

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP

Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional

ALESSANDRA DAMIAN CAVALCANTI

**AS PARCELAS CONSTITUCIONAIS
DECORRENTES DE DIREITOS SOCIAIS E O
REGIME DE SUBSÍDIO**

**Brasília
2014**

ALESSANDRA DAMIAN CAVALCANTI

**AS PARCELAS CONSTITUCIONAIS
DECORRENTES DE DIREITOS SOCIAIS E O
REGIME DE SUBSÍDIO**

Monografia apresentada como parte das exigências para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília
2014

ALESSANDRA DAMIAN CAVALCANTI

AS PARCELAS CONSTITUCIONAIS DECORRENTES DE DIREITOS SOCIAIS E O REGIME DE SUBSÍDIO

Monografia apresentada como parte das exigências para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ___/___/____, com menção
_____ (_____)

Banca Examinadora:

Presidente: Professor

Integrante: Professor

Integrante: Professor

RESUMO

O presente trabalho versa sobre as parcelas garantidas pela Constituição Federal, que constituem direitos sociais dos trabalhadores e que são pagos em razão das condições de trabalho: adicional de periculosidade, adicional de insalubridade, horas extras e adicional noturno. Avalia-se o grau de compatibilidade da remuneração por subsídio com as referidas parcelas. Serão analisadas as origens e natureza dos institutos para verificar se efetivamente existe uma antinomia entre o parágrafo terceiro e o parágrafo quarto do art. 39 da Constituição Federal. Busca-se averiguar se o subsídio, como parcela única, impede qualquer pagamento de vantagem adicional, inclusive as parcelas constitucionalmente garantidas.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Parcelas Constitucionais. Adicional de Periculosidade. Adicional de Insalubridade. Horas-extras. Adicional Noturno. Subsídio.

ABSTRACT

This paper discusses the portions guaranteed by the Federal Constitution, which constitute social rights of workers and are paid on account of working conditions: health hazard pay, risk premium pay, overtime pay and night shift hours payment. The degree of compatibility of compensation per grant with those parcels will be evaluated. The origins and nature of the institutes will be analyzed to ascertain if there is a contradiction between the third paragraph and the fourth paragraph of art. 39 of the Federal Constitution. Seeks to ascertain whether the subsidy as a single installment payment prevents any other advantage, including parcels constitutionally guaranteed.

Key-words: Constitucional Law. Constitution's advantages. Health hazard pay. Risk premium pay. Overtime pay. Night shift hours payment. Subsidy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1.DO SUBSÍDIO.....	9
1.1 Da origem do subsídio.....	9
1.2 Da natureza jurídica do subsídio.....	10
1.3 Das normas que instituíram o subsídio para os servidores organizados em carreira.....	12
2.DO INTERESSE PÚBLICO.....	15
3.DOS DIREITOS SOCIAIS.....	19
3.1 Da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.....	24
4.DA ANTINOMIA ENTRE AS NORMAS.....	27
5.DOS DIREITOS SOCIAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS.....	31
6.DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.....	37
7.DO PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....	39
8.DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE O TEMA.....	41
9.DA PROTEÇÃO CONFERIDA AOS TRABALHADORES EM GERAL.....	43
10.DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA.....	45
10.1 Do subsídio como parcela única.....	48
10.2 Da inexistência de direito adquirido a regime jurídico.....	49
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 19/98, introduziu no texto constitucional a forma de remuneração por subsídio para o membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais, na forma do §4º do art. 39 da Constituição Federal.

A referida Emenda Constitucional possibilitou ainda que os servidores públicos organizados em carreira possam ser remunerados por meio de subsídio na forma do §8º do art. 39 da Constituição Federal.

No entanto, a aplicação desta forma remuneratória aos servidores públicos gera controvérsias e aparentes conflitos entre dispositivos constitucionais.

Uma das discussões sobre regime de subsídio e a remuneração dos servidores públicos por meio da adoção do regime de subsídio, cinge-se aos direitos sociais garantidos pelo art. 7º da Constituição Federal.

A Constituição prevê expressamente que os referidos dispositivos devem ser aplicados aos servidores públicos conforme reza o §3º do art. 39 da Constituição Federal.

Existe uma aparente antinomia entre o §3º e o §4º do art. 39 da Constituição Federal e o objetivo deste trabalho é tecer uma análise dos conceitos envolvidos nesta suposta antinomia para apontar se existe de fato o conflito entre normas e dentre as possíveis formas soluções para o conflito, qual seria a mais compatível com a Constituição Federal.

O marco teórico é o conceito de subsídio introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98 que constitui parcela remuneratória única.

Dessa forma, considerar-se-ão os dispositivos legais face à Constituição Federal, o entendimento defendido pela doutrina sobre o tema, bem como a análise de precedentes judiciais que versam sobre a impossibilidade do pagamento das parcelas referentes aos direitos sociais, para servidores que passaram a receber a sua remuneração por subsídio.

Para tanto, no capítulo inicial do presente trabalho verifica-se a origem do

subsídio, bem como a sua natureza.

O subsídio também será analisado sob a ótica do interesse público, que constitui medida importante para entender o escopo da norma.

No terceiro capítulo analisam-se os direitos sociais garantidos pela Constituição Federal aos trabalhadores e a possibilidade ou não de restrição a determinados direitos sociais pela nova forma remuneratória.

Após a análise dos direitos sociais, o quarto capítulo dedica-se à questão da antinomia entre os dispositivos constitucionais que estabelecem os direitos sociais aos servidores públicos e o subsídio como parcela única de remuneração.

Analisar-se-á então se as alterações na Constituição Federal e na legislação que fixou para os servidores a remuneração por meio de subsídio viola cláusulas pétreas e os princípios constitucionais da vedação do retrocesso social e da unidade da Constituição Federal.

Serão analisados os tratados internacionais que versam sobre os direitos sociais garantidos pela Constituição Federal e como esses direitos são conferidos aos trabalhadores em geral, regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

No último capítulo do trabalho serão analisados os precedentes judiciais sobre o tema em tela, por decorrer de alteração constitucional relativamente recente, não existe ainda um grande número de precedentes.

Assim, com base nos dados levantados e na pesquisa realizada, busca-se a solução mais adequada para a aparente antinomia entre a forma de remuneração por subsídio, como parcela única, para os servidores organizados em carreira e os direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Não se pode deixar de considerar que esta forma de remuneração foi criada justamente para moralizar a Administração Pública. Contudo, a moralização não pode incorrer em violação aos direitos sociais e à Constituição Federal.

Dessa forma, faz-se necessário encontrar o equilíbrio na interpretação e aplicação da norma de modo a garantir a maior efetividade possível aos direitos sociais sem que haja uma descaracterização do sistema remuneratório por subsídio.

1. DO SUBSÍDIO

1.1 Da origem do subsídio

O regime de remuneração por subsídio foi instituído para os agentes políticos e membros de Poder por meio da Proposta de Emenda à Constituição nº 173-F, que culminou na Emenda Constitucional nº 19/98, na chamada reforma administrativa, como etapa de evolução da Administração Pública burocrática para a Administração Pública gerencial¹.

Este termo 'subsídio' foi utilizado pela Constituição Federal de 1967/69 para designar os estímulos dos agentes políticos, que não era formado por uma única parcela, era constituído por uma parte fixa e uma parte variável que era apurada conforme o comparecimento do parlamentar nas sessões legislativas e a participação nas votações.

No entanto, a base do conceito da remuneração por subsídio com a EC 19/98, diferentemente do que previa a Constituição anterior, é a adoção de parcela única, sem o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, como forma de facilitar a gestão dos Recursos Humanos e acabar com parcelas remuneratórias há muito tempo criadas e que não se adequavam mais no novo conceito de Administração Pública moderna.

Assim, foi uma medida tida por moralizadora, uma vez que eliminou uma série de parcelas remuneratórias consideradas como vantagens supérfluas e reduziu o aumento em cascata, que sempre ocorria quando um aumento no vencimento básico implicava em uma série de aumentos subsequentes em outras parcelas remuneratórias a ele vinculadas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello² o escopo da criação da modalidade de remuneração por subsídio seria tornar mais visível e controlável a remuneração de certos cargos e coibir a multiplicação de parcelas que se agregam de forma a elevar

¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da. *A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: Uma Análise Panorâmica*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 01, n. 1, maio de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm. Compulsado em 18/07/2014

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31º ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 277.

o montante da remuneração destes cargos.

Apesar de ter sido fixada a remuneração por meio de subsídio para os agentes políticos, membros de Poder, Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais, na forma do §4º do art. 39 da Constituição Federal, essa espécie remuneratória pode ainda ser adotada para remunerar os servidores públicos organizados em carreira, com fulcro no §8º do supracitado art. 39 da Constituição Federal.

1.2 Da natureza jurídica do subsídio

O subsídio constitui forma de remuneração, é uma das espécies do gênero estipêndio e serve para retribuir aquele agente que trabalha para o Estado.

Remuneração é o montante percebido pelo servidor público a título de vencimentos e de vantagens pecuniárias, constitui, portanto, a somatória das várias parcelas pecuniárias a que faz jus, em decorrência de sua situação funcional.³

Essa nova forma de remunerar o membro de Poder, o agente político, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou o art. 39 da Constituição Federal.

Conforme já dito, a referida emenda também inseriu no texto da Constituição Federal, por meio do §8º do art. 39, a possibilidade de se adotar o subsídio como forma remuneratória para os servidores públicos organizados em carreira.

Segundo Odete Medauar⁴ o sentido de parcela única, vedado o acréscimo de qualquer outra parcela, é mitigado pela própria Constituição Federal, que elenca no §3º do art. 39, os direitos assegurados aos servidores públicos e os considera como acréscimos devidos ao subsídio.

De acordo com Odete Medauar⁵:

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24º ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 673.

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 291.

⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 291.

Com a emenda Constitucional 19/98, a constituição Federal agora prevê mais um tipo de estipêndio, o subsídio, para certas categorias de servidores. A característica fundamental do subsídio está na sua fixação em parcela única, conforme dispõe o §4º do art. 39 da CF, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. De regra, a retribuição pecuniária dos agentes públicos ocorre mensalmente; por isso, a parcela única diz respeito a cada retribuição mensal. O sentido de parcela única, sem qualquer acréscimo, é atenuado pela própria Constituição Federal: o §3º do art. 39 assegura aos ocupantes de cargos públicos vários direitos previstos para os trabalhadores do setor privado: décimo terceiro salário, salário-família, adicional noturno, remuneração por serviço extraordinário, adicional de férias; tais direitos representam acréscimos ao subsídio.

Nesse mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶:

Ao falar em parcela única, fica clara a intenção de vedar a fixação dos subsídios em duas partes, uma fixa e outra variável, tal como ocorria com os agentes políticos na vigência da Constituição de 1967. E, ao vedar expressamente o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, também fica clara a intenção de extinguir, para as mesmas categorias de agentes públicos, o sistema remuneratório que vem vigorando tradicionalmente na Administração Pública e que compreende o padrão fixado em lei mais as vantagens pecuniárias de variada natureza previstas na legislação estatutária.

Com isso ficam derogadas, para os agentes que percebem subsídios, todas as normas legais que prevejam vantagens pecuniárias como parte da remuneração.

Em consequência, também, para remunerar de forma diferenciada os ocupantes de cargos de chefia, direção, assessoramento e os cargos em comissão, terá a lei que fixar, para cada qual, um subsídio composto de parcela única. O mesmo se diga com relação aos vários níveis de cada carreira abrangida pelo sistema de subsídio.

No entanto, embora o dispositivo fale em parcela única, a intenção do legislador fica parcialmente frustrada em decorrência de outros dispositivos da própria Constituição, que não foram atingidos pela Emenda. Com efeito, mantém-se, no artigo 39, §3º, a norma que manda aplicar aos ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Com isto, o servidor que ocupe cargo público (o que exclui os que exercem mandato eletivo e os que ocupam emprego público, já abrangidos pelo artigo 7º) fará jus a: décimo terceiro salário, adicional noturno, salário-família, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, a 50% à do normal, adicional de férias, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e salário, com duração de cento de vinte dias.

Poder-se-ia argumentar que o §4º do artigo 39 exclui essas vantagens ao falar em parcela única; ocorre que o §3º refere-se

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011. Pág. 551/552.

genericamente aos ocupantes de cargo público, sem fazer qualquer distinção quanto ao regime de retribuição pecuniária. Quando há duas normas constitucionais aparentemente contraditórias, tem-se que adotar interpretação conciliatória, para tirar de cada uma delas o máximo de aplicação possível. No caso, tem-se que conciliar os §§ 3º e 4º do artigo 39, de modo a entender que, embora o segundo fale em parcela única, isto não impede a aplicação do outro, que assegura o direito a determinadas vantagens, portanto, igualmente com fundamento constitucional.

Para Bandeira de Mello⁷ a própria expressão parcela única parece equivocada, uma vez que uma parcela seria uma parte de um todo maior.

José dos Santos Carvalho Filho⁸ pontua:

Aliás, não custa lembrar que o próprio art. 39, §4º, da CF, não pode ser interpretada de forma literal, mas sim em conjugação com o parágrafo 3º do mesmo artigo, que manda aplicar aos servidores vários direitos concedidos aos trabalhadores da iniciativa privada, entre eles o adicional de férias, o décimo-terceiro salário, o acréscimo de horas extraordinárias, o adicional noturno etc. São direitos sociais que não podem ser postergados pela Administração. Por conseguinte, é indubitável que algumas situações ensejarão acréscimo pecuniário à dita parcela única.

Fernanda Marinela⁹ entende que para os servidores públicos que recebem a remuneração por subsídio, devem receber o pagamento das parcelas previstas no §3º do art. 39 da Constituição Federal, fora da rubrica da parcela única do subsídio e que assim como as verbas indenizatórias, as garantias sociais não estão embutidas no cálculo do subsídio e devem ser pagas paralelamente.

1.3 Das normas que instituíram o subsídio para os servidores organizados em carreira

A Lei nº 11.358/2006 alterou a estrutura remuneratória das Carreiras de Policial Federal e de Policial Rodoviário Federal, das Carreiras de Procurador da Fazenda Nacional, de Advogado da União, de Procurador Federal, de Defensor Público da União e de Procurador do Banco Central do Brasil.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31º ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 278.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24º ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 674.

⁹ MARNIELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 8º ed. Niterói: Impetus, 2014. p. 768.

A Lei nº 11.776/2008 alterou a estrutura remuneratória da Carreira de Oficial de Inteligência, da Carreira de Oficial Técnico de Inteligência, Carreira de Agente de Inteligência e da Carreira de Agente Técnico de Inteligência.

A Lei nº 11.890/2008 alterou a estrutura remuneratória das Carreiras de Auditoria da Receita Federal do Brasil, Auditoria-Fiscal do Trabalho, das Carreiras da Área Jurídica, das Carreiras de Gestão Governamental, das Carreiras do Banco Central do Brasil – BACEN, da Carreira de Diplomata e Técnico de Planejamento e Pesquisa do IPEA.

Todas as leis acima elencadas asseguraram o pagamento, junto ao subsídio, das seguintes vantagens: gratificação natalina; adicional de férias; abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição, o § 5 do art. 2 e o § 1 do art. 3 da Emenda Constitucional n 41, de 19 de dezembro de 2003; retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento; e das demais parcelas indenizatórias previstas em lei.

Dessa forma verifica-se que o subsídio não configura propriamente uma parcela única, como sendo a única rubrica paga ao servidor, uma vez que existem outras parcelas que são pagas paralelamente ao subsídio.

A legislação supramencionada elencou todas as parcelas que já estariam compreendidas no subsídio e não seriam mais devidas, que são aquelas gratificações que compunham a remuneração anterior de cada carreira.

Os referidos diplomas estabeleceram ainda que não seriam mais devidas: vantagens pessoais e vantagens pessoais nominalmente identificadas-VPNI, de qualquer origem e natureza; diferenças individuais e resíduos, de qualquer origem e natureza; valores incorporados à remuneração decorrentes do exercício de função de direção, chefia ou assessoramento ou de cargo de provimento em comissão; valores incorporados à remuneração referentes a quintos ou décimos; valores incorporados à remuneração a título de adicional por tempo de serviço; vantagens incorporadas aos proventos ou pensões por força dos arts. 180 e 184 da Lei n 1.711, de 28 de outubro de 1952, e dos arts. 192 e 193 da Lei n 8.112, de 1990; abonos; valores pagos a título de representação; adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas; adicional noturno; adicional pela prestação de serviço extraordinário; e outras gratificações e adicionais, de qualquer origem e

natureza, que não estejam explicitamente mencionados.

Assim, restaram excluídos o adicional noturno, o adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas e o adicional pela prestação de serviço extraordinário, não obstante alguns servidores permaneçam, desde então, trabalhando sob as mesmas condições, seja em horário noturno ou em locais onde estão expostos ao perigo ou em condições insalubres, ou ainda, extrapolando o limite de 40 horas semanais.

2. DO INTERESSE PÚBLICO

O Estado tem a prerrogativa de se organizar e definir o seu sistema administrativo da forma que o interesse público exigir e da forma como o legislador dispuser¹⁰.

É importante destacar que o interesse público não pode ser confundido com o interesse do Estado¹¹, o que geraria a equivocada premissa de que o interesse é público porque é do Estado e constitui interesse do Estado porque é público, assim todo interesse público seria estatal e todo o interesse estatal seria público.

Esta concepção não está em consonância com os ditames constitucionais e nem com o conceito fundamental de Estado Democrático.

O Estado Democrático é instrumento para a consecução do interesse público, que não é apenas o interesse da coletividade, o interesse da maioria ou do Estado, o interesse público consiste cumprir a Constituição, cujo papel contra majoritário, garante que esta seja respeitada ainda que se contrarie aparentemente o interesse da coletividade, da maioria ou do Estado.

Assim, o interesse público está diretamente vinculado ao interesse da República, para assegurar que os preceitos, os princípios e as garantias constitucionais sejam observados, principalmente quando são destoantes do interesse do Estado ou da maioria, isso é o que efetivamente garante a integridade da democracia e do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, destaca-se trecho do voto do Exmo. Min. Carlos Ayres Britto no julgamento da ADI 4277/DF¹²:

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contra majoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de

¹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.323.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 149.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 626. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=6&base=INFO>> Compulsado em 14/07/2014.

direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Por óbvio que o interesse do Poder Executivo ao apresentar os projetos de lei que instituíram o subsídio para várias categorias de servidores organizados em carreira, era o de reduzir os gastos com servidor.

É compreensível que este seja o interesse do Governo, mas este não é necessariamente o interesse público.

O interesse público sempre será o interesse em preservar ao máximo o texto Constitucional, sob pena de se instaurar grave insegurança jurídica e abalar o Estado Democrático de Direito.

Para Marçal Justen filho¹³:

No Brasil, em especial, é imperioso destacar a necessidade de revisão do direito administrativo, que ainda está entranhado de concepções não democráticas, provenientes do passado. A Constituição Federal de 1988 coroou um lento processo de aperfeiçoamento democrático da nação brasileira. Consagrou um Estado Democrático de Direito, proscrevendo definitivamente perspectivas de legitimação carismática.

Apesar disso, a atividade administrativa estatal continua a refletir concepções personalistas de poder, em que o governante pretende imprimir a sua vontade pessoal como critério de validade dos atos administrativos e invocar projetos individuais como fundamento de

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 107.

legitimação para a dominação exercitada. A concepção de um Estado Democrático de Direito é muito mais afirmada (semanticamente) na Constituição do que praticada na dimensão governativa. Isso deriva da ausência de incorporação, no âmbito do direito administrativo, de concepções constitucionais fundamentais.

[...]

Existem políticas fascistas em todos os países e o instrumento fundamental de seu combate reside no respeito aos direitos fundamentais e na imposição de limites aos governantes. Nenhuma decisão estatal pode ser justificada num pretense “bem comum” incompatível com a ordem jurídica, mesmo quando a decisão governamental merecer a aprovação aparente da maioria da população. Adotar a concordância popular como critério de validade das decisões governamentais é um passo fundamental em direção à instauração de uma ordem política fascista.

Por isso, afirma-se que o critério de legitimação do direito reside na preservação dos direitos fundamentais, inclusive das minorias. O direito administrativo é tanto um meio de restringir o exercício do poder político como um instrumento de promoção dos valores fundamentais. Sob esse enfoque, Daniel Sarmento assevera que é “legítimo e necessário estabelecer limites para as maiorias de cada momento, sobretudo ligados à proteção dos direitos fundamentais e das regras ligadas à preservação do próprio processo democrático, e de que é essencial, por outro lado, atribuir ao Judiciário o poder de fiscalizar o respeito a estes limites.

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se precipuamente por tutelar tanto os interesses das maiorias como também os interesses das minorias.

Os direitos sociais previstos na Constituição Federal para os servidores públicos são as garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores e não podem ser mitigados, não podem ser avaliados apenas sob a ótica orçamentária, pois sempre o interesse do Estado será gastar menos com os servidores públicos.

No entanto, reduzir os gastos com os servidores, algo que é louvável, desejável e encontra amparo no princípio da eficiência, mas deve ocorrer em razão de melhorias no planejamento e incentivo a programas de otimização de gestão, não pode ocorrer violando direitos garantidos pela Constituição Federal.

Assim, depreende-se que o subsídio tem natureza remuneratória e que para a maior parte dos doutrinadores pátrios, conforme já citado, o caráter de parcela única não é absoluto, pois admite o pagamento das parcelas constitucionais decorrentes dos direitos sociais elencados no art. 7º da Constituição Federal e assegurados expressamente aos servidores públicos por meio do §3º do art. 39 da Carta Magna.

Dessa forma, pressupõe-se que, como os direitos sociais constituem direitos fundamentais, é preciso compatibilizar o preceito que determina que o subsídio seja

parcela única, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, com o dispositivo que garante aos trabalhadores e aos servidores públicos federais os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal.

3. DOS DIREITOS SOCIAIS

Destaca-se que as parcelas em estudo decorrem de situações peculiares que não envolvem todos os servidores e que por isso estão garantidas pela Constituição Federal.

Essas garantias existem como forma de compensar a condição especial à qual parcela dos servidores está submetida e servem também para evitar o locupletamento indevido da Administração, quando o servidor realiza horas extras, trabalhando além da carga horária prevista na legislação.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não pode o agente público opor, com fulcro no direito adquirido, a pretensão de manter determinada fórmula de composição de sua remuneração total, se, da alteração, não decorre a redução nominal de sua remuneração.

Sobreleva-se que as situações descritas no presente estudo, não tratam de direito adquirido, tampouco de manutenção da fórmula remuneratória anterior alterada pela legislação infraconstitucional.

Para José dos Santos Carvalho Filho¹⁴:

O sentido da irredutibilidade, porém, não é absoluto. Protege-se o servidor apenas contra a redução direta de seus vencimentos, isto é, contra a lei ou qualquer outro ato que pretenda atribuir ao cargo ou à função decorrente de emprego público importância inferior à que já estava fixada ou fora contratada anteriormente. Contudo, os tribunais já se pacificaram no sentido de que não há proteção contra a redução indireta, assim considerada aquela que: 1) o vencimento não acompanha *pari passu* o índice inflacionário; ou 2) o vencimento nominal sofre redução em virtude da incidência de impostos.

Nota-se, no entanto, que a redução remuneratória imposta aos servidores que deixaram de receber o adicional de insalubridade, o adicional de periculosidade, as horas extras e o adicional noturno, não está elencada dentre as reduções indiretas que seriam compatíveis com o comando constitucional.

A exclusão das parcelas constitucionais previstas no §3º do art. 39 da Constituição Federal além de constituir redução remuneratória vedada pela

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24º ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 682.

Constituição, é medida que atenta contra os direitos sociais dos trabalhadores, uma vez que as parcelas em comento são destinadas a compensar o desgaste maior na saúde do trabalhador submetido às condições ensejadoras do seu pagamento.

Trata o presente caso de direitos sociais conferidos aos trabalhadores.

Salienta-se que os direitos conquistados e estampados na Constituição Federal de 1988, decorrem de longo processo histórico de valorização do trabalho e fixação, em nível constitucional, das garantias mínimas que devem ser asseguradas aos trabalhadores, diretamente relacionadas à dignidade da pessoa humana e à integridade física e psíquica do trabalhador.

Dentre os direitos conferidos aos trabalhadores, existem os direitos que estão relacionados exatamente à proteção à saúde do trabalhador, como é o caso do adicional noturno (inciso IX do art. 7º da Constituição Federal); das horas extraordinárias (inciso XVI do art. 7º da Constituição Federal); e, por fim, do adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (inciso XXIII do art. 7º da Constituição Federal).

É importante destacar que não são todos os servidores que estão submetidos às condições acima descritas, isto é, que trabalham em sobrejornada, em horário noturno ou em condições penosas, insalubres ou perigosas.

Apenas os servidores que trabalham comprovadamente nestas condições desfavoráveis fazem jus à compensação pecuniária, pelo dano, pela sobrecarga, pelos inúmeros efeitos nocivos à saúde que decorrem da atividade laborativa desenvolvidas nestas condições.

O pagamento dos adicionais constitui o meio encontrado pelo Constituinte para compensar as desigualdades existentes e de garantir o mínimo de dignidade às pessoas que trabalham nestas condições tão desfavoráveis à saúde.

A Constituição Federal traduz essa preocupação com a saúde:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse espeque, o art. 39, §3º da Constituição Federal determina que se apliquem aos servidores públicos os direitos sociais previstos no art. 7º, IV, VII, VIII,

IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XX, XXII e XXX.

Salienta-se que nenhum servidor tem o direito adquirido a perceber perenemente as horas extras, adicional noturno ou adicional de insalubridade e periculosidade.

As condições de trabalho podem ser modificadas, os servidores podem ter a jornada de trabalho alterada, passando a laborar apenas durante o período diurno, as condições do trabalho e o ambiente de trabalho podem ser alterados deixando de ser insalubre, perigoso ou penoso, o que seria inclusive o desejável para o trabalhador.

Assim, apenas os servidores que efetivamente trabalham nestas condições, apenas enquanto estas perdurarem, fazem jus ao recebimento dos adicionais previstos nos incisos IX, XVI e XXIII do art. 7º da Constituição Federal, o que independe se estes servidores recebem seus estipêndios por subsídio ou por outra espécie de estipêndio.

Porém, se tanto os servidores que estão expostos às condições insalubres ou perigosas, que trabalham em horário noturno ou que ultrapassaram a sua jornada regular, como os servidores que não trabalham nestas condições e não estão sofrendo com esse desgaste físico e mental, recebem exatamente os mesmos valores, existe uma quebra na isonomia.

Está sendo conferido o mesmo tratamento para servidores que não estão submetidos a iguais condições.

Nesse sentido destaca-se a posição de Jairo Schäfer¹⁵:

Os destinatários dos direitos, a partir de uma acepção material, devem ser objeto de tratamento isonômico tendente ao balanceamento das situações fática, situação que deve ser considerada pelo legislador. (primeiro agente político vinculado ao princípio da igualdade) e pelo aplicador da norma.

O princípio da igualdade não implica em tratamento jurídico uniforme, mas tratamento proporcional e compensatório dos desiguais.

O pagamento da compensação oriunda do trabalho exercido nas condições adversas deverá ocorrer qualquer que seja a estrutura remuneratória da carreira de

¹⁵ SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. 2º ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 50.

servidores e deverá perdurar pelo período em que permanecer o servidor naquelas condições.

O subsídio, em sua característica de parcela única, não resta vilipendiado com o pagamento das horas extras, adicional noturno e adicional por atividades penosas, insalubres ou perigosas.

Assim como o pagamento da gratificação natalina, do adicional de férias e do abono de permanência juntamente com o subsídio, em rubricas separadas, também não violam a natureza de parcela única.

Os referidos adicionais constituem apenas compensação financeira pelo desgaste maior sofrido especificamente pelo servidor que trabalha nestas condições.

O abono de permanência, que configura compensação financeira paga aos servidores que já possuem as condições para a aposentadoria e optam por permanecer em atividade, é pago cumulativamente com o subsídio, apenas para os servidores que estão nestas condições, sem que haja qualquer violação à natureza de parcela única da remuneração fixada por meio de subsídio e nem qualquer debate judicial sobre o cabimento do referido pagamento com o subsídio ou a sua impossibilidade.

Assim, de acordo com os diplomas legais vigentes os servidores que já preencheram as condições para a aposentadoria e optaram por permanecer em atividade recebem juntamente com o subsídio, o devido abono de permanência.

Neste mesmo sentido, a lei 12.855/2013, que criou o adicional de fronteira, que consiste em indenização criada para determinadas carreiras de servidores públicos, apenas para os servidores que estiverem em exercício nas unidades situadas em localidades estratégicas vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços.

Paga-se a referida indenização a servidores que percebem subsídio, pois se trata de compensação por situação desfavorável imposta ao servidor público, que será devida apenas para aqueles servidores que estão em exercício nas pré-determinadas localidades de fronteira e de difícil provimento, apenas enquanto por lá laborarem.

Os servidores que exercem suas atividades nas cidades de fronteira, contemplados pela Lei nº 12.855/2013 perceberão o adicional de fronteira.

No entanto, os servidores públicos que excedem a sua carga horária mensal, que trabalham em horário noturno ou que trabalham em condições perigosas ou insalubres, recebem precisamente idêntica remuneração dos servidores que não laboram nestas condições.

Evidente que a legislação infraconstitucional está conferindo rigorosamente o mesmo tratamento aos desiguais, o que não encontra amparo na Constituição Federal de 1988 e, conforme já exposto, fere o princípio da igualdade.

Os servidores que estão sendo remunerados por subsídio e que laboram em condições que comprovadamente comprometem a saúde ou a integridade física, não recebem qualquer compensação pecuniária em razão desta condição diferenciada.

De outro lado, não existe nenhuma previsão normativa que afaste estes servidores das atividades em condições insalubres ou perigosas, ou que os proíba de realizar horas extras ou trabalhar no período noturno, as atividades permanecem sendo realizadas nestas condições.

Tampouco a Administração Pública deixou de alocar os seus servidores em locais cujas atividades devem ser desenvolvidas em período noturno ou em condições perigosas ou insalubres.

O servidor público que trabalha nestas condições somente poderia deixar de receber o referido adicional se a condição desfavorável deixasse de existir. Caso fosse o servidor removido para outra unidade onde não desenvolva atividades insalubres ou perigosas, se o seu horário de trabalho for alterado de forma que se garantisse a não ocorrência da sobrejornada e nem o trabalho em horário noturno.

A Administração Pública deve buscar sempre a melhoria das condições de trabalho para os servidores, o ideal seria que nenhum trabalhador tivesse que trabalhar em situações que comprometam a sua saúde.

No entanto, não há como evitar que alguns servidores exerçam suas atividades em horário noturno ou em condições insalubres e perigosas, ou que eventualmente trabalhem em sobrejornada.

Por essa razão os direitos sociais foram assegurados aos trabalhadores em geral no art. 7º da Constituição Federal e especificamente ao servidor público no §3º do art. 39 da Constituição Federal.

A Constituição Federal conferiu ao servidor público direitos sociais que garantem a dignidade do trabalho, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida, visando à concretização da igualdade social.

Os direitos sociais são as garantias mínimas conferidas aos trabalhadores e estão sendo tolhidos dos servidores que recebem a remuneração por subsídio.

Ademais, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, tamanha a importância conferida pela Constituição Federal aos direitos fundamentais¹⁶.

3.1 Da dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Os direitos sociais, como direitos fundamentais, invocam de imediato a importância de sua dimensão subjetiva, por ensejarem uma pretensão vinculada a certas relações jurídicas, destacando-se como direitos subjetivos individuais.

Notadamente, os direitos sociais de cada indivíduo são tão relevantes para o Estado, que esta posição significativa e valorada destes direitos ultrapassou os limites da subjetividade para alcançar um aspecto objetivo, que era proteger uma realidade muito mais plena sob o aspecto social e a garantia de valores e princípios para proteger as instituições, defende Paulo Bonavides para quem os direitos fundamentais “são a bússola das Constituições”.¹⁷

Para Gilmar Ferreira Mendes¹⁸:

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é o resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36º ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.p. 470.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28º ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 583 e 637.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135.

A relevância da proclamação dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Ali se proclama que a Assembleia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”. Esse objetivo há de erigir-se como o pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição.

Dessa forma, ainda que a perspectiva da dimensão subjetiva seja a face mais evidente dos direitos fundamentais, é preciso destacar que essa dimensão subjetiva convive com uma dimensão objetiva, que também lhe é inerente, e resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional¹⁹.

Em razão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é preciso considerar que esta impõe o dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra atos do próprio Poder Público.

Os direitos sociais garantidos aos servidores públicos no §3º do art. 39 da Constituição Federal não podem ser mitigados, são direitos fundamentais, diretamente vinculados à saúde do trabalhador.

O dever de proteção aos direitos fundamentais pelo Estado implica necessariamente em adoção de medidas que efetivamente protejam os direitos fundamentais contra os atos que contra eles atentem²⁰:

Esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e à integridade física (incluindo o direito à saúde). O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais.

Sob esse enfoque, os direitos de defesa apresentam um aspecto de direito a prestação positiva, na medida em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos. Isso corrobora a assertiva de que a dimensão objetiva interfere na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, neste caso atribuindo-lhe reforço de efetividade.

Nesse sentido, cabe destacar Robert Alexy²¹:

O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais,

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 168.

²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 141.

sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são ou regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos.

As normas de direitos sociais previstas na Constituição Federal são garantidoras da dignidade da pessoa humana, pois tratam das condições mínimas asseguradas pela Constituição Federal para os trabalhadores, isto é, os empregados não podem ter aqueles direitos sociais constitucionalmente previstos extirpados, são normas, portanto, que possuem o caráter duplo e que devem ser asseguradas a todos os trabalhadores que estão expostos àquelas mesmas condições, sob pena de violar o princípio da igualdade.

Para Paulo Bonavides²²:

A concepção de objetividade e de valores reativamente aos direitos fundamentais fez com que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade tomassem também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme, para assumir, conforme demonstra a doutrina a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra os atos de arbítrio do Estado.

Assim, a previsão constitucional que estabelece que o subsídio constitui parcela única, sendo vedado o acréscimo de quaisquer adicionais, não se aplica no caso de pagamento de parcela decorrente da condição de trabalho, que constitui norma de direito fundamental diretamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, da vedação do retrocesso social e do efeito irradiador das normas de direitos fundamentais²³.

Convém destacar ainda que as leis que instituíram o subsídio para servidores públicos organizados em carreira e retira-lhes a possibilidade de receber os adicionais decorrentes de condição de trabalho, como adicional de insalubridade, periculosidade, adicional noturno e veda-lhes o pagamento das horas extraordinárias laboradas encontra outra limitação implícita, que diz respeito à proibição de leis

²² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28º ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 587.

²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 524.

restritivas, de conteúdo casuístico ou discriminatório²⁴.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 234.

4. DA ANTINOMIA ENTRE AS NORMAS

De um lado existe um dispositivo constitucional que assegura aos servidores públicos os direitos sociais previstos no art. 7º da Carta Magna, de outro lado há o dispositivo que instituiu o subsídio, prevendo-o como parcela única e expressamente vedando o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

Assim, estar-se-á diante de comando constitucional que prevê que determinados direitos sociais previstos no art. 7º da Carta Magna sejam aplicados para os servidores públicos, que é o disposto no §3º do art. 39, o disposto no §4º que prevê a remuneração por subsídio fixado em parcela única ao membro de Poder, Ministros de Estado e Secretários Estaduais e Municipais e o §8º do mesmo dispositivo, que permite aos servidores públicos organizados em carreira receber subsídio, na forma do §4º do mesmo dispositivo.

Destaca-se que o subsídio como parcela única não existe desde a edição das leis que instituíram a remuneração por subsídio para carreira de servidores, pois em todos os diplomas legais que implementaram o subsídio para os servidores públicos federais foi determinado que a gratificação natalina, o adicional de férias, o abono de permanência e a retribuição pelo exercício de função seriam pagos separadamente da rubrica do subsídio.

Dessa forma o subsídio não configura exatamente uma parcela única.

Assim, a partir da premissa de que a lei que instituiu o novo regime de remuneração expressamente prevê que outras parcelas serão pagas cumulativamente à rubrica do subsídio, não há como manter a premissa de que o subsídio é parcela única e não admite o pagamento cumulativo com outras parcelas.

Nesse mesmo sentido, com o advento da lei nº 12.855/2013, foi criada uma indenização pecuniária a ser paga aos servidores em exercício nas unidades situadas em localidades estratégicas vinculadas à prevenção, controle e fiscalização e repressão dos delitos transfonteiriços, que será paga separadamente da rubrica do subsídio.

Outrossim, o abono de férias, o décimo terceiro salário e a gratificação pelo

exercício do cargo de chefia também são pagos cumulativamente com o subsídio.

É preciso destacar que os direitos sociais não constituem regime jurídico, são garantias mínimas conferidas aos trabalhadores, dentre estes, os servidores públicos, que trabalham em horário noturno, que excedem a sua jornada de trabalho ou que laboram em condições perigosas ou insalubres.

Essas vantagens são pagas como compensação pelo desgaste físico e devem ser pagas aos servidores sempre que estes estiverem expostos àquelas condições de trabalho, independente da forma remuneratória adotada.

No entanto, tem-se que o subsídio, da forma como foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98, seria fixado em parcela única e não lhe é permitido o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, de acordo com a redação do §4º do art. 39 da Constituição Federal²⁵.

A colisão entre princípios e o conflito entre regras, existe quando se está diante de duas normas que, aplicadas separadamente, levam a resultados incompatíveis entre si, ou seja, conduzem a juízos de dever ser contraditórios.²⁶

Sobre a colisão entre princípios e conflitos entre regras, mister citar Robert Alexy²⁷:

A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução de conflito.

[...]

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro permitido -, um dos princípios terá que ceder.

²⁵ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

[...]

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

²⁶ VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 91/101.

Isso não significa, contudo, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência por ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Cabe então no caso em tela, o sopesamento entre os princípios envolvidos na demanda, os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da vedação do retrocesso social, todos violados pela legislação atacada.

Como bem elucida Alexandre de Moraes²⁸, sobre hermenêutica jurídica:

A constitucionalização dos princípios e preceitos básicos da Administração Pública pela Constituição de 1988 acarretou o surgimento de uma verdadeira Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo.

[...]

Essa nova óptica jurídica das normas regentes da Administração Pública aproximou o Direito Administrativo do Direito Constitucional, de maneira nunca antes vista, e sem paralelo no Direito Comparado, como anteriormente analisado, determinando a aplicação não só dos métodos interpretativos constitucionais, como também dos efeitos do controle de constitucionalidade incidente sobre princípios e preceitos administrativos, resultando no surgimento da Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo.

[...]

Assim, a interpretação jurídica encontra-se dentro da hermenêutica (apesar de *interpretatio* ser a tradução latina do grego *hermeneúe*), pois, como ensina Emílio Betti, “a interpretação jurídica é uma espécie do gênero denominado interpretação da função normativa”, concluindo que “o problema que caracteriza esse tipo de interpretação consiste em entender para poder atuar ou para decidir”.

Dessa forma, em um primeiro momento o intérprete de um texto jurídico realiza sua função interpretativa para descobrir o sentido normativo do texto, para poder aplicá-lo na solução de um caso concreto.

A hermenêutica deve ser considerada como um processo unitário que inclui, além da compreensão e interpretação do texto, também sua aplicação.

[...]

O intérprete, para realização de sua tarefa, deve analisar os diferentes significados possíveis da norma e indagar-se qual deles é o mais exato. Para isso, indaga os diversos sentidos do texto, bem como seu próprio conhecimento da matéria tratada pela norma.

²⁸ MORAES, Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional Administrativo*, 4^o Edição, Atlas, 2007, pág. 35/36

Obviamente, a conclusão a que chega não é uma verdade absoluta e imutável, mas a escolha motivada e razoável de uma das diversas possibilidades interpretativas.

Portanto, interpretar um texto legal significa, em última análise, decidir por uma entre muitas possibilidades interpretativas, a qual se apresenta como a mais pertinente, razoável e justa.

A posição dos doutrinadores, conforme demonstrado no capítulo anterior, é pela flexibilização da expressão parcela única para adequar-se ao comando do §3º do art. 39 da Constituição Federal.

De fato depreende-se que o razoável é a interpretação do art. 39, §3º, da Constituição Federal, no sentido de que há compatibilidade com o § 4º, isto é, mesmo sendo a carreira do servidor remunerada por subsídio, são garantidos os direitos sociais previstos no art. 7º da própria Carta Magna.

5. DOS DIREITOS SOCIAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS

As cláusulas pétreas devem conferir a segurança jurídica necessária ao Estado Democrático de Direito.

Cretella Jr.²⁹ leciona:

Desde 1789, a proteção dos direitos do homem e do cidadão ficou vinculada à existência de uma Constituição. Sem esta, não haveria garantias desses direitos. Ao contrário, se a Constituição os explicita e lhes dá garantia, a tranquilidade da sociedade é fato consumado.

[...]

De acordo com a Constituição vigente, a Ordem Econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados certos princípios enumerados pela regra jurídica constitucional.

O inciso IV do §4º do art. 60 da Constituição Federal garante que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, que configuram cláusulas pétreas, não podendo ser extirpadas do ordenamento nem por Emenda Constitucional quiçá por legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, depreende-se que, nem mesmo a Emenda Constitucional nº 19/98, tampouco os diplomas legais que instituíram o subsídio para servidores públicos organizados em carreiras, poderiam abolir direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Assim, a adoção da remuneração por subsídio não poderia jamais abolir direitos sociais garantidos pela Constituição Federal, assegurados a todos os trabalhadores e, sobretudo, aos servidores públicos federais, que servem ao Estado.

O Estado deve ser o exemplo de obediência ao comando Constitucional e o garantidor dos direitos sociais, sobretudo de seus servidores.

Ressalta-se que os direitos sociais em destaque estão diretamente vinculados à valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, pois visam compensar os trabalhadores pelo desgaste físico e mental em decorrência do ambiente de trabalho ou da sobrejornada.

²⁹ CRETELLA JR., José. *Elementos de direito constitucional*. 4 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 202.

Os servidores públicos que recebem a remuneração por meio de subsídio tiveram os seus direitos sociais ao adicional noturno, horas extras, adicional de insalubridade e adicional de periculosidade abolidos por legislação infraconstitucional, em detrimento do que prevê a Constituição Federal.

Para Luís Roberto Barroso ³⁰:

As cláusulas pétreas ou de intangibilidade são a expressão mais radical de autovinculação ou pré-compromisso, por via do qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reservas moral mínima de um sistema constitucional.

Sobre o alcance do disposto no inciso IV do §4º do art. 60 da Constituição Federal e quais seriam os direitos fundamentais protegidos do Poder Reformador, Luís Roberto Barroso destaca ³¹:

A posição por nós defendida vem expressa a seguir e se socorre de um dos principais fundamentos do Estado constitucional brasileiro: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Esse princípio integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição e, como consequência, não pode ser objeto de emenda tendente à sua abolição, por estar protegido por uma limitação material implícita ao poder de reforma. Pois bem: é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo.

Diante disso, a moderna doutrina constitucional, sem desprezar o aspecto didático da classificação tradicional em gerações ou dimensões de direitos, procura justificar a exigibilidade de determinadas prestações e a intangibilidade de determinados direitos pelo poder reformador na sua essencialidade para assegurar uma vida digna. Com base em tal premissa, não são apenas os direitos individuais que constituem cláusulas pétreas, mas também as demais categorias de direitos constitucionais, na medida em que sejam dotados de fundamentalidade material.

Tome-se o exemplo dos direitos sociais. A doutrina contemporânea desenvolveu o conceito de mínimo existencial, que expressa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado. Ora bem: esses direitos sociais fundamentais são protegidos contra eventual pretensão de

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 185.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 201.

supressão pelo poder reformador.

Assim, foram violados os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, pois os servidores expostos às condições desfavoráveis, que trabalham em sobrejornada ou em horário noturno, estão recebendo exatamente os mesmos valores dos servidores que não trabalham nestas condições em razão de restrição inconstitucional de cláusula pétrea promovida pelo legislador ordinário.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello³²:

Princípios gerais de Direito são vetores normativos subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não, porém como um dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento. É que os diversos institutos nele compreendidos – quando menos considerados em sua complexidade íntegra – revelam, nas respectivas composturas, a absorção de valores substanciados nos sobreditos princípios.

Não se tratar de discussão acerca da possibilidade de restrição ou da restringibilidade a direito fundamental, mas exclusivamente na definição do conteúdo e extensão dessas restrições.

A essência do direito fundamental deverá ser preservada e, sem dúvida, quando o direito fundamental é retirado do indivíduo, tamanha restrição deve encontrar guarida em outros princípios constitucionais, sob pena violar o direito à proteção, ou proibição da proteção insuficiente.

No presente caso, não se verifica quais são os princípios constitucionais norteadores dos diplomas legais que justificam a restrição completa de direito fundamental em estudo.

Robert Alexy³³ discorre sobre a garantia do conteúdo essencial como restrição das restrições:

Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade. O art. 19, §2º, da Constituição alemã parece estabelecer um limite adicional à restrição e à restringibilidade dos direitos fundamentais ao proibir a afetação desses direitos em seu conteúdo essencial.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31º ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 477.

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 295.

O âmbito de proteção dos direitos ao adicional noturno adicional de insalubridade, ao adicional de periculosidade, ao adicional de penosidade e ao pagamento das horas extras, previstos nos incisos IX, XVI, XXIII do art. 7º da Constituição Federal, é justamente a saúde e higidez do trabalhador e de seu ambiente de trabalho.

A restrição total desses direitos consiste no esvaziamento de direitos fundamentais intrinsecamente ligados ao direito à saúde e dignidade da pessoa humana.

Afronta ainda, diretamente, o princípio da isonomia, como dever de igualdade, ao tratar os substancialmente desiguais de forma igual.

Após as edições dos diplomas legais que instituíram o subsídio como forma de remuneração para os servidores organizados em carreira, todos os servidores alcançados pelos referidos normativos, tanto aqueles que trabalham em condições que prejudicam a saúde e a integridade física, como aqueles que não estão sujeitos às mesmas condições de trabalho, recebem o mesmo tratamento do legislador ordinário.

Ademais, os servidores que trabalham em período noturno recebem o mesmo tratamento conferido aos servidores que trabalham no período diurno.

As normas que instituíram o subsídio vedam o pagamento de horas extras, mas não determinam que a Administração não possa mais exigir de seus servidores o trabalho além da jornada ordinária em situações de maior demanda de serviço.

Para Robert Alexy³⁴ se não houver razão suficiente para a permissibilidade em tratamento igual, então, é obrigatório um tratamento desigual ou se houver uma razão suficiente para o tratamento desigual, então esse é obrigatório.

Esse tratamento igualitário que se confere aos servidores que recebem a remuneração por subsídio, independentemente das condições de trabalho, repta-se com a garantia dos direitos sociais conferidos pelo Constituinte para salvaguardar a saúde do trabalhador, para protegê-los dos efeitos nocivos do trabalho em condições adversas às quais os demais trabalhadores não se submetem.

Destaca-se que são direitos insculpidos no século passado, frutos da Revolução Industrial e que possuem um profundo sentido histórico social.

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 409.

Assim, os direitos sociais decorrem de uma organização da classe trabalhadora que exige uma intervenção do Estado para a sua institucionalização, são direitos que têm uma natureza histórica, que emergem das lutas sociais dos trabalhadores, que expressam as novas exigências sociais da época e que foram se solidificando ao longo dos anos.

As medidas que visam retirar ou tolher direitos sociais que denotam todo esse processo histórico de solidificação, não se coadunam com o ordenamento vigente, que privilegia o princípio da vedação do retrocesso social.

Para Gilmar Mendes³⁵:

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário - , passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem a invalidade se os desprezarem.

Essa vinculação reflete necessariamente na atividade legiferante, não pode o legislador, conforme demonstrado, retirar ou esvaziar o núcleo essencial de direito fundamental.

Não se pode reverter conquistas obtidas, nem esvaziar o conteúdo de dispositivos constitucionais.

A exclusão do direito ao recebimento das verbas pagas em razão de condição de trabalho, do ambiente de trabalho ao qual o servidor é submetido, afronta diretamente a Constituição Federal.

Para Konrad Hesse³⁶:

A “constitucionalização” de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição.

[...]

Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 147.

³⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 21.

observância revela-se incômoda.

Dessa forma, ainda que exista um interesse econômico envolvido, uma vez que retiradas as referidas parcelas o gasto com os servidores será reduzido, essa economia momentânea não pode sobrelevar-se à supremacia da Constituição Federal.

Nesse impasse de hermenêutica, Inocêncio Mártires Coelho³⁷ elucida:

Por tudo isso, talvez se devesse reconhecer, sem constrangimentos lógicos ou axiológicos, que a serviço do direito tanto os fins parecem justificar os meios quanto os meios justificar os fins, embora ninguém possa dizer, em sã consciência, qual deles deva ter precedência, nem como são manipulados pelos sujeitos da interpretação.

Assim, ainda que se admita em exercício de hermenêutica, adotar a interpretação que possibilite a exclusão de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal para compensar a condição de trabalho prejudicial à saúde do trabalhador, é preciso considerar que o esvaziamento e a relativização dos direitos fundamentais violam o núcleo essencial da Constituição e são essas medidas oriundas de interesses momentâneos (ainda que este interesse seja do próprio Estado) que são vedadas pelo §4º do art. 60 da Constituição Federal.

³⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3 ed. rev. e aumente. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 80.

6. DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Da análise das normas que instituíram o subsídio resta evidente que foi flagrantemente violado o princípio do não retrocesso social, uma vez que os servidores públicos não estão recebendo adicional noturno, horas extras, adicional de insalubridade e adicional de periculosidade, mesmo trabalhando nas condições ensejadoras das referidas compensações.

Sobre o princípio da vedação do retrocesso social, cumpre citar José Joaquim Gomes Canotilho³⁸ que ensina:

O princípio da democracia económica e social aponta para a proibição do retrocesso social.

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação ao princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

[...]

A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas antissociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da atividade legislativa e no núcleo essencial dos direitos sociais.

Foram necessários muitos anos de luta para a efetiva garantia dos direitos sociais dos trabalhadores, são direitos expressamente previstos na Constituição Federal e que foram retirados por meio de legislação infraconstitucional.

Os direitos sociais elencados no presente estudo estão protegidos até mesmo do poder reformador via emenda constitucional e não poderiam, por simples

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. 11º reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338/339.

disposição legal, deixarem de ser aplicados.

Para Thaís Maria Riedel de Resende Zuba³⁹:

Numa perspectiva jurídico-evolutiva da sociedade, sempre que houver avanço na concretização em sede legislativa de normas definidoras de direitos fundamentais sociais, fica vedado ao legislador a possibilidade de, injustificadamente, extinguir ou reduzir o nível de concretização já conquistado. Assim, a vedação do retrocesso assume verdadeira feição de princípio constitucional fundamental implícito ao ponto de poder remetê-lo, no âmbito da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica e à proteção da confiança, ao princípio do Estado Social, sendo ainda corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁰ descreve que, a depender da perspectiva adotada pelo intérprete, o princípio da vedação ao retrocesso poderia ser considerado como o fundamento de normas constitucionais que protegem o cidadão contra atos retroativos do Estado, como, por exemplo, a proteção ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, irretroatividade de leis penais e tributárias, ou mesmo como fundamento das limitações materiais ao poder constituinte reformador cláusulas pétreas.

³⁹ ZUBA, Thaís Maria Riedel de Resende. *O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso*. São Paulo: LTr, 2013. p. 121.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

7. DO PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Para Luís Roberto Barroso⁴¹ a Constituição é o documento que dá unidade ao sistema jurídico, pela irradiação de seus princípios aos diferentes domínios infraconstitucionais.

Por meio do princípio da unidade da Constituição, que consiste na sua interpretação sistemática, o intérprete deverá harmonizar os pontos de tensão e as contradições existentes entre as normas jurídicas.

De fato o maior problema que está associado ao princípio da unidade da Constituição Federal não diz respeito aos conflitos que surgem entre as normas infraconstitucionais ou entre a legislação infraconstitucional e a Constituição, mas aos conflitos dentro da própria Constituição.

Nesse caso, o intérprete deverá promover a concordância prática⁴² entre os bens jurídicos tutelados, para preservar o máximo possível de cada um.

O §3º do art. 39 combinado com o art. 7º da Constituição Federal proclamam uma série de direitos sociais aos trabalhadores aplicáveis também aos servidores públicos.

De outro lado, o §4º do art. 39 da Constituição Federal, por sua vez, determina que o membro de Poder, o detentor do mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados por subsídio fixado em parcela única, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

Nota-se que os servidores públicos trabalham em condições diferenciadas dos membros de Poder, detentores de mandato eletivo, de Ministros de Estado e de Secretários Estaduais e Municipais.

Existem servidores que trabalham em condições insalubres e perigosas, servidores que trabalham no período noturno e servidores que trabalham com

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.326.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.327.

sobrejornada.

Os agentes descritos no §4º do art. 39 da Constituição Federal não estão submetidos a estas condições, pela própria natureza de suas atividades.

Assim não se pode inferir que as restrições ao pagamento das verbas descritas no art. 7º e no §3º do art. 39 da Constituição Federal devam ser aplicadas também aos servidores organizados em carreira que passarem a receber a remuneração por subsídio.

É preciso fazer o *distinguishing* que o caso requer, são situações díspares. Os agentes políticos e os membros de Poder não são submetidos às mesmas condições de trabalho que são impostas a determinados servidores públicos.

O pagamento do adicional noturno, das horas extras, do adicional de periculosidade de insalubridade em razão das condições de trabalho impostas pela Administração Pública para determinados servidores é medida amparada não apenas no texto literal do §3º do art. 39 da Constituição Federal, mas decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, da proteção à saúde, da razoabilidade, da vedação do retrocesso social e da proibição da proteção insuficiente.

A interpretação sistemática da Constituição, à luz do princípio da unidade da Constituição, conduz ao mesmo entendimento, o Constituinte não conferiu ao legislador ordinário a faculdade de revogar direitos sociais constitucionais, direitos que foram conquistados na evolução de um longo processo histórico e que configuram o núcleo essencial da Constituição Federal de 1988, como medidas protetivas da saúde do trabalhador.

Dessa forma, esse inegável retrocesso social além de incompatível com a Constituição Federal, também contradiz o que o Estado Brasileiro ratificou em tratados internacionais.

8. DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE O TEMA

Ressalta-se ainda que o Decreto nº 5.005/2004 promulgou a Convenção nº 171 da Organização Internacional do Trabalho relativa ao Trabalho Noturno, que dispõe:

CONVENÇÃO 171 RELATIVA AO TRABALHO NOTURNO

[...]

Artigo 3

1. Deverão ser adotadas, em benefício dos trabalhadores noturnos, as medidas específicas exigidas pela natureza do trabalho noturno, que abrangerão, no mínimo, aquelas mencionadas nos Artigos 4 a 10, a fim de proteger a sua saúde, ajudá-los a cumprirem com suas responsabilidades familiares e sociais, proporcionar aos mesmos possibilidades de melhoria na sua carreira e compensá-los de forma adequada. Essas medidas deverão também ser adotadas no âmbito da segurança e da proteção da maternidade, a favor de todos os trabalhadores que realizam trabalho noturno.

[...]

Artigo 8

A compensação aos trabalhadores noturnos em termos de duração do trabalho, remuneração ou benefícios similares deverá reconhecer a natureza do trabalho noturno;

O Decreto nº 1.254/1994 promulgou a Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, destacando que os servidores públicos estão abrangidos pelo termo trabalhadores empregados:

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO

Convenção 155

Artigo 3

Para os fins da presente Convenção:

- a) a expressão "áreas de atividade econômica" abrange todas as áreas em que existam trabalhadores empregados, inclusive a administração pública;
- b) o termo "trabalhadores" abrange todas as pessoas empregadas, incluindo os funcionários públicos;

Os tratados internacionais sobre o tema foram ratificados pelo Brasil, tendo validade do plano internacional e, ainda, foram internalizados por meio de Decretos Presidenciais, o que lhes conferiu validade também no plano interno.

Dessa forma, mostra-se contraditório o Brasil ratificar e internalizar tratados internacionais que visam proteger a saúde e a higidez do trabalhador e do ambiente de trabalho, enquanto a legislação superveniente retira dos trabalhadores os direitos ao percebimento do adicional noturno, adicional de insalubridade, adicional de

periculosidade e as horas extras.

Conforme o exposto, as referidas vantagens visam proteger o trabalhador e compensá-lo pelo desgaste sofrido em razão da condição de trabalho desfavorável a ele imposta.

Ressalta-se ainda que o Supremo Tribunal Federal conforme precedentes⁴³, atribui status normativo supralegal, embora infraconstitucional, aos tratados de direitos humanos:

Apontou que, na espécie, a União editara a Lei 9.055/95, cujo objeto seria a extração, utilização, comercialização e transporte de asbesto/amianto e dos produtos que o contivessem, mas em contradição. Ocorre que, enquanto veiculada clara vedação ao uso do material, ele deveria ser extraído, utilizado e comercializado em consonância com as disposições legais. Estes comandos, entretanto, manteriam a validade de normas constantes de outros diplomas legais que liberariam a utilização de asbesto/amianto. Assim, a lei federal remetera a normação da matéria para outras leis, de que não se teria notícia nos autos. Lembrou que a Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho - OIT — que trataria de medidas para prevenir riscos à saúde decorrentes da exposição ao amianto —, ao dispor sobre proteção da saúde dos trabalhadores, teria status de norma supralegal. Deduziu que tratados internacionais não seriam lei ou emenda constitucional, mas apenas teriam força de lei ou emenda, conforme o caso. Ademais, os que versariam sobre direitos humanos teriam primazia na ordem jurídica interna, mesmo os não aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em 2 turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros. Neste caso, a supralegalidade decorreria da prevalência conferida aos direitos humanos no art. 4º, II, da CF. ADI 3357/RS, rel. Min. Ayres Britto, 31.10.2012. (ADI-3357) e ADI 3937/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 31.10.2012. (ADI-3937)

Assim, assumem os referidos tratados posição superior à legislação infraconstitucional, não poderiam os diplomas legais que instituíram a remuneração por subsídio para os servidores organizados em carreira, determinar a exclusão de parcelas que, além de previstas na Constituição Federal, estão asseguradas por Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil.

⁴³ BRASIL, INFORMATIVO STF nº 686. Título: Amianto e competência legislativa concorrente. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28tratado+de+direitos+humanos+e+supralegal%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/l9h3r2r>. Compulsado em 01/08/2014.

9. DA PROTEÇÃO CONFERIDA AOS TRABALHADORES EM GERAL

A fiscalização trabalhista existe para assegurar a observância das disposições legais e regulamentares do trabalho e o ambiente do trabalho, sendo exercida por servidores públicos que são subordinados ao Ministério do Trabalho e Emprego⁴⁴.

Compete ao Ministério do Trabalho e Emprego aprovar o quadro das atividades e operações insalubres e adotar normas sobre os critérios de caracterização da insalubridade, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a esses agentes.

As condições de trabalho insalubres encontram-se enumeradas na Norma Regulamentadora nº 15, da Portaria nº. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego- MTE, a qual descreve quais agentes químicos, físicos e biológicos são prejudiciais à saúde do trabalhador, estabelecendo os limites de tolerância do organismo a essas agressões.

A referida Norma Regulamentadora considera como trabalho insalubre as atividades sob as condições de: ruído contínuo ou intermitente; ruídos de impacto; exposição ao calor; radiações ionizantes; trabalho sob condições hiperbáricas; radiações não ionizantes; vibrações; frio; umidade; agentes químicos cuja insalubridade é caracterizada por limite de tolerância e inspeção no local de trabalho; poeiras minerais; e, agentes biológicos.

Existem servidores públicos que recebem por subsídio e que trabalham nas condições acima descritas, como por exemplo, com radiação ionizante ou em contato com agentes químicos e agentes biológicos.

Destarte, servidores de uma mesma carreira estão expostos a condições diferentes, condições estas que causam um prejuízo efetivo à saúde, estes servidores que estão expostos a essas condições não recebem o adicional de insalubridade, recebem exatamente o mesmo valor pago aos servidores que não estão trabalhando nestas condições.

Destaca-se que o subsídio como parcela única não existe desde a edição das

⁴⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Curso de direito do trabalho*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 248

leis que o instituíram para as carreiras de servidores públicos já citadas, pois a legislação determinou que a gratificação natalina, o adicional de férias, o abono de permanência e a retribuição pelo exercício de função seriam pagos separadamente da rubrica do subsídio.

Posteriormente, conforme já citado, com o advento da lei nº 12.855/2013, criou uma indenização pecuniária a ser paga aos servidores em exercício nas unidades situadas em localidades estratégicas vinculadas à prevenção, controle e fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços, que será paga separadamente da rubrica do subsídio.

O legislador não tratou e não trata a remuneração por subsídio como parcela única.

Essa justificativa serve apenas para retirar determinadas parcelas dos contracheques dos servidores públicos.

Os direitos sociais debatidos nos presentes autos não constituem sequer parcelas vinculadas ao regime jurídico, pois são garantias mínimas conferidas aos trabalhadores para compensar condições de trabalho.

Dentre os trabalhadores estão incluídos os servidores públicos, que trabalham em horário noturno, que excedem a sua jornada de trabalho ou que laboram em condições perigosas ou insalubres.

Essas parcelas devem ser pagas aos trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas e também aos servidores públicos, independente da forma remuneratória adotada.

DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O TEMA

As leis que instituíram a remuneração por subsídio para os servidores organizados em carreiras são relativamente recentes no ordenamento jurídico, então ainda não são muitos os casos sobre o tema já enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, em sentido diametralmente oposto ao entendimento da doutrina sobre a compatibilidade da remuneração por subsídio e o pagamento dos direitos sociais previstos no §3º do art. 39 da Constituição Federal, os precedentes do

Superior Tribunal de Justiça indicam a impossibilidade do pagamento das aludidas vantagens com o pagamento do subsídio⁴⁵:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DELEGADOS DA POLICIA FEDERAL. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. SUBSÍDIO. LEI 11.358/2006. MP 305/2006. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que os servidores federais não têm direito adquirido ao recebimento de adicionais ou vantagens pessoais após a edição da Lei 11.358/2006, que instituiu nova forma de remuneração por meio de subsídio fixado em parcela única. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AGRESP 201303466441, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:25/02/2014 ..DTPB:.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR ESTADUAL. MILITAR. MUDANÇA DE VENCIMENTOS PARA SUBSÍDIOS. NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE REDUÇÃO INEXISTENTE. ENQUADRAMENTO. OBSERVÂNCIA DA PROPORÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. O servidor público não possui direito adquirido a regime jurídico, tampouco a regime de vencimentos ou de proventos, sendo possível à Administração promover alterações na composição remuneratória e nos critérios de cálculo, como extinguir, reduzir ou criar vantagens ou gratificações, instituindo o subsídio, desde que não haja diminuição no valor nominal percebido, em respeito ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos. 2. A Lei Estadual 4.188/2012, ao tempo em que instituiu a remuneração em parcela única, vedou expressamente o recebimento do adicional de insalubridade. 3. Embora modificada a forma de composição da remuneração dos recorrentes, não houve redução do valor final percebido, tendo havido, ao contrário, majoração. Desse modo, não havendo redução de vencimentos, os servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico, pelo que se conclui pela ausência de direito líquido e certo a ser assegurado. 4. Agravo Regimental não provido.

(AROMS 201302171568, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:09/12/2013 ..DTPB:.)

.EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. AUDITORES. NOVO REGIME JURÍDICO. LEI N. 11.890/90. SUBSÍDIO. VEDADO O PAGAMENTO DE ADICIONAL A PARTIR DA VIGÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE CONDIÇÃO PERIGOSA. PAGAMENTO RETROATIVO. LAUDO PERICIAL. REVISÃO. INVIÁVEL. ÓBICE NA SÚMULA N. 7/STJ. 1. A Lei n. 11.890/08, que regulamentou a carreira dos autores federais do Brasil, instituiu novo regime jurídico aos servidores com a remuneração fixada por meio de subsídio. Assim, tal regime consubstancia espécie de remuneração, paga em parcela única, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação,

⁴⁵

Disponível em <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Compulsado em 28/07/2014.

adicional, prêmio ou verba de representação a partir de sua entrada em vigor no ordenamento jurídico (1//7/2008). Na espécie, portanto, não há que se falar em alteração do julgado recorrido, que concluiu de forma razoável e correta com base na legislação pátria. Destarte, inviável o pagamento do adicional de periculosidade após 30/6/2008, porquanto inexistente, aos servidores, direito adquirido a regime jurídico, o que inviabiliza o pleito requerido. 2. A Corte de origem apreciou a demanda de modo suficiente e, com base no acervo fático e probatório dos autos, concluiu que houve a comprovação, por meio de laudo técnico, da condição perigosa em que os servidores exerciam suas atividades. A alteração de tal entendimento como pretende a recorrente, a fim de alterar o julgado recorrido, no intuito de comprovar a inexistência de trabalho perigoso, requer incursão do acervo fático-probatório, o que é vedado a esta Corte Superior por sua Súmula n. 7. 3. Recurso especial de Celso Fússiger Luz e outros não provido. Apelo da União não conhecido.

(RESP 201001829351, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:13/04/2011 ..DTPB:.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS (PAPILOSCOPISTAS). LEI ESTADUAL N.º 8.321/2005. MODIFICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DE REMUNERAÇÃO. INSTITUIÇÃO DE REMUNERAÇÃO POR SUBSÍDIO, FIXADO EM PARCELA ÚNICA. CONCESSÃO DE ADICIONAL NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME REMUNERATÓRIO. 1. A Lei Estadual n.º 8.321/2005, que dispõe sobre a criação da Carreira dos Profissionais da Perícia Oficial e Identificação Técnica - POLITEC/MT, à qual pertencem os Recorrentes, estabeleceu novo regime remuneratório ao instituir o subsídio, fixado em parcela única. Essa norma veda, expressamente, o acréscimo de qualquer parcela remuneratória, inclusive o pleiteado adicional noturno, que restou incorporado no subsídio dos servidores. 2. O servidor público não tem direito adquirido à imutabilidade do regime remuneratório, razão pela qual, pode a lei nova alterar, extinguir, reduzir ou criar vantagens, desde que seja resguardada a irredutibilidade de vencimentos protegendo-se o quantum remuneratório. 3. Por não encontrar respaldo em lei específica, o pleito formulado no presente mandamus encontra óbice no art. 37, inciso X, da Constituição Federal, bem como na jurisprudência desta Corte Superior e do Excelso Pretório. 4. Subsiste incólume o entendimento manifestado na decisão ora hostilizada, à medida em que o presente regimental apenas reitera os argumentos já expendidos nas razões do recurso ordinário. 5. Agravo regimental desprovido.

(AROMS 200800630390, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:15/12/2008 ..DTPB.)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 19/98. VIOLAÇÃO AO ART. 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOVAÇÃO RECURSAL. POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL. LEI FEDERAL N.º 11.361/06. REMUNERAÇÃO POR

SUBSÍDIO. CONCESSÃO DE ADICIONAL NOTURNO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A IMUTABILIDADE DE REGIME REMUNERATÓRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. SÚMULA N.º 339/STF. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, tendo em vista a vedada inovação recursal, não se pode apreciar, em sede de recurso ordinário, questões não articuladas na inicial do mandamus e não discutidas pela instância de origem como, in casu, a alegação de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 19/98. 2. Conforme determina o art. 144, IV, § 9º, da Constituição Federal, a remuneração das polícias civis é fixada na forma do § 4º do art. 39 da Lei Maior, segundo o qual "O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI." 3. A Polícia Civil do Distrito Federal, organizada e mantida pela União, a quem compete, privativamente, legislar sobre seu regime jurídico e a remuneração de seus servidores, é regida pela Lei Federal n.º 11.361/2006, que, em consonância com a previsão constitucional, instituiu o subsídio fixado em parcela única como forma de remuneração, sendo expressamente vedado o acréscimo de qualquer parcela remuneratória, inclusive o adicional noturno, que restou incorporado no subsídio dos servidores. 4. O servidor público não tem direito adquirido à imutabilidade do regime remuneratório, razão pela qual, pode a lei nova alterar, extinguir, reduzir ou criar vantagens, desde que seja resguardada a irredutibilidade de vencimentos protegendo-se o quantum remuneratório, o que ocorre na espécie. 5. O acolhimento do pleito recursal importa em concessão de vantagem sem respaldo em lei específica, o que contraria o disposto no art. 37, X, da Constituição Federal. Incidência, à espécie, do comando contido na Súmula n.º 339/STF ("Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia".) 6. Recurso desprovido.

(ROMS 200801701060, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:17/11/2008 .DTPB)

Assim, conforme demonstrado por meio dos arestos acima colacionados, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o servidor não tem direito adquirido a regime remuneratório, que este poderá sofrer modificações a qualquer tempo, desde que não haja a redução do valor nominal percebido pelo servidor e que o subsídio caracteriza-se pelo pagamento de parcela única, não comportando o pagamento cumulativo com outras vantagens.

Destaca-se que esse é o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal, embora ainda seja pequeno o número de processos julgados sobre a questão em tela, considerando que os diplomas legais que instituíram a remuneração por meio

de subsídio para os servidores organizados em carreira são relativamente recentes no ordenamento jurídico pátrio.

O que se observa da análise dos precedentes existentes é que não foram enfrentadas algumas questões que são importantes para averiguar se é possível ou não o pagamento dos direitos sociais previstos no §3º do art. 39 da Constituição Federal com a remuneração por meio de subsídio.

10.1 Do subsídio como parcela única

Os precedentes indicam que o subsídio é parcela única, mas não adentram à questão, uma vez que existem outras parcelas que efetivamente são pagas cumulativamente ao subsídio, como adicional de férias, gratificação natalina, abono de permanência, indenização de fronteira etc.

Restou demonstrado nos capítulos anteriores que, desde a instituição do regime de subsídio, existem outras parcelas pagas cumulativamente em rubricas separadas.

É vedado o pagamento de qualquer gratificação, mas paga-se a gratificação natalina.

Veda-se o pagamento de qualquer adicional, mas paga-se o adicional de férias.

Também é vedado o pagamento de qualquer abono, mas paga-se o abono de permanência.

É preciso então abordar os pagamentos que são possíveis e devidos e aqueles que não são, pois a justificativa de que o subsídio configura parcela única não corresponde à realidade do pagamento da referida forma remuneratória para os servidores públicos federais.

10.2 Da inexistência de direito adquirido a regime jurídico

A outra premissa que embasa todas as decisões acima destacadas abrange a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, como justificativa para a possibilidade de nova legislação alterar a forma remuneratória de servidores prevista em legislação anterior, desde que não haja a redução nominal dos valores.

Dessa forma, não seria possível opor o argumento do direito adquirido para sustentar o pagamento dos adicionais noturno, adicional de periculosidade e de insalubridade e o pagamento das horas extras cumuladas com o subsídio.

No entanto, tratam-se de questões distintas, o regime de subsídio de fato pode englobar e, portanto, extinguir outras gratificações e parcelas remuneratórias, que não dizem respeito às condições transitórias e específicas do trabalho de cada servidor.

Não é possível que ao estipular o valor da remuneração por subsídio o legislador já tenha abarcado os valores que possivelmente seriam pagos à título de horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade e de insalubridade.

As aludidas vantagens não são inerentes ao regime jurídico, são compensações garantidas constitucionalmente por condições de trabalho concretas, objetivas e que podem ser transitórias.

O servidor somente faz jus a estas parcelas quando labora nas condições ensejadoras dos adicionais debatidos, cessando a condição diferenciada, cessa também o pagamento do adicional de insalubridade, periculosidade, adicional noturno ou horas extras.

A quantidade de horas extraordinárias trabalhadas pelos servidores podem sofrer uma imensa variação mês a mês, de servidor para servidor e pode inclusive inexistir, tudo dependerá da necessidade do serviço naquele dado momento.

Em nenhum momento discute-se o direito adquirido a regime jurídico, não se trata da imutabilidade do regime, é inconteste que este poderá ser modificado, mas essa modificação não pode revogar os direitos e garantias constitucionais que estão protegidas inclusive do poder reformador.

CONCLUSÃO

As parcelas constitucionais que configuram direitos sociais conquistados pelos trabalhadores, incluídos os servidores públicos, sobretudo as parcelas que decorrem das condições de trabalho, como o adicional de insalubridade, o adicional de periculosidade, as horas extras e o adicional noturno são devidas aos servidores públicos federais que efetivamente trabalharem nas condições ensejadoras do seu pagamento.

Depreende-se ainda, conforme exposto no presente trabalho, que as referidas parcelas não estão incluídas no regime jurídico, são condições de trabalho. Não havendo que se falar em ausência de direito adquirido a regime jurídico ou qualquer outra discussão a cerca da sua imutabilidade.

A jurisprudência é uníssona no que tange a ausência de direito adquirido a regime jurídico por parte dos servidores públicos, sendo vedada apenas a redução do valor nominal da remuneração (*lato sensu*) do servidor.

As parcelas pagas em razão das condições de trabalho, como horas extras, adicional noturno, adicional de insalubridade e adicional de periculosidade podem ser retiradas a qualquer tempo dos contracheques dos servidores, desde que cessem também as condições ensejadoras de seu pagamento.

Assim, a única hipótese de se excluir da remuneração do servidor público as aludidas parcelas seria retirar-lhe da condição insalubre, da condição perigosa, do horário noturno ou deixar de lhe exigir o cumprimento de horas extras.

Uma vez cessadas as condições ensejadoras de seu pagamento o servidor não poderá alegar direito à irredutibilidade remuneratória, pois as parcelas pagas em razão da condição de trabalho somente são devidas enquanto houver o fato gerador para o seu pagamento.

Destaca-se que ainda que se modifique o regime jurídico, passando a remunerar o servidor por meio de subsídio, os servidores que trabalham no período noturno, em condições insalubres, em condições perigosas, ou ainda aqueles que, por ventura, laborarem além das 40 horas semanais previstas para os servidores

pela legislação vigente, art. 19 da Lei nº 8.112/90⁴⁶, farão jus ao pagamento das parcelas compensatórias devidas de acordo com o §3º do art. 39 da Constituição Federal.

Esse pagamento ainda será devido pois as condições do ambiente de trabalho e horários permaneceram inalterados frente a mudança da estrutura remuneratória.

Negar o direito dos servidores às parcelas do §3º do art. 39, significa retribuir os servidores expostos a condições especiais e os servidores que não estão expostos às referidas condições, o mesmo estipêndio.

O servidor que trabalha em condições insalubres ou perigosas não pode receber o mesmo valor pago ao servidor que labora em perfeitas condições de trabalho, sob pena de gravemente ferir o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

As parcelas pagas em razão da condição do trabalho, previstas na Constituição Federal, elencadas no rol dos direitos sociais, não podem ser retiradas dos servidores, servem para compensar o prejuízo à saúde do trabalhador, que em razão do trabalho se sacrifica mais do que os outros.

A legislação infraconstitucional que prevê a exclusão das referidas parcelas padece de vício de inconstitucionalidade.

Ressalta-se que, conforme demonstrado, nem mesmo por emenda constitucional os mencionados direitos sociais poderiam ser extirpados do nosso ordenamento, uma vez que estão protegidos pelo §4 do art. 60 da Constituição Federal⁴⁷, como cláusulas pétreas.

Ademais, o §4º do art. 39 da Constituição Federal, que prevê que subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, não pode ser interpretado de forma literal.

⁴⁶ *Art.19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.*

⁴⁷ *Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.

Mesmo para os agentes políticos, para o membro de Poder, para os Ministros e os Secretários Estaduais e Municipais, o pagamento do subsídio comporta outras parcelas além da sua própria rubrica, como por exemplo, o adicional de férias e a gratificação natalina, que também estão previstas para os servidores no §3º do mesmo dispositivo.

Os servidores públicos federais, por sua vez, já percebem juntamente com o subsídio: o adicional de férias, a gratificação natalina, o abono de permanência, a indenização de fronteira, ajuda de custo, auxílio creche, entre outros.

Dessa forma evidencia-se que desde que foi instituído o subsídio, seu pagamento jamais se deu como uma única parcela.

Verifica-se, então, que a doutrina aponta no mesmo sentido até aqui exposto de forma objetiva sem adentrar com afincos ao tema, justamente por entender que não existe nem a antinomia detectada, entende que o §3º do art. 39 da Constituição Federal é plenamente compatível com o §4º do mesmo dispositivo, porque sequer imaginou que seriam retirados dos servidores os direitos sociais previstos na Constituição.

Por outro lado, os precedentes judiciais indicam exatamente no outro sentido, pela impossibilidade do recebimento cumulativo das parcelas referentes às condições de trabalho e o subsídio, em razão de sua natureza de parcela única e que não existe o direito adquirido a regime jurídico, de modo que as referidas parcelas poderiam ser suprimidas a qualquer tempo.

Tem-se um conflito na norma, entre o §3º e o §4º c/c §8º, todos do art. 39 da Constituição Federal, quando tomadas as expressões isoladas e de forma literal.

Evidente que o interesse do Estado é dispender menos recursos com a folha de pagamento dos servidores públicos enquanto o interesse público é o fiel cumprimento da norma constitucional e sua efetividade.

Peter Härbele⁴⁸ defende a sociedade aberta de intérpretes da Constituição, para permitir que aquele que vive a norma possa contribuir para interpretá-la ou co-interpretá-la, para que as instâncias oficiais, por meio do diálogo, do conflito, de tese e de antítese, possam conferir a interpretação mais apurada da Constituição Federal, para assegurar a ordem jurídica fundamental do Estado e da Sociedade.

⁴⁸ HÄRBELE, Peter. Hermenêutica constitucional.

Depreende-se que seria necessário um novo olhar do Judiciário sobre o tema, com a colaboração das entidades que representam os servidores públicos, dos órgãos técnicos que avaliam o grau de segurança e condições do ambiente de trabalho, ampliando o rol de intérpretes da norma, para contribuir para consecução do aperfeiçoamento das decisões sobre o tema, considerando os outros elementos que envolvem a lide, com um aprofundamento dos conceitos envolvidos, conforme citado no presente estudo.

Assim, da análise do que foi exposto, conclui-se que ainda que haja o interesse econômico do Estado em reduzir os seus gastos e esse é um argumento que também tenha que ser avaliado e sopesado com muita precisão, é preferível e recomendável preservar o conteúdo normativo da Constituição Federal e os direitos sociais nela assegurados.

Como demonstrado, a questão em tela refere-se a debate relativamente recente e não houve ainda um aprofundamento do tema pelo Judiciário, pois as decisões estão sendo baseadas em premissas que, conforme demonstrado, não se sustentam.

Considerando o recebimento das horas extras, do adicional noturno, do adicional de insalubridade e do adicional de periculosidade, sob a ótica da proteção aos direitos sociais, da dignidade da pessoa humana, da unidade da Constituição, da isonomia e da vedação do retrocesso, as decisões judiciais provavelmente apontarão no mesmo sentido já defendido pela doutrina, isto é, pelo pagamento das referidas verbas quando presentes as condições diferenciadas.

O subsídio, conforme foi demonstrado no presente trabalho não constitui parcela única, como a única rubrica possível no contracheque dos servidores. Várias outras rubricas são pagas separadamente à rubrica do subsídio.

Esse sentido de subsídio como parcela única é atenuado, pela própria legislação que o instituí.

O seu escopo é excluir as parcelas genéricas, pagas indistintamente a todos os servidores e vantagens pessoais – estas sim estão vinculadas ao regime jurídico e pacífico é o entendimento de que não há o direito adquirido ao regime jurídico, existe apenas a garantia de manutenção do *quantum* remuneratório para garantir a irreduzibilidade salarial.

Assim, nem há que se falar em direito adquirido a regime jurídico quando enfrentado o tema em tela, pois se demonstrou que, diferentemente do regime jurídico, que pode ser modificado desde que se mantenha o valor nominal da remuneração, as parcelas decorrentes das condições de trabalho podem ser retiradas a qualquer tempo do servidor, desde que cessadas as condições ensejadoras do seu pagamento.

Dessa forma conclui-se que são devidas e compatíveis com o pagamento do subsídio as horas extras, o adicional noturno, o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31º ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28º ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL, Constituição da república Federativa do Brasil. Disponível em <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/constituicao-federal>>. Acesso em

_____, Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 626. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=ADI+1923&pagina=6&base=INFO>> Compulsado em 14/07/2014.

_____, Lei nº 11.358/2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2006/Lei/L11358.htm>.

_____, Lei nº 11.776/2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2008/Lei/L11776.htm> .

_____, Lei nº 11.890/2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2008/Lei/L11890.htm> .

_____, INFORMATIVO STF nº 686. Título: Amianto e competência legislativa concorrente. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28tratado+direitos+humanos+e+supralegal%29&base=baseInformativo&url=http://tinyurl.com/19h3r2r>>

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 11º reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24º ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3 ed. rev. e aumento. São Paulo: Saraiva, 2007

CRETELLA JR., José. **Elementos de direito constitucional**. 4 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (Die Normative Kraft der Verfassung). Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8º ed. Niterói: Impetus, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de direito do trabalho**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direito Constitucional Administrativo**. 4º Edição, Atlas, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 2º ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

SILVA, Christine Oliveira Peter. *A Reforma Administrativas e a Emenda nº 19/98: Uma Análise Panorâmica*. Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 01, n. 1, maio de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm. Compulsado em 18/07/2014

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZUBA, Thaís Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013.