

Supremo Tribunal Federal
(Pleno)

Pauta de 12/9/2018

ADI n. 4822

Reqte.: Conselho Federal da OAB

Reqdo.: Conselho Nacional de Justiça

Amice Curiae: AMB e ANAMATRA

Memorial da AMB e da Anamatra

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB impugnou a Resolução n. 133 do CNJ, que dispôs "*sobre a simetria constitucional entre Magistratura e Ministério Público e equiparação de vantagens*".

Sustentou, basicamente, (a) que o poder normativo do CNJ não pode invadir o campo da reserva legal, (b) que a Resolução n. 133 padeceria do vício de inconstitucionalidade formal, porque somente a lei complementar (Estatuto da Magistratura) poderia dispor sobre as vantagens dos magistrados, (c) que a Resolução n. 133 violaria o princípio da Separação dos Poderes, já que usurpou a competência do Congresso Nacional, (d) que a Resolução n. 133 seria inconstitucional em razão de inexistir simetria entre o Ministério Público e o Poder Judiciário, e (e) que a Resolução n. 133 seria inconstitucional por deferir vantagens e benefícios não previstos na LOMAN.

A Resolução 133 do CNJ não criou direito. Apenas determinou a aplicação da lei do MP, no vácuo legislativo da Loman, decorrente da revogação do seu art. 65, como esse STF já o fizera, ao aplicar a Lei n. 8.112/90 no vácuo legislativo da Loman sobre a matéria de prescrição

Ao contrário do que sustenta a OAB, a Resolução n. 133 do CNJ não decorre do seu poder normativo, tanto assim que não constou do seus "considerandos" a competência contida no inciso I, do § 4º, do art. 103-B, para "expedir atos regulamentares". Invocou, para fundamentar a Resolução, a "necessidade de "zelar pela independência do Poder Judiciário".

No caso, o CNJ verificou que o art. 65 da LOMAN havia sido revogado pela EC 19/98 -- quando o novo regime remuneratório tornou-se eficaz, em 2005 -- e, em razão do vácuo legislativo surgido, considerar aplicável as verbas e vantagens dadas na legislação dos membros do Ministério Público, a partir da EC n. 45, quando esta criou uma simetria entre as carreiras do Ministério Público e da Magistratura (§ 4º do art. 129 da CF).

Afinal, se esse próprio STF já havia afirmado que diante da omissão da LOMAN, quanto à fixação de regras de prescrição, deveriam ser adotadas, de forma subsidiária, as veiculadas no Estatuto do Servidor Público (Lei n. 8.112/90), agora, **com a simetria entre as carreiras da Magistratura e do Ministério Público determinada pela EC n. 45**, qualquer outra omissão legislativa da LOMAN permitirá a aplicação subsidiária das normas destinadas aos membros do Ministério Público.

Então, quando o CNJ determinou a observância, no vazio da LOMAN, das verbas e vantagens previstas na LC n. 75/93 e na Lei n. 8.625/93, não criou direito novo, nem expediu regulamento algum, tendo apenas afirmado que estas são as normas aplicáveis.

Daí a improcedência da alegação da OAB, já que não se está diante da expedição de ato regulamentar pelo CNJ que tivesse usurpado a competência do Poder Legislativo.

A simetria entre das carreiras da magistratura e do MP foi instituída pela EC n. 45 ao inserir o § 4º no art. 129 da CF

A OAB apresentou em sua petição inicial razões sob o título “ausência de simetria entre o Ministério Público e o Poder Judiciário”. Ocorre que a leitura das razões, revela não haver qualquer questionamento sobre a simetria em si.

Com efeito, sob o referido título, o que sustentou a OAB é que (a) “o art. 93 da CF não estatui benefícios de classe, nem verbas indenizatórias, mas prerrogativas”, (b) que o próprio Ministério Público não teria direito ao auxílio-alimentação, porque a sua Lei Orgânica apenas determinou a aplicação subsidiária do Estatuto dos Servidores Públicos, (c) que a simetria reconhecida pela Constituição -- confessando, assim, a existência da simetria -- “diz respeito apenas aos elementos necessários para a atuação independente desses órgãos”.

É dizer: a OAB reconhece que há a simetria, mas nega sua aplicação para o fim da extensão de benefícios e vantagens. O raciocínio seria válido se não tivesse ocorrido a revogação do art. 65 da LOMAN pela EC n. 19/98, com a adoção, a partir de 2005, do novo sistema remuneratório, por meio do qual a magistratura somente pode receber subsídio em parcela única, acrescido das verbas do § 3º do art. 39 e § 11 do art. 37 da CF.

É possível contestar, porém, a alegação de que “o art. 93 da CF não estatui benefícios de classe, nem verbas indenizatórias, mas prerrogativas”, porque obviamente se trata de uma interpretação manifestamente equivocada.

Com efeito, o art. 93 é o dispositivo da CF que prevê a necessidade de a carreira da magistratura ser objeto de disciplina por meio de uma lei complementar que deverá observar os diversos princípios veiculados nos parágrafos enumerados.

Não é a CF que tem de estabelecer os benefícios da classe, verbas indenizatórias ou prerrogativas. Isso é matéria que deve estar posta no Estatuto da Magistratura, como está posta para os Servidores no seu Estatuto, e está posta na Lei Orgânica do MP para os seus membros.

Daí já se poder ver o equívoco da alegação da OAB, porque a compreensão realizada pelo CNJ para editar a Resolução n. 133 foi no sentido de que, no vazio legislativo da LOMAN, poder-se-ia aplicar a norma do Ministério Público de forma subsidiária, em razão da simetria.

Como, repita-se e insista-se, esse próprio STF, antes da EC n. 45, já admitiu a aplicação subsidiária de normas do Estatuto do Servidor Público para serem aplicadas nos processos administrativos disciplinares dos magistrados -- as que tratam da prescrição -- não há porque negar a aplicação subsidiária aos magistrados dos benefícios e vantagens previstos na LC n 75/93 e na Lei Ordinária n 8.625/93, diante da revogação do sistema remuneratório que estava previsto no art. 65 da LOMAN.

No caso, é preciso ter presente o texto da norma introduzida pela EC n. 45 no § 4º do art. 129 da CF, que é expressa estabelecendo a simetria entre a carreira dos membros do Ministério Público com a dos membros do Poder Judiciário, ao determinar a observância do art. 93 -- pertinente ao Estatuto da Magistratura -- aos membros do MP:

A partir desse comando constitucional é que se torna possível a aplicação subsidiária das normas do Estatuto do Ministério Público em face da Magistratura e não mais do Estatuto do Servidor Público.

O art. 65 da Loman foi revogado pela EC n. 19/98, quando o regime remuneratório da magistratura se tornou eficaz no ano de 2005

Com efeito, dispunha o inciso V do art. 93 da CF que *"os vencimentos dos magistrados serão fixados com diferença não superior a dez por cento de uma para outra das categorias da carreira, não podendo, a título nenhum, exceder os dos Ministros do Supremo Tribunal Federal"*.

Essa norma estabelecia a remuneração dos magistrados como "vencimentos" bem ainda que os recebidos pelos Ministros do STF seriam o teto dos demais magistrados.

Estava, portanto, o art. 65 da LOMAN, no ponto em que qualificava a remuneração da magistratura como "vencimentos" ("*além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens*") de acordo com o texto constitucional.

Por meio da EC n. 19/98, o legislador constituinte promoveu radical alteração da forma de remuneração da magistratura, deixando de se dar por meio de "vencimentos" e "vantagens", para utilizar as expressões "subsídio", com as exceções das "verbas" do § 3º do art. 39 e das "verbas indenizatórias" do § 11 do art. 37 da CF.

No âmbito do Poder Judiciário esse novo paradigma constitucional somente se tornou eficaz quando, em 2005, veio a ser fixado pela primeira vez o valor do subsídio dos Ministros do desse Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, com a criação do CNJ, veio aquele órgão a expedir Resolução n. 13, disciplinando quais seriam as verbas que estariam compreendidas no "subsídio", quais teriam sido extintas e quais seriam as verbas "indenizatórias" que os magistrados teriam direito de receber

Nessa Resolução, é certo, havia a vedação ao recebimento de "*adicionais ou vantagens pecuniárias não previstas na Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN).*"

Tratava-se, porém, de uma impropriedade ou contradição da própria Resolução, na medida em que ela estava disciplinando, a partir do novo texto constitucional, quais as verbas remuneratórias estavam incluídas no "subsídio", quais não estavam e quais seriam de natureza indenizatória, incluindo verbas que não estavam previstas no art. 65 da LOMAN.

Essa contradição foi afastada com a Resolução n. 133, quando esta passou a estabelecer a possibilidade de recebimento de outras verbas remuneratórias e indenizatórias.

Em um primeiro momento compreendeu que seria possível considerar o art. 65 da LOMAN compatível com o novo texto constitucional.

Posteriormente, no entanto, diante do Pedido de Providências formulado pela AJUFE, evoluiu quanto ao seu entendimento, para compreender que aquele dispositivo fora revogado pelo novo padrão remuneratório.

Convém lembrar trecho das razões apresentadas pelo Professor Luiz Roberto Barroso perante o CNJ, que fez com aquele órgão editasse a Resolução n. 133:

“16. Como se vê, a norma transcrita cuidava da remuneração dos magistrados, autorizando que fosse formada pelos vencimentos e pelas demais verbas constantes dos incisos do art. 65. Ocorre que o tema foi profundamente alterado a partir da nova disciplina trazida pela EC n. 19, de 4.06.1998, que introduziu a figura do subsídio para a Magistratura (CF/88, art. 39, § 4º). Desde então, os juízes não podem receber qualquer outra parcela remuneratória que não o subsídio, ressalvadas apenas as verbas de natureza indenizatória (art. 37, § 11). A edição de nova disciplina incompatível com a anterior produz a revogação da norma precedente (LICC, art. 2º, § 1º) – notadamente quando (como no caso) situada em nível hierárquico superior. Se o art. 65 da LOMAN é incompatível com a remuneração por subsídio, imposta por emenda à Constituição, então o dispositivo infraconstitucional deixa de vigor. Não há maior dificuldade teórica sobre o ponto.”

Com base no entendimento apresentado é que o CNJ deferiu o pedido de providências que resultou na edição da Resolução n. 133 CNJ (PP n. 20091000020434, Conselheiro Felipe Locke). O voto proferido pelo Conselheiro foi exatamente no sentido de que, no momento em que se tornou eficaz o regime remuneratório criado pela EC n. 19, no ano de 2005, deu-se a revogação do art. 65 da LOMAN em razão da sua incompatibilidade com o novo parâmetro constitucional, o que já havia motivado o CNJ a editar as Resoluções n. 13 e 14 para disciplinar a matéria pertinente. Daí ter o eminente Conselheiro sustentado a aplicação direta das normas da Constituição Federal.

Como se pode ver, a decisão do Conselho Nacional de Justiça que fundamenta a Resolução n. 133 chegou ao ponto de se apoiar diretamente da Constituição Federal para justificar a aplicação subsidiária à magistratura das normas deferidas aos membros do MP diante da situação excepcional de revogação do art. 65 da LOMAN.

Aliás, foram vários os atos editados pelo Conselho Nacional de Justiça dispondo, direta ou indiretamente, sobre o regime remuneratório da magistratura, que não foram objeto de qualquer questionamento por parte do Conselho Federal da OAB.

O que se pode depreender é que, valendo de suas atribuições constitucionais, o CNJ editou as diversas Resoluções sobre remuneração, assim como afirmou a inequívoca simetria constitucional entre as carreiras da Magistratura e do Ministério Público quando do julgamento do Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000 e editou a Resolução nº 133.

Se houve a alteração do parâmetro constitucional, com a revogação do art. 65 da LOMAM, não há como negar a possibilidade da aplicação subsidiária à magistratura das vantagens e benefícios concedidos aos membros do MP dada à simetria das carreiras.

É importante destacar que há, inclusive, decisão dessa Corte apontando nesse sentido (STF, Pleno, ADI 2648-MC/CE, Rel. Min. Maurício Correa, Rel. p/acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DJ. 28.09.07):

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 1º E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 12.919/99 DO ESTADO DO CEARÁ. REMUNERAÇÃO DE MAGISTRADOS ESTADUAIS. SUBSÍDIO. VEDAÇÃO À ADIÇÃO DE GRATIFICAÇÃO OU VANTAGEM A QUALQUER TÍTULO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 48, XV, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. SUPERVENIÊNCIA DA EC 41/2003 E DA LEI FEDERAL 11.143/2005. PREJUDICIALIDADE. I - **Alterado o dispositivo constitucional paradigma com a edição da EC 41/2003, fora editada a Lei federal 11.143/2005, que dispõe sobre o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, dotando de plena eficácia o sistema instituído pelo inciso XI do art. 37, da Constituição de 1988.** II - Ação direta julgada prejudicada.

Então, não é de hoje que essa eg. Corte tem entendido que, com a instituição efetiva do regime de subsídio previsto no inciso V, do art. 93, da CF, no ano de 2005, decorrente da EC n. 19, deveria passar a ser tido como revogado o art. 65 da LOMAN, dada a sua incompatibilidade com o novo regime remuneratório da magistratura.

As decisões desse STF sobre a compatibilidade do regime de subsídios com o recebimento das verbas referidas no § 3º do art. 39 além das indenizatórias do § 11 do art. 37 da CF

A adoção do regime de subsídio tem merecido por parte dessa Corte também a interpretação necessária para compatibilizá-lo com o recebimento das verbas referidas no § 3º o art. 39 (contidas no art. 7º da CF) e das verbas indenizatórias referidas no § 11 do art.37.

Com efeito, a adoção do regime de subsídio, há de observar os direitos previstos no § 3º do art. 39, da CF, contidos no art. 7º, como esse STF afirmou na Adi 4079:

*“12. Quanto aos direitos trabalhistas estendidos aos servidores (CF/88, art. 39, § 3º), **o pagamento de subsídio não os afasta: os §§ 3º e 4º do art. 39 convivem harmonicamente, sendo certo, ainda, que o art. 1º, § 1º, da lei impugnada é uma reprodução fiel do art. 39, § 4º, da Constituição. É fora de dúvida, portanto, a validade dos dispositivos questionados na presente ação direta.**”*

(ADI 4079, Relator: Min. Roberto Barroso, Pleno DJe-082 05-05-2015)

Aliás, esse STF também já examinou o tema referente a interpretação do § 4º do art. 39 da CF -- se há de ser literal ou teleológica com os demais dispositivos da Constituição -- ao julgar o RE c RG n. 650.898, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, que passou a ser da relatoria do Ministro Roberto Barroso, oportunidade em que afirmou que o regime de subsídio é incompatível apenas com o recebimento de outras parcelas remuneratórias de natureza mensal ou erroneamente denominada como indenizatória, **mas que as verbas referidas no § 3º do art. 39, que constam do art. 7º da CF, seriam “compatíveis” com o regime de subsídio dos “servidores públicos”.**

Nesse julgamento o saudoso Ministro Teori Zavascki explicitou o voto que havia preparado para a ação de que era relator (ADI ., 4841) no qual concluiu que “*não há no texto constitucional qualquer vedação, explícita ou implícita, que torne ilegítima a percepção de remuneração paga a título excepcional a quem receba subsídios*”:

“E para isso faco referencia a ADI 4941. Nesta ação direta, suscitou-se problema semelhante ao que está delineado aqui, a propósito de **uma lei estadual que havia criado gratificações em favor de servidores públicos do Poder Legislativo local, enquadrados no regime de subsídios, que tivessem que prestar serviço em condições de trabalho excepcionais.** No voto que aqui adianto, ressaltei que a fórmula de pagamento em subsídio não impede sejam recebidas bonificações pelo desenvolvimento de atividades de caráter excepcional. Partindo da consideração da finalidade do instituto, consignei o seguinte:

(...)

Todavia, essa compreensão é equivocada. Interpretação sistemática revela que a própria Constituição, no art. 39, § 3º, assegura a todos os servidores públicos, sem distinção, a fruição de grande parte dos direitos sociais do art. 7º, que envolve pagamento de verbas adicionais, cumuláveis com a do subsídio, tais como adicional de férias, décimo terceiro salário, acréscimo de horas extraordinárias, adicional de trabalho noturno, entre outras. Portanto, não há, no art. 39, § 4º, da CF, uma vedação absoluta ao pagamento de outras verbas além do subsídio.

Cumpra, assim, estabelecer em que medida e em que situações seria cabível eventual pagamento adicional. O que o novo modelo de subsídio busca evitar, e essa visão teleológica é decisiva para delimitar seu alcance, é que atividades exercidas pelo servidor público como inerentes ao cargo que ocupa (e que já são cobertas pelo subsídio) sejam remuneradas com o acréscimo de qualquer outra parcela adicional. Nessa compreensão, portanto, ficam excluídos dos limites impostos pela norma constitucional, em primeiro lugar, os valores que não ostentem caráter remuneratório, como os que representem, não apenas na denominação mas também na sua essência, natureza indenizatória (os quais, aliás, sequer estão sujeitos a incidência do teto de retribuição, segundo o art. 37, § 11º, da CF).

Ademais, ficam também imunes às limitações do art. 39, § 4º da Constituição os valores pagos como retribuição por eventual execução de encargos especiais, não incluídos no âmbito das atribuições normais e típicas do cargo considerado. Essa orientação foi adequadamente sustentada pela Ministra Carmen Lucia em texto doutrinário: (...)

Dai se tem que não há qualquer proibição constitucional a que o agente público, descrito dentre aqueles elencados na norma do art. 39, § 4º, venha a perceber, em sua remuneração, e não em seu subsídio, outra parcela que corresponda a uma circunstância específica, esporádica e com fundamento diverso daquele relativo ao valor-padrão básico devido em função do exercício do cargo. O magistrado que participe de uma banca de concurso público, para o qual se tenha fixado uma gratificação, pode e deve perceber o ganho assim legalmente definido sem que se tenha qualquer violação a norma constitucional em foco. Do mesmo modo, o membro de Poder que seja designado para representar o seu órgão em determinada situação pode e deve perceber a verba de representação por esse exercício. O que agente público algum pode ter é a fixação de uma parcela de verba de representação, ou qualquer outra, definida para compor a sua remuneração, em caráter permanente e fixo, além do subsídio. (...)

Realmente, não há no texto constitucional qualquer vedação, explícita ou implícita, que torne ilegítima a percepção de remuneração paga a título excepcional a quem receba subsídios. Nada obsta, por exemplo, que agentes públicos remunerados por subsídio possam exercer funções ou cargos de confiança, não cobertos pela parcela de subsídio, destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, da CF). Vedar a percepção de acréscimo remuneratório pelo exercício de funções de direção, chefia e assessoramento para servidores distribuídos em carreira importaria desestimular o sentido de profissionalização desse tipo de organização, consequência contraditória que certamente não pode decorrer do texto constitucional.”

Ainda que esse STF não tenha concluído o julgamento da ADI n. 4941, não há dúvida de que o entendimento manifestado pelo saudoso Ministro Teori Zavaski mostra-se mais consentâneo com a correta interpretação da Constituição Federal.

O auxílio-alimentação é verba indenizatória prevista em lei

Sustenta ainda a OAB que nem mesmo as leis especiais que disciplinam a remuneração para o MP teriam contemplado os membros daquela carreira com a verba indenizatória do auxílio-alimentação, tendo sido deferida a eles com base em lei que determina a aplicação subsidiária do Estatuto do Servidor Público aos membros do MP.

De fato, a concessão do auxílio-alimentação aos membros do MP decorreu da aplicação da Lei n. 8.460/92, que não permite dúvida tratar-se de lei que concedeu a verba para todos os servidores públicos, aí incluídos os agentes políticos, dada à própria natureza da verba.

Se o art. 22, da Lei 8.460/92, prevê que o auxílio-alimentação é direito subjetivo dos servidores públicos, dentre os quais estão os magistrados, não caberia ao aplicador deixar de considerá-la como verba indenizatória passível de ser recebida com base no § 11º do art. 37 da CF.

Dessa forma, se há lei superveniente à LOMAN - no caso, a Lei 8.112/90 e a Lei 8.460/92 - que instituiu o pagamento de verba indenizatória aos servidores públicos, dentre os quais se encontram os magistrados, é direito dos mesmos a concessão do auxílio-alimentação, tal como foi reconhecido pela Resolução n. 133 do CNJ.

Conclusão e Pedido

Para concluir, lembram as *amicæ curiæ* o voto já proferido pelo saudoso Ministro Teori Zavascki no sentido de considerar constitucional a Resolução que ficou a simetria:

Divergência

Para o ministro Teori Zavascki, único a votar após o relator, a extensão do auxílio-alimentação à magistratura caracteriza-se como uma decisão eminentemente administrativa, por isso o CNJ não extrapolou suas atribuições ao editar a Resolução 133/2011. Segundo seu voto, é entendimento do STF que o CNJ pode extrair diretamente da Constituição Federal os critérios para fundamentação de suas decisões administrativas.

Segundo o ministro Teori, o artigo 65 da Lei Orgânica da Magistratura – Loman (Lei Complementar 35/1979), que estabelece as vantagens devidas aos magistrados, tornou-se incompatível com a Constituição desde a promulgação da Emenda Constitucional 19/98, que estabeleceu a remuneração dos magistrados pelo subsídio, e não pelo vencimento. Para ele, essa circunstância autorizaria o CNJ a estabelecer regras remuneratórias da magistratura, frente ao déficit normativo e ao descompasso entre o legislador constitucional e infraconstitucional.

“No atendimento a esse déficit, o legislador estará condicionado a certos parâmetros inafastáveis, entre os quais o de assegurar à magistratura um regime de remuneração não inferior ao do Ministério Público, uma vez que submetidos todos a carreiras de Estado significativamente semelhantes”, afirmou o ministro, votando pela improcedência da ADI.

Com considerações, requerem as *amice curiae* AMB e ANAMATRA que essa Corte julgue o pedido improcedente.

Brasília, 8 de agosto de 2018.



P.p.

Alberto Pavie Ribeiro
(OAB-DF, nº 7.077)

(AMB-ANAMATRA-STF-ADI-4822-AmicusCurae-Memorial)