

VOTO

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES (RELATOR): A controvérsia diz respeito à recepção, ou não, pela Carta de 1988, de norma municipal que concede vantagem pecuniária a servidor do sexo masculino casado ou em união estável há pelo menos cinco anos.

1. Preliminar

Entendo ser caso de conhecer da ação. De fato, nos termos do art. 1º, parágrafo único, I, da Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou **municipal**, inclusive **anteriores à Constituição**”.

O Supremo cristalizou o entendimento de que a ADPF constitui instrumento nobre de fiscalização abstrata de normas, dotado de eficácia *erga omnes* e vocacionado a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental provocada por ato do poder público. Consignou, ainda, a necessidade de se considerar, na aferição do requisito da subsidiariedade (Lei n. 9.882/1998, art. 4º, § 1º), o cabimento dos demais processos de natureza objetiva.

A irresignação tem por objeto lei municipal anterior à ordem instaurada pela Constituição de 1988, insuscetível de ser veiculada por meio de ação direta. Reputo observado o princípio da subsidiariedade, diante da ausência de outro meio processual apto a sanar eficazmente a situação de lesividade indicada pelo autor.

Essa foi a conclusão do Supremo ao apreciar as ADPFs 860 e 879, ambas da relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, em que discutidas normas pré-constitucionais instituidoras de salário-esposa.

Rejeito a preliminar articulada pela Câmara Municipal de São Vicente/SP.

2. Mérito

O constituinte de 1988 encerra, logo no art. 1º, a forma republicana de governo como preceito nuclear, medula do Estado democrático de direito, o qual se desdobra em princípios de observância obrigatória por todos os entes da Federação, como o da igualdade, o da impessoalidade e o da moralidade. Com efeito, são postulados condicionantes à auto-organização dos entes políticos e à conformação da atuação do poder público e de seus agentes.

Não por outra razão, o Texto Constitucional preceitua, no art. 5º, o catálogo não exaustivo de direitos fundamentais, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. No art. 37, estabelece como princípio de regência da Administração Pública a impessoalidade, por meio da qual se veda a concessão de favor, regalia, privilégio ou proveito de acordo com a condição de cada indivíduo.

Em uma República, as diretrizes fundamentais da atuação estatal são o interesse público e a moralidade, a ensejarem o direito do cidadão ao comportamento ético e probo das autoridades. É defeso ao legislador personalizar o tratamento da coisa pública, ainda mais mediante direcionamento de recursos do erário.

Não bastasse, o art. 7º, XXX, é categórico em proibir a diferenciação de salários em razão do estado civil dos trabalhadores urbanos e rurais. O comando é aplicado aos servidores públicos por força do art. 39, § 3º:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

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.

[...]

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos

diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

A fixação de vantagem pecuniária diferenciada a servidor público somente se justifica diante de critérios razoáveis e voltados ao alcance do interesse público. As parcelas que compõem a remuneração dos agentes públicos devem guardar correlação com o cargo e suas atribuições, devendo haver contrapartida dos beneficiários. Confira-se:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Lei n. 27, de 30 de dezembro de 1985, do Município de Campos Sales (CE). 3. pensão por morte e por invalidez para os mandatos políticos municipais, beneficiando os ex-ocupantes dos cargos, seus cônjuges ou companheiros sobreviventes, bem como seus descendentes consanguíneos de 1º grau. 4. Legislação anterior à Constituição de 1988. 5. ADPF é o instrumento adequado para o objetivo buscado. 6. Arguição de descumprimento conhecida. 6. Os cargos políticos do Poder Legislativo e do Poder Executivo municipal têm caráter temporário e transitório, motivo pelo qual não se justifica a concessão de qualquer benefício a ex-ocupante do cargo de forma permanente, sob pena de afronta aos princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade com gastos públicos. 7. **Não se revela compatível com o princípio republicano e o princípio da igualdade a outorga de tratamento diferenciado a determinado indivíduo, sem que não mais esteja presente o fator de diferenciação que justificou sua concessão na origem.** 8. É contrária ao atual sistema constitucional brasileiro a instituição da pensão impugnada. 9. ADPF julgada procedente. 10. Não recepção pela Constituição Federal de 1988 da Lei n. 27, de 30 de dezembro de 1985, do Município de Campos Sales (CE).

(ADPF 368, ministro Gilmar Mendes, *DJe* de 15 de setembro de 2021 – grifei)

Desse modo, não se justifica, tampouco é razoável, a opção legislativa pela adoção, como fator de *discrímen*, do sexo e do estado civil do servidor público.

À luz da jurisprudência desta Corte, a concessão do chamado salário-esposa aos servidores em razão, tão somente, de seu estado civil

consiste em desequiparação ilegítima em relação aos demais servidores solteiros, viúvos ou divorciados.

Ilustram essa compreensão as seguintes ementas:

DIREITO CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEIS ESTADUAIS QUE CONCEDEM SALÁRIO-ESPOSA A SERVIDORES CASADOS.

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental contra dispositivos da Lei nº 10.261/1968; da Lei Complementar nº 500/1974; da Lei Complementar nº 546/1988; e dos Decretos nºs 7.110/1975, e 20.303/1982; todos do Estado de São Paulo, que instituem o salário esposa, adicional sobre o valor do salário mínimo, pago apenas aos trabalhadores rurais, urbanos e a servidores públicos casados.

2. O art. 7º, XXX, da Constituição de 1988 proíbe categoricamente a diferenciação de salários em razão do estado civil dos trabalhadores urbanos e rurais. Referida vedação, conforme previsão constante do art. 39, § 3º, da CF, aplica-se igualmente aos servidores públicos.

3. Além disso, o pagamento do chamado salário-esposa viola o núcleo dos princípios republicano, da igualdade, da moralidade e da razoabilidade. A concessão de quaisquer benefícios remuneratórios a trabalhadores rurais e urbanos, ou a servidores públicos, deve estar vinculada ao desempenho funcional.

4. Pedido julgado procedente para declarar a não recepção, pela Constituição de 1988, dos arts. 124, V, e 162, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 10.261/1968; do art. 22 da Lei Complementar nº 500/1974; dos arts. 5º, II, e 12 da Lei Complementar nº 546/1988; e dos Decretos nºs 7.110/1975, e 20.303/1982; todos do Estado de São Paulo, com a fixação da seguinte tese de julgamento: *O pagamento de salário-esposa a trabalhadores urbanos e rurais, e a servidores públicos, viola regra expressa da Constituição de 1988 (art. 7º, XXX e art. 39, § 3º), e os princípios republicano, da igualdade, da moralidade e da razoabilidade.* Modulação dos efeitos temporais para afastar a devolução dos valores pagos até a publicação da ata de julgamento.

(ADPF 860, ministro Luís Roberto Barroso, DJe de 13 de fevereiro de 2023)

DIREITO CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. LEIS MUNICIPAIS QUE CONCEDEM SALÁRIO-ESPOSA A SERVIDORES CASADOS.

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental contra as Leis nºs 775/1978; 1.055/1985; e 1.077/1986, do Município de São Simão/SP, que instituem o salário esposa, adicional de 5% sobre o valor do salário mínimo, pago apenas aos trabalhadores rurais, urbanos e a servidores públicos casados.

2. O art. 7º, XXX, da Constituição de 1988 proíbe categoricamente a diferenciação de salários em razão do estado civil dos trabalhadores urbanos e rurais. Referida vedação, conforme previsão constante do art. 39, § 3º, da CF, aplica-se igualmente aos servidores públicos.

3. Além disso, o pagamento do chamado salário-esposa viola o núcleo dos princípios republicano, da igualdade, da moralidade e da razoabilidade. A concessão de quaisquer benefícios remuneratórios a trabalhadores rurais e urbanos, ou a servidores públicos, deve estar vinculada ao desempenho funcional.

4. Pedido julgado procedente para declarar a não recepção das Leis nº 775/1978, 1.055/1985 e 1.077/1986, do Município de São Simão/SP, pela Constituição de 1988, com a fixação da seguinte tese de julgamento: O pagamento de salário-esposa a trabalhadores urbanos e rurais, e a servidores públicos, viola regra expressa da Constituição de 1988 (art. 7º, XXX e art. 39, § 3º), e os princípios republicano, da igualdade, da moralidade e da razoabilidade. Modulação dos efeitos temporais para afastar a devolução dos valores pagos até a publicação da ata de julgamento.

(ADPF 879, ministro Luís Roberto Barroso, *DJe* de 13 de fevereiro de 2023)

Cabe ressaltar, ainda, que o direito adquirido (CF, art. 5º) não se revela fundamento idôneo para a continuidade do pagamento da referida verba. Descabe invocar essa garantia constitucional com o propósito de albergar situações jurídicas, em que pese consolidadas, diretamente violadoras da Constituição Fundamental (ADI 4.601, ministro Luiz Fux, *DJe* de 7 de novembro de 2018).

Portanto, declaro não recepcionados pela Carta da República os arts. 115, IV, e 147 a 154 da Lei n. 1.780, de 6 de junho de 1978, do Município de São Vicente/SP.

3. Modulação dos efeitos da decisão

O direito adquirido à percepção de benefício incompatível com a Constituição Federal distingue-se do direito à preservação patrimonial, consideradas as parcelas recebidas.

A cláusula pétrea referente à segurança jurídica impõe ao Supremo a modulação dos efeitos da decisão (Lei n. 9.882/1999, art. 11) em face da natureza alimentar dos valores recebidos de boa-fé dos beneficiados ao longo tempo transcorrido – 44 anos – em que vigente a lei (ADIs 3.791, ministro Ayres Britto; e 4.884 ED, ministra Rosa Weber).

Há de se evitar que a declaração de não recepção de norma pré-constitucional implique consequências excessivamente onerosas para os jurisdicionados, levando em conta os princípios da confiança, da proteção da propriedade e do ato jurídico perfeito. Logo, entendo que os valores incorporados ao patrimônio dos beneficiários devem receber tratamento protetivo, afastando-se o dever de ressarcimento.

No julgamento da ADPF 793, ministra Rosa Weber, *DJe* de 17 de novembro de 2021, o Supremo declarou a não recepção, pela Constituição de 1988, de normas pré-constitucionais do Estado da Paraíba que concediam pensão a viúvas de ex-governadores, ex-deputados estaduais e ex-desembargadores. Na oportunidade, estabeleceu relevante distinção entre a inexigibilidade de estorno dos valores recebidos e o afastamento da cessação dos pagamentos:

Aqui, reputo ser o caso de aplicar o precedente formado ao julgamento da ADI 4545/PR, a corroborar interpretação já adotada por este Supremo Tribunal Federal. Por questão de isonomia e coerência, deve-se aqui chegar à mesma conclusão: **é devida a modulação dos efeitos do reconhecimento da não recepção, por incompatibilidade com a Constituição Federal, das leis impugnadas, mas apenas para afastar o ressarcimento das verbas alimentares já percebidas pelos beneficiários, e não**

para afastar a cessação da continuidade dos pagamentos.

Há diferenciar, embora sem efeitos práticos no presente caso, a existência de dois grupos, porque há pagamentos que foram feitos com base em lei vigente, antes do advento da Constituição Federal, e parcelas pagas com base em vantagem concedida por lei que, como aqui ora se reconhece, não foi recepcionada na nova ordem constitucional. O que muda é o fundamento da não devolução: o fundamento da boa-fé e natureza alimentar incide a partir da vigência da nova Constituição, para pagamentos feitos a partir de então. Os **pagamentos anteriores**, por sua vez, se resumem a fatos ocorridos e consumados na ordem constitucional anterior, sem que a Constituição Federal tenha estabelecido a retroatividade de suas normas em grau tal que fosse capaz de afetá-los. Os **pagamentos anteriores** foram feitos com base na lei então vigente, e não em lei não recepcionada, sem existir determinação constitucional no sentido de que devem ser desfeitos.

Quanto à **cessação do pagamento** da vantagem, porém, entendo que a conclusão deve ser a mesma para todos. Há necessidade de que seja cessado o pagamento da pensão especial, independentemente de ser sua **concessão anterior ou posterior** à promulgação da Constituição Federal de 1988.

É, aliás, o espírito do art. 17 do ADCT, no sentido de que o recebimento de numerários públicos deve se adequar à nova Constituição:

Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

[...]
(Grifei)

Assim, cumpre ratificar a inexigibilidade da devolução dos valores recebidos, independentemente da oportunidade em que ocorrido o pagamento do benefício não recepcionado pela Constituição Federal.

Quanto à cessação do pagamento, tenho que deve ser implementada independentemente de o deferimento ser anterior ou posterior ao regime constitucional inaugurado em 1988.

Essa ótica foi adotada já no exame da ADPF 590, ministro Luiz Fux, *DJe* de 24 de setembro de 2020, quando declarada a não recepção de norma pré-constitucional que previa o pagamento de pensão a viúvas e filhos menores de ex-governadores do Estado do Pará. Prevaleceu, então, a modulação dos efeitos do pronunciamento apenas quanto à inexigibilidade de devolução dos valores recebidos pelos beneficiários até a data da publicação do acórdão.

No tocante ao marco temporal, reitero o entendimento firmado nos precedentes citados, de modo que a data da publicação da ata de julgamento deve ser a referência para a produção dos efeitos da decisão.

Assim, declarada a não recepção, pela Constituição Federal, dos dispositivos questionados, cessa-se, a partir da publicação da ata deste julgamento, o pagamento de salário-esposa aos servidores públicos do Município de São Vicente/SP, independentemente da data da concessão do benefício, afastando-se, apenas, o dever de ressarcimento das parcelas pagas até a publicação da ata de julgamento.

3. Parte dispositiva

Conheço da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Julgo procedente o pedido, a fim de declarar não recepcionados, pela Constituição de 1988, os arts. 115, IV; 147; 148; 149; 150; 151; 152; 153 e 154 da Lei n. 1.780/1978 do Município de São Vicente/SP. Modulo os efeitos da decisão, para afastar o dever de devolução dos valores pagos até a publicação da ata de julgamento.

É como voto.