

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL**

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

SIMONE MARIA PALHETA PIRES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: José Ricardo Caetano Costa; Simone Maria Palheta Pires – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-856-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

No dia 14 de novembro de 2019, no XXVIII, em Belém do Pará, nosso Grupo de Trabalho de DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL, é enriquecido com a apresentação de 15 artigos. Um dia após a vigência das duras regras impostas pela EC n. 103 /19 (antiga PEC 6/19), as reflexões em torno da previdência, saúde e assistência social predominaram nos artigos e debates que se seguiram após as apresentações dos autores. O processo de judicialização destas políticas, o que incluiu outros direitos sociais como a moradia e educação, também foram objetos de estudos dos autores e autoras que apresentaram seus trabalhos acadêmicos.

Segue, portanto, uma breve sinopse destes excelentes trabalhos selecionados e apresentados, ficando o convite para que este debate seja ampliado e ganhe outras dimensões, de modo que possamos refletir, crítica e academicamente, sobre todos estes direitos sociais no delicado momento vivido em nosso País.

No artigo “A DEMOCRACIA E A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS”, apresentado por Winston de Araújo Teixeira, o autor analisa o conceito de democracia, bem como a judicialização dos direitos sociais. Analisa a violação dos direitos sociais, pesquisando a cerca da democracia, especialmente no que respeita aos direitos trabalhistas e o processo de flexibilização.

No artigo denominado “AS AÇÕES AFIRMATIVAS NAS PERSPECTIVAS JURÍDICA E ACADÊMICA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA ATUALIZADA”, de Edmundo Alves De Oliveira, Fernando Passos, os autores objetivam construir um arcabouço teórico para sustentar a análise das ações afirmativas, especialmente na questão educacional, tendo como referência as publicações do Scopus e as legislações vigentes. Analisam a quantidade de publicações realizadas a partir destes dados.

No artigo denominado “A VIOLÊNCIA CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO ARQUIPÉLAGO DO MARAJÓ (PA) E SEU DIREITO AO RECONHECIMENTO COMO SUJEITO DE DIREITO E DE SER PROTEGIDA E RESGUARDADA, de Ana Elizabeth Neirão Reymão, Arnaldo José Pedrosa Gomes, propõe a discussão sobre a violência sexual contra a criança e o adolescente no Marajó (Pará) e a importância do direito ao reconhecimento dos mesmos como sujeitos de direito, analisando sentenças de processos

judiciais de estupro de vulnerável na Comarca de Ponta de Pedras. Apontam, na pesquisa, a falta de proteção das vítimas nos processos estudados.

No artigo denominado “AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE A RESPEITO DA INCIDÊNCIA DO "ABATE-TETO", de Raquel Varela Alípio, Carla Cristiane Ramos De Macedo, os autores buscam a fundamentação nos conceitos e entendimentos vigentes, por enriquecimento sem causa por parte do Estado e como se dá a aplicação do denominado “abate-teto”.

No artigo denominado “DIREITO À MORADIA: UMA VISÃO FACE AO DIREITO AMBIENTAL E A NECESSIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM POSSÍVEIS CONFLITOS DE NORMAS”, de Alessandra Castro Diniz Portela, Gisele Albuquerque Morais, as autoras buscam a análise do direito fundamental à moradia, enfocando as limitações trazidas pelo Direito Ambiental, bem como a obrigação do Estado em garanti-la. Analisam o processo de judicialização de políticas públicas, sustentando esse processo.

No artigo denominado “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: DIREITO DE SAÚDE”, de autoria de Fernando da Silva Luque, o autor analisa os direitos e garantias fundamentais à saúde, descrevendo a distribuição de medicamentos, observados os institutos da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial, dos primórdios normativos pátrios à Magna Carta.

No artigo denominado “ERRADICAÇÃO DA POBREZA: CONTRIBUIÇÕES DO PROGRAMA DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA BOLSA FAMÍLIA PARA O CUMPRIMENTO DO ODS1 (OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 1) DA AGENDA 2030 DA ONU”, de Rodimar Silva Da Silva, Martín Perius Haeblerlin, reflete sobre o Programa Bolsa Família (PBF) contribui para o cumprimento do ODS1, de erradicação da pobreza, da agenda 2030-ONU. Analisa que as políticas públicas de inserção ao mercado de trabalho para geração de renda, além das políticas de inclusão social como garantias de direitos, precisam ser transversais e integradas ao PBF.

No artigo denominado “IMPACTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016 SOBRE A SAÚDE ESTADUAL”, de Gleice de Nazaré Barroso Lima, Eliana Maria De Souza Franco Teixeira, as autoras investigam as consequências trazidas pela Emenda Constitucional nº 95 de 2016, no que diz respeito ao orçamento público e aos repasses de verbas pela União aos Estados e Municípios, especificamente à Região Norte, Estado do Pará, e à desproporção dos níveis de desigualdades sociais visíveis naquele Estado.

No artigo denominado “MALVERSAÇÃO DE DIREITO SOCIAL EM TEMPOS DE REFORMAS: REFLEXÕES SOBRE AS FINALIDADES E FRAGILIDADES DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA”, de Viviane Freitas Perdigão Lima, Renata Caroline Pereira Reis, analisa o benefício assistencial continuada na, enfocando o relatório produzido pela Controladoria Geral da União, cujo relatório apontou várias irregularidades na concessão deste benefício.

No artigo denominado “O DEBATE SOBRE O DÉFICIT PREVIDENCIÁRIO E UMA ANÁLISE DAS (IN)CONSTITUCIONALIDADES DA PEC 06/2019”, de Joaer Campello De Oliveira Junior e Carlos Alberto Simões de Tomaz, os autores analisam os processos de reformas da previdência social, especialmente no que respeita à EC 287/2016 e da EC 06/2019. Avaliam em que medida a capitalização, o BPC e a desconstitucionalização da matéria previdenciária confrontam a constituição brasileira e as normas internacionais.

No artigo denominado “O MÍNIMO EXISTÊNCIAL E A INAPLICABILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL: A ESSENCIALIDADE DOS DIREITOS À SAÚDE BÁSICA E À EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL”, de Witan Silva Barros e Norma Sueli Alves dos Santos Vidal, as autoras buscam analisar a essencialidade dos direitos à saúde básica e a educação fundamental frente à reserva do possível, buscando responder a seguinte problemática: a concretização dos direitos à saúde e à educação está sujeita a critérios objetivos para inaplicabilidade da reserva do possível? Para tanto, analisam a legislação e a jurisprudência do STF, acerca da questão da saúde, nos últimos dez anos.

No artigo denominado “O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E OS TRATAMENTOS NO EXTERIOR”, de Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Victor Luna Vidal, os autores investigam o tratamento jurisprudencial do direito fundamental à saúde relativamente à realização de pedidos de custeio de tratamentos de saúde no exterior. Investigam o núcleo essencial do direito à saúde, analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, apontando os parâmetros utilizados por estes dois Tribunais, propondo outro critério para a concessão destes benefícios.

No artigo “O PROCESSO DE RESSIGNIFICAÇÃO DAS POLÍTICAS E DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL”, de Simone Maria Palheta Pires, a autora analisa a ressignificação dos direitos e políticas sociais, tendo como marco histórico a redemocratização. No artigo, a autora apresenta as seguintes questões norteadoras: 1) Os direitos e políticas sociais foram ressignificados em um cenário de crise do Estado do bem-estar social? 2) Como a conjuntura

política influencia na efetividade dos direitos sociais e na elaboração de políticas públicas? 3)
A transição de uma gestão neodesenvolvimentista para um governo neoliberal tem contribuído para manter as conquistas sociais?

Uma ótima leitura e proveito de todos(as).

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa (FURG)

Profa. Dra. Simone Maria Palheta Pires (UNIFAP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**AUTOTUTUTELA ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE A RESPEITO DA
INCIDÊNCIA DO "ABATE-TETO"**

**ADMINISTRATIVE SELF-DEFENSE: AN ANALYSIS OF THE IMPACT OF
"SLAUGHTER-CEILING"**

**Raquel Varela Alípio
Carla Cristiane Ramos De Macedo**

Resumo

O presente trabalho objetiva fundamentado nos conceitos e entendimentos jurisprudenciais atuais, destacar e demonstrar determinados aspectos do que se entende por devido processo legal, por enriquecimento sem causa por parte do Estado e como se dá a aplicação do “abate-teto”, com ênfase em explicar que a acumulação de remuneração, subsídio ou proventos de agente público com pensão por morte de cônjuge/ companheiro também agente público é possível, pois os valores vem de dois instituidores diferentes, e que é preciso repensar a autotutela administrativa.

Palavras-chave: Contribuição previdenciária, Autotutela administrativa, "abate-teto", Remuneração, Agente público

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this paper, based on current jurisprudential concepts and understandings, is to highlight and demonstrate certain aspects of what is meant by due process of law, unjust enrichment by the State, and how the application of the “slaughter ceiling” is applied. The emphasis is on explaining that the accumulation of compensation, allowance or earnings of public servants with pension for death of spouse / partner also public servant is possible, because the values come from two different institutions, and that it is necessary to rethink the administrative self-protection.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social security contribution, Administrative self-protection, "slaughter ceiling", Remuneration, Public agent

INTRODUÇÃO

Por meio dos métodos hipotético-dedutivo, histórico e comparativo será feita a análise dos efeitos no âmbito da Administração e do Judiciário, os princípios constitucionais violados e a recepção deste fenômeno jurídico. Também será feita uma vasta explanação do entendimento jurisprudencial, por intermédio da exposição de súmulas, acórdãos e decisões singulares, pareceres da Controladoria Geral da União (CGU), da Advocacia Geral da União (AGU), do Tribunal de Contas da União (TCU) e doutrinário sobre os temas abordados.

Tal tema foi escolhido pela total relevância econômica, para a Administração Pública quanto para os dependentes do servidor instituidor; social, já que esta pratica pode ou não ferir direitos constitucionalmente garantidos, e jurídica, vez há uma disparidade entre o entendimento de todas as instâncias judiciárias e da Administração sobre o assunto, visto que, há diversos julgados, das mais variadas linhas sobre a constitucionalidade ou não da aplicação imediata e sem prévio aviso ao recebedor dos valores, do “abate-teto”.

Neste contexto, o trabalho, desenvolvido como projeto de Iniciação Científica da Faculdade ASCES (INICIA) com foco nas áreas de direito administrativo e constitucional, teve como objeto o estudo sobre a aplicação ou não do abate-teto nestes casos específicos.

1. ACUMULAÇÃO DE REMUNERAÇÃO, SUBSÍDIO OU APOSENTADORIA COM PENSÃO POR MORTE COMO DIREITO, O PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA DO ESTADO E A OBRIGAÇÃO DO RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O direito à aposentadoria constitui direito fundamental do cidadão, ligado à noção de dignidade da pessoa humana.

A Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha esclarece que o ato de aposentadoria, em verdade, não é uma concessão do Estado, mas um direito que é assegurado ao agente público, formalizado por meio de um processo de reconhecimento de sua aquisição pelo interessado. Sob esse prisma, a aposentadoria visa a garantir os recursos financeiros indispensáveis ao beneficiário, de natureza alimentar, quando este já não tenha condições de obtê-los por conta própria. (ROCHA, 2005. p. 413.)

Não se trata, contudo, de nenhum privilégio, favor ou condescendência do Estado, mas sim de um direito fundamental do servidor-trabalhador garantido pela Carta Magna como uma das formas de se assegurar a dignidade da pessoa humana. (BITTENCOURT, 2014.)

Desta feita, a concessão da aposentadoria constitui uma prerrogativa constitucional do servidor formalizada por intermédio de um ato administrativo emanado pelo Estado, em consequência do preenchimento dos requisitos legais não havendo discricionariedade neste ato. Porém, mesmo sendo um direito do recebedor, a Administração Pública tem aplicado o “abate-teto” aos casos de acumulação de remuneração, subsídio ou proventos de um servido com pensão por morte deixada por outro servidor sem a devida análise do caso, sem possibilitar sequer a ciência anterior do beneficiário sobre o fato até o momento que recebe o valor a menor.

Muitas vezes com base no parecer do Ministro Benjamin Zymler, que será visto adiante, e não foi acatado pela Corte, a Administração Pública aplica o “abate-teto” na soma de dois valores recebidos pela mesma pessoa, cônjuge/companheiro, mas proveniente de contribuintes distintos e com fatos geradores diferentes.

É justamente diante deste acúmulo de uma pensão por morte com alguma outra renda própria do servidor beneficiário, que a Administração usa a autotutela.

Como se pode observar a autotutela estatal é um princípio administrativo que nesta aplicação em concreto fere a segurança jurídica do beneficiário, que já tinha sua família, incluindo o de cujus, em uma situação estabilizada.

A Administração deve garantir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (Constituição Federal de 1988, artigo 5º, LIV e LV), visando este fim, tem-se os recursos administrativos são meios formais, previstos em diversas leis, de controle administrativo, por meio dos quais o interessado inconformado postula, junto a órgãos superiores da Administração, a revisão de determinado ato administrativo de órgãos inferiores, lesivos ou não a direito próprio, visando à reforma de determinada conduta, por ilegalidade, inoportunidade ou inconveniência. O recurso tramita pela via administrativa, sem ingerência da função jurisdicional. Há garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. (MEDEIROS, 2014)

Desse modo, fica evidente que não obstante exista o poder de autotutela ele não pode se sobrepor aos interesses de terceiros, sem que a esses seja garantida a possibilidade de manifestação, aí entendida a ampla defesa e o contraditório. (QUEIROS, 2014)

Não se pode admitir que a Administração Pública tome medidas unilaterais que afetem direitos de terceiros sem que o faça mediante o devido processo legal, por meio do qual se oportuniza a manifestação prévia do interessado, fazendo valer os princípios constitucionalmente fixados. (QUEIROS, 2014)

Desse modo, não se fala em devido processo legal apenas em situações que existam acusados, ou que se vise a aplicação de uma pena, mas sempre que um ato possa atingir direitos de terceiros, garantindo a esses a possibilidade de manifestação prévia.

No uso deste poder de autotutela a aplicação do “abate-teto” está sendo feita de maneira automática e sem ao menos haver a comunicação aos dependentes, quiçá a ampla defesa, tudo com base no teto-remuneratório.

A doutrina majoritária defende que o dispositivo que abarca o “abate-teto” (artigo 37. XI, CF/88) é flagrantemente inconstitucional, porque fere o direito adquirido à irredutibilidade de vencimentos (artigo 37, XV, CF/88). Tal dispositivo feriu uma cláusula pétrea. O que poderá ser feito pela Administração é manter a remuneração irreajustável até que chegue no limite remuneratório constitucional. (QUEIROS, 2014)

Feita as devidas considerações sobre como está se dando o processo para se aplicar o “abate-teto” na Administração e como deveria ser corretamente feito, tratar-se-á agora sobre o entendimento jurisprudências de tal desconto.

2. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR PARTE DO ESTADO EM RELAÇÃO ÀS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NA APLICAÇÃO DESARRAZOADA DO “ABATE-TETO”

Uma das situações que tem gerado controvérsia no que tange à aplicação do limite remuneratório de que trata o inciso XI do art. 37 da CF/ 88 consiste na acumulação de pensão por morte com outras verbas sujeitas ao referido limite, como a remuneração decorrente do exercício de cargo, função ou emprego público e os proventos de aposentadoria.

Pelo que se observa do referido comando constitucional, estão incluídas no chamado teto remuneratório as seguintes verbas: a remuneração e/ou subsídio ou quaisquer outras verbas remuneratórias devidas aos agentes públicos, os proventos de aposentadoria e as pensões, percebidos cumulativamente ou não.

Porém, no caso da pensão por morte, tendo em vista que o instituidor é pessoa diversa do beneficiário, entende-se que esse benefício não deveria ser cumulado com verbas remuneratórias ou proventos de aposentadoria, para efeito de incidência do chamado “abate-teto” visto que tal verba, em sua origem, tanto como remuneração e/ou subsídio quanto como aposentadoria do instituidor, já sofreu em sua base de cálculo a incidência do “abate-teto”.

Por meio do Acórdão nº 2079/2005 – Plenário do Tribunal de Contas da União, por maioria, concluiu que o servidor que recebe simultaneamente remuneração ou proventos de aposentadoria e pensão por morte instituída por outro servidor público, não se submete ao teto, embora cada verba, individualmente, se submeta à limitação, como dito no parágrafo acima, prevista no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal.

Diante da divergência quanto à aplicação do teto remuneratório à soma de pensão com eventuais verbas remuneratórias ou proventos de aposentadoria percebidos cumulativamente pelo beneficiário é imprescindível a lição de Couto e Silva:

A Administração Pública, quando lhe cabe esse direito [à invalidação] relativamente aos seus atos administrativos, não tem qualquer pretensão quanto ao destinatário daqueles atos. Este, o destinatário, entretanto, fica meramente sujeito ou exposto a que a Administração Pública postule a invalidação perante o Poder Judiciário ou que ela própria realize a anulação, no exercício da autotutela administrativa. (COUTO; SILVA, 2004. pp. 7-59.)

Neste momento faz-se necessário analisar a jurisprudência sobre o assunto.

3. O ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA QUANTO À APLICAÇÃO DO “ABATE-TETO”

Há decisões do Tribunal de Contas da União que protegem o direito do beneficiário a receber o que lhe é de direito, como por exemplo, a resposta ao pedido formulado em requerimento administrativo para a Secretaria de Recursos Humanos/MP por uma servidora aposentada no sentido de que não seja aplicado o denominado abate-teto sobre o somatório dos seus proventos de aposentadoria com a pensão por morte deixada por seu esposo, citando em seu favor precedente do Tribunal de Contas da União. (BRASIL, TCU, 2005)

A resposta para sua manifestação foi no sentido de que:

O abate-teto deverá incidir sobre o montante resultante da acumulação de proventos de aposentadoria com remuneração de cargo comissionado, mas que eventual pensão recebida pela mesma pessoa **deveria ser considerada separadamente** para efeito de teto salarial. (AGU, 2007, grifo nosso)

Para fundamentar seu entendimento, a Secretaria de Recursos Humanos/MP citou uma decisão administrativa do Conselho Nacional de Justiça, no artigo 6º da resolução nº 13,

de 21 de março de 2006, que dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros da magistratura, segundo a qual o teto remuneratório não deveria incidir sobre a soma da remuneração do servidor com pensão por morte, tomando por base o Acórdão nº 2079/2005 – Plenário, do TCU que firmou entendimento de que o servidor que recebe simultaneamente remuneração ou proventos de aposentadoria e pensão por morte instituída por outro servidor público não se submete ao teto, embora cada verba, individualmente, se submeta à limitação prevista no art. 37, XI, da Constituição Federal. (BRASIL, CNJ, 2006)

Resolução nº 13/2006 do CNJ. Art. 6º Para efeito de **percepção cumulativa de subsídios, remuneração ou proventos, juntamente com pensão decorrente de falecimento de cônjuge ou companheira(o)**, observar-se-á o limite fixado na Constituição Federal como teto remuneratório, **hipótese em que deverão ser considerados individualmente.** (grifo nosso)

Porém diferentemente do entendimento do TCU e da SRH/MP o Advogado-Geral da União entendeu que deve incidir o “abate-teto” nestes casos:

Conforme exposto pelo Ministro Benjamim Zymler, em seu Voto Revisor, as limitações do art. 37, XI, da Constituição são destinadas ao recebedor, sem qualquer ressalva à origem dos benefícios que vier a acumular.

Neste ponto, cabe transcrever o seguinte trecho do mencionado Voto, às fls. 18 dos autos: “As disposições do art. 37 sobre limite de remuneração são destinadas ao recebedor (aquele que percebe, na forma do texto constitucional) de remuneração e ‘benefícios’, inclusive considerados de forma cumulativa. Creio que se o objetivo da norma fosse restringir a aplicação do teto constitucional em razão da origem do benefício – ou seja, conforme o instituidor -, a redação conferida deveria ser outra. Se houvesse um limite específico para pensões, que não se comunicasse com os demais tipos de renda oriundas do Tesouro, essa circunstância deveria ter sido expressamente prevista, pois não pode ser extraída da redação aprovada”. (Voto prolatado por ocasião do julgamento do qual resultou o **Acórdão nº 2079/2005** – Plenário, do TCU.) Ante o exposto, proponho que se responda à consulta em tela no sentido de que o teto constitucional incide sobre o montante resultante da acumulação de benefício de pensão com remuneração de cargo efetivo ou em comissão, e sobre o montante resultante da acumulação do benefício de pensão com proventos da inatividade”. [...] (BRASIL, AGU, 2005)

Neste ponto o Advogado-Geral da União concorda com o Ministro Benjamim Zymler, que o texto do artigo 37 da CF/ 88 deveria ser diferente para se garantir a não incidência do “abate-teto”.

[...] Acerca do rigor do art. 37, XI, da CF/88, assim afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O rigor quanto à determinação do teto, como se vê, é bastante grande, pois sua superação nem mesmo é admitida quando resultante do acúmulo de cargos constitucionalmente permitido. Aliás, no que

concerne a isto, a vedação está reiterada no inciso XVI, última parte, do mesmo art. 37, assim como, no que atine a proventos ou proventos cumulados com vencimentos ou subsídio, no § 11 do art. 40". (MELLO, 2006. p. 260.)

[...]

Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo tratam do tema em seu livro "Nova previdência social do servidor público" e admitem expressamente a incidência do teto sobre o somatório de pensão com aposentadoria, quando assim afirmam:

"Caso o servidor perceba pensão da União e aposentadoria do Poder Executivo do Estado-membro, por exemplo, deverá ser respeitado, no tocante à parcela paga pelo Estado-membro, o teto estadual. Quanto ao valor pago pela União, o teto será o valor do subsídio de Ministro do Supremo. A soma das duas parcelas não poderá exceder este último". (DIAS; MACÊDO, 2006. p. 155.)

[...]

Os autores Celso Antônio Bandeira de Mello, Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo reafirmam a opinião de que a soma dos valores percebidos devem se limitar ao teto constitucional e caso o ultrapassem deve sofrer a incidência do "abate-teto".

[...]

Por fim, considerando que o presente parecer contrasta com o entendimento majoritário do Tribunal de Contas da União, sedimentado pelo Acórdão nº 2079/2005 – Plenário, entendemos pertinente sugerir que a Advocacia-Geral da União emita Parecer sobre a questão, a fim de que os órgãos e entidades da Administração Federal passem a seguir o posicionamento que vier a ser adotado pela AGU, nos termos do art. 4º, X, da Lei Complementar nº 73/93, *ipsis litteris*:

Art. 4º São atribuições do Advogado-Geral da União:

[...]

X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;

Ante o exposto, somos pela aplicação do teto salarial fixado no art. 37, XI, da Constituição Federal à soma de pensão por morte com proventos de aposentadoria percebidos pelo mesmo beneficiário, sugerindo o encaminhamento dos autos ao Gabinete do Advogado-Geral da União para que seja fixado entendimento sobre a questão, nos termos do art. 4º, X, da LC nº 73/93, uma vez que o Tribunal de Contas da União adotou posição contrária à defendida no presente Parecer. (BRASIL, AGU, 2005)

É justamente com base neste parecer que a Administração Pública vem aplicando o "abate-teto" indiscriminadamente.

Como será mostrado adiante, assim como foi afirmado no próprio parecer do Advogado-Geral da União, o entendimento majoritário não é este que ela adotou e sim um totalmente diverso.

O Acórdão nº 2079/2005 Plenário, do TCU é um marco neste entendimento, da não aplicação do “abate-teto” sobre a acumulação de remuneração, subsídio ou aposentadoria com pensão por morte, pois mesmo com divergências este foi o entendimento majoritário, como se verá a seguir.

O Ministério Público, solicitado a se manifestar nos autos deste Acórdão 2079/2005, manifesta-se conforme a seguir transcrito, por meio do parecer do Procurador Marinus Eduardo de Vries Marsico:

A consulta, à primeira vista, reveste-se de singeleza. Entretanto, as nuances envolvidas indicam necessário cuidado e atenção para que a interpretação dos dispositivos se dê conforme a Constituição.

A Constituição de 1988 buscou estabelecer um limite máximo de remuneração para o serviço público. Em seu texto original, a Constituição refletia um limite inflexível que era robustecido pela dicção do art. 17 do ADCT, que recusava a invocação de direito adquirido ou a percepção de excesso a qualquer título. O que parecia ser de simples aplicação, no entanto, logo foi modificado por decisões do Supremo Tribunal Federal que entendeu existirem variadas exceções à expressão ‘a qualquer título’.

Assim, na esteira de inúmeras decisões judiciais, foram se ampliando as exceções na legislação até que, em 1994, a Lei nº 8.852/94 já contemplava a previsão de dezessete exclusões.

O estabelecimento de limites remuneratórios retorna com a edição da EC nº19/98, fixando-se limites máximos intransponíveis ‘a qualquer título’. Pretensão já contornada anteriormente e que, na prática, voltaria a ser inócua ante a não publicação de lei reguladora de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Presidente do Supremo Tribunal Federal e dos Presidentes da Câmara e do Senado Federal para definição do valor do teto. (BRASIL, TCU, 2005)

A Emenda Constitucional 41/2003 trouxe as novas regras e tentou esclarecer as dúvidas existentes sobre os limites aos tetos remuneratórios dos servidores públicos.

Como será visto adiante, serão analisados julgados que destoam do entendimento da AGU, do Ministro Benjamim Zymler e do Procurador Marinus Eduardo de Vries Marsico, para fundamentar a possibilidade de acumulação sem a incidência do “abate-teto”.

Este embargo foi apresentado com a finalidade de contestar de quem é a competência para fazer o desconto do “abate-teto” e esclarecer outras dúvidas.

[...]

16.Afirma (o embargante) que o CNJ, em 2007, amadurecendo o entendimento sobre o tema, editou a Resolução nº 42 admitindo a **incidência isolada do teto no caso de percepção cumulativa de subsídios, remuneração ou proventos, com pensão**. 18.Acrescenta que, ainda que prosperasse tese diversa àquela por ele defendida, a administração estaria diante de dificuldades operacionais para controlar e glosar parte da remuneração daqueles que recebem por mais de uma fonte. A aplicação do dispositivo constitucional depende de definições normativas inexistentes que venham orientar o procedimento do administrador em face de algumas questões, tais

como: **de quem seria a responsabilidade pelo corte de valores que ultrapassem o teto?** da fonte responsável pelo pagamento de maior valor, do órgão com vínculo mais recente ou seria dada a opção ao agente?; no caso de vínculos com órgãos públicos de diferentes esferas de governo, que teto aplicar? que esfera efetuaria o desconto do valor excedente? Deste modo, o administrador, para dirimir estas dúvidas, depende de definições mediante lei. 29. Ele se baseia nas **Resoluções nºs 13 e 14/2006 do Conselho Nacional de Justiça e na Resolução nº 10/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público, que consideram individualmente, para a 151**

incidência do teto remuneratório constitucional, as remunerações dos membros da Magistratura e do Ministério Público e dos servidores do judiciário decorrentes do exercício do magistério e da função eleitoral, além da pensão decorrente de falecimento de cônjuge ou companheiro. (BRASIL, TCU, 2009. Grifo nosso)

Além do já exposto há resoluções do Conselho Nacional de Justiça versando sobre o tema. A Resolução nº 13/2006 do CNJ que dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional e do subsídio mensal dos membros da magistratura. (BRASIL, CNJ, 2006.)

Há, também, a Resolução nº 14/2006 do CNJ que dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional para os servidores do Poder Judiciário e para a magistratura dos Estados que não adotam o subsídio. (BRASIL, CNJ, 2006.)

Por sua vez, a Resolução nº 42, de 11 de setembro de 2007, do Conselho Nacional de Justiça, afirma que o “abate-teto” deve ser aplicado as parcelas de cumulação de subsídio, remuneração ou proventos somados a pensão por morte consideradas individualmente. (BRASIL, CNJ, 2006.)

Tem-se, também, a Resolução nº 10/2006 do CNMP que dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório constitucional para os servidores do Ministério Público da União e para os servidores e membros dos Ministérios Públicos dos Estados que não adotam o subsídio. (BRASIL, CNMP, 2006)

Conforme se pode observar destas resoluções, os Conselhos excepcionaram situações muito específicas para a não-incidência do teto, fazendo uma interpretação sistêmica da Constituição que, por um lado instituiu o teto e, por outro, possibilitou o exercício do magistério e, ainda, determinou que os órgãos da justiça eleitoral fossem compostos por membros de outros órgãos do judiciário, então estas pessoas devem receber pelo seu trabalho. Já quanto à norma que dispõe que a pensão decorrente de falecimento de cônjuge deva ser considerada individualmente para observação do teto, acredita-se que a exceção se dá porque o fato gerador ocorreu por pessoa distinta daquela que recebe o benefício.

O Agravo de Instrumento 25883 demonstra o entendimento do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, que concede a antecipação de tutela para que pare de incidir o “abate-teto” no somatório total da acumulação da pensão por morte, relativa ao seu marido, da aposentadoria relativa a cargo público anteriormente ocupado pela requerente e remuneração pela atividade que atualmente desempenha. (BRASIL, TRF-3, 2012)

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região demonstra na Apelação Cível 4939, não só, o entendimento que o “abate-teto” deve incidir de maneira individual em cada

benefício, como ainda estabelece a devolução dos valores já descontados indevidamente, corrigidos monetariamente. (BRASIL, TRF-1, 2010)

A Apelação Cível 424834 cível julgada pelo Tribunal Regional Federal da Quinta Região coaduna com o entendimento de que as verbas devem ser consideradas isoladamente, e não cumulativamente, para efeitos de aplicação do “abate-teto”. (BRASIL, TRF-5, 2004)

Como já abordado anteriormente, pode-se perceber no relato dos fatos a aplicação unilateral, por parte da Administração Pública, do “abate-teto”, sem possibilidade de ampla defesa ou de contraditório por parte do beneficiário.

Também o Tribunal de Justiça de Pernambuco no Agravo de Instrumento nº: 0294.343-7 entende que o “abate-teto” não deve ser aplicado a soma de proventos com pensão por morte pois, a fonte de custeio e o fato gerador das duas verbas tem caráter distintos arcados individualmente por cada um de seus instituidores e por isso devem ser individualmente consideradas.

[...] É o que deflui dos julgados infratranscritos: “Teto remuneratório - Cumulação Irredutibilidade - Aposentadoria e Pensão - O pagamento cumulativo de proventos de aposentadoria e pensão por morte cuja soma dos valores ultrapasse o teto remuneratório constitucional não viola o artigo 37, inciso XI da Constituição Federal. Espécies remuneratórias que apresentam fundamento jurídico diverso. **A limitação de vencimentos não pode desconsiderar os princípios constitucionais básicos e a garantia da irredutibilidade de vencimentos e proventos.** Exige, no mínimo, que seja respeitado o valor pago que resta congelado até que o valor do teto o ultrapasse. Recurso adesivo da autora provido e improvidos o recurso da ré e o reexame necessário.”(TJ-SP - APL: 424305620108260053 SP 0042430-56.2010.8.26.0053, Relator: Lineu Peinado, Data de Julgamento: 29/11/2011, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/12/2011)”Servidora pública municipal - Cumulação - Aposentadoria e Pensão - Teto remuneratório - O pagamento cumulativo de proventos de aposentadoria e pensão por morte cuja soma dos valores ultrapasse o teto remuneratório constitucional não viola o artigo 37, inciso XI da Constituição Federal. Espécies remuneratórias que apresentam fundamento jurídico diverso. Recursos improvidos.”(TJ-SP - -.....: 21736020108260191 SP, Relator: Lineu Peinado, Data de Julgamento: 14/12/2010, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/12/2010) “[...]. Proventos de aposentadoria e pensão por morte. Acumulação. Possibilidade. Teto constitucional. Verbas analisadas individualmente. Recurso desprovido. [...]. 2. Na linha da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Contas da União, a soma dos valores percebidos a título de pensão por morte e de proventos de aposentadoria podem ultrapassar o teto constitucional. [...]”(Ac. de 13.8.2009 no REspe nº 28.307, rel. Min. José Delgado.) Ante todo o exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL ALMEJADA, para fins de **suspender os descontos decorrentes do “excedente de remuneração unificado” incidente sobre o montante global dos proventos de aposentadoria e pensão percebidos pela demandante.** (PERNAMBUCO, TJPE, 2007. Grifo nosso.)

Foi com base nestes julgados, que o Tribunal de Justiça de Pernambuco prolatou a sua decisão da não aplicabilidade do “abate-teto” sobre as somas da pensão por morte com a renda própria do cônjuge sobrevivente.

O Ministro-Relator Ubiratan Aguiar explana em seu voto o entendimento da Corte.

Cada servidor, mediante desconto mensal para a seguridade social, conforme parâmetros fixados em lei, contribui para o fundo, genericamente falando, que, no futuro, arcará com os desembolsos decorrentes do pagamento de sua aposentadoria ou da pensão de seus beneficiários. O fato gerador do direito à pensão é a morte do segurado. Já no caso da remuneração e da aposentadoria é o exercício do cargo público e o preenchimento dos requisitos definidos para a inatividade. Nesse sentido, a cada servidor são assegurados esses benefícios. [...]; (BRASIL,TCU, 2005.)

Um dos fundamentos que o Ministro Relator Ubiratan Aguiar, do Tribunal de Contas da União, utilizou para lastrear seu voto, foi que o instituidor da pensão já havia pago as contribuições necessárias para garantir o direito de sua esposa a receber o benefício de pensão por morte, quando assim afirmou:

[...]Não há, portanto, que se confundir servidores distintos, detentores de direitos distintos, constitucional e legalmente garantidos. A cada um, individualmente, aplicam-se todos os dispositivos relacionados à acumulação de cargos e ao teto de remuneração, em especial quando se fala daqueles de natureza restritiva. Todavia, não é plausível querer extrapolar essas restrições para o somatório dos direitos individuais. A prevalecer essa tese, estaríamos restringindo direitos que a Constituição Federal não restringiu.

Tomemos como exemplo marido e mulher, ambos servidores públicos, percebendo remunerações próximas ao teto. **Quando na atividade, a cada um se aplicam as restrições anteriormente mencionadas.** As respectivas remunerações devem observar o teto constitucional. Só são permitidas as acumulações de cargos que a Constituição Federal considera legais. Portanto, no exercício do cargo público, ou ao desfrutar da aposentadoria, a cada um será permitido receber a remuneração/provento, ou o somatório de remunerações/proventos de cargos legalmente acumuláveis, até o limite fixado no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal. **Qual o fundamento, portanto, para concluir que, na hipótese de um dos dois vir a falecer, passando o outro a ser beneficiário de pensão, nos termos da lei, estaria criada uma nova situação em que seriam desconsiderados os fatos geradores da remuneração/provento a que cada um tem direito?** Não encontro amparo legal para prosseguir em tal linha de raciocínio, pois não se trata de verificação de renda familiar em face do teto constitucional. Caso contrário, estaríamos admitindo a hipótese absurda de ser mais vantajoso ao beneficiário da pensão exonerar-se de seu cargo. (BRASIL, TCU, 2005. Grifo nosso)

Este entendimento se coaduna com o artigo 75 da Lei nº 8.213 (BRASIL,1991), que trata justamente deste tema:

Art. 75: O valor mensal da pensão por morte será de **cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento**, observado o disposto no art. 33 desta lei. (grifo nosso)

Continua o Ministro Ubiratan Aguiar:

[...]Por essas razões, entendo que os dispositivos da Constituição Federal só permitem a compreensão de que todas as restrições referem-se sempre a uma única pessoa. Quer dizer: remuneração, proventos e pensões decorrentes do exercício de cargo ou emprego por uma determinada pessoa estão submetidos ao teto constitucional. Por outro lado, quando se trata do recebimento de pensão, que é a única situação em que pessoa diferente do instituidor receberá seus benefícios, cumulativamente com remuneração ou com proventos de aposentadoria, verifico que a Constituição Federal não contém dispositivo que permita extravasar o entendimento da aplicação do teto, pois se trata de situações de servidores distintos que geraram direitos distintos. E, como se trata de direito, não cabe ao intérprete adotar entendimento restritivo quando a própria lei não o fez. (BRASIL, TCU, 2005.)

Pode-se perceber com esta leitura que a Constituição Federal de 1988 não abarcou todas as situações da aplicabilidade do teto constitucional, se propositalmente ou não, não se sabe, mas com as palavras do próprio Ministro Ubiratan Aguiar “como se trata de direito, não cabe ao intérprete adotar entendimento restritivo quando a própria lei não o fez”.

(...)

Entendo que as conclusões acima representam a aplicação de restrição quando a Constituição Federal não quis restringir, pois, como busquei demonstrar, todas as menções ao limite constitucional referem-se à remuneração e proventos de uma mesma pessoa, inclusive nos casos de acumulação previstos na Carta Magna. Ao contrário da percepção do ilustre Representante do Ministério Público, verifico que a aplicação do teto às situações objeto da presente Consulta é que representaria mutação constitucional, haja vista que a Carta Magna não contempla dispositivo nesse sentido.

O beneficiário da pensão não receberá melhor tratamento do que o instituidor. Da relação estabelecida em vida pelo instituidor com o Estado resulta o direito do beneficiário à pensão, cujo valor submete-se ao teto constitucional. De outra relação, constituída por outro servidor com o Estado, resulta o direito à remuneração, quando na atividade, e ao provento de aposentadoria, quando na inatividade. **A cada uma das relações constituídas aplica-se, isoladamente, o teto constitucional.** Ademais, esse entendimento não pretende excluir as pensões do teto, até mesmo porque, com a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, o provento de pensão passou a constar expressamente do limite estabelecido no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal. (BRASIL, TCU, 2005.)

A Corte de Contas da União acompanha o voto do Ministro Ubiratan Aguiar com o entendimento que não deve ser despendido melhor tratamento para o recebedor da pensão por morte, como também não deve este ser tratado de forma pior que o instituidor da pensão, haja vista que as verbas recebidas por este já sofriam a limitação do teto constitucional.

Devido ao elevado número de julgados, em todas as esferas de jurisdição, com o mesmo entendimento da não incidência do “abate-teto” sobre a soma da pensão por morte com remuneração/ subsídio ou proventos, faz-se necessário parar esta análise e demonstrar outros pontos controversos do objeto de estudo.

Ao se falar em enriquecimento sem causa tomar-se-á como conceito para este trabalho a definição de enriquecimento sem causa como a situação na qual o Estado auferiu vantagem indevida em face do empobrecimento de outro, sem motivo que o justifique.

O conceito será melhor demonstrado, fazendo-se necessária antes uma análise do instituto no âmbito geral.

O enriquecimento sem causa tratado pelo artigo 884 da lei 10.406 (BRASIL,2002) que instituiu o novo Código Civil, configura-se pela existência de um enriquecimento obtido as custas de outrem sem uma causa justificativa para o enriquecimento.

O enriquecimento sem causa, tem o condão de fazer com que o enriquecido restitua o empobrecido com aquilo que se locupletou somente, sendo o foco central a vantagem auferida, e não o empobrecimento necessariamente, sendo a restituição ao empobrecido uma espécie de reparação indireta, não se falando, portanto em verba indenizatória, perdas e danos e etc. (SOUSA, [2015])

Como pode-se verificar no voto do Ministro relator Cezar Peluso, no recurso extraordinário, o Superior Tribunal Federal condena o enriquecimento sem causa por parte do Estado:

Processo: RE-AgR239552.Relator (a): Min. CEZAR PELUSO. Tribunal: STF. Data da Decisão: 31/08/2004. Data da Publicação:17/09/2004. EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Servidor público. Aposentadoria. Férias e licença-prêmio não gozadas na atividade. Indenização. **Direito reconhecido. Vedação do enriquecimento sem causa e responsabilidade civil do Estado.** Fundamentos autônomos infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição. Agravo regimental não provido. Precedentes. A questão de indenização, na aposentadoria de servidor público, por férias e licença-prêmio não gozadas na atividade, fundada na proibição do enriquecimento sem causa da Administração e na responsabilidade civil do Estado, é matéria infraconstitucional, insuscetível de conhecimento em recurso extraordinário. (BRASIL, STF, 2004. Grifo nosso)

E é com embasamento no enriquecimento sem causa que o Ministro Relator Ubiratan Aguiar, do Tribunal de Contas da União, embasou seu Voto, quando afirmou que o instituidor da pensão já havia pago as contribuições necessárias para garantir o direito de sua esposa a receber o benefício de pensão por morte, não podendo o Estado se apropriar destes valores:

(...) 20. Concordo com o Ministro Benjamim Zymler quando afirma que o caráter contributivo é relativo, tanto é que o servidor que acumula remunerações, e proventos, tem sua renda limitada pelo teto. Mas, extrapolar esse entendimento é desvirtuar totalmente o caráter contributivo da contribuição.

Ademais, em se tratando de regime acima de tudo contributivo, interpretação distinta, mais que proteger os cofres públicos estaria, de fato, ocasionando **enriquecimento sem causa da União**, uma vez que as contribuições de toda uma vida laboral, cujo objetivo do instituidor foi amparar a si ou a seus dependentes na hora devida, passará a ser apropriada pelo Estado. Defendo, sim, o estado de direito, mas não o abuso do poder estatal. (BRASIL, TCU, 2005. Grifo nosso)

Por fim, observa-se que ao aplicar o “abate-teto” sem os devidos procedimentos legais e sem a análise necessária por parte da Administração Pública, além de toda a ofensa, já comentada, que é cometida contra o beneficiário, o Estado ainda enriquece às custas das contribuições pagas pelo servidor falecido.

CONCLUSÃO

Inicialmente é necessário esclarecer que o entendimento do TCU é que, devido ao caráter contributivo dos benefícios, previsto no art. 40, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o teto constitucional aplica-se à soma dos valores percebidos pelos instituidores individualmente, mas não para a soma de valores percebidos de instituidores distintos, portanto não incide o teto constitucional sobre o montante resultante da acumulação de benefício de pensão com remuneração de cargo efetivo ou em comissão, e sobre o montante resultante da acumulação do benefício de pensão com proventos da inatividade, por serem decorrentes de fatos geradores distintos, em face do que dispõem os arts. 37, XI, e 40, § 11, da Constituição Federal de 1998. (BRASIL, TCU, 2005)

De acordo com as pesquisas que fundamentaram a elaboração deste trabalho, foi possível destacar a importância do tema em debate, pois, explanando suas características, requisitos e evolução, pode-se entender a importância da criação do teto remuneratório e da aplicação legal do “abate-teto”.

Sendo este, um assunto bastante polêmico e atual, pois é prática adotada na Administração Pública, com habitualidade, de modo que desnatura o escopo previsto pela lei, ou seja, de ter a retribuição pecuniária paga em razão do trabalho caráter alimentício, e que não deveria sofrer nenhum desconto, principalmente sento este desconto proveniente de um fato gerador diverso do que está sendo adotado como razão para a sua aplicação. Podendo-se afirmar, assim, que a reiteração desta prática, está tomando força, o que vem sendo, inclusive, repudiado por decisões judiciais, que reconhecem o acordo entre o instituidor da pensão por morte e o Estado, já que, em vida, o servidor contribuía com a sua previdência para garantir a sua aposentadoria ou pensão por morte para seu/sua cônjuge/companheiro(a) e a segurança econômica de sua família.

O “abate-teto” surgiu e se firmou por meio do estabelecimento do teto remuneratório com a advento a Emenda Constitucional 41/2003, que em seu artigo 9º reestabelece o artigo 17 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias.

Inquestionável é a sua aplicabilidade ao subsídio/remuneração ou proventos de um servidor público, porém o que se questiona é a sua aplicação sobre a renda de um servidor cumulada na pensão deixada por outro.

Ainda que não haja dispositivo legal expresso quanto a esse ponto, restou demonstrado que tanto a doutrina quanto a jurisprudência dominantes reconhecem a invalidade desta postura da Administração Pública. Mas em que pese toda a evolução do ordenamento pátrio no que se refere ao reconhecimento e determinação dos efeitos do instituto, faz-se necessária a positivação de normas de como o Estado deve agir neste sentido.

O Brasil é um país com dimensões continentais, em que muitos entes administrativos alegam não fazer o devido desconto ou fazer desarrazoadamente por não ter o controle de quantos vínculos o servidor tem e qual os valores percebidos por ele.

Ante o exposto, conclui-se que as limitações constitucionais relativas ao teto remuneratório do serviço público e o entendimento doutrinário e jurisprudencial não permitem a aplicação automática do “abate-teto”, e quando isso é feito, está se desrespeitando o devido processo legal, sem se garantir ampla defesa e contraditório, sobre benefícios com fontes de custeio distintas na cumulação de subsídio/remuneração ou proventos de aposentadoria com pensão por morte em valor que supere o subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Como se tal fato já não fosse o suficiente para a não aplicação automática do “abate-teto”, ainda ocorre o locupletamento dos valores por parte da Administração Pública sobre as contribuições do servidor falecido, visto que este contribuiu para com o Estado com a promessa de no futuro, em caso de idade avançada ou de sua morte, receber ele mesmo os proventos ou o seu cônjuge/companheiro(a) vir a receber a sua pensão por morte para garantir a subsistência e o padrão de vida de sua família, visto que com esta finalidade o contribuinte trabalhou a vida inteira.

Por conseguinte, não deve ser aplicado o chamado “abate-teto” sobre a soma de pensão por morte com proventos de aposentadoria, subsídio ou remuneração decorrente do exercício de cargos, funções ou empregos públicos, quando percebidos cumulativamente pelo mesmo beneficiário: a autotutela é legal, mas a seara pública deve respeito ao devido processo legal.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Isabela Cristina Pedrosa. **Acumulação de duas aposentadorias pelo servidor e a decadência para a administração rever seus atos.** Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,acumulacao-de-duas-aposentadorias-pelo-servidor-e-a-decadencia-para-a-administracao-rever-seus-atos,48771.html#_ftn9>. Acesso em 22/11/2014.

BRASIL. Lei nº 8.213/1991, de 24 de Julho de 1991.

_____. Lei 10.406/2002, DE 10 de Janeiro de 2002.

_____. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). **Consultoria Jurídica do Ministério Do Planejamento, Orçamento e Gestãoparecer/Mp/Conjur/Fnf/Nº 1077 - 3.22 / 2007.**

_____. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Resolução Nº 10, de 19 de junho de 2006**. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br>>. Acesso em 01/01/2015.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **RESOLUÇÃO Nº 13, DE 21 DE MARÇO DE 2006**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 01/01/2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 260.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **RESOLUÇÃO Nº 14, DE 21 DE MARÇO DE 2006**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12129-resolu-no-14-de-21-de-marde-2006>>. Acesso em 01/01/2015.157

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **RESOLUÇÃO Nº 42, DE 11 DE SETEMBRO DE 2007**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12157-resolu-no-42-de-11-de-setembro-de-2007>>. Acesso em 06/01/2015.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL (STF). **RE-AgR239552**. Ministro Relator: Cezar Peluso

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 2079/2005**. Ministro Relator: UBIRATAN AGUIAR. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em 01/01/2015.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 2274-40/09-P**. Ministro Relator: Augusto Nardes. Disponível em:<<http://static.congressoemfoco.uol.com.br>>. Acesso em 01/01/2015.)

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF-1). **Apelação Cível 4939 BA 2010.33.00.004939- 6.P.10/05/2013**.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF-3). **Agravo de Instrumento 25883 MS 0025883- 07.2012.4.03.0000.P. 20/05/2013**.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF-5). **Apelação Cível 424834 CE 0023211- 97.2004.4.05.8100.P.17/09/2009**.

_____. PERNAMBUCO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO (TJPE). Terceira Câmara de Direito Público. **Agravo de Instrumento nº: 0294.343-7**. Relator: Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo.P.08/19/2013.

COUTO E SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Público de Anular os seus Próprios Atos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n 9.784/99)**. Revista Brasileira de Direito Público RBDP, Porto Alegre, vol. 06, n. jul/set, 2004. pp. 7-59.)

DIAS, Eduardo Rocha e MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Nova previdência social do servidor público**. São Paulo: Método, 2006, p. 155.

MEDEIROS, Shirley. **Direito Administrativo.** Disponível em:<<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAA5aMAI/direito-administrativo>>. Acesso em 22/11/2014.

QUEIROS, Vanessa. **Limites à Autotutela.** Disponível em:<<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/administrativa/doutadm20.html>>. Acesso em 23/11/2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 413.

SOUSA, Vinícius Eduardo Silva. **Enriquecimento sem causa como cláusula geral do Código Civil: Interpretação civil-constitucional e aplicabilidade judicial.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9921#_ftnref2>. Acesso em 10/01/2015.158