

**DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA DESARRAZOADA AO  
ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ESTADO: (RE) PENSANDO A INCIDÊNCIA  
DO “ABATE-TETO” SOBRE PROVENTOS DA APOSENTADORIA CUMULADOS  
COM PENSÃO POR MORTE DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO**

**DE LA AUTO-TUTELA ADMINISTRATIVA NO RAZONABLE A LO  
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DEL ESTADO: (RE) PENSANDO LA  
INCIDENCIA DE LA ADECUACIÓN AL LÍMITE REMUNERATORIO ESTATAL  
SOBRE LAS JUBILACIONES CUMULADAS CON EL BENEFICIO DE PENSIÓN  
POR MUERTE DE SU PAREJA O COMPAÑERO**

**Roberta Cruz da Silva<sup>1</sup>**

**RESUMO**

Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, esta pesquisa parte da suposição de que é legal a percepção, por parte de um agente público, de proventos da aposentadoria cumulados com o benefício de pensão por morte de seu cônjuge ou companheiro (a), também agente estatal, e que a incidência do “abate-teto” sobre esta cumulação, advinda do trabalho de dois servidores diferentes, é absolutamente desarrazoada. Para o desenvolvimento e fundamentação dos estudos, analisou-se a doutrina especializada e vasta jurisprudência, bem como, o entendimento do Tribunal de Contas da União. Observou-se que, há clara distinção de fatos geradores, com dois contribuintes do sistema previdenciário: um instituidor do benefício da pensão; outro, na inatividade, percebendo proventos. Cada benefício teve sua própria fonte de custeio, individualizada. A aplicação do “abate-teto”, por parte do Poder Público – utilizando-se da autotutela, como mecanismo de controle interno – sem o devido respeito a princípios como ampla defesa, contraditório, e vedação ao enriquecimento ilícito do Estado, é prática rotineira, que deve ser revista e superada, com um novo olhar sobre o direito de natureza alimentar legítimo, e devido, aos agentes públicos que se enquadram na situação descrita anteriormente.

**PALAVRAS-CHAVE:** agente público; aposentadoria; pensão por morte; acumulação; “abate-teto”; autotutela; enriquecimento estatal ilícito.

**RESUMEN**

Utilizándose del método hipotético-deductivo, esta investigación parte de la suposición de que es legal el recibimiento, por el funcionario, de la jubilación acumulada con la pensión por muerte de su cónyuge o compañero(a), también funcionario, y que la incidencia de la adecuación al límite remuneratorio estatal sobre este cumulo, advenido del trabajo de dos funcionarios distintos, no es razonable. Para el desarrollo y fundamentación de los estudios, se analizó la doctrina especializada y vasta jurisprudencia, así como, juzgados del Tribunal Federal de Cuentas. Se observó que, en el caso bajo investigación, hay clara diferencia de hechos imposables, con dos contribuyentes del sistema de seguridad social: un instituidor de la pensión; otro, de la jubilación. Cada beneficio tuvo su propia fuente de mantenimiento

---

<sup>1</sup> Bacharela e Mestre em Direito, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora de Direito Administrativo e de Prática Constitucional-Administrativa da Faculdade ASCES; da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÉ) e das pós-graduações da Faculdade ASCES; da ESMATRA/PE e do Complexo de Ensino Renato Saraiwa (CERS-Recife). Advogada.

individualizada. La aplicación de la adecuación al límite remuneratorio estatal, por el Poder Público – utilizándose de la auto-tutela, como mecanismo de control interno – sin el respecto al principios como la amplia defensa, contradicción y prohibición del enriquecimiento sin causa del Estado, es practica rutinera, y debe ser superada, con una nueva mirada sobre el derecho de naturaleza alimentar legitimo, y debido, a los funcionarios que se encuadran en la situación anteriormente descrita.

**PALABRAS-CLAVE:** funcionario; jubilación; pensión por muerte; cúmulo; limite remuneratorio estatal; auto-tutela; enriquecimiento sin causa del Estado.

## **1 Considerações Iniciais**

Em uma pesquisa jurídica, permite-se o uso de hipóteses testáveis como critérios orientadores. Tal assertiva está fulcrada na teoria formulada por Popper (RODRIGUES, 2005, p.08), para quem, todo conhecimento humano é hipotético, o que implica a possibilidade de críticas, aperfeiçoamento, e de confirmação ou refutação. A verdade científica seria uma verdade provisória e sua característica principal seria a refutabilidade.

A produção de conhecimento científico deve ter como norte a imparcialidade do pesquisador. Leia-se: quando se faz tal afirmativa, não se objetiva indiferença axiológica ou distanciamento do objeto estudado. Mas, não há como negar, que a objetividade é a forma mais honesta e provável de garantir o sucesso – mesmo que temporário – de uma teoria, posto que, a mesma será submetida à crítica da comunidade científica (POPPER, 2004, p. 16-17).

A proposta de Popper (2004, p. 16), hipotético-dedutiva, decorre da premissa de que, todo conhecimento científico consiste em conjecturas, continuamente submetidas a testes, que enquanto não forem derrubadas pela crítica, poderão ser aceitas como “verdadeiras”, ou mais precisamente, como melhores aproximações possíveis da verdade, reflexo da essencial falibilidade humana.

Esta pesquisa, valendo-se do método hipotético-dedutivo, parte da suposição de que é legal a percepção, por parte de um agente público, de proventos da aposentadoria cumulados com o benefício de pensão por morte do cônjuge/companheiro, também servidor público, e que a incidência do “abate-teto” sobre esta cumulação, advinda do trabalho de dois servidores diferentes, é absolutamente desarrazoada, e tem sido aplicada, por parte do Poder Público – utilizando-se da autotutela, como mecanismo de controle interno – sem o devido respeito a princípios como ampla defesa, contraditório, e vedação ao enriquecimento ilícito do Estado.

Ademais, para a fundamentação deste estudo, fez-se indispensável, o levantamento e estudo bibliográfico, bem como, a análise de vasta jurisprudência, oriunda do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas da União.

## **2 Ilegalidade da incidência do “abate-teto” sobre o montante cumulativamente percebido a título de proventos de aposentadoria e pensão por morte**

### **2.1 Previsão constitucional relativa à incidência de teto remuneratório aplicável aos agentes públicos**

Como explicado anteriormente, trata a presente discussão, da incidência dos limites do teto remuneratório, estabelecido pela Emenda Constitucional nº 41/03, sobre o montante cumulativamente percebido a título de proventos de aposentadoria no serviço público e pensão por morte, devido ao falecimento de cônjuge ou companheiro (a), também enquadrado (a) na categoria de agente público.

Nesse contexto, o artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, alterado pela Emenda Constitucional nº 41/2003, determina:

A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, membros de qualquer dos Poderes 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.

Outro dispositivo constitucional relevante, para o adequado entendimento da questão, que disciplina o Regime de Previdência do servidor público, de caráter contributivo, é o artigo 40, § 11:

Art. 40. (...) § 11. Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas à contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

Adiante, será demonstrada a legalidade da percepção de proventos da aposentadoria cumulada com benefício de pensão por morte de cônjuge ou companheiro (a), e que a incidência do “abate-teto” sobre esta cumulação, advinda do trabalho de dois servidores/contribuintes diversos, é ilegal, caracterizando, dentre outros comportamentos abusivos, desrespeito ao devido processo legal e enriquecimento sem causa do Estado.

## 2.2 A opinião do Tribunal de Contas da União sobre a possibilidade de acumulação de aposentadoria e pensão por morte

O Texto Constitucional, anteriormente citado, tem gerado entendimento doutrinário e jurisprudencial, dominante, no sentido de que a expressão “percebidos cumulativamente ou não”, objetiva coibir a sobreposição de espécies remuneratórias, pagas a uma mesma pessoa, com base no mesmo fundamento jurídico. Desde já, adiante-se que o presente estudo não aborda essa questão, como se demonstrará a seguir.

Nessa pesquisa, há uma tentativa de repensar este instituto jurídico, objetivando um novo olhar sobre a questão, com o intuito de superar o entendimento imposto pela Administração Pública, por meio de seu poder de autotutela, em que o Poder Público sustenta que deve ser aplicado o “abate-teto” nos casos em que haja recebimento conjunto de proventos e pensão originados de servidores diferentes.

No estudo ora apresentado, a linha seguida, defende que os valores pagos apresentam fundamentos absolutamente distintos: apenas os proventos da aposentadoria são resultado do próprio trabalho do agente público inativo; diversamente da pensão por morte que é paga em razão do falecimento de seu cônjuge/companheiro, também servidor público, como benefício de caráter alimentar.

Há clara distinção de fatos geradores, com dois contribuintes distintos do sistema previdenciário: um instituidor do benefício da pensão; outro, na inatividade, percebendo proventos. Ora, se cada um dos benefícios tem um fato gerador diverso, em virtude disso, não podem ser entendidos como acumulação de remunerações, principalmente porque cada um teve sua própria fonte de custeio, suportada, de forma individual pelo instituidor correspondente quando em atividade.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU):

GRUPO II – CLASSE III – Plenário  
TC-009.585/2004-9  
Natureza: Consulta  
Órgão: Tribunal Superior do Trabalho

Interessado: Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho

Advogado: não há

**Sumário:** Consulta. Percepção simultânea de benefício de pensão com remuneração de cargo efetivo ou em comissão e de benefício de pensão com proventos de inatividade. Conhecimento. **Resposta no sentido de que 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**, em face do que dispõem os arts. 37, XI (redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003), e 40, § 11, da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998). Ciência da deliberação à autoridade consulente. Arquivamento.

(...)

**3. Trata-se, como se vê, de situações em que há expressa distinção de fatos geradores.** Em ambas, há dois contribuintes distintos do sistema previdenciário, um que se torna instituidor de benefício de pensão e outro, ainda na atividade, percebendo remuneração, ou já na inatividade, percebendo proventos. Dessa forma, verifico que a Consulta traz à discussão escopo mais abrangente do que aquele que vislumbraram a unidade técnica e o Ministério Público.

4. As considerações expendidas tanto pela unidade técnica quanto pelo Ministério Público são absolutamente válidas se aplicadas exclusivamente a um único contribuinte. Não restam dúvidas quanto à submissão do benefício da pensão ao teto constitucional, inclusive nas situações de acumulação constitucionalmente admitidas. **Todavia, não é essa a questão posta nos autos. Requer-se o exame do somatório de proventos de pensão (benefício instituído por determinado servidor) com remuneração da atividade (de outro servidor) ou do somatório de proventos de pensão (benefício instituído por determinado servidor) com proventos de aposentadoria (em razão do exercício de cargo público por outro servidor), em face das disposições do art. 37, inciso XI, e do art. 40, § 11, da Constituição Federal.** (destaques nossos). (BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 2079/2005**. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, 2005).

A limitação contida no artigo 37, inciso XI, da Carta Federal de 1988, não obstante deva ser aplicada ao pagamento de aposentadoria individualmente considerada, que ultrapasse o aludido limite, não se mostra plausível no tocante à soma de seu valor com proventos de pensão para fins de cálculo do teto, ainda que sejam pagas pela mesma pessoa jurídica de direito público.

Pertinente é o entendimento apresentado pelo TCU, órgão de controle externo da Administração Pública, reconhecido e respeitado pelo trabalho técnico qualificado que realiza.

Não se pode olvidar que, aposentadoria e a pensão, conforme determinação constitucional, seguem a lógica do regime contributivo. Nessa linha de raciocínio, esclarece o TCU, no parecer supracitado:

(...) 9. 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.

10. 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.

(...)

18. A idéia e objetivo de se contribuir para a previdência social é justamente tentar garantir a manutenção do “status quo” quando o servidor passa à inatividade e para seus dependentes, em caso de morte. (destaques nossos). (BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão 2079/2005. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, 2005).

Ressalte-se, por oportuno, que a Constituição Federal de 1988 e as leis não podem ser interpretadas de forma fragmentada. Obviamente, uma norma deve ser interpretada em função da unidade sistemática da ordem jurídica. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

(...) é fato que, muitas vezes, o inteiro teor de uma figura de Direito não se contém em um único dispositivo de lei. Cada dispositivo, em verdade, pode não encerrar senão um fragmento de norma. O fragmento restante pode se conter em outro texto ou até mesmo em outros textos do mesmo diploma legal. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.020-5/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, 2004).

Com o intuito de realizar uma interpretação conforme a Carta Magna de 1988, o TCU apresenta um exemplo que muito esclarece sobre a questão, e que demonstra o quão equivocado é o comportamento do Poder Público, quando aplica o “abate-teto” ao somatório de aposentadoria com a percepção de pensão por morte de cônjuge ou companheiro (a):

(...) 11. **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.**

12. 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.** (destaques nossos). (BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 2079/2005**. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, 2005).

Irretocável o parecer do Tribunal de Contas da União, que confere a interpretação adequada, lógica, à Carta Magna de 1988.

### 2.3 Incidência do “abate-teto” sob a visão do Poder Judiciário

Corroborando o entendimento do TCU, no parecer aqui exposto, há um considerável número de julgados, da lavra de diversos juízos, no âmbito estadual e federal, como exposto adiante:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR. PENSÃO POR MORTE. ABATE-TETO. INCIDÊNCIA ISOLADA. 1. O art. 37, XI, da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.03 estabeleceu o abate-teto. O Tribunal de Contas da União considera que o abate-teto deve incidir, de um lado, sobre o somatório dos valores recebidos a título de aposentadoria e remuneração e, de outro, sobre a pensão por morte, por serem verbas de fatos geradores distintos TCU, TC-009.585/2004-9, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. 30.11.05). No mesmo sentido, o art. 6º da Resolução n. 42, de 11.09.07, do Conselho Nacional de Justiça. Na esteira do entendimento acima referido, tem se manifestado a jurisprudência (TRF da 3ª Região, ApelReex n. 00251565220104036100, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, j. 11.10.11; TRF da 5ª Região, ApelReex n. 200981000048251, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti, j. 05.05.11; TRF da 2ª Região, ApelReex n. 200851010240053, Rel. Des. Fed. Reis Friede, j. 16.06.10; AMS n. 200451010165864, Rel. Des. Fed. Antonio Cruz Netto, j. 24.01.09). **2. A agravante comprovou que recebe cumulativamente pensão por morte, relativa ao seu marido, aposentadoria relativa a cargo público por ela anteriormente ocupado e remuneração por sua atividade atual. Demonstrou, ainda, que a União vem realizando descontos em seus contracheques considerando, para incidência do abate-teto, a soma das verbas recebidas. 3. Encontram-se presentes os requisitos para concessão da antecipação da tutela recursal, tendo em vista a verossimilhança da alegação da agravante de que o abate-teto constitucional deve incidir, de um lado, sobre o somatório dos valores recebidos a título de aposentadoria e remuneração e, de outro, sobre a pensão por morte. Ademais, trata-se de verba alimentar, a indicar o risco de dano grave e de difícil reparação. 4. Agravo de instrumento provido.** (destaques nossos). (BRASIL. TRF-3. **Agravo de Instrumento 25883 MS 0025883-07.2012.4.03.0000**, 2013).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. CUMULATIVIDADE DE APOSENTADORIA SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL COM PENSÃO POR MORTE. ABATE-TETO. PROVENTOS DISTINTOS. INCIDÊNCIA ISOLADA POR BENEFÍCIO. 1. A Autora sofre descontos em seus proventos, a título de abate-teto, porque recebe, cumulativamente, aposentadoria, referente ao cargo de Auditora Fiscal da Receita Federal, e pensão por morte de seu companheiro, e tais benefícios, somados, ultrapassam o teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da CF. **A sentença de base deferiu a supressão de tais descontos e**

a devolução dos valores que já foram indevidamente descontados. 2. Afigura-se equivocada a conduta do poder público de somar ambos os proventos para aplicação do limite do abate-teto. Observa-se que são benefícios completamente distintos e devem ser considerados isoladamente para a aplicação do limite estipulado para o teto remuneratório. Embora os benefícios de pensão e aposentadoria sejam recebidos pela mesma pessoa, têm fatos geradores distintos e são relacionados a contribuintes igualmente distintos. Precedentes do Tribunal de Contas da União e de Tribunais Regionais Federais. 3. Em relação aos juros de mora e correção monetária devem ser observadas as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010. 4. Apelação e remessa oficial a que se dá parcial provimento apenas para determinar que a atualização das parcelas vencidas observe as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21/12/2010. (destaques nossos). (BRASIL. TRF-1. **Apelação Cível 4939/BA 2010.33.00.004939-6**, 2013).

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Selma Maria Ratis de Oliveira Souza em face do Estado de Pernambuco, impugnando decisão interlocutória da lavra da MM. Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, Dr. Djalma Andreino Nogueira Júnior, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0176915-33.2012.8.17.0001. (...) 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.**(destaques nossos). (PERNAMBUCO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Terceira Câmara de Direito Público. **Agravo de Instrumento 0294.343-7**, /2013).

#### **ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA COM PENSÃO POR MORTE. INCIDÊNCIA DO LIMITE TETO INDIVIDUALIZADA.**

I - Os órgãos do Judiciário têm entendido que nos caso de cumulação entre aposentadoria e pensão, o abate-teto de que trata o artigo 37, XI da CF/88 deve ser aplicado **individualmente, mas não sobre a soma dos benefícios.**

II - A Resolução nº 42 do CNJ, aceita pelo TCU, garantiu aos servidores do Judiciário e aos magistrados que o limite fixado na Constituição Federal como teto remuneratório, incidente sobre as pensões e aposentadorias recebidas cumulativamente, deve ser considerado **individualmente.**

III - A Constituição não estabeleceu distinção entre os servidores do poder executivo e judiciário, devendo ser aplicado os mesmos critérios para ambas as categorias, em obediência ao princípio da isonomia. (destaques nossos). (BRASIL. TRF -5. **Apelreex 22385/CE.** Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, 2012).

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. (destaques nossos). (SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Segunda Câmara de Direito Público. **APL. 424305620108260053/SP 0042430-56.2010.8.26.0053.** Relator: Lineu Peinado, 2011).

Ademais, legitimando o que até aqui se afirma, cite-se a Lei Previdenciária nº 8213/1991, que em seu artigo 124, parágrafo único, veda o recebimento conjunto do seguro-



desemprego com qualquer outro benefício de prestação continuada. Todavia, esta vedação não se aplica, expressamente, à pensão por morte:

Para corroborar o entendimento de que se trata de fatos geradores distintos com instituidores diversos exemplifico com a disposição contida na legislação previdenciária – parágrafo único do artigo 124 da Lei nº 8213/91 - que ao vedar o recebimento conjunto do seguro desemprego com qualquer benefício de prestação continuada da Previdência Social *exclui a pensão por morte*. (SÃO PAULO. 3ª VARA CÍVEL FEDERAL DA CAPITAL. **Ação Ordinária 2009.61.00.024074-0**. Juíza Maria Lúcia Lencastre Ursaia, 2010).

Diante de todos os entendimentos apresentados, constata-se que o comportamento adotado pelo Poder Público, quando da realização do desconto, não encontra respaldo na Carta Federal de 1988.

### **3 Flagrante desrespeito à ampla defesa e ao contraditório: a incidência ilegal do “abate-teto” e o emprego desarrazoado da autotutela na seara administrativa**

O ato administrativo pode ter a cessação de seus efeitos por meio da manifestação de vontade da Administração Pública. Trata-se do desfazimento volitivo, ou seja, a edição de um ato jurídico para retirar outro ato, do ordenamento jurídico. Assim, há manifestação de vontade da Administração Pública, por meio da autotutela, que constitui um poder-dever, que lhe permite rever seus próprios atos, desfazendo seus efeitos, independentemente de ação judicial (MILESKI, 2003, p. 141).

Não se pode olvidar: a Administração Pública está sujeita à lei. Assim, deve controlar seus próprios atos, competindo-lhe anulá-los, quando atingidos por alguma ilegalidade; ou quando o ato se apresentar desprovido de mérito (conveniência e oportunidade) promover sua revogação, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal editou Súmulas que consagram a autotutela:

Súmula nº 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula nº 473: A Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Por sua vez, a Lei nº 9784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, determina: “Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

A autotutela administrativa, mecanismo de controle interno do Poder Público, pode ser efetivada de ofício ou a requerimento do interessado, e representa o Direito Administrativo contemporâneo, que exsurgiu da Constituição Federal de 1988, que em muito difere daquele que se preconizava até então.

Evoluiu-se – inequivocamente, tratou-se de uma evolução – de um Direito Administrativo fulcrado nas premissas da unilateralidade, da imperatividade e da supremacia de um interesse público ditado essencialmente pela seara estatal, para um Direito Administrativo marcado pela ascensão do destinatário do ato administrativo à condição de objeto central dos cuidados da disciplina e submisso aos princípios e direitos fundamentais.

Tal desenvolvimento do Direito Administrativo brasileiro tem reflexos concretos no que diz respeito ao exercício do poder (ou da prerrogativa) da autotutela administrativa.

Com efeito, segundo o regime constitucional vigente, o exercício da autotutela tem o mesmo fundamento da autoexecutoriedade dos atos administrativos. Nesse contexto, ressalte-se, por oportuno, não há qualquer mitigação da vontade expressa pelo Poder Público em um procedimento administrativo. Em verdade, a autotutela é um instituto que impõe a vontade pública, assegurando que o procedimento administrativo seja legítimo e que tal legitimidade seja assegurada, sem que haja judicialização da questão.

Com o advento da atual Carta Magna, não mais se discute que, mesmo em se tratando de sede administrativa, é indispensável garantir a ampla defesa e o contraditório, como decorrências do devido processo legal: “Art. 5º: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No estudo ora realizado, que retrata um comportamento, infelizmente, rotineiro da Administração Pública, o ato abusivo do desconto do “abate-teto”, costuma ser consumado de forma unilateral, sem respeito aos princípios da ampla defesa e contraditório, sem que haja a apresentação de razões, produção de provas e o conhecimento dos fundamentos da decisão. Tal comportamento é flagrantemente ilegal, mascarado pelo uso indevido da autotutela.

Tratando do tema, é oportuno citar, devido ao nível elevado da discussão e o cuidado do Tribunal em respeitar os direitos dos cidadãos, acórdão do Supremo Tribunal Federal, que tratou dos limites que devem ser observados pela seara pública quando suas ações atingem direitos de seus servidores ou de terceiros. A decisão exarada pelos ministros demonstra o quão ilegal é o comportamento estatal ao instituir o “abate-teto” unilateralmente, atingindo,

concretamente, a subsistência do agente público, sem lhe conferir, minimamente, o direito à ampla defesa e ao contraditório:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL. REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.

1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo.

2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos **apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa.**

3. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (destaques nossos). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 594.296/MG**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 2012).

Inicialmente, destaque-se na referida decisão, a opinião da Procuradoria-Geral da República, pelo não provimento do recurso do Poder Público:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONFLITO APARENTE ENTRE A AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA (SÚMULA Nº 473/STF) E OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.

1. A Constituição Federal de 1988 pôs no devido relevo os direitos fundamentais do cidadão-administrado, sob a ótica do Estado Democrático e de Direito. **O núcleo de garantias processuais foi explicitamente estendido aos processos administrativos de qualquer natureza, a teor do inc. LV do art. 5º da CF, dispensando o mesmo tratamento aos litigantes, seja em processo judicial, quer no processo administrativo, para assegurar-lhes expressamente as garantias do contraditório e da ampla defesa.**

2. A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade. **Havendo repercussão no campo de interesses individuais, a anulação, que deverá ocorrer em prazo razoável e por decisão devidamente fundamentada, dependerá de prévio processo administrativo, nele garantidos o contraditório e a ampla defesa.**

3. Presente situação de *periculum in mora* (v.g. grave risco ou lesão à ordem jurídica, à saúde pública, à segurança pública, ao patrimônio público), a administração pode, cautelar e motivadamente, suspender os efeitos do ato, assegurando-se, em seguida, **o exercício da ampla defesa.**

4. O Estado de Minas Gerais excluiu unilateralmente dos vencimentos da recorrida (...). **Entretanto, o exercício do poder de autotutela administrativa deveria ter sido precedido de processo administrativo, garantindo-se à servidora o exercício da ampla defesa e do contraditório.**

5. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso extraordinário. (destaques nossos). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 594.296/MG**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 2012).

Analisando a questão, o Ministro relator asseverou em seu voto:

O recorrente pretendeu ver reconhecida a legalidade de seu agir, com respaldo no verbete da Súmula nº 473 desta Suprema Corte, editada ainda no ano de 1969, sob a égide, portanto, da Constituição anterior. A referida Súmula tem a seguinte redação: A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EIVADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE

CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIÇÃO JUDICIAL” (DJ de 10/12/69).

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, **foi erigido à condição de garantia constitucional do cidadão**, quer se encontre na posição de litigante, num processo judicial, **quer seja um mero interessado, em um processo administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes. Ou seja, a partir de então, qualquer ato da Administração Pública que tiver o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deverá ser precedido de prévio procedimento em que se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.**

Mostra-se, então, necessário, proceder-se à **compatibilização entre o comando exarado pela aludida súmula e o direito ao exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, garantidos ao cidadão pela norma do art. 5º, inciso LV, de nossa vigente Constituição Federal.** (destaques nossos). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 594.296/MG.** Relator: Ministro Dias Toffoli, 2012).

A doutrina especializada também fundamenta o raciocínio ora exposto. Simões (2004, p. 160-163) aduz ser:

(...) necessário compreender a autotutela administrativa na sua devida extensão, a fim **de que sejam fielmente preservados os direitos dos administrados.** Nesse mister, cumpre investigar que leitura a Carta de 1988 imprimiu à Súmula 473 e que interpretação deve, nessa medida, ser extraída do preceito legal em comento.

(...) a súmula 473 – e, hoje, também o art. 53 da Lei 9.784/1999 – **não deve ser utilizada como instrumento autoritário, capaz de desconstituir situações sem conferir aos interessados as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.** Não se pode admitir que a Administração invalide atos – os quais, vale lembrar, gozam de presunção de legitimidade – sem conceder àqueles que serão atingidos pela decisão administrativa a chance de sustentar, no curso do devido processo legal, que se trata de atos legítimos.

(...) **o exercício da autotutela deve ocorrer através de procedimento administrativo que confira àqueles que eventualmente venham a ser atingidos pela decisão invalidatória oportunidade de manifestação prévia, observados os desdobramentos da ampla defesa. Essa providência é indispensável ao resguardo do devido processo legal, sem o qual não se pode falar em legítima recomposição da legalidade?** (destaques nossos).

Prosseguindo com a fundamentação, serão apresentadas as opiniões de outros doutrinadores consagrados, que tratam do direito à ampla defesa e ao contraditório, em procedimentos administrativos. Ressalta a obra de Meirelles (2010, p.3), que:

(...) o essencial é que a autoridade que o invalidar demonstre, no devido processo legal, a nulidade com que foi praticado. (...) **Ocorrendo situação que caracterize um litígio com o destinatário do ato a ser objeto de exame para eventual anulação, a Administração Pública deve assegurar-lhe o direito de defesa e o contraditório, previsto no art. 5º, LV, da CF.** (destaques nossos)

Tratando da inovação representada pela introdução, no ordenamento jurídico pátrio, da norma do art. 5º, inciso LV, da vigente Constituição Federal, destaca o mencionado autor:

(...) ao falar em 'litigantes', ao lado dos 'acusados', a atual Carta Magna acabou por jurisdicionalizar o processo administrativo. **Sem dúvida, em relação aos 'acusados' a garantia da ampla defesa e do contraditório já havia; porém, quanto aos 'litigantes', não. Esta é, sem dúvida, uma das grandes novidades da Constituição Federal de 1988. É o fenômeno da processualidade administrativa.** (destaques nossos). (MEIRELLES, 2010, p.104)

Mello (2009, p. 101), também é trazido à baila, para lastrear o raciocínio:

(...) está estampadamente claro na Constituição do país que **a Administração Pública não pode investir contra a liberdade ou contra a propriedade das pessoas sem antes cumprir a sequência itinerária de atos que se constituam em um processo regular, assegurada ampla defesa, quando se trate de adotar providência conducente a qualquer medida gravosa que intente tomar em relação a estes bens jurídicos. Vale dizer: a 'privação' deles está condicionada ao 'devido processo legal', sem o quê será nula, por inconstitucional.** De resto, como se vê na linguagem do inciso LV, se a providência a ser adotada já significar um litígio ou redundar nele, serão, de todo modo, assegurados o contraditório e ampla defesa (...). (destaques nossos).

Em outros estudos sobre ampla defesa, Mello (2010, p.464), afirma que:

(...) **não se anula ato algum de costas para o cidadão, à revelia dele, simplesmente declarando que o que fora administrativamente decidido (ou concertado pelas partes) passa a ser de outro modo, sem ouvida do que o interessado tenha a alegar na defesa de seu direito. A desobediência a esse princípio elementar lança de imediato suspeita sobre a boa-fé com que a Administração tenha agido, inclusive porque nela se traduz um completo descaso tanto pelo fundamental princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos quanto por aquele que é, talvez, o mais importante dentre todos os cânones que presidem o Estado de Direito – a saber: o princípio da segurança jurídica.** (destaques nossos).

Outra opinião sobre o tema, que não pode ser olvidada, é apresentada por Rocha (1997, p. 5-28):

O processo administrativo democrático não é senão o encontro da segurança jurídica justa. Ela é uma das formas de concretização do princípio da legitimidade do poder, à medida em que se esclarecem e se afirmam os motivos das decisões administrativas. Tais decisões são questionadas e deslindadas no processo administrativo e, nessa sede, o poder no exercício do qual elas foram adotadas recebe a sua condição legítima própria. **Quanto mais democrático for o processo administrativo, mais demonstrativo ele é da essência e prática do exercício do poder em determinado Estado.**(...)

É, pois, para a realização dos princípios democráticos legitimadores do exercício do poder **que se põe o processo administrativo como instrumento de ação do agente público, gerando-se em sua base jurídica o conjunto elementar dos subprincípios que dão ao cidadão a segurança de aplicação eficiente do Direito justo.** (destaques nossos).

A Suprema Corte segue este raciocínio e, há muito, decide seguindo esses preceitos, conforme se observa nos julgados colacionados:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ANULAÇÃO DE ASCENSÕES FUNCIONAIS CONCEDIDAS AOS EMPREGADOS DA ECT. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVER A

LEGALIDADE DAS ASCENSÕES. NECESSIDADE DE AS PARTES ATINGIDAS PELO ATO COATOR INTEGRAREM A LIDE. 1. Decadência do direito de a Administração Pública rever a legalidade dos atos de ascensão funcional dos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, praticados entre 1993 e 1995 (Art. 54 da Lei n. 9.784/1999). 2. **Direito ao contraditório e à ampla defesa a ser garantido aos beneficiários de atos administrativos inerentes à sua condição funcional para a validade de decisões do Tribunal de Contas da União que importem em sua anulação ou revogação.** Súmula Vinculante n. 3. Precedentes. 3. Mandado de segurança concedido. (destaques nossos). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 26.393/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 2010).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA 473 DO STF. NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LIV E LV DO STF. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I – **O entendimento da Corte é no sentido de que, embora a Administração esteja autorizada a anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais (Súmula 473 do STF), não prescinde do processo administrativo, com obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.** Precedentes. II - Como tem consignado o Tribunal, por meio de remansosa jurisprudência, a alegada violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário. III - Agravo regimental improvido. (destaques nossos). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 710.085-AgR/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 2009).

ATO ADMINISTRATIVO - REPERCUSSÕES - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - SITUAÇÃO CONSTITUÍDA - INTERESSES CONTRAPOSTOS - ANULAÇÃO - CONTRADITÓRIO. **Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada.** Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular. (destaques nossos). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 158.543/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello, 1995)

Inegavelmente, a incidência do “abate-teto” influi na esfera de interesse do agente público. Portanto, tal desconto deveria ser precedido de regular processo administrativo, em que se deve respeito ao direito ao contraditório e à ampla defesa. Assim, quando a autotutela não é utilizada da forma devida, é cabível a anulação do ato administrativo que estabeleceu a incidência do “abate-teto”. Corroborando tal entendimento:

A essencialidade do postulado da **segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, amparadas pela boa-fé do cidadão (seja ele servidor público, ou não), representam fatores a que o Judiciário não pode ficar alheio, como resulta da jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal** (destaques nossos). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar em MS 27.422. Relator: Ministro Celso de Mello, 2008).

O que está em discussão é que, ao ente administrativo, não se permite atingir o patrimônio jurídico, de quem quer que seja, sem que seja assegurado ao interessado o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não se desempenha a autotutela sem limites. Daí a necessidade de se formalizar processo administrativo em relação à incidência dos descontos.

Trazendo as palavras de Ferraz e Dallari (2007, p. 24 e 90), sobre o tema:

**(...) o processo administrativo aberto, visível, participativo é instrumento seguro de prevenção à arbitrariedade. Dele não se pode abrir mão, minimamente que seja a garantia constitucional do direito à ampla defesa exige que seja dada ao acusado – ou a qualquer pessoa contra a qual se faça uma irrogação, em desfavor da qual se estabeleça uma apreciação desfavorável (ainda que implícita), ou que esteja sujeita a alguma espécie de sanção ou restrição de direitos – a possibilidade de apresentação de defesa prévia à decisão administrativa. Sempre que o patrimônio jurídico e moral de alguém puder ser afetado por uma decisão administrativa, deve a ele ser proporcionada a possibilidade de exercitar a ampla defesa, que só tem sentido em sua plenitude se for produzida previamente à decisão, para que possa ser conhecida e efetivamente considerada pela autoridade competente para decidir.**  
(destaques nossos)

Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o *'due process of law'*, como uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede administrativa, sob pena de nulidade da medida restritiva de direitos:

**Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do “due process of law” (CF, art. 5º, LIV) - independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado -, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). - Abrangência da cláusula constitucional do ‘due process of law’.**  
(destaques nossos) (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 27.083/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, s/d).

Na contemporaneidade, firma-se que o procedimento administrativo é meio de atendimento a requisitos da validade do ato administrativo. Propicia o conhecimento do que ocorre antes que o ato faça repercutir seus efeitos sobre os indivíduos, e permite verificar como se realiza a tomada de decisões.

#### **4 Configuração do enriquecimento sem causa do Estado**

Quando o Poder Público adota o comportamento ilegal, explicado anteriormente, além de desrespeitar princípios como ampla defesa, contraditório, devido processo legal,

utilizando-se do poder de autotutela, sem limites, ainda incide em outra prática nefasta: o enriquecimento sem causa.

O agente público e seu cônjuge ou companheiro (a) falecido (a), durante o exercício dos respectivos cargos públicos, honraram seus compromissos funcionais e contribuíram para o seu regime próprio de previdência.

O Poder Público, em uma postura abusiva, simplesmente se apodera dos valores que o agente público deveria receber, instituindo a figura do “abate-teto” em hipótese não prevista na Carta Federal de 1988.

Tal comportamento configura o locupletamento ilícito do Estado, prática que deve ser rechaçada pelos órgãos internos e externos de controle. Trata-se do fruto de toda uma vida de trabalho.

Nessa linha, o TCU já expressou sua opinião:

GRUPO II – CLASSE III – Plenário - TC-009.585/2004-9. Natureza: Consulta. Órgão: Tribunal Superior do Trabalho. Interessado: Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho

**Sumário:** Consulta. Percepção simultânea de benefício de pensão com remuneração de cargo efetivo ou em comissão e de benefício de pensão com proventos de inatividade. Conhecimento. **Resposta no sentido de que 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**, em face do que dispõem os arts. 37, XI (redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003), e 40, § 11, da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998). Ciência da deliberação à autoridade consulente. Arquivamento.

(...)

20. 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 direito estatal.

21. Por essa razão, mantenho o entendimento inicialmente expresso de que a Consulta deve ser respondida **no sentido de que não se aplica o teto constitucional às situações ali apresentadas**”. (destaques nossos). (BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 2079/2005**. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, 2005).

O tema foi tratado em julgado do Supremo Tribunal Federal:

(...) Considere-se a posição dos próprios integrantes da Corte quando no exercício da Presidência, em atuação do Tribunal Superior Eleitoral e lecionando em faculdade pública. Nem se diga que o teto a ele não se aplica. Se, ortodoxamente, cabe distinguir as situações - e o teto não teve origem na necessidade de limitar o total a ser recebido dos cofres públicos por Ministro do Supremo -, mostra-se incoerente dizer que a ele estão submetidos todos os agentes políticos e servidores públicos, inclusive o Presidente da República, Senadores, Deputados Federais, Governadores e Prefeitos, menos os próprios Ministros.

Tenha-se em conta o conflito da cláusula 'percebidos cumulativamente ou não' inserida com a Emenda Constitucional nº 41/03, no que deu nova redação ao artigo



37, inciso XI, com texto primitivo da Constituição Federal cuja única razão de ser está na ligação à menção remuneração, subsídio, proventos, pensões e outras espécies remuneratórias.

**Admitida pela Lei Maior a acumulação, surge inconstitucional emenda que a inviabilize, e a tanto equivale restringir os valores remuneratórios dela resultantes. A previsão limitadora - 'percebidos cumulativamente ou não' - além de distanciar-se da razoável noção de teto, no que conduz a cotejo individualizado, a fonte a fonte, conflita com a rigidez constitucional decorrente do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Carta.**

**Simplesmente o Estado não pode dar com uma das mãos e retirar com a outra; não pode assentar como admissível a acumulação e, na contramão desta, afastar a contrapartida que lhe é natural, quer no todo, - quando, então, se passaria a ter prestação de serviço gratuito -, quer em parte, mitigando-se o que devido. Direitos e garantias individuais são aqueles previstos na Constituição, não cabendo distinguir posições, ou seja, integração passada, presente e futura, em certa relação jurídica. (destaques nossos). (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Processo Administrativo 319.269**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 2004).**

A postura estatal retratada é abusiva, pois há apropriação indevida de valores que devem ser pagos ao agente público inativo, também beneficiário da pensão por morte de seu cônjuge ou companheiro (a), desrespeitando mais um princípio regente do Poder Público.

## **5 Considerações Finais**

Diante do exposto, conclui-se que, os valores pagos possuem fundamentos totalmente diversos: apenas os proventos da aposentadoria são resultado do próprio trabalho do agente público aposentado; enquanto a pensão por morte lhe é paga em razão do falecimento de seu cônjuge ou companheiro (a), também agente do Estado, como benefício de caráter alimentar.

Há clara distinção de fatos geradores, com dois contribuintes do sistema previdenciário: um instituidor do benefício da pensão; outro, na inatividade, percebendo proventos. Cada benefício teve sua própria fonte de custeio, individualizada.

Observa-se o quão gravoso e ilegal é o comportamento adotado pelo Estado, quando determina a incidência do “abate-teto” sobre a acumulação desses benefícios, pois não só desrespeita o *due process of law*, ao aniquilar o direito à ampla defesa e ao contraditório, como também incide na prática altamente reprovável do locupletamento sem causa, desrespeitando direitos de natureza alimentar, que são legítimos e devidos aos agentes públicos que se enquadram na situação descrita anteriormente.

Esta visão sobre o tema representa a construção de um novo paradigma, um desafio para os intérpretes e aplicadores do direito, com o intuito de que estes se oponham aos comportamentos abusivos oriundos da seara pública.

## 6 Referências

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 594.296/MG**. Relator: Ministro Dias Toffoli. P.13/02/2012.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **MS 26.393/DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. P.19/2/2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **AI 710.085-AgR/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. P. 06/3/2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Medida Cautelar/MS 27.422**. Relator: Ministro Celso de Mello. P.26/08/2008.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **ADI 3.020-5/DF**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. P.19/02/2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Processo Administrativo 319.269**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Sessão de 05/02/2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **RE 158.543/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. P. 06/10/1995.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **MS 27.083/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello.s/d

\_\_\_\_\_. TRF-3. **Agravo de Instrumento 25883 MS 0025883-07.2012.4.03.0000**. P. 20/05/2013.

\_\_\_\_\_. TRF-1. **Apelação Cível 4939/BA 2010.33.00.004939-6**. P. 10/05/2013.

\_\_\_\_\_. TRF-5. **Apelreex 22385/CE**. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. P. 31/05/2012.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 2079/2005**. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-54429&texto=2532384b455925334141434f5244414f2d>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2014.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Princípios do Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PERNAMBUCO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Terceira Câmara de Direito Público. **Agravo de Instrumento 0294.343-7**. Relator: Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo. P. 08/10/2013.

POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. (Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva). 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. *In: Revista de Informação Legislativa*. Distrito Federal: Senado Federal v. 34, nº 136, out/dez 1997, pp. 5-28. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/287>. Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. Metodologia da pesquisa nos cursos de direito: uma visão crítica. *In: XV CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. Anais eletrônicos*. Fortaleza: CONPEDI, 2005. p. 08. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Horacio%20Wanderlei%20Rodrigues.pdf>. Acesso em: 29 de janeiro de 2014.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Segunda Câmara de Direito Público. **APL. 424305620108260053/SP 0042430-56.2010.8.26.0053**. Relator: Lineu Peinado. P. 01/12/2011.

\_\_\_\_\_. 3ª VARA CÍVEL FEDERAL DA CAPITAL. **Ação Ordinária 2009.61.00.024074-0**. Juíza Maria Lúcia Lencastre Ursaia. P. 16/04/2010.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O processo administrativo e a invalidação de atos viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004.