneração do servidor público (incluindo aquela remuneração fixada na forma de subsídio) ultrapassar o subsídio fixado em lei, e isto pela adição de outras parcelas àquela parcela única, sejam elas de natureza remuneratória ou não.

A questão é: em quais ocasiões isso pode, validamente, ocorrer?

Por primeiro, pertinente a transcrição do seguinte excerto da mesma obra precitada⁴:

“(...)”

O conceito de parcela única há de ser buscado no contexto temporal e histórico e no confronto do § 4º do art. 39 com outras disposições constitucionais, especialmente

4 SILVA, J.A. *op. cit.*, pp. 683-684.

o § 3º do mesmo artigo. Sendo uma espécie remuneratória de trabalho permanente, significa que é pago periodicamente. Logo, a unicidade do subsídio correlaciona-se com essa periodicidade. A parcela é única em cada período, que, por regra, é o mês. Trata-se, pois, de parcela única mensal. Historicamente, subsídio era uma forma de retribuição em duas parcelas: uma fixa e outra variável. Se a Constituição não exigisse parcela única, expressamente, essa regra prevaleceria. A primeira razão da exigência de parcela única consiste em afastar essa duplicidade de parcelas que a tradição configurava nos subsídios. A proibição expressa de acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória reforça o repúdio ao conceito tradicional e elimina o vício de fragmentar a remuneração com múltiplos penduricalhos, que desfiguram o sistema retributivo do agente público, gerando desigualdades e injustiças. Mas o conceito de parcela única só repele os acréscimos de espécies remuneratórias do trabalho normal do servidor. Não impede que ele aufera outras verbas pecuniárias que tenham fundamentos diversos, desde que consignados em normas constitucionais. Ora, o § 3º do art. 39, remetendo-se ao art. 7º, manda aplicar aos servidores ocupantes de cargos públicos (não ocupantes de mandato eletivo, de emprego ou de funções públicas) algumas vantagens pecuniárias, nele consignadas, que não entram naqueles títulos vedados. Essas vantagens são: o décimo-terceiro salário (art. 7º, VIII), que não é acréscimo à remuneração mensal, mas um mês a mais de salário; subsídio noturno maior do que o diurno (art. 7º, IX); salário-família (art. 7º, XII); o subsídio de serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% ao do normal (art. 7º, XVI); o subsídio do período de férias há de ser, pelo menos, um terço a maior do que o normal (art. 7º, XVII). Como se vê, o subsídio, nesses casos, não deixa de ser em parcela única. Apenas será superior ao subsídio normal. Demais, o novo § 7º do art. 39 prevê a possibilidade de adicional e prêmio, no caso de economia com despesas correntes em cada órgão etc., quebrando ele próprio a unicidade estabelecida.”(g.n.)

Também importa ter em mente a lição de Alexandre de Moraes⁵:

“-para efeitos dos limites estabelecidos nos dois itens anteriores, a EC n° 47/05 (CF, art. 37, § 11), expressamente, excluiu as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. Determinou, ainda, como regra de transição (art. 4º, EC n° 47/05), a aplicação de toda legislação definidora de parcelas de caráter indenizatório, enquanto o Congresso Nacional não editar lei específica sobre o assunto.”(g.n.)

As regras constitucionais analisadas estão assim versadas:

“Art. 37 - (...)

§ 11. Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 47, de 2005)”

5 MORAES, A. *Direito Constitucional*, 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 356.

“Art. 39 - (...)

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

Uma segunda conclusão, pois, é a de que a parcela única de que trata a CF/88 quando se refere ao subsídio diz respeito à remuneração pelo trabalho diretamente atinente ao cargo, considerado cargo como um conjunto de atribuições e responsabilidades legalmente estabelecido. Nesse sentido, *v.g.*, são os arts. 19, inciso I, da CE/89 do Estado do Rio Grande do Sul e 3º da LCE/RS nº 10.098/94 – Estatuto dos Servidores do Estado, *in verbis*:

Art. 19 - (...)

I - os cargos e funções públicos, criados por lei em número e com atribuições e remuneração certos, são acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos legais; (...)

“Art. 3º - Cargo público é o criado por lei, em número certo, com denominação própria, consistindo em conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, mediante retribuição pecuniária paga pelos cofres públicos.” (g.n.)

Nesse sentido, ainda, expõe Gustavo Santanna⁶:

“Os cargos e empregos são unidades específicas de atribuições, criados por lei (ou resolução, no caso da Câmara e do Senado, arts. 51, IV e 52, XIII, da CRFB/88), localizadas no interior dos órgãos públicos, com denominação, função e responsabilidades próprias, previstas na estrutura organizacional, distinguindo-se unicamente pelo regime jurídico e tipo de vínculo que liga o agente ao Estado. Logo, não existe cargo sem função.” (g.n.)

Diante disso, o que se deve considerar que o subsídio veio a absorver é a remuneração intrínseca ao regime jurídico compositivo do cargo.

Sobre o regime compositivo da remuneração, encontramos a lição básica, assim fundamentada pelo Procurador do Estado do Rio Grande do Sul aposentado, Mário Bernardo Sesta⁷:

6 SANTANNA, G. *Direito Administrativo*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 145.

7 SESTA, M. B. *Crêterios Constitucionais sobre Remuneração Pública*, publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado, nº 47, 1989, p.36.

“(...)

Tendo em vista o alcance desses critérios, o universo de singularidades formais, representado pelas parcelas pertinentes à remuneração pública, pode ser agrupado em duas grandes categorias.

Na primeira delas, reuniríamos todas as modalidades remuneratórias que respondam a uma causa genérica de pagar e perceber. Aqui se incluem as parcelas igualmente percebidas por todos os funcionários, servidores ou agentes do poder público pertinentes a um mesmo quadro, carreira ou sistema de atividade.

Nessa categoria há dois grupos. Um deles reúne as parcelas de cunho nitidamente contraprestacional que, fora as peculiaridades decorrentes do interesse público, dir-se-iam correspondentes ao “salário” do glossário jurtrabalhista: são os “vencimentos” da maior parte dos funcionários e agentes do poder público; os “subsídios” de alguns dos condutores políticos; as “custas” dos titulares e agentes de determinadas serventias. Outro reúne parcelas que, sem perder o cunho contraprestacional, tem-no circunstanciado por fatores diversos de caráter indenizatório, compensatório ou de estímulo; são as “verbas de representação”, os auxílios transporte, moradia, a gratificação de incentivo à arrecadação - GIA.

Sempre, porém, pagas em dinheiro (art. 37, XI) e percebidas igualmente por todos os membros do mesmo quadro, carreira, etc.

Na segunda categoria, reuniríamos todas as modalidades remuneratórias que respondam a uma causa singular ou específica de pagar e perceber.

Aqui se incluem parcelas aparentemente muito díspares, tais como as “funções gratificadas” em todas as suas espécies, a “estabilidade financeira”, os adicionais por tempo de serviço, os triênios, quinquênios, etc...: o denominador comum é a singularidade da causa de pagar, seja ela subjetiva, como no caso das “funções gratificadas”, seja objetiva, como no caso de todos os adicionais “pro tempore”.

(...)”(g.n.)

Complementando, o magistério de Hely Lopes Meirelles⁸:

*“As vantagens pecuniárias podem ser concedidas tendo-se em vista unicamente tempo de serviço, como podem ficar condicionadas a determinados requisitos de duração, modo e forma de prestação de serviço (vantagens modais ou condicionais). As primeiras tornam-se devidas desde logo e para sempre com o só exercício do cargo pelo tempo fixado em lei; as últimas (modais ou condicionais), exigem, além do exercício do cargo, a ocorrência de certas situações, ou o preenchimento de determinadas condições ou encargos estabelecidos pela Administração (...). O que convém fixar é que as vantagens por tempo de serviço integram-se automaticamente ao padrão de vencimento, desde que consumado o tempo estabelecido em lei, ao passo que as vantagens condicionais ou modais, mesmo que auferidas por longo tempo em razão do preenchimento dos requisitos exigidos para a sua percepção, não se incorporam ao vencimento, a não ser quando essa integração for determinada por lei. E a razão dessa diferença de tratamento está em que as primeiras (por tempo de serviço) são vantagens pelo trabalho já feito (**pro labore facto**), ao passo que as outras (condicionais ou modais) são*

⁸ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 390.

vantagens pelo trabalho que está sendo feito (pro labore faciendo), ou, por outras palavras, são adicionais de função (ex facto officii) ou são gratificações de serviço (propter laborem) ou, finalmente, são gratificações em razão de condições pessoais do servidor (propter personam). Daí por que quando cessa o trabalho, ou quando desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas adicionais de função, gratificações de serviço, ou gratificações em razão de condições pessoais do servidor.”

Sistematizando tais lições doutrinárias, se conclui que a remuneração pode ser composta das seguintes parcelas: vencimento básico; parcelas com causa de pagar gerais (igualmente percebidas por todos os servidores pertencentes ao mesmo quadro, p.ex. verbas de representação); e parcelas com causa de pagar individuais ou pessoais, estas de caráter objetivo (p.ex., adicional por tempo de serviço) ou subjetivo (também chamadas condicionais ou modais); subdividindo-se, estas últimas, nos tipos *ex facto officii* (ligadas ao exercício das funções do cargo em caráter especial, p.ex., adicional de insalubridade, periculosidade ou penosidade), *propter personam* (ligadas a condições pessoais do servidor, p.ex., adicionais por qualificação profissional) e *propter laborem* (ligadas ao exercício de funções extra-cargo, p.ex., gratificações de direção, chefia ou assessoramento).

Desse modo, se o subsídio veio a absorver a remuneração intrínseca ao regime jurídico compositivo do cargo, vê-se que tal compreende assim o básico, verbas de representação e toda e qualquer parcela ligada à natureza inerente ao mesmo, tais como vantagens pessoais de caráter objetivo, bem como as de caráter subjetivo, mas ligadas às funções inerentes ao cargo, p.ex., no primeiro caso, adicionais por tempo de serviço e, no segundo, adicionais de insalubridade, periculosidade e produtividade, gratificações de estímulo ou incentivo, etc.

Isso é o que se extrai, aliás, da análise do art. 8º da EC nº 41/2003:

“Art. 8º Até que seja fixado o valor do subsídio de que trata o art. 37, XI, da Constituição Federal, será considerado, para os fins do limite fixado naquele inciso, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação desta Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder

Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal a que se refere este artigo, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.” (g.n.)

Por outro lado, estariam excluídas do subsídio as vantagens pessoais de caráter subjetivo (também chamadas de condicionais ou modais), quando do tipo *propter laborem* (decorrentes do exercício de serviços extra-cargo).

Isso porque se tratam de concessões legais que só se operacionalizam em função das condições personalíssimas de cada servidor, em razão do exercício momentâneo de uma determinada função, fora das atribuições inerentes ao cargo, e, conseqüentemente, não poderiam ser universalizadas para os cargos congêneres, de vez que não decorrem do cargo em si, e sim do exercício funcional de cada servidor.

Visto isso, portanto, conclui-se que não se veda a cumulação da remuneração pelo exercício das atribuições e responsabilidades inerentes ao cargo do servidor (remuneração esta, na situação tratada neste estudo, alcançada na forma de subsídio, ou seja, em parcela única), com eventual(ais) remuneração(ões) decorrente(s) do efetivo exercício de outras funções (vantagens pessoais subjetivas, do tipo *propter laborem*, como, *v.g.*, funções de direção, de assessoramento, etc.); nem com parcelas asseguradas constitucionalmente, como direitos sociais (art. 39, § 3º, que remete ao art. 7º, incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX) ou o abono de permanência (art. 40, § 19); e tampouco com parcelas de caráter indenizatório (arts. 37, § 11 c/c 4º da EC nº 47/2005).

Quanto a estes dois últimos tipos de parcelas, há temperamentos no que diz com a aplicação do teto remuneratório: enquanto as parcelas de caráter indenizatório são expressamente excluídas do limite constitucional pelo § 11 do art. 37, o entendimento em relação às demais parcelas asseguradas constitucionalmente (direitos sociais, abono de permanência) é o de que se submetem a tal limitação, porém de forma isolada (ou seja, não cumulada com a remuneração), sob o argumento de que seria incongruente interpretação no sentido de se admitir que a Carta Magna assegurasse tais parcelas, por um lado, e as excluísse, de outro lado, em virtude da regra de teto (em outras palavras, que a Constituição Federal desse com uma mão e tirasse com a outra).

No mais, quanto ao primeiro tipo supra referido (remuneração decorrente do exercício de outras funções extra-cargo), importa registrar que o próprio texto constitucional, no seu art. 37, inciso XI, continua prevendo a existência de diversas espécies remuneratórias e vantagens pessoais, prevendo a possibilidade de sua cumulação – inclusive com o subsídio, limitando o valor máximo de tais cumulações, porém (*rectius*, prevendo um teto)⁹.

3 GRATIFICAÇÕES INCORPORADAS E DIREITO ADQUIRIDO

E, aqui, entra-se na questão específica trazida no presente estudo: as **gratificações de direção incorporadas**, estariam ou não *absorvidas* pelo subsídio?

No particular, parece corolário lógico concluir que, se é possível a cumulação do subsídio com gratificações pelo exercício de outras funções, quando efetivamente estão elas *sendo exercidas*, não se pode simplesmente *excluir* tal cumulação quando esta parcela veio a ser *validamente incorporada* ao patrimônio jurídico do servidor, pelo implemento dos requisitos necessários, em consonância com o que faculta ou facultava a lei (seja, *v.g.*, cf. arts. 102 e 103 da LCE nº 10.098/94, observadas as limitações impostas pelas LCEs nºs 10.530/95 e 10.845/96¹⁰, ou por outro fundamento jurídico), consubstanciando-se em ato jurídico *perfeito* e em um *direito adquirido* pelo agente público (art. 5º, XXXVI, da CF/88).

Até porque, de acordo com a jurisprudência do E. STF, o simples fato da incorporação (quando autorizada por lei) não altera a natureza jurídica desta vantagem, *in verbis*:

“E M E N T A - I. Recurso extraordinário: prequestionamento: irrelevância da ausência de menção dos dispositivos constitucionais atinentes aos temas versados. 1. O prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este

9 No sentido do que aqui exposto, cite-se, a título de exemplo, as Resoluções nºs 13 e 14/2006 do CNJ e 09/2006 do CNMP. Além disso, o PL nº 03/2011, de autoria da Senadora Gleisi Hoffmann, que visa a regulamentar a aplicação do teto em âmbito federal, também traz regras nessa mesma linha.

10 Regras aplicáveis no caso dos servidores públicos do Estado do Rio Grande do Sul, *p.ex.*

tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha. 2. É de receber-se com cautela a assertiva de que a fundamentação do voto vencido é irrelevante para a satisfação do requisito do prequestionamento: quando é patente a identidade das questões constitucionais resolvidas, de modo diametralmente oposto, pelo acórdão recorrido, de um lado, e pelo voto vencido, de outro, a invocação expressa pelo voto dissidente dos dispositivos constitucionais pertinentes às indagações que também o acórdão enfrentou e resolveu é a melhor prova de que a maioria do Tribunal não fez abstração de ditas normas, mas, sim, que lhes deu inteligência diversa. II. Vencimentos do Ministério Público estadual: teto: imunidade à sua incidência das vantagens de caráter individual, ainda que incorporadas. 1. Na ADIn 14, de 28.9.89, Célio Borja, RTJ 130/475, o STF - embora sem confundir o campo normativo do art. 37, XI, com o do art. 39, par. 1., da Constituição - extraiu, da inteligência conjugada dos incisos XI e XII do art. 37, a aplicabilidade, para fins de cálculo dos vencimentos sujeitos ao teto, do mesmo critério do art. 39, par. 1., para fins de isonomia, isto é, o de isentar do cotejo as vantagens de caráter individual. 2. Para esse efeito, constitui vantagem pessoal, e não vencimento, a retribuição percebida pelo titular de um cargo, não em razão do exercício dele, mas, sim, em virtude do exercício anterior de cargo diverso; a chamada incorporação ao vencimento da parcela correspondente não tem o efeito de alterar-lhe a natureza originária, transmutando-a em vencimento, mas apenas o de assegurar-lhe tratamento equivalente ao do vencimento-base, assim, por exemplo, para somar-se a esse e compor a base de cálculo de outras vantagens, que sobre ele devam ser calculados, ou para a aferição do valor dos proventos da aposentadoria; conseqüências essas, cuja compatibilidade com o art. 37, XIV, CF, não se impugnou no caso. 3. Na técnica do recurso extraordinário, quando o acórdão recorrido tem mais de um fundamento suficiente - tanto quanto a falta de impugnação de qualquer um deles pelo recorrente (Sum. 283) - a confirmação de um pelo STF leva ao não conhecimento do RE, ainda que o Tribunal não avalize o outro: irrelevante, assim, no caso, a contestação do recorrente à negativa, pelo acórdão recorrido, da integração do Ministério Público no Poder Executivo e conseqüente submissão dos vencimentos dos seus membros à remuneração dos Secretários de Estado (considerações teóricas a respeito). (RE 141788, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/1993, DJ 18-06-1993 PP-12114 EMENT VOL-01708-04 PP-00654)” (g.n.)

No mesmo sentido: RE 285706, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma do STF, julgado em 26/03/2002, DJ 26-04-2002 PP-00080 EMENT VOL-02066-04 PP-00731; RMS 11.459/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA do STJ, julgado em 22/03/2005, DJ 02/05/2005, p. 377.

Com efeito, não se trata, na hipótese, da velha questão atinente à inexistência de direito adquirido a regime jurídico, pacificada na jurisprudência das Cortes Superiores (exemplificativamente: AR 3.593/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2009, DJe 05/02/2010; RE 603453 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011 PUBLIC 01-02-2011 EMENTVOL-02454-06 PP-01501) – entendido como inexistência de direito adquirido à *forma de composição da remuneração*, desde que respeitada a irredutibilidade prevista no art. 37, inciso XV, da Carta Magna.

Não: aqui, resta cristalino, não se trata da forma de composição da remuneração atinente *ao cargo em si*, mas sim à remuneração *extra-cargo*, devida pelo exercício de *outra função*, como acima visto¹¹.

Trata-se, portanto, de *típica hipótese* de respeito ao **direito adquirido**, garantia *fundamental* expressa na CF/88. A esse respeito, transcreve-se, por pertinente, a lição de Sebastião Vieira Caixeta, in *Subsídios e Direitos Adquiridos* (<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8488/subsidios-e-direitos-adquiridos>):

“No recente julgamento do MS 24875, o STF decidiu pela absorção dos vencimentos, das verbas de representação e do adicional de tempo de serviço pelos subsídios. Reconheceu, todavia, a subsistência de vantagens pessoais frente ao novo regime e a preservação da garantia da irredutibilidade remuneratória. Tendo em vista a vocação de o direito novo vigor para o futuro, a mudança de regime é que faz surgir o direito adquirido, ou seja, aquele em que se verificou os requisitos fáticos e jurídicos, com fato aquisitivo específico já configurado por completo. A lei nova ou regime jurídico novo não podem retroagir para impedir a superveniência dos efeitos de direitos que foram legitimamente incorporados ao patrimônio do cidadão. As vantagens pessoais, por exemplo, referentes à incorporação de direção, chefia ou assessoramento (quintos/décimos) ou à vantagem do art. 184 da Lei n. 8.112/1990, que foram incorporadas de acordo com os parâmetros do regime já revogado, subsistem no regime dos subsídios, devendo a parcela correspondente somar-se a estes. Não se trata, nesta hipótese, de direito adquirido ao regime revogado, mas somente a preservação dos efeitos dos direitos incorporados enquanto este vigorava.”

11 Hipótese diversa seria, p.ex., a do caso em que a lei do respectivo ente federado determinasse que a verba, depois de incorporada, assumia *outra* natureza jurídica, como a de uma vantagem *propter personam*, p.ex.; nesse caso, e de acordo com a sistematização acima delineada, parece-nos que a discussão recairia, aí sim, na clássica jurisprudência sobre a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, sendo tal parcela *absorvida* pelo subsídio.

A Emenda Constitucional n. 41, art. 8º, não determinou a absorção pelos subsídios ou a extinção de tais parcelas, que subsistem portanto.

A Constituição, com status de cláusula pétrea, garante abstrata e concretamente os direitos individuais adquiridos. Essa garantia é ainda mais robusta em relação às vantagens pessoais que, nos termos do julgamento da ADI 14, estavam imunes ao teto original da Carta Cidadã, como as decorrentes da aposentadoria e da incorporação de gratificações (quintos/décimos).

É a própria Carta Magna, no art. 37, XI, que reconhece a coexistência dos subsídios com vantagens pessoais, possibilitando, pois, a soma destas com aqueles até o teto. A título de irredutibilidade remuneratória, garantida nos arts. 37, XV, 93, III, e 128, § 5º, I, “c”, da Constituição, deve-se preservar o valor nominal da remuneração percebida antes da fixação dos subsídios.”(g.n.)

Nesse sentido, importa destacar que a alteração do regime compositivo da remuneração do cargo titulado, pela adoção do sistema de subsídio, não impacta *de per se* na questão atinente à admissão de incorporação, em determinadas condições, de uma remuneração relativa ao exercício de função *diversa* daquela inerente ao *próprio cargo*.

Ressalte-se que o entendimento do E. STF em precedentes atinentes à Magistratura (exemplificativamente: RE 611479, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 30/05/2011, publicado em DJe-106 DIVULG 02/06/2011 PUBLIC 03/06/2011; AI 410946 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-81 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-05 PP-00949) não tem pertinência à hipótese concreta, uma vez que, em tais julgados, foram valoradas as circunstâncias objetivas de ter havido alteração voluntária de regime jurídico e de a LOMAN (Lei Complementar nº 35/79) não autorizar a manutenção da vantagem de que ora se cuida (art. 65, § 2º).

Diante disso, outro não é o entendimento cristalizado nas Resoluções que tratam da matéria quanto às carreiras jurídicas, permitindo-se a manutenção da vantagem, como, p.ex., no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a Procuradoria-Geral do Estado (Resolução nº 29/2010, art. 2º, inciso XV¹²), a Defensoria Pública (Resolução nº 01/2009 do CSDPE,

12 “Art. 2º - Estão compreendidas no subsídio dos Procuradores do Estado e por ele extintas todas as parcelas do regime remuneratório anterior, exceto as percebidas ou que vierem a ser percebidas decorrentes de: (...) XV — incorporação de função gratificada ou vantagem a ela legalmente equiparada.”

art. 3º, inciso VI¹³), o Tribunal de Contas (Parecer nº 08/2010) e o Ministério Público (Resolução nº 09/2006 do CNMP, art. 4º, inciso V¹⁴).

Apenas no que pertine à Magistratura não houve tal previsão, tendo em vista o que dispõe a LOMAN (art. 65, § 2º), como visto.

Saliente-se, outrossim, no particular, por derradeiro, que a jurisprudência tem entendido que a soma do subsídio com tais gratificações incorporadas *deve, sim, se limitar pelo teto* - até porque, embora não se classifiquem como remuneração por serviço prestado, se tratam, inegavelmente, de vantagens pessoais, de caráter subjetivo, como antes se viu, as quais, a partir da EC nº 41/2003, estão expressamente englobadas no limite remuneratório do serviço público (art. 37, inciso XI, da CF/88), afastando expressamente antiga jurisprudência do E. STF, firmada na ADI nº 14 (nesse sentido, a título exemplificativo: RE 560067 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-05 PP-00932; RE 466881 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009 EMENT VOL-02357-05 PP-01039; RE 217203, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 09/12/1997, DJ 20-03-1998 PP-00022 EMENT VOL-01903-08 PP-01609).

13 “Art. 3º – Estão compreendidas no subsídio de que trata o artigo anterior e são por esse extintas todas as parcelas do regime remuneratório anterior, exceto as decorrentes de:

(...)

VI – valores referentes a gratificações já incorporadas quando da entrada em vigor da Lei nº. 13.301/09;”

14 “Art. 4º Estão compreendidas no subsídio de que trata o artigo anterior e são por esse extintas todas as parcelas do regime remuneratório anterior, exceto as decorrentes de:

(...)

V – incorporação de vantagens pessoais decorrentes de exercício de função de direção, chefia ou assessoramento e da aplicação do parágrafo único do art. 232 da Lei Complementar 75 de 1993, ou equivalente nos Estados, aos que preencheram os seus requisitos até a publicação da Emenda Constitucional nº 20, em 16 de dezembro de 1998;”

4 CONCLUSÕES

Isso posto, entende-se que:

1) subsídio e teto remuneratório não se confundem;

2) há parcelas cumuláveis com o subsídio, limitadas ou não pelo teto, sendo que, quando limitadas, podem ser calculadas cumulativamente ou isoladamente em relação ao subsídio para fins de adequação ao teto remuneratório;

3) as gratificações de direção, chefia e assessoramento, regularmente já incorporadas, consubstanciam-se em direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF/88), fugindo à discussão atinente à inexistência de direito adquirido a regime jurídico, limitando-se, no entanto, ao teto remuneratório.

REFERÊNCIAS

CAIXETA, Sebastião Vieira. *Subsídios e Direitos Adquiridos*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8488/subsidios-e-direitos-adquiridos>.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

SANTANNA, Gustavo. *Direito Administrativo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SESTA, Mário Bernardo. Critérios Constitucionais sobre Remuneração Pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, nº 47, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.