



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, serviço público dotado de personalidade jurídica e regulamentado pela Lei nº 8.906/94, inscrito no CNPJ sob o nº 33.205.451/0001-14, por seu Presidente, **OPHIR CAVALCANTE JUNIOR**, **vem**, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seu advogado infra-assinado, com instrumento procuratório específico incluso e endereço para intimações na SAUS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF, com base no art. 103, inciso VII e art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal e no art. 2º, inciso VII da Lei nº 9.868/99, propor

**ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO
CAUTELAR**

contra a) o **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações no Anexo I - Supremo Tribunal Federal - STF, Praça dos Três Poderes, S/N - Brasília - Distrito Federal - Brasil - CEP:70175-900, órgão responsável pela elaboração da **RESOLUÇÃO Nº 133, de 21 de junho de 2011**, bem como contra b) o **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO - TJPE**, por seu Presidente, com endereço para comunicações na Praça da República, s/n, Santo Antônio, Recife/PE, CEP: 50010-040, órgão/autoridade responsável pela elaboração da **RESOLUÇÃO Nº 311, de 01 de agosto de 2011**, em virtude dos seguintes fundamentos:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

1 - DAS NORMAS IMPUGNADAS:

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução nº 133, de 21 de junho de 2011, estendendo aos membros da magistratura nacional vantagens funcionais pagas aos integrantes do Ministério Público Federal, dentre elas o auxílio-alimentação, que não está previsto na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/79).

Para tanto, defende a existência de simetria entre as duas carreiras decorrente da própria Constituição Federal, o que impediria qualquer tratamento discriminatório em relação aos membros do Poder Judiciário. Vejamos a íntegra do ato normativo ora combatido:

RESOLUÇÃO Nº 133, DE 21 DE JUNHO DE 2011.

Dispõe sobre a simetria constitucional entre Magistratura e Ministério Público e equiparação de vantagens.

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais;

CONSIDERANDO a decisão do Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000, que reconheceu a necessidade de comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público Federal à Magistratura Nacional,

CONSIDERANDO a simetria constitucional existente entre a Magistratura e o Ministério Público, nos termos do art. 129, § 4º, da Constituição da República, e a auto-aplicabilidade do preceito,

CONSIDERANDO as vantagens previstas na Lei Complementar nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993, e sua não previsão na LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional,

CONSIDERANDO a inadequação da LOMAN frente à Constituição Federal,

CONSIDERANDO a revogação do art. 62 da LOMAN face ao regime remuneratório instituído pela Emenda Constitucional nº 19,



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

CONSIDERANDO que a concessão de vantagens às carreiras assemelhadas induz a patente discriminação, contrária ao preceito constitucional, e ocasiona desequilíbrio entre as carreiras de Estado,

CONSIDERANDO a necessidade de preservar a magistratura como carreira atrativa face à paridade de vencimentos,

CONSIDERANDO a previsão das verbas constantes da Resolução nº 14 deste Conselho (art. 4º, I, “b”, “h” e “j”),

CONSIDERANDO a missão cometida ao Conselho Nacional de Justiça de zelar pela independência do Poder Judiciário,

CONSIDERANDO a decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança no 28.286/DF,

RESOLVE:

Art. 1º São devidas aos magistrados, cumulativamente com os subsídios, as seguintes verbas e vantagens previstas na Lei Complementar nº 75/1993 e na Lei nº 8.625/1993:

a) Auxílio-alimentação;

b) Licença não remunerada para o tratamento de assuntos particulares;

c) Licença para representação de classe, para membros da diretoria, até três por entidade;

d) Ajuda de custo para serviço fora da sede de exercício;

e) Licença remunerada para curso no exterior;

f) indenização de férias não gozadas, por absoluta necessidade de serviço, após o acúmulo de dois períodos.

Art. 2º As verbas para o pagamento das prestações pecuniárias arroladas no artigo primeiro correrão por conta do orçamento do Conselho da Justiça Federal, do Tribunal Superior do Trabalho, do Superior Tribunal Militar e da dotação própria de cada Tribunal de Justiça, em relação aos juízes federais, do trabalho, militares e de direito, respectivamente.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro Cezar Peluso

Presidente

Com base no referido ato normativo, em 1º de agosto de 2011 a Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco - TJPE editou



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

resolução autorizando o pagamento de auxílio-alimentação aos magistrados do Estado, cujo ato normativo --- Resolução nº 311/2011 --- conferiu aos juízes o direito de perceber o valor de R\$ 630,00 mensalmente.

RESOLUÇÃO Nº 311, DE 01 DE AGOSTO DE 2011

EMENTA : Regulamenta o pagamento de auxílio-alimentação aos membros da magistratura do Estado de Pernambuco e dá outras providências.

A CORTE ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO , no uso de suas atribuições legais e regimentais,

CONSIDERANDO que compete ao e. Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República (art. 103-B, § 4º, caput e inciso II);

CONSIDERANDO que o e. Conselho Nacional de Justiça, nos autos do Pedido de Providências nº 0002043-22.2009.2.00.0000, ao concluir pela comunicação das vantagens do Ministério Público à Magistratura Nacional como decorrência da auto-aplicabilidade do art. 129, § 4º, da Constituição da República, que garante a simetria às duas carreiras de Estado, reconheceu expressamente a possibilidade de os magistrados perceberem auxílio-alimentação, vantagem que não está compreendida no regime remuneratório dos subsídios, do que adveio a edição da Resolução CNJ 133, de 21 de junho de 2011;

CONSIDERANDO que o e. Conselho da Justiça Federal, através da Portaria nº 88, de 30 de novembro de 2009, na conformidade do disposto na Resolução nº 4, de 14 de março de 2008, que regulamenta, no âmbito do Conselho e da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus, a concessão do auxílio-transporte, do auxílio-alimentação, dos adicionais pelo exercício de atividades insalubres ou perigosas, da prestação de serviço extraordinário e do adicional noturno, da indenização de transporte, da gratificação natalina, do auxílio-moradia, do auxílio pré-escolar, da ajuda de custo, das diárias e consignações em folha de pagamento, fixou em R\$ 630,00 (seiscentos e trinta reais) o valor do auxílio-alimentação;

CONSIDERANDO que o c. STF, ao apreciar o tópico da suposta violação do pacto federativo pelo artigo 103-B, da Constituição da República, em sessão de 13 de abril de 2005, concluiu pela



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

declaração de constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, sublinhando, com particular relevância, a tese do caráter nacional do Poder Judiciário (princípio da unidade do Poder Judiciário) (ADI-3367/DF);

CONSIDERANDO que, a partir dessa idéia-síntese, expressa no art. 92, da Constituição da República, o c. STF, com efeito, no julgamento da ADI nº 3854-MG, assinalou que, "contendo o Poder Judiciário um caráter nacional, não poderia a magistratura estadual ser submetida a tratamento diverso e pior do que àquele conferido à magistratura federal"; daí por que, não por acaso, a Constituição do Brasil outorga a todos os juízes, estaduais e federais, as mesmas garantias (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos), os mesmos direitos, as mesmas vedações e as mesmas vantagens, o que, ademais, se impõe em benefício da sua autonomia e independência;

CONSIDERANDO que o princípio maior, revelado naqueles acórdãos paradigmáticos do c. STF, foi o de que "não se admitem distinções arbitrárias entre a magistratura federal e a estadual", tendo em vista que o "caráter nacional do Poder Judiciário impõe que ambas sejam vistas em uma perspectiva de igualdade e isonomia";

CONSIDERANDO que o denominado auxílio-alimentação não é verba de natureza salarial, daí por que se encontra previsto nas verbas orçamentárias de todos os Tribunais pátrios como verba de custeio;

RESOLVE:

Art. 1º Ao magistrado ativo, efetivamente em exercício, é assegurado o recebimento de auxílio-alimentação, a ser pago em pecúnia, com a finalidade de subsidiar as despesas com refeição.

§ 1º O magistrado tem direito ao auxílio-alimentação a partir da data em que entrar em efetivo exercício, recebendo a indenização no mês subsequente ao mês trabalhado.

§ 2º O magistrado receberá um valor unitário do auxílio-alimentação para cada dia útil em que estiver efetivamente trabalhado no mês, não fazendo jus aos dias em que faltar, estiver de licença ou em gozo de férias.

§ 3º As diárias sofrerão desconto correspondente ao auxílio-alimentação a que fizer jus o magistrado no dia da viagem, exceto aquelas eventualmente pagas em finais de semana e feriados.

§ 4º O auxílio-alimentação é inacumulável com outros de igual espécie ou semelhante finalidade.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

§ 5º O valor mensal da indenização prevista no caput deste artigo será de R\$ 630,00 (seiscentos e trinta reais) e será atualizado anualmente por ato próprio do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, tendo por base estudos sobre variação acumulada de índices oficiais, valores adotados nos Tribunais Superiores, preços de refeição no mercado e disponibilidade orçamentária.

§ 6º O auxílio-alimentação será creditado na conta-salário do membro da magistratura no mesmo dia de pagamento do subsídio.

Art. 2º O auxílio-alimentação de que trata esta Resolução tem natureza indenizatória e, portanto:

I - não se incorpora ao subsídio, provento, pensão ou vantagens para quaisquer efeitos, inclusive para definição da base de cálculo do décimo terceiro salário;

II - não integra a base de cálculo para incidência de contribuição previdenciária;

III - não é considerado rendimento tributável;

IV - não será objeto de descontos não previstos em lei.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos financeiros a partir de 21 de junho de 2011.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Desembargador JOSÉ FERNANDES DE LEMOS

Presidente

(Resolução unanimemente aprovada na Sessão Ordinária da Corte Especial do dia 01/08/2011)

Com todo respeito, a simetria estabelecida entre as carreiras do Ministério Público e do Poder Judiciário **não** unifica seus regimes jurídicos.

É que a Constituição Federal, ao afirmar que se aplica ao Ministério Público, no que couber, as garantias e vedações do art. 93, quis dar simetria às instituições no tocante aos meios de permitir que o *Parquet* exerça suas funções constitucionais com autonomia e independência.

Todavia, o fato de os membros do Poder Judiciário não perceberem mensalmente o auxílio-alimentação em nada afeta a autonomia e independência da instituição, tampouco a dignidade dos seus membros. Tanto é assim que, até a Resolução n 133 do CNJ, esse benefício não era pago e nem por isso sua independência funcional fora abalada.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Estamos diante, pois, de uma verba que poderia ser concedida aos magistrados em caráter indenizatório, do mesmo modo que foi concedida a diversos servidores públicos, mas desde que houvesse autorização legislativa neste sentido (matéria sob reserva de lei formal).

Como o Tribunal de Justiça de Pernambuco teve por base a mencionada Resolução do CNJ, dispondo, também, por meio de resolução de conteúdo reservado à lei, está igual e irremediavelmente eivado de inconstitucionalidade pelos mesmos fundamentos já citados.

Sendo assim, ambas as Resoluções, a pretexto de darem interpretação sistemática do § 4º do art. 129 da Constituição, foram além do que está previsto no dispositivo constitucional e criaram novas vantagens que só podem ser concedidas mediante lei em sentido formal.

Eis as razões pelas quais o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, como legitimado universal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, defensor da cidadania e da Constituição, no exercício de sua competência legal (Art. 44, inciso I da Lei nº 8.906/94), comparece ao guardião da Carta Magna para impugnar referidos dispositivos, pleiteando a declaração de sua inconstitucionalidade e consequente afastamento do sistema jurídico.

Feitas essas considerações, passa-se a demonstrar a inconstitucionalidade das normas combatidas, porém antes se torna necessária a análise do alcance do poder normativo titularizado pelo Conselho Nacional de Justiça.

2 - PREFACIALMENTE – CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ALCANCE DO PODER NORMATIVO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:

Como se sabe, a criação do CNJ, com a EC n. 45/04, ocorreu em um contexto em que se buscava fortalecer os mecanismos de fiscalização sobre os integrantes da magistratura nacional. Ganhou força, por um certo momento, a tese segundo a qual se fazia necessário o “controle externo” do Poder Judiciário, de modo que este não se convertesse em uma espécie de “caixa preta”, isto é, imune a sistemas de controle e fiscalização mais rigorosos.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Ao mesmo tempo, porém, era necessária a preservação da independência do Poder Judiciário, sob pena de subverter-se a fórmula do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, embora o CNJ tenha sido criado como órgão do Poder Judiciário (art. 92, 1-A, CF/88), não lhe foi atribuída nenhuma parcela de *poder jurisdicional*, como se afere da leitura do art. 103-B, da CF/88.

Em outras palavras, existem três campos centrais de atuação do CNJ:

- a) controle da atuação administrativa dos órgãos do Poder Judiciário;
- b) zelar pelo cumprimento dos deveres funcionais dos membros da magistratura;
- c) controle orçamentário e financeiro, sem prejuízo da atuação do Tribunal de Contas da União.

Além dessas atribuições prevê a Constituição Federal o denominado “poder normativo”, ao fixar que ele poderá *expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência* (art. 103-B, § 4º, I, CF/88).

Cabe aqui indagar a amplitude do referido poder normativo, ou seja, sobre quais matérias pode CNJ expedir atos regulamentares? Tais atos possuem força de lei? Estas questões precisam ser devidamente enfrentadas para o deslinde da questão ora discutida.

Com efeito, **o exercício do poder normativo do CNJ está atrelado às demais competências que a Constituição lhe atribuiu.** Em outras palavras, ele pode expedir atos normativos *vinculados* ao controle administrativo, disciplinar e financeiro do Poder Judiciário, desde que não invada o campo da reserva de lei.

As Resoluções, com a máxima venia, não podem se equiparadas às leis, nem o CNJ deve ocupar o espaço legítimo do Poder Legislativo.

Nesse sentido, a reserva de lei apresenta duas dimensões. A dimensão negativa significa que em relação às matérias sob reserva de lei proíbe-se que elas sejam disciplinadas por outra fonte de direito que não seja a lei. Por outro lado, a dimensão positiva significa que, sobre tais conteúdos, cabe



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

à lei criar o respectivo regime jurídico, não sendo autorizada a delegação para outra fonte¹.

Convém destacar que a noção de reserva de lei, inerente ao princípio democrático, distancia-se do legalismo exacerbado. Quando determinados conteúdos são postos sob a reserva legal, não se quer apenas que um ato legislativo venha a traçar seus contornos jurídicos.

Almeja-se, igualmente, que tal matéria seja discutida no Parlamento, enquanto instância pública de representação popular, canalizando para esse órgão o debate plural e aberto que deve anteceder à aprovação de qualquer ato legislativo.

Como bem captado por Ingo Sarlet, Lênio Streck e Clemérson Merlin Cléve,

O fato de a EC 45 estabelecer que os Conselhos (CNJ e CNMP) podem editar atos regulamentares não pode significar que estes tenham carta branca para tais regulamentações. Os Conselhos enfrentam, pois, duas limitações: uma, stricto sensu, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, lato sensu, que diz respeito a impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Presente, aqui, a cláusula de proibição de restrição a direitos e garantias fundamentais, que se sustenta na reserva de lei, também garantia constitucional. Em outras palavras, não se concebe - e é nesse sentido a lição do direito alemão - regulamentos de substituição de leis (gesetzvertretende Rechtsverordnungen) e nem regulamentos de alteração das leis (gesetzändernde Rechtsverordnungen). É neste sentido que se fala, com razão, de uma evolução do princípio da reserva legal para o de reserva parlamentar.²

Mais adiante, concluem de forma contundente:

*Portanto, as resoluções que podem ser expedidas pelos aludidos Conselhos (CNJ e CNMP) não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange à restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. **O poder***

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 726

² STRECK, Lênio; SARLET, Ingo W.; CLÉVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: www.mp.rs.gov.br/areas/atuacaomp/anexos_noticias/cnjmp.doc. Acesso em: 15.12.11, p. 03.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

“regulamentador” dos Conselhos esbarra, assim, na impossibilidade de inovar.³

Considerando o que foi exposto, **é de se concluir que o CNJ exorbitou de seu poder normativo quando inovou a ordem jurídica brasileira e concebeu aos magistrados auxílio não previsto em lei.**

De fato, enquanto existe previsão legal do auxílio-alimentação para os integrantes do Ministério Público, tal vantagem não foi prevista na LOMAN. Ora, se a LOMAN, editada no fim da década de 70, e vigente até hoje, não reconheceu o direito ao auxílio-alimentação, não é de se admitir que o CNJ simplesmente venha a “suprir” essa lacuna na lei.

A rigor, sob as vestes do poder normativo, o CNJ alterou a LOMAN, enxertando-lhe um preceito que ela nunca possuiu. Ao fazê-lo, violou o princípio da reserva de lei (art. 5º, II, CF), criando um direito novo para os membros da magistratura nacional, conforme se demonstrará a seguir.

Poder-se-ia tentar dizer que a EC 45/04 delegou ao CNJ a possibilidade de regular, por resoluções, as diversas situações existentes, até que fosse elaborado o novo estatuto da magistratura.

Esse argumento, no entanto, é inconsistente.

Em primeiro lugar, não há respaldo na Constituição para essa interpretação. O poder normativo do CNJ não significa uma permissão ilimitada para dispor sobre quaisquer conteúdos jurídicos. Não reconhecer isso, seria dissociar o poder normativo (que tem caráter instrumental) das outras competências do Conselho, o que não parece congruente.

Em segundo lugar, não se admite a delegação da função legislativa ao CNJ, nem a qualquer outro órgão ou agente estatal. Seria o mesmo que admitir que o STF, por ato próprio, teria autorização para delegar a um terceiro as competências que a Constituição lhe outorgou. Em síntese, o órgão que titulariza umas das funções estatais não pode abrir mão de suas competências.

Caso se reconheça a legitimidade do CNJ criar o auxílio-alimentação para os magistrados, por coerência, há de lhe ser reconhecido o

³ Idem, p. 04, destaque nosso.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

poder de colmatar, preencher todas demais lacunas que identificar na LOMAN ou em qualquer outra lei que se relacione com a organização e estrutura do Poder Judiciário.

Portanto, a Resolução n. 133/2011, do CNJ, é inconstitucional por invadir o campo da reserva de lei. E a Resolução n. 311/2011 do TJPE igualmente caminha no mesmo sentido basear-se naquela e disciplinar o mesmo assunto, experimentando, pois, do mesmo vício de inconstitucionalidade, assim vejamos.

3 - FUNDAMENTOS JURÍDICOS :

3.1 - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR QUE DISPONHA SOBRE O ESTATUTO DA MAGISTRATURA:

Nos termos já aduzidos, as Resoluções ora impugnadas inovam o ordenamento jurídico e criam (estabelecem auxílio-alimentação) não previsto em lei.

Ocorre que a Constituição Federal exige que lei complementar DE INICIATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL disponha sobre o Estatuto da Magistratura e trate da concessão de eventuais vantagens funcionais aos magistrados (Art. 93, caput), o que, por óbvio, não ocorreu no presente caso.

Sob qualquer ângulo de interpretação do mencionado dispositivo constitucional resulta patente que as resoluções não podem elas mesmas conferir aos magistrados verbas e vantagens, por evidente usurpação da reserva constitucional de lei complementar.

Esse fundamento formal, por si só, já é suficiente para demonstração da inconstitucionalidade integral das normas questionadas. Há muito mais, contudo.

3.2 – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA LEGALIDADE:

Além da inconstitucionalidade formal *supra* mencionada as Resoluções impugnadas a um só tempo desrespeitam os Princípios



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Constitucionais da Separação de Poderes (art. 2º, ‘caput’) e da Legalidade (art. 5º, II).

O primeiro por manifesta usurpação, pelo CNJ e pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE, de competência exclusiva do Congresso Nacional no que toca à aprovação de lei complementar que disponha sobre o Estatuto da Magistratura e trate da concessão de vantagens funcionais aos magistrados (Art. 93, caput, da CF/88), nos termos acima referidos.

De fato, vem de John Locke o ensinamento de que não há liberdades políticas, nem governos moderados, tampouco respeito aos direitos naturais da pessoa humana, se as funções básicas do Estado não estão distribuídas entre diferentes órgãos públicos, e cada um deles correspondendo uma daquelas funções.

Mais tarde Montesquieu sistematizou de forma mais completa e refinada a teoria da separação dos poderes, deixando claro, pois, que o poder político não deve ficar concentrado nas mãos de um só governante, ou órgão público, mas sim distribuir-se por órgãos distintos e igualmente independentes e correspondendo a uma das funções essenciais do Estado, daí advindo a ‘contenção do poder pelo poder’.

O foco dessa teoria, repisa dizer, funda-se na premissa de que nenhum dos Poderes --- Executivo, Legislativo e Judiciário --- pode usurpar as funções dos outros e cada qual tem força suficiente para conter os demais nos rigorosos limites da própria esfera de ação.

Essa técnica de distribuição de competências advém da Magna Carta e dela o Poder Judiciário não pode fazer tábula rasa se agigantando em detrimento do amesquinamento do Congresso Nacional, porquanto a regulamentação do tema *sub examen* exige um regime de colaboração forçada e interdependência entre os Poderes para o desempenho de atividade – magistratura - que a Carta entendeu como de importância capital na vida do Estado Brasileiro.

PONTES DE MIRANDA⁴ advertia que ‘... os poderes são, teoricamente, independentes e harmônicos. Não há, em princípio, predominância de qualquer deles. O exercício de cada um dos três é que pode fazer um deles preponderar, ou porque tal exercício seja demasiado, de modo

⁴ Revista de Direito Público, RDP 20/9, abril/jun. 1972



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

que um dos Poderes passe a superar os outros, ou porque os outros não dão ao exercício a intensidade que seria normal’, e essa preponderância do Poder Judiciário resta materializada nas Resoluções ora impugnadas.

Essa usurpação de competência configura, portanto, manifesta ofensa ao princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º, ‘caput’, da Carta Maior, posto que as Resoluções atacadas pretenderam substituir a vontade --- prerrogativa institucional --- do Congresso Nacional.

Igualmente, o Poder Judiciário, pela via inadequada, usurpa a competência legislativa do Congresso Nacional, vulnerando, pois, o primado da legalidade ao dar prevalência às ditas Resoluções em detrimento do ato de aprovação do Congresso Nacional e lei complementar definindo/criando eventuais vantagens funcionais para a magistratura pátria.

Portanto, onde a Constituição Federal expressamente exigiu ato de exclusiva aprovação do Congresso Nacional (Lei Complementar) --- art. 93-- -, descabe ao Poder Judiciário editar simples Resoluções, violando, assim, o inciso II do art. 5º, da Carta Federal.

3.3 – AUSÊNCIA DE SIMETRIA ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E O PODER JUDICIÁRIO:

O argumento central sobre o qual se sustenta a concessão do auxílio-alimentação para os juízes é a simetria entre as carreiras do Ministério Público e da Magistratura.

Interpretando o § 4º do art. 129 da Constituição Federal, na redação dada pela EC n. 45/04, o CNJ decidiu pela comunicação das vantagens funcionais pagas aos membros do Ministério Público por leis infraconstitucionais à magistratura nacional.

É cediço que a CF/88 deu nova conformação ao Ministério Público: concedeu-lhe instrumentos para que sua função constitucional fosse desempenhada com independência e autonomia.

Além de garantias institucionais (autonomia administrativa e financeira; iniciativa de lei) foram conferidos aos seus integrantes irredutibilidade de subsídios, inamovibilidade, independência funcional e vitaliciedade, tudo de modo a permitir que os membros da instituição pudessem defender o primado do Estado Democrático de Direito e os interesses da



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

sociedade. Em outras palavras, a Carta Magna municiou o Ministério Público, bem como seus integrantes, com as garantias necessárias a sua independência orgânica e funcional.

Seguindo a mesma orientação, o constituinte reformador, mediante a EC n. 45/04, estabeleceu, no §4º do art. 129, que se aplica ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93 – preceito que estabelece as garantias e vedações da magistratura, bem como os princípios e regras gerais que deverão nortear o Estatuto desta categoria profissional.

Deve-se enfatizar que **o art. 93 da CF não estatui benefícios de classe, nem verbas indenizatórias, mas prerrogativas que visam assegurar o desempenho da atividade judicante com liberdade, independência e imparcialidade.**

A Constituição, ao fazê-lo, quis estabelecer meios de garantir que os juízes possam servir à coletividade, e, por esse motivo, não cuidou de regulamentar os benefícios e as verbas indenizatórias devidas aos magistrados, tarefa que ficou a cargo da legislação infraconstitucional.

Em 1993, anos antes da EC n.45/04, foi editada a Lei Orgânica do Ministério Público, que previu a aplicação subsidiária do estatuto dos servidores públicos civis da União. Assim, fundamentado em tal previsão o MPU entendeu que lhe seriam cabíveis as vantagens daqueles servidores, entre as quais está o auxílio-alimentação.

Logo, o que se verifica é que o Ministério Público, por sua lei própria, **não possui** auxílio-alimentação previsto expressamente, sendo este benefício pago por um *entendimento* daquela classe de estender vantagens dos servidores públicos aos agentes públicos que são os membros do MP, **igualando regimes jurídicos absolutamente distintos.**

Seguindo tal raciocínio, de inconstitucionalidade patente, a Magistratura, **que também não possui**, em sua lei própria, a previsão de tal vantagem, quer admitir para si, por meio de Resolução, vantagem concedida por lei aos servidores públicos, **perpetuando, no âmbito do Poder Judiciário, a inconstitucional igualação de regimes jurídicos diversos.**

Em favor da tese da comunicação do regime jurídico dos membros do Ministério Público aos magistrados advoga-se que a não concessão



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

aos magistrados dos benefícios pagos pelo *Parquet* induz patente discriminação geradora de desequilíbrio entre as carreiras, fato não desejado pelo constituinte.

Argumenta-se a inadequação da LOMAN face à Carta Magna, bem como a necessidade de manter a carreira atrativa, tendo com denominador comum à paridade de vencimentos.

Nessa mesma linha de raciocínio, argumenta-se que não estaríamos diante de criação de direito novo. A simples extensão do benefício aos juízes derivaria da autoaplicabilidade, da imperatividade da própria norma constitucional.

Observe-se, contudo, que quando da edição da EC n. 45/04 o Ministério Público da União já pagava auxílio-alimentação a seus membros, tendo por base uma remissão de sua Lei Orgânica. Ora, caso o constituinte desejasse estender aos magistrados um benefício que já era pago aos membros do Ministério Público tê-lo-ia feito expressamente e não elaborado fórmula no mínimo lacônica.

A simetria que a Lei Maior reconheceu entre a Magistratura e o Ministério Público diz respeito apenas aos elementos necessários para a atuação independente desses órgãos. Portanto, simetria não implica em uma igualdade absoluta, **muito menos de benefício que não tem qualquer fundamento jurídico.**

Se fosse assim, e considerando o fato de a LOMAN ser criticada por ter sido editada no fim da década de 70, sequer haveria necessidade de aprovação de um novo estatuto da magistratura: bastaria estender, *in totum*, para o Poder Judiciário, todas as vantagens, benefícios e restrições pagas (algumas indevidamente, como o caso do auxílio-alimentação) pelo Ministério Público.

De mais a mais, a concessão do auxílio-alimentação aqui impugnado, por mera força de suposta simetria entre as carreiras afronta diametralmente o entendimento dominante do Supremo Tribunal Federal consagrado pela edição da **Súmula nº 339, verbis: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.**

Exatamente nesse sentido foi o voto vencido do então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Cezar Peluso, quando do julgamento do malfadado, com a devida vênia, Pedido de Providências nº **0002043-**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

22.2009.2.00.0000, a partir do qual foi elaborada a Resolução nº 133/2011, ora impugnada.

Naquela oportunidade Sua Excelência, ao se manifestar sobre o pedido de aplicação de simetria entre os regimes jurídicos do Ministério Público Federal e da Magistratura Federal, assim se manifestou:

“(…)

Não há muito por declarar. O pedido é de todo em todo improcedente, assim porque, de plano, insulta a orientação sedimentada na súmula 339 do egrégio Supremo Tribunal Federal, como porque, desde a edição da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, é manifesto que qualquer estipulação de remuneração de servidores e agentes políticos depende da edição de lei formal, não sendo lícito a órgãos jurisdicionais e, a fortiori, muito menos, a administrativo, conceder, seja a que título for, vantagem pecuniária a magistrado ou a servidor público.

Já em sede de Recurso Especial, de relatoria do Ministro Hamilton Carvalhido, o Superior Tribunal de Justiça - STJ igualmente se debruçou sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. MAGISTRADO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO. VANTAGENS EXAUSTIVAMENTE PREVISTAS NA LOMAN. ISONOMIA COM SERVIDORES PÚBLICOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 339 DO STF.

1. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece regime taxativo de direitos e vantagens dos magistrados, insuscetível de modificação por meio de legislação estadual de qualquer hierarquia, bem como por lei ordinária federal, não se admitindo a extensão de benefícios e vantagens pagas aos servidores públicos civis.

2. O auxílio-alimentação não é devido aos magistrados porque não incluído no rol taxativo do artigo 65, restando, ainda, vedada a sua concessão por força do parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal.

3. Magistrados não são servidores públicos, sendo injurídica a aplicação do princípio da isonomia para estender àqueles benefícios concedidos a estes, mesmo porque não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legiferante, conceder aumentos a uma e outra categoria (Enunciado nº 339 da Súmula do Supremo Tribunal Federal).

4. Precedentes do STF e do STJ.

5. Recurso provido.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

(REsp 223.408/RN, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 370).

Grifos nossos.

Neste ponto, pede-se vênia para o destaque dos fundamentos jurídicos pertinentemente apontados pela União nos autos da **Ação Cível Originária nº 1924 (STF)**, que impugna a Resolução nº 133/2011 do CNJ, bem como outros normativos que concedem à magistratura o auxílio-alimentação ora impugnado, especialmente para a impugnação à incorreta, *data maxima venia*, interpretação de simetria constitucional entre Magistratura e Ministério Público instituída pelos atos normativos ora atacados.

Assim sendo, mandatário o registro de que o artigo 129 § 4º da Constituição Federal não confere aos membros da magistratura as disposições constantes da Lei Complementar nº 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União) e da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Respeitosamente, mas impossível se torna concluir que o citado dispositivo constitucional – art. 129, § 4º - objetiva igualar as disposições constantes das legislações de ambas as carreiras.

O artigo 129, § 4º da Constituição apenas prescreve que as disposições do art. 93 da própria Carta Política concernentes à magistratura se aplicam, no que forem cabíveis, ao Ministério Público, não havendo qualquer remissão ou direta abrangência à legislação infraconstitucional existente sobre a matéria, como equivocadamente interpretado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Outrossim, a disposição do art. 129, § 4º da Carta Magna refere-se **exclusivamente aos princípios estatutários da magistratura previstos no art. 93 da Carta**, não autorizando, portanto, a extensão aos membros do Ministério Público das vantagens previstas na LOMAN. *Pelas mesmas razões, esse dispositivo constitucional não serve de fundamento para a extensão aos magistrados das vantagens legalmente conferidas aos componentes do Parquet⁵.*

Inexiste, conseqüentemente, *a suposta simetria entre a Magistratura nacional e o Ministério Público no que diz respeito à percepção de vantagens funcionais, razão pela qual é descabida a aplicação recíproca dos estatutos das carreiras da Magistratura e do Ministério Público⁶.*

⁵ Ação Cível Originária nº 1924, p. 22.

⁶ Idem. Ibidem.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Não obstante a Constituição Federal confira às carreiras ora sob comento garantias institucionais e funcionais, *não se extrai do Texto Constitucional a obrigatoriedade de tratamento funcional idêntico a seus membros, o que implicaria a imediata extensão a uma das carreiras de qualquer vantagem funcional conferida à outra mediante lei*⁷, o que, com todo o respeito, se mostra desprovido de qualquer juridicidade e mesmo razoabilidade.

Ademais, a vinculação ou equiparação de qualquer espécie de remuneração de pessoal do serviço público é expressamente vedada Constituição, *verbis*:

“Art. 37 (...)

(...)

XIII – é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público”.

Por conseguinte, imprópria à interpretação de simetria entre os regimes jurídicos do Ministério Público e da Magistratura conferido pelas normas combatidas, sendo imperiosa, respeitosamente, a declaração de sua inconstitucionalidade, por violação aos termos dos artigos 37, XIII e 129, § 4º da Constituição Federal.

3.4 – DA TAXATIVIDADE DAS VANTAGENS E BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LOMAN

Como de notório conhecimento, vencimento é retribuição pecuniária devida ao servidor pelo exercício do seu cargo (Art. 40 da Lei 8.112/90). Auxílio-alimentação é verba indenizatória (portanto, não tem natureza salarial) quando visa ressarcir o beneficiário das despesas diárias com alimentação. Por este motivo, sua concessão **por lei** não implicaria em aumento do subsídio dos magistrados.

Em adição, conforme também salientado pela União na já mencionada **ACO nº 1924, não pairam dúvidas acerca da recepção pela Constituição Federal da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN (LC nº 35/79).**

⁷ Idem, p. 23.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Logo, enquanto não editada a lei complementar prescrita no art. 93 da Carta Magna os temas atinentes ao Estatuto da Magistratura devem ser disciplinados pela LOMAN, restando inconstitucionais eventuais normas que invadam tal esfera de regulamentação:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MAGISTRADO: RESIDÊNCIA NA COMARCA . CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA: REGIMENTO INTERNO: RESTRIÇÃO IMPOSTA À LOCOMOÇÃO DO MAGISTRADO: RI/Conselho Superior da Magistratura do Ceará, art. 13, XII, e. C.F., art. 93, VII. LOMAN, Lei Complementar 35/79, art. 35, V. I. - Recepção, pela CF/88, da LOMAN, Lei Orgânica da Magistratura, Lei Complementar 35/79. C.F., art. 93. II. - Residência do magistrado na respectiva comarca: matéria própria do Estatuto da Magistratura: C.F., art. 93, VII; LOMAN, Lei Complementar 35/79, art. 35, V. III. - Regimento Interno do Conselho Superior da Magistratura do Ceará, art. 13, XII, e: restrição quanto à liberdade de locomoção dos magistrados: necessidade de autorização para que os juízes residentes nas comarcas e circunscrições judiciárias do Estado possam delas se ausentar: inconstitucionalidade. IV. - ADI julgada procedente.

(ADI 2753, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/2003, DJ 11-04-2003 PP-00026 EMENT VOL-02106-01 PP-00176).

.....

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 212, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, QUE CONFERIU NOVA REDAÇÃO AO ART. 192 DA LEI N. 5.624/79. PRECEITO QUE DETERMINA A PRECEDÊNCIA DA REMOÇÃO DE JUÍZES ÀS PROMOÇÕES POR ANTIGUIDADE OU MERECEMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Até o advento da lei complementar prevista no art. 93, caput, da Constituição do Brasil, a matéria própria ao Estatuto da Magistratura será disciplinado pelo texto da Lei Complementar n. 35/79, recebida pela Constituição. Precedentes. 2. A lei atacada dispôs sobre matéria constitucionalmente reservada a lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, violando o disposto no art. 93 da Constituição. 3. Ressalvada a validade dos atos de ofício praticados por magistrados promovidos ou removidos na conformidade da lei impugnada. Pedido julgado procedente, para declarar



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

inconstitucional a Lei Complementar n. 212, que conferiu nova redação ao art. 192 da Lei n. 5.624/79, do Estado de Santa Catarina. (ADI 2494, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2006, DJ 13-10-2006 PP-00043 EMENT VOL-02251-01 PP-00040 RTJ VOL-00199-03 PP-00936).

Desse modo, cabe registrar que a LC n. 35/79, em seu art. 65, fixa **rol taxativo das vantagens** (incluindo algumas de natureza indenizatória, como ajuda de custo para transporte e moradia) que os magistrados podem perceber. O diploma normativo vai além e **veda expressamente a concessão de adicionais ou vantagens não previstas na Lei (art. 65, § 2º)**.

Neste sentido, colhemos decisões do STJ e desse Eg. STF reafirmando a vigência do dispositivo em comento.

Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - MAGISTRADO DA JUSTIÇA DO TRABALHO - AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO - LEI COMPLEMENTAR Nº 35/79, ART. 65 – NÃO PREVISÃO - ROL TAXATIVO - INEXISTÊNCIA DE DIREITO.

1 - Firmou-se entendimento pacífico nos Tribunais Superiores que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar nº 35/79, em seu art. 65, estabelece um regime taxativo de direitos e vantagens e é insuscetível de modificação por meio de processo legislativo de qualquer hierarquia inferior.

2 - Inexiste direito aos magistrados de recebimento do auxílio-alimentação, pois além de não constar expressamente previsto na LOMAN, trata-se de benefício de caráter geral, aplicável, tão-somente, em relação aos servidores públicos federais, submetidos ao Regime Jurídico Único.

3 - Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão guerreado, julgar improcedente o pedido, invertendo-se o ônus da sucumbência.

*REsp 302060 RN. Relator(a): Ministro JORGE SCARTEZZINI
Julgamento: 03/06/2004 Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA.*

.....
ADMINISTRATIVO. MAGISTRADOS. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 35/79. INEXISTÊNCIA DE DIREITO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

1. Dissídio jurisprudencial não demonstrado nos termos exigidos pelos dispositivos legais e regimentais que o disciplinam.

2. No exame de recurso especial, não se conhece de matéria que não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, ausente assim o necessário prequestionamento.

3. Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o rol das vantagens pecuniárias previstas pela Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN), tem caráter taxativo, não sendo devido aos magistrados o auxílio-alimentação destinado aos servidores públicos civis federais. 2. Recurso parcialmente conhecido e provido.

(REsp 601.578/RN, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2004, DJ 13/06/2005, p. 366)

Supremo Tribunal Federal:

Mandado de segurança. Juiz. Exclusão da contagem em dobro, para a aposentadoria, de licença-prêmio. - O Pleno desta Corte, ao julgar a ação originária 155, de que foi relator o eminente Ministro Octávio Gallotti, concluiu que A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n. 35/79), que, no ponto, foi recebida pela Constituição de 1988 e que é insusceptível de modificação por meio de legislação estadual de qualquer hierarquia e de lei ordinária federal, estabeleceu um regime taxativo de direitos e vantagens dos magistrados, no qual não se inclui o direito a licença prêmio ou especial, razão por que não se aplicam aos magistrados as normas que confirmam esse mesmo direito aos servidores públicos em geral. Nesse mesmo julgamento, foram trazidos à colação precedentes deste Tribunal (o RMS 21.410 e o RE 100.584, dos quais foi relator o ilustre Ministro Néri da Silveira), no último dos quais se salientou que não há quebra de isonomia por não se aplicarem aos juízes os mesmos direitos concedidos aos servidores públicos, uma vez que, por força da Constituição, têm um estatuto próprio onde se disciplinam seus direitos e vantagens. Mandado de segurança indeferido.

(MS 23557, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2001, DJ 04-05-2001 PP-00006 EMENT VOL-02029-02 PP-00362).

**E M E N T A: AÇÃO ORIGINÁRIA (CF, ART. 102, I, "N")-
COMPETÊNCIA DA TURMA - MAGISTRATURA DA UNIÃO - JUIZ
DO TRABALHO - REMUNERAÇÃO - VERBA DE
REPRESENTAÇÃO - CÁLCULO QUE INCIDE,
EXCLUSIVAMENTE, SOBRE O VENCIMENTO BÁSICO -
TAXATIVIDADE DO ROL INSCRITO NO ART. 65 DA LEI**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

COMPLEMENTAR Nº 35/79 (LOMAN) - RECURSO IMPROVIDO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O JULGAMENTO DAS CAUSAS FUNDADAS NO ART. 102, I, "N" DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - Assiste, a qualquer das Turmas do Supremo Tribunal Federal, competência para processar e julgar as causas, e seus respectivos incidentes - inclusive recursos -, que se originem da invocação da norma constante do art. 102, I, "n", da Constituição, desde que ausentes, do pólo passivo, as autoridades diretamente sujeitas à jurisdição da Suprema Corte. Precedentes. **REMUNERAÇÃO JUDICIÁRIA - TAXATIVIDADE DO ROL INSCRITO NO ART. 65 DA LOMAN - IMPOSSIBILIDADE DE PERCEPÇÃO, POR QUALQUER MAGISTRADO, DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS NÃO RELACIONADAS NESSE PRECEITO LEGAL.** - O cálculo da verba de representação dos magistrados da União (incluídos, portanto, os Juízes do Trabalho) não pode incidir sobre a soma resultante do vencimento básico com a parcela autônoma de equivalência, considerado o conteúdo exaustivo da norma consubstanciada no art. 65 da Lei Complementar n. 35/79 (LOMAN). Precedentes. O Supremo Tribunal Federal, presente esse contexto normativo, tem proclamado que o rol inscrito no art. 65 da LOMAN reveste-se de taxatividade, encerrando, por isso mesmo, no que se refere às vantagens pecuniárias titularizáveis por quaisquer magistrados, verdadeiro "numerus clausus", a significar, desse modo, que não se legitima a percepção, pelos juízes, de qualquer outra vantagem pecuniária que não se ache expressamente relacionada na norma legal em questão. Precedentes.

(AO 820 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/10/2003, DJ 05-12-2003 PP-00024 EMENT VOL-02135-01 PP-00077)

Inclusive, insta evidenciar que essa Excelsa Corte no julgamento da Ação Originária n. 499⁸, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa,

⁸ EMENTA: AÇÃO ORIGINÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO A AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. COMPETÊNCIA DO STF. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE A CONCEDE A JUÍZES AUDITORES DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. (...) 2. Não-aplicação do artigo 22 da Lei 8460/92, com a redação dada pela Medida Provisória 1522/96, aos membros do Poder Judiciário, que são regidos pela LOMAN. 3. A expressão "adicionais ou vantagens pecuniárias", objeto da vedação do artigo 65, § 2º, da LC 35/79, deve entender-se como todo e qualquer acréscimo pago ao magistrado, seja de que natureza for, inclusive indenizatória. Precedentes. 4. Declarada, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do Ato 274, de 16 de abril de 1997, do Conselho de Administração do Superior Tribunal Militar, que concedeu o auxílio-alimentação aos Juízes Auditores da Justiça Militar da União.

(AO 499, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2002, DJ 01-08-2003 PP-00101 EMENT VOL-02117-13 PP-02732)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

interpretou o art. 65, §2º da LOMAN, de modo a afirmar categoricamente que: **“a expressão adicionais ou vantagens pecuniárias”, objeto da vedação do artigo 65, § 2º, da LC 35/79, deve entender-se como todo e qualquer acréscimo pago ao magistrado, seja de que natureza for, inclusive indenizatória”**.

Na mesma toada, o Tribunal de Contas da União - TCU:

PEDIDO DE REEXAME. PESSOAL. PAGAMENTO DE AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO A MAGISTRADO. MARCO TEMPORAL PARA A RESTITUIÇÃO DE VALORES. CRIAÇÃO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS MEDIANTE RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA. PROCESSUAL. NOVO ENTENDIMENTO SOBRE A MATÉRIA. INSUBSISTÊNCIA DE ITEM DE ACÓRDÃO. PROVIMENTO PARCIAL. DETERMINAÇÕES.

1. Carece de amparo legal o pagamento de auxílio-alimentação a magistrados.

[...]

Relatório do Ministro Relator

[...]

7. O então Relator do presente feito, Ministro Humberto Guimarães Souto, tendo em vista as razões apresentadas pelo Parquet, que entendeu suficientes para fundamentar o conhecimento do recurso, determinou o encaminhamento dos autos à Serur, para exame do mérito da matéria em questão. Reproduzo, a seguir, excerto da manifestação daquela unidade técnica, com os ajustes de forma que considero pertinentes:

“MÉRITO

[...]

21. Já em relação ao pagamento do auxílio-alimentação aos magistrados do Tribunal, por meio da Resolução Administrativa nº 001/1999, como bem assinalou o voto condutor do presente decism, trata-se de matéria há muito pacificada no âmbito desta Corte de Contas, inclusive sendo objeto de decisão de caráter normativo, exarada em sede de Consulta do TRT da 12ª Região, consubstanciada na Decisão nº 634/1995-TCU-Plenário, Sessão 30/11/1995, no sentido de que a concessão desse benefício não encontra respaldo legal, uma vez que a LOMAN, em seu art. 65, § 2º, veda a concessão de qualquer vantagem nela não prevista. Perfilhamos esse entendimento, inclusive acrescentamos que a ratio legis da norma do citado artigo 65 dispensa elucubrações hermenêuticas demasiadamente elaboradas.

[...]



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

24. A ilegalidade do pagamento do benefício pelo TRT 8ª Região foi levantada originalmente por meio de Decisão deste Tribunal de Contas, Decisão nº 138/1999-TCU-Plenário, na Sessão de 07.04.1999, anterior, portanto, à prolação da liminar em sede de Mandado de Segurança expedida pelo próprio TRT 8ª Região. A ementa da citada decisão consignou:

'Representação formulada pela Procuradoria da República no Estado do PA. Irregularidades praticadas no TRT da 8ª Região. Concessão de auxílio alimentação a magistrados com base na legislação dos servidores públicos federais. Conhecimento. Prazo para restituição dos valores recebidos indevidamente. Determinação. Alcance da legislação dos servidores públicos a Magistrados. Considerações.'

25. Ademais, saindo da pura retórica da legalidade, ousamos afirmar ser o pagamento de tal benefício aos magistrados também inconstitucional, conforme demonstraremos a seguir.

26. A Emenda Constitucional nº 19/1998 acrescentou o § 4º ao artigo 39 da Constituição, nos seguintes termos:

'§ 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.'

27. Essa mesma Emenda Constitucional deu a seguinte redação ao inciso V do art. 93, in expressis verbis:

'Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

V - o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos arts. 37, XI, e 39, § 4º;' (destaques nossos)

28. O voto condutor da Decisão nº 634/1995-TCU-Plenário, na esteira da obra de Hely Lopes Meirelles [deixou] claro que '...a Constituição Federal trata os Magistrados como membros do Poder de Estado, pois os coloca como 'Órgãos' do Poder Judiciário, ao contrário dos servidores públicos, que exercem encargos e responsabilidades profissionais dentro dos Órgãos de sua atuação.'



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

29. Sobre a questão, o doutrinador Alexandre de Moraes ensina em sua obra *Direito Constitucional*, 10ª edição, fl. 453, o seguinte:

‘Com a Emenda Constitucional nº 19/98, alterou-se o mecanismo de fixação de subsídios dos membros do Poder Judiciário, que passou a ter as seguintes regras:

(...)

fixação de subsídio em parcela única: os membros do Poder Judiciário 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, somente podendo ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices (CF, art. 39, § 4º e art. 37, X);’

30. Já a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro doutrina em sua obra *Direito Administrativo*, 14ª edição, fls.449/450, *in expressis verbis*:

‘O dispositivo básico para se entender a idéia de subsídio é o § 4º do artigo 39, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98, que o prevê como ‘parcela única’, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecendo, em qualquer caso, o disposto no artigo 37, X e XI.

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 percebam subsídios, todas as normas legais que prevejam vantagens pecuniárias como parte da remuneração.

(...)

Serão obrigatoriamente remunerados por subsídios:

a) todos os agentes públicos mencionados no artigo 39, § 4º, a saber: membro de Poder (o que compreende os membros do Legislativo, Executivo e Judiciário da União, Estados e Municípios),...’
(sublinhados nossos)

31. Portanto, a concessão do benefício em tela esbarra também nas claras vedações constitucionais. [...]



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Voto do Ministro Relator

[...]

14. Quanto ao pagamento de auxílio-alimentação a magistrados, a jurisprudência desta Corte há muito vem se pautando pelo entendimento de que carece de amparo legal a concessão de tal benefício, conforme mencionado pela unidade técnica.

15. O Supremo Tribunal Federal também entende indevida a concessão de auxílio-alimentação a magistrados, como se constata no Acórdão proferido pelo Pleno da Corte Suprema nos autos do Mandado de Segurança 24.353-8/DF, Relatora Min. Ellen Gracie, publicado no DJ de 28/3/2003, cuja ementa transcrevo a seguir:

“LEI COMPLEMENTAR 35/79. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. MAGISTRATURA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO.

- Tem caráter exaustivo a enumeração das vantagens conferidas aos magistrados pela Lei Complementar nº 35/79. Precedentes (RE 100.584, RMS 21.410, AO 184, AO 155, MS 21.405). Benefício outorgado aos servidores em geral, por lei ordinária, não aos juízes.

(...)

Segurança denegada.”

16. No mesmo sentido pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça, conforme julgados a seguir:

“RESP 302060/RN - Relator: Min Jorge Scartezzini - Órgão julgador: 5ª Turma - Publicação: DJ de 2/8/2004

Ementa: - ADMINISTRATIVO - MAGISTRADO DA JUSTIÇA DO TRABALHO - AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO - LEI COMPLEMENTAR Nº 35/79, ART. 65 - NÃO PREVISÃO - ROL TAXATIVO - INEXISTÊNCIA DE DIREITO.

1 - Firmou-se entendimento pacífico nos Tribunais Superiores que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei Complementar nº 35/79, em seu art. 65, estabelece um regime taxativo de direitos e vantagens e é insuscetível de modificação por meio de processo legislativo de qualquer hierarquia inferior.

2 - Inexiste direito aos magistrados de recebimento do auxílio-alimentação, pois além de não constar expressamente previsto na LOMAN, trata-se de benefício de caráter geral, aplicável, tão-somente, em relação aos servidores públicos federais, submetidos ao Regime Jurídico Único.

3 - Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão guerreado, julgar improcedente o pedido, invertendo-se o ônus da sucumbência.

RESP 576278/PB - Relator: Min. Felix Fischer - Órgão julgador: 5ª Turma Publicação: DJ de 7/6/2004

Ementa: ADMINISTRATIVO - MAGISTRADOS - AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO - PERCEPÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

DE PREVISÃO LEGAL - ART. 65 DA LOMAN - NUMERAÇÃO EXAUSTIVA - PRECEDENTE

1 - É pacífica a jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso, no sentido de que a enumeração das vantagens pecuniárias devidas aos magistrados, constante do art. 65 da Lei Complementar nº 35/79, possui caráter exaustivo, ou seja, não é possível o pagamento de qualquer rubrica senão aquelas previstas no dispositivo.

2 - Não estando o auxílio-alimentação ou verba equivalente prevista na LOMAN, é vedada a sua extensão aos integrantes da magistratura, sob pena de ofensa ao regramento legal de seus vencimentos. Recurso provido.”

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Auditoria realizada no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, nos quais se examina, nesta oportunidade, Pedido de Reexame interposto contra a Decisão 219/2002-TCU-Plenário,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fulcro nos artigos 33 e 48 da Lei nº 8.443/1992, conhecer do presente Pedido de Reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial;

9.2. com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o art. 45 da Lei nº 8.443/1992, fixar o prazo de 15 (quinze) dias para que o Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região cesse, se ainda não o fez, o pagamento de auxílio-alimentação aos seus magistrados, uma vez ausente o necessário amparo legal;

[...]

(TCU – Acórdão 2191/2006, Plenário, Processo 005.126/1999-1, Ministro Relator AUGUSTO NARDES, Ata 47/2006 – Plenário, Sessão 22/11/2006, Aprovação 27/11/2006, DOU 28/11/2006)

Nas decisões colacionadas pode-se perceber que **é irrelevante a natureza indenizatória do auxílio-alimentação. Como se trata de benefício não previsto na LOMAN, sua instituição é ilegal.**

Por fim, partilha desse entendimento o Eg. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, conforme Apelação Cível n. 323541, em decisão datada de 18/09/2009, a saber:

ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. JUÍZES DO TRABALHO. LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (LOMAN). ROL TAXATIVO DE VANTAGENS. VEDAÇÃO DE AMPLIAÇÃO POR MEIO DE LEI ORDINÁRIA. CARÁTER



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

INDENIZATÓRIO. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DO STF. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE LIMINAR. BOA-FÉ. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O STF consolidou orientação de que a LOMAN estabelece um rol taxativo de vantagens aos magistrados, o qual não pode ser ampliado via legislação ordinária, consoante disposto no seu art. 65, parágrafo 2º. Entendeu-se ainda que tal restrição vedava até mesmo o pagamento de verbas de natureza indenizatória, como o auxílio-alimentação, previstas em outros diplomas normativos que não a LOMAN. Ressalva do entendimento do Relator.

2. Precedentes do AO 499">STF: AO 499, Relator:(a) Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2002, DJ 01-08-2003 PP-00101; MS 24353, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2003, DJ 28-03-2003 PP-00064. 3. "O Egrégio STJ e esta Egrégia Corte já decidiram no sentido de que os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, com amparo em decisão judicial que posteriormente vem a ser rescindida, ou em razão de decisão administrativa, como também aquelas que foram recebidas por força da liminar adiante cassada, são insuscetíveis de restituição" Desembargadora Federal Margarid (TRF da 5ª Região, APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 6116, Quarta Turma, Relator (a) a Cantarelli, DJ - Data::29/07/2009 - Página::260 - Nº::143) 4. Apelação e remessa oficial providas, para o fim de, reformando-se a sentença, julgar improcedente o pedido autoral, condenando-se a parte apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais). 5. Por consequência, revoga-se a liminar anteriormente concedida, ressalvando-se, porém, que os apelados não podem ser compelidos a restituir os valores auferidos em razão do mencionado provimento judicial.

Pelo que se expôs, vê-se que, diante da taxatividade dos benefícios previstos na LOMAN, **apenas por outra lei** (reserva legal) **o auxílio-alimentação poderia ser criado, e não por ato do CNJ ou de um Tribunal de Justiça estadual**, que não podem modificar a legislação brasileira.

A inconstitucionalidade das Resoluções ora impugnadas, portanto, é manifesta, daí a presente Ação Direta e a necessidade de declaração da incompatibilidade dos referidos atos normativos com a Carta Federal de 1988.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

4 – DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR:

No caso presente, a concessão da cautelar é medida que se impõe, estando presentes seus pressupostos autorizadores.

De fato, os normativos ora questionados quebram a confiança dos administrados na natureza republicana das instituições democráticas ao **impropriamente** criarem benefícios para magistrados.

Outrossim, é evidente a existência do *fumus boni juris*, que, *in casu*, é translúcido e pode ser observado e provado por meio de simples leitura dos precedentes jurisprudenciais utilizados como paradigmas, reforçado por toda a argumentação e fundamentação acima expostas.

De igual sorte, patente o *periculum in mora*, visto que a vantagem, uma vez concedida e percebida, muito dificilmente poderá ser desfeita, sendo de difícil recuperação aos cofres públicos.

E a matéria, no mais, já ganhou repercussão na mídia, em especial em face do montante de recursos públicos que serão e que são aplicados pela União e pelos Estados – como, no caso em apreço, Pernambuco – em razão das resoluções ora atacadas.

O tema versado na presente ação, sob outro aspecto, é por demais relevante, já que se está diante de matéria que envolve a própria ossatura institucional do Estado.

A urgência qualificada, pois, diante de tal quadro fático, **enseja a imediata apreciação e concessão da medida cautelar ‘ad referendum’ do Plenário**, e na trilha de precedentes dessa egrégia Suprema Corte tomado por ocasião do julgamento da ADI 437-9, a liminar dever ser concedida, **verbis**:

“No que respeita ao “periculum in mora”, é orientação desta corte que, em se tratando de pagamento de servidores, com base em norma que possa ser tida com inconstitucional, deve o pagamento ser suspenso, pelo risco da difícil recuperação, por parte da fazenda, de um eventual dano decorrente do pagamento a servidores, por tempo que normalmente se faz longo, até o julgamento final de ação, de quantias indevidas. Dentro dessa compreensão global da matéria, acompanho o eminente relator. Defiro também a medida liminar.”(JSTF – Lex – 177/23)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Com todo respeito, a sequência dos acontecimentos e a melhor hermenêutica do sistema constitucional brasileiro, seus valores e normatizações, demonstram o bom direito a ser resguardado *in limine*.

Os prejuízos ao erário da União e do Estado de Pernambuco com o pagamento de tais ‘benefícios’ já se alongam e tornar-se-ão maiores com a delonga na análise do pleito cautelar.

Neste contexto fático, além de presente a conveniência da suspensão liminar da eficácia do ato normativo impugnado em face da relevância qualificada e profiláctica, atrelado à plausibilidade jurídica do direito invocado, faz-se presente o “*periculum in mora*”.

Impõe-se, assim, a concessão de liminar ao final requerida ‘ad referendum’ do Plenário, na trilha da orientação desta Egrégia Corte⁹, a fim de suspender a vigência e a eficácia da resolução nº 133/2011 do CNJ e 311/2011 do TJPE.

5- DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil **requer:**

a) a notificação do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ e do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO - TJPE, por intermédio de seus respectivos Presidentes, para que, como responsáveis pela elaboração das resoluções impugnadas, manifestem-se, querendo, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre o pedido de concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99;

⁹ “Ação Direta de Inconstitucionalidade. §1º do artigo 29 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. – relevância da fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade (ofensa à iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo quanto a projeto de lei sobre regime jurídico e aposentadoria de servidor público civil), bem como ocorrência do requisito de conveniência para a concessão da liminar. Pedido e liminar deferido para suspender, “ex nunc”, a eficácia do §1º do artigo 29 da Constituição do Rio Grande do Norte até a decisão final da presente ação. (STF – ADIMC – 1730/RN, rel. Min. Moreira Alves, J. em 18/06/98, unânime tribunal pleno, DJ de 18/09/98, página 002)”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

b) a concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99, para suspender a vigência e a eficácia da Resolução nº 133/2011 do CNJ e da Resolução nº 311/2011 do TJPE, que instituíram o benefício do auxílio-alimentação à magistratura, em reconhecimento da patente inconstitucionalidade;

c) a notificação do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ e do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO - TJPE, por intermédio de seus respectivos Presidentes, para que, como responsáveis pela elaboração das resoluções impugnadas, manifestem-se, querendo, sobre o mérito da presente ação, no prazo de trinta dias, nos termos do art. 6º, parágrafo único da Lei nº 9.868/99;

d) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União para se manifestar sobre o mérito da presente ação, nos termos do Art. 8º da Lei nº 9.868/99 e da exigência constitucional do Art. 103, § 3º;

e) a notificação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Carta Política;

f) a procedência do pedido de mérito para que seja **declarada**, ao final, a **inconstitucionalidade** da Resolução nº 133/2011 do CNJ e da Resolução nº 311/2011 do TJPE.

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 26 de julho de 2012.


Ophir Cavalcante Júnior

Presidente do Conselho Federal da OAB


Rafael Barbosa de Castilho
OAB/DF 19.979


Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior
OAB/DF 16.275