PARECER Nº 45/2018

"Abate teto" – Aplicabilidade no município – Memorando nº 038/2010 – Divergência.

A CGM – Controladoria Geral do Município de Passos, através do Memorando nº 110/2018/CGM, que reitera missiva anterior de nº 021/2018/CGM, solicita a emissão de parecer acerca da limitação do teto remuneratório constitucional e a aplicabilidade da medida conhecida como "Abate Teto" no município, considerando-se a existência de servidores com "*salários*" acima do subsídio do Prefeito Municipal, em virtude do Memorando nº 038/2010, de 18 de janeiro de 2010, expedido pelo então Procurador Geral do Município de Passos, onde, opinando de forma permissiva, assentou que "*negar recebimento de remuneração superior a do Prefeito seria impedir a progressão dentro da própria carreira do servidor*".

Explica as definições de salário, vencimento e remuneração, assentando que o art. 83 da Lei Complementar Municipal nº 21/2006 assenta que "*nenhum servidor poderá receber, mensalmente, a título de remuneração, a importância superior ao subsídio do Prefeito Municipal, observado o disposto no Capítulo VII, Título III, da Constituição da República*", notadamente, nos incisos XI e XII do art. 37 da Lei Maior.

Com essas considerações, indaga:

1. Considerando o disposto no art. 37, XI e XII, da Constituição da República/88 e Lei Complementar nº 21/2006, art. 83, quais os valores podem exceder o teto remuneratório do Prefeito? (Ex. Gratificações, abonos, entre outros).

2. Quais valores não podem exceder o teto remuneratório do Prefeito? (Ex. 13º salário, adiantamento, entre outros).

3. E quais valores ficaram excluídos do teto remuneratório do Prefeito?

Diante das indagações, passamos a analisar a questão.

O "abate teto" foi o termo utilizado para definir a necessidade de abater do valor da remuneração dos servidores o excedente ao teto ou subteto, essencialmente após a redação do inciso XI do art. 37 da CF/88, atribuído pela Emenda Constitucional nº 41/2003.

Sabe-se que desde a vigência da referida EC nº 41/03, muitos foram os questionamentos judiciais sobre a questão, com inúmeras decisões contraditórias, cujo tema resta hoje pacificado nos tribunais superiores, especialmente, no Supremo Tribunal Federal.

O texto constitucional vigente assim prescreve:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> (...)
> 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 subsidio 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 nº 41, 19.12.2003)
>
> XII - os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo;

Pois bem.

A norma nos traz inúmeros conceitos, pelo que iremos analisar aqueles aplicáveis ao Município:

- Da incidência: A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos, além dos proventos, pensões ou outras espécies remuneratórias, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer natureza;
- Abrangência: Administração direta, autárquica e fundacional, de qualquer dos poderes do Município;
- Limite: No município, o subsídio do Prefeito Municipal;

Pois bem. O Estatuto dos Servidores Públicos Municipais, instituído pela Lei Complementar nº 21/2006, prescreveu em seu art. 83 norma de repetição, adequada aos ditames do art. 37, XI, da CF, nos seguintes termos:

> Art. 83. Nenhum servidor poderá receber, mensalmente, a título de remuneração, a importância superior ao subsídio do Prefeito Municipal, observado o disposto no Capítulo VII, Título III, da Constituição da República.

Diante disso, vemos que a norma define que nenhum servidor – aqui em sentido *lato*, na melhor interpretação constitucional

do tema – em nível municipal, poderá perceber *remuneração* superior ao subsídio do Prefeito Municipal.

Aliás, esse é o comando contido no art. 115, inciso XI, da Lei Orgânica do Município:

> XI- a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, pelo Prefeito;

Vê-se, assim, *d.m.v.,* que não há como amparar o memorando nº 38/2010, que, ao que parece, exprime tão somente a opinião pessoal do Procurador Geral do Município à época, onde assentou existir confusão do dispositivo da lei municipal, opinando fosse considerado o valor do "vencimento" e não da "remuneração" do servidor.

Aliás, como se viu do normativo constitucional, todas as vantagens pessoais agregadas na remuneração do servidor, inclusive as progressões dentro da própria carreira, sofrem a limitação imposta pela regra.

Mais uma vez, pedindo *maxima venia* ao entendimento oposto, na nossa modesta opinião, é por demais claro e incisivo o inciso XI do art. 37 da Carta Magna ao fixar o termo "*remuneração*", e não vencimento.

Além disso, as decisões proferidas pelos tribunais superiores, especialmente, o **Supremo Tribunal Federal**, acerca do tema reforçam a questão, fixando a análise do teto em relação à *"remuneração"* do servidor, que corresponde ao vencimento acrescido das vantagens pessoais.

A título de elucidação, trazemos a ementa do Recurso Extraordinário nº 675.978, decidido sob a égide de Repercussão Geral reconhecida, onde se assentou:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ART. 37, INC. XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ALTERADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. A BASE DE CÁLCULO PARA A INCIDÊNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO PREVISTO NO ART. 37, INC. IX, DA CONSTITUIÇÃO É A RENDA BRUTA DO SERVIDOR PÚBLICO PORQUE: A) POR DEFINIÇÃO A REMUNERAÇÃO/PROVENTOS CORRESPONDEM AO VALOR INTEGRAL/BRUTO RECEBIDO PELO SERVIDOR; B) O VALOR DO TETO CONSIDERADO COMO LIMITE REMUNERATÓRIO É O VALOR BRUTO/INTEGRAL RECEBIDO PELO AGENTE POLÍTICO REFERÊNCIA NA UNIDADE FEDERATIVA (PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE). A ADOÇÃO DE BASE DE CÁLCULO CORRESPONDENTE À REMUNERAÇÃO/PROVENTOS DO SERVIDOR PÚBLICO ANTES DO DESCONTO DO IMPOSTO DE RENDA E DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS CONTRARIA O FUNDAMENTO DO SISTEMA REMUNERATÓRIO INSTITUÍDO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 675978, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-125 DIVULG 26-06-2015 PUBLIC 29-06-2015)

Como se vê, o julgamento foi além não só para fixar que a base de análise do teto remuneratório é a remuneração do servidor, como fixou o entendimento consolidado de que deve ser levada em consideração a **remuneração bruta.**

Todavia, o art. 37 da CF/88 traz em seu §11 (incluído posteriormente pela EC nº 47/05) exceção à regra, assim disciplinando:

> § 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 nº 47, de 2005)

Diante disso, verifica-se que as parcelas de natureza indenizatória, ***previstas em lei,*** não se incluem para efeito dos limites remuneratórios.

Ao definir as parcelas de natureza indenizatória, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim se posicionou, na relatoria do voto condutor do e. Des. Edilson Olímpio Fernandes:

> "...
> *Isso porque as mesmas são parcelas circunstanciais, eventuais e transitórias, ou seja, não são percebidas pelo servidor de forma permanente. Como não são incorporadas ou incorporáveis, não integram a remuneração de contribuição e nem são levadas em conta para o cálculo dos vencimentos/proventos de aposentadoria. (...)*[1]

E mais adiante advertiu o julgador, o que deve ser questão de atenção, conforme constante do acórdão:

> *"Conquanto o decreto supracitado assevere que a gratificação não se incorpora à remuneração e não constitui base de cálculo para contribuição previdenciária, é certo que tal é pago de forma permanente, em valor fixo (1/3 dos vencimentos) e em compensação ao labor exercido pelo servidor que já reúne condições para a aposentadoria voluntária, mas ainda não com proventos integrais, tendo, portanto, natureza jurídica remuneratória."*

[1] EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. GRATIFICAÇÃO DE INCENTIVO AO EXERCÍCIO CONTINUADO. VANTAGEM DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA DO TETO CONSTITUCIONAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. 1. O agente público não pode fazer jus à aquisição de qualquer vantagem que importe em vencimentos/proventos acima do teto ou subteto remuneratório, devendo ser destacado que tal norma possui aplicabilidade imediata, nos termos do entendimento consolidado pelo colendo STF (RE 609381). 2. As parcelas de caráter indenizatório não serão computadas para efeito do teto remuneratório, consoante norma do §11 do artigo 37 da CRFB/88, com redação dada pela EC nº 47/05. 3. A gratificação de incentivo ao exercício continuado, prevista na LC 129/2013, é paga de forma permanente, no valor certo de 1/3 dos vencimentos e em compensação ao labor exercido pelo servidor que já reúne condições para a aposentadoria com proventos proporcionais, até que reúna os requisitos para a aposentadoria voluntária com proventos integrais, tendo, portanto, natureza jurídica remuneratória. 4. Tendo a Gratificação de Exercício Continuado natureza jurídica remuneratória, tal não pode ser excluída da incidência do denominado "abate teto". (TJMG - Apelação Cível 1.0000.15.085214-3/002, Relator(a): Des.(a) Edilson Olímpio Fernandes , 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 26/06/2018, publicação da súmula em 06/07/2018)

Ou seja, haverá de se averiguar a real natureza da parcela, ainda que a dicção legal afirme que a mesma não se incorpora à remuneração.

Vale consignar que ao julgar o RE n. 606.358 o Supremo Tribunal Federal, modificando posicionamento anterior, entendeu que se computam, para efeito de observância do teto remuneratório do art. 37, XI, da CR, também os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até o dia 18.11.2015.

Assim, a remuneração indenizatória, bem como aquelas fixadas por lei e adimplidas de forma eventual, tais como "Gratificação Natalina" ou "13º Salário", "Adicional de 1/3 de férias" e outras remunerações eventuais, como valores decorrentes de pagamentos à menor de meses anteriores, não compõem a proibição do teto remuneratório.

Apenas para melhor exemplificar acerca de parcelas de caráter indenizatório, assim se posicionou recentemente o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "(...
> As gratificações de caráter peremptório ou temporário não podem servir de base para o cálculo para a contribuição previdenciária, haja vista não se incluírem no valor final dos proventos de aposentadoria.
> O art. 201, § 11, da Constituição da República (CR/88), determina que somente as verbas de caráter habitual do servidor serão incorporadas ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios. Assim, não é cabível a incidência de contribuição previdenciária sobre verbas de natureza transitória recebidas pelo servidor, como é o caso de adicional noturno, adicional de insalubridade e horas extras, devendo ser restituídas as verbas indevidamente descontadas.
> O terço constitucional de férias possui caráter indenizatório e transitório, matéria exarada pelo Supremo Tribunal Federal e por

incidente de uniformização de interpretação de lei federal pelo STJ (Pet 7296/PE).(...) (TJMG - Apelação Cível 1.0145.15.016282-7/001, Relator(a): Des.(a) Gilson Soares Lemes , 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/07/2018, publicação da súmula em 06/08/2018)"

Sobre todo o tema aqui tratado, posiciona-se no mesmo sentido o catedrático José dos Santos Carvalho Filho[2]:

"...
No que concerne aos ***tetos específicos*** (ou ***subtetos***), foi fixado para os municípios o subsídio do Prefeito (...).
(...)
Três aspectos, ainda, do art. 37, XI, da CF, merecem comentário.
Primeiramente, sujeita-se ao teto remuneratório qualquer tipo de remuneração dos servidores, além de proventos e pensões, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. Entretanto, não serão computadas no referido teto as parcelas de caráter ***indenizatório*** previstas em lei, conforme dispo o art. 37, §11, da CF, introduzido pela já referida EC 47/2005. Em conseqüência, só se inserem no limite constitucional as parcelas de caráter ***remuneratório***, e isso pela simples razão de que somente estas se configuram efetivamente como *rendimentos.* As primeiras, como expressa o próprio vocábulo, espelham *indenização*, não sendo cabível que sejam incluídas no limite estipendial, ou de ganhos.
(...)
A segunda observação é a de que são destinatários da referida norma todos os titulares de cargos, empregos e funções da Administração Direta, autárquica e fundacional, os membros de qualquer dos Poderes das entidades federativas, os detentores de mandato eletivo e os demais agentes políticos.
Por fim, a Constituição acabou por estabelecer uma vinculação remuneratória: o subsídio mensal dos Desembargadores de Tribunal de Justiça não pode exceder a 90,25% do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Portanto, esse também será o limite par ao subsídio de membros do Ministério Público, Procuradores e Defensores Públicos.
(...)" (Destaques do original).

Por fim, a interpretação do Supremo Tribunal Federal em outros julgamentos fixou outras duas exceções, ao menos.

[2] Manual de Direito Adminsitrativo, Lumen Juris, 19ª ed., P. 658/660.

A primeira delas, no julgamento ainda em curso do Recurso Extraordinário nº 663.696, mas que nos parece definida e de opinião com a qual comungamos, a maioria da Corte já sedimentou o entendimento de que ao Procuradores do Município deve-se promover a igualdade de tratamento aos procuradores do Estado, ao passo que a expressão "*procuradores*" contida no inciso XI do art. 37 é genérica, não permitindo distinções, conforme proposta de tese do Min. Relator Luiz Fux:

> *"A expressão procuradores, contida na parte final do inciso XI do art. 37, compreende procuradores municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais da Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de 90,25% do subsídio mensal dos ministros do Supremo Tribunal Federal".*

Ainda, no ano de 2017, posicionou-se a Suprema Corte no sentido de que os cargos constitucionalmente acumuláveis devem sofrer a análise do limite remuneratório de forma individualizada, como se vê da ementa adiante:

> TETO CONSTITUCIONAL – ACUMULAÇÃO DE CARGOS – ALCANCE. Nas situações jurídicas em que a Constituição Federal autoriza a acumulação de cargos, o teto remuneratório é considerado em relação à remuneração de cada um deles, e não ao somatório do que recebido. (RE 602043, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-203 DIVULG 06-09-2017 PUBLIC 08-09-2017)

Também, teve o entendimento estendido aos casos de aposentadorias cumulativas, prescrevendo a mesma tese anterior no RE nº 612.975/MT, entendendo possível nos casos em que a acumulação é legítima.

Por fim, necessário considerar que o art. 9º da Emenda Constitucional nº 41/2003 asseverou a aplicabilidade do art. 17 do

ADCT, tornando a aplicabilidade imediata o novo (àquela ocasião) texto inciso XI do art. 37, com a necessária aplicação do "abate teto".

No ano de 2014, o Supremo Tribunal Federal também se posicionou que a aplicação do "abate" não configura infração ao princípio da irredutibilidade de vencimento, ao passo que o excesso é consideração ilegal e inconstitucional, ainda que pago por equívoco da administração:

> EMENTA : CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TETO DE RETRIBUIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. EFICÁCIA IMEDIATA DOS LIMITES MÁXIMOS NELA FIXADOS. EXCESSOS. PERCEPÇÃO NÃO RESPALDADA PELA GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE. 1. O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior. 2. A observância da norma de teto de retribuição representa verdadeira condição de legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público. **Os valores que ultrapassam os limites pré-estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos. 3. A incidência da garantia constitucional da irredutibilidade exige a presença cumulativa de pelo menos dois requisitos:** (a) que o padrão remuneratório nominal tenha sido obtido conforme o direito, e não de maneira ilícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; **e (b) que o padrão remuneratório nominal esteja compreendido dentro do limite máximo pré-definido pela Constituição Federal. O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional**. 4. Recurso extraordinário provido. (destacamos; Recurso Extraordinário 609381, j. 02-10-2014). (g.n.)

Por fim, resta-nos necessário orientar quanto ao procedimento a ser adotado para aplicação do decote constitucional dos valores percebidos acima do subsídio do Prefeito.

Em caso de ser estabelecido procedimento para a aplicação do "Abate Teto" com caráter de generalidade, o procedimento prescindirá de notificação dos interessados, a qual poderá ser realizada mediante a publicação do ato oficial, tornando de conhecimento geral, na forma do art. 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro[3]. Todavia, se as decisões forem de caráter individual, há de ser respeitado o contraditório, conforme entendimento exposto pelo E. Min. Dias Tóffoli, no julgamento do Mandado de Segurança nº 27.019/MA:

> "...
> Começo afastando a alegação de violação à ampla defesa e contraditório, uma vez que esta Corte já reconheceu que deliberações dos Conselhos constitucionais da magistratura e do Ministério Público que não respeitem a condições individuais dos interessados (mas ao contrário, incidam sobre ato ou norma com caráter de generalidade), prescindem da necessidade de notificações dos interessados, uma vez que nenhuma consideração particular afeta a eles deterá potencial para interferir na deliberação a ser adotada, que necessariamente terá efeitos uniformes para todos os interessados. Nesse sentido: 'Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Anulação da fixação de férias em 60 dias para servidores de segunda instância da Justiça estadual mineira. Competência constitucional do Conselho para controle de legalidade dos atos administrativos de tribunal local. Ato de caráter geral. Desnecessidade de notificação pessoal. Inexistência de violação do contraditório e da ampla defesa. Férias de sessenta dias. Ausência de previsão legal. 1. Compete ao Conselho Nacional de Justiça "o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário" (§ 4º), "zelando pela observância do art. 37 e apreciando, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário" (inciso II, § 4º, art. 103-B). 2. No caso, a deliberação do CNJ se pautou essencialmente na ilegalidade do ato do Tribunal local (por dissonância entre os 60 dias de férias e o Estatuto dos Servidores do Estado de Minas Gerais). Quanto à fundamentação adicional de inconstitucionalidade, o Supremo tem admitido sua utilização pelo Conselho quando a matéria já se encontra pacificada na Corte, como é o caso das férias coletivas. 3. Sendo o ato administrativo controlado de caráter normativo geral, resta afastada a necessidade de notificação, pelo CNJ, dos servidores interessados no processo. 4. A conclusão do Supremo Tribunal pela inconstitucionalidade, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, das férias coletivas nos tribunais, se aplica aos servidores do TJMG, cujo direito às férias de 60 dias se estabeleceu em normativos

[3] "Art. 3º. Ninguém se escusa de cumprir a Lei, alegando que não conhece."

fundamentados nas férias forenses coletivas. 5. Ordem denegada. (MS 26739/DF, Relator o Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 14/6/16). (...)"

Feitas essas considerações gerais, passamos a responder as indagações:

1. Considerando o disposto no art. 37, XI e XII, da Constituição da República/88 e Lei Complementar nº 21/2006, art. 83, quais os valores podem exceder o teto remuneratório do Prefeito? (Ex. Gratificações, abonos, entre outros)?

Poderão exceder o teto remuneratório as parcelas de caráter indenizatório, fixadas por lei e quitadas de forma eventual, tais como "Gratificação Natalina" ou "13º Salário", "Adicional de 1/3 de férias", adicional noturno, adicional de insalubridade, horas extras, e outras remunerações eventuais, como valores decorrentes de pagamentos à menor de meses anteriores.

2. Quais valores não podem exceder o teto remuneratório do Prefeito? (Ex. 13º salário, adiantamento, entre outros)?

Não poderá exceder o valor do teto a remuneração bruta do servidor, acrescida de todas as vantagens pessoais, inclusive aquelas adquiridas anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003.

3. E quais valores ficaram excluídos do teto remuneratório do Prefeito?

Além as parcelas de caráter indenizatório constante da resposta do primeiro questionamento, deverão ser adotadas as análises para os servidores que possuem acumulação legal de cargos, o valor individual de cada um deles,

bem como em relação aos procuradores municipais, que serão "*submetidos ao teto de 90,25% do subsídio mensal dos ministros do Supremo Tribunal Federal*" ou do valor máximo fixado para os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

É o parecer que se apresenta, *sub censura.*

Passos, 13 de agosto de 2018

MARCELO OLIVEIRA VASCONCELOS
Procurador Geral do Município

RÔMULO DE OLIVEIRA FRAGA
Procurador Geral Adjunto