

**VOTO :**

**O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (relator):**

***Ementa*** : Direito Constitucional e Administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 38, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.112/1990, incluído pela Lei nº 9.527/1997. Improcedência.

1. Ação direta contra o art. 38, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.112/1990, que concede ao servidor substituto retribuição pelo exercício de cargo ou função de direção ou chefia e de cargo de natureza especial em período de afastamento do titular superior a 30 (trinta) dias. Alegação de violação à isonomia, pelo não pagamento em caso de substituição de advogados públicos federais que não exercem tais funções.

2. A Constituição Federal não impõe o deferimento de retribuição por substituição aos advogados públicos federais. Trata-se de benefício a ser concedido, ou não, conforme o juízo de discricionariedade do legislador ordinário.

3. O legislador federal, ao fixar a remuneração devida aos advogados públicos federais, estabeleceu parâmetros que, a seu ver, são suficientes para remunerar esse grupo profissional pelo exercício das diversas atividades inerentes ao cargo efetivo que ocupam. O art. 5º, XI, da Lei nº 11.358/2006 dispõe que não são devidos aos integrantes das carreiras o adicional pela prestação de serviço extraordinário.

4. O deferimento da retribuição postulada configuraria verdadeiro aumento de vencimentos pelo Poder Judiciário, o que afronta a Constituição Federal e a jurisprudência pacífica desta Corte. Precedentes. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de

servidores públicos sob fundamento de isonomia (Súmula vinculante nº 37).

5. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é pacífica e dominante no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto não poderá ser utilizada quando contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu conferir. Precedentes.

6. Pedido improcedente. Tese: “ *Não cabe ao Poder Judiciário, sob o fundamento de isonomia, conceder retribuição por substituição a advogados públicos federais em hipóteses não previstas em lei* ”.

1. Discute-se na presente ação direta se o art. 38, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.112, de 11.12.1990, incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.1997, geraria tratamento anti-isonômico entre os advogados públicos federais. Preliminarmente, no entanto, será preciso verificar: (i) a legitimidade ativa da Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais - ANAFE; e (ii) se o pedido é juridicamente possível. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

Art. 38. Os servidores investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial terão substitutos indicados no regimento interno ou, no caso de omissão, previamente designados pelo dirigente máximo do órgão ou entidade. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 1º O substituto assumirá automática e cumulativamente, sem prejuízo do cargo que ocupa, o exercício do cargo ou função de direção ou chefia e os de Natureza Especial, nos afastamentos, impedimentos legais ou regulamentares do titular e na vacância do cargo, hipóteses em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o respectivo período. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 2º O substituto fará jus à retribuição pelo exercício do cargo ou função de direção ou chefia ou de cargo de Natureza Especial, nos casos dos afastamentos ou impedimentos legais do titular, superiores a trinta dias consecutivos, paga na proporção dos dias de efetiva substituição, que excederem o referido período. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

## I. Questões preliminares

### I.1 Legitimidade ativa da ANAFE

2. A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República suscitam preliminar de não conhecimento da presente ação. Afirmam a ilegitimidade ativa da ANAFE, sob o argumento de que a requerente representaria somente uma fração da categoria dos advogados públicos federais, e não sua totalidade.

3. A preliminar não merece ser acolhida. Conforme verificado no estatuto da ANAFE (art. 1º), a requerente congrega todos os advogados públicos federais. Destaco:

“Art. 1º A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS – ANAFE, pessoa jurídica de direito privado, organizada pela livre associação de pessoas com afinidade de interesses, para fins não-econômicos, é uma associação civil de âmbito nacional, que congrega todos os Advogados Públicos Federais de Estado junto à República Federativa do Brasil, regendo-se na forma e condições estabelecidas neste Estatuto.

1º Para fim do presente Estatuto, considera-se Advogado Público Federal o ocupante de cargo integrante das carreiras de Advogado da União, Assistente Jurídico, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador do Banco Central do Brasil e Procurador Federal, inclusive os inativos, bem como dos cargos em extinção das referidas carreiras, ou do cargo resultante da unificação das carreiras citadas.

2º A ANAFE, assumindo a forma prevista nos artigos 53 e seguintes do Código Civil, tem prazo de duração e número de associados ilimitados.

3º A ANAFE buscará a cooperação entre entidades de defesa da Advocacia Pública.

4º A ANAFE poderá filiar-se exclusivamente a entidade de Advogados Públicos de âmbito internacional, mediante deliberação específica da Assembleia Geral”.

4. Este Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reconhecer a legitimidade ativa da ANAFE para propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade. Trata-se de decisão monocrática da Min. Ellen Gracie na ADI 3.787. Destaco trecho da decisão:

“No presente caso, todavia, não há como deixar de reconhecer que os integrantes da advocacia pública federal representam uma classe bem definida de profissionais, não obstante a divisão em carreiras existentes, todas elas vinculadas a uma única instituição: a Advocacia-Geral da União. Não se trata, ademais, de um segmento heterogêneo de servidores públicos, mas de um conjunto destacado de agentes cuja missão constitucional comum – o exercício da Advocacia Pública – foi elevada à qualidade de essencial à Justiça, conforme disposto no Título IV, Capítulo IV, Seção II, da Carta Magna”.

5. Nesse sentido, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa da requerente.

#### I.2 Impossibilidade jurídica do pedido

6. A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República também arguem a impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento de que o seu acolhimento violaria a separação de Poderes, pois estaria o Poder Judiciário atuando como legislador positivo.

7. Entendo que analisar se o pedido feito pelo requerente deve ou não ser acolhido é questão de mérito, motivo por que tal questão não deve ser analisada como preliminar de não conhecimento.

8. Assim, também rejeito a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

#### II. Mérito

9. Conforme mencionado no relatório, a requerente argumenta que os dispositivos impugnados violam os arts. 2º, 5º, I, §§ 1º e 2º, 6º, 7º, XVI, 37, § 6º, 39, § 3º, e 131, todos da Constituição Federal, bem como o art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. A ANAFE pretende que os dispositivos impugnados sejam declarados inconstitucionais mediante a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

10. Inicialmente, é preciso registrar que a Constituição Federal não contempla em seu corpo textual nenhuma norma que imponha o deferimento da retribuição por substituição aos advogados públicos federais. Trata-se de benefício a ser concedido, ou não, conforme o juízo de discricionariedade do legislador ordinário.

11. Pela leitura da Lei nº 11.358/2006, percebe-se que o legislador federal, ao fixar a remuneração devida aos advogados públicos federais, estabeleceu parâmetros que, a seu ver, são suficientes para remunerar referidos grupos profissionais pelo exercício das diversas atividades inerentes ao cargo efetivo que ocupam. Ressalto, inclusive, que o art. 5º, XI, dispõe que não são devidos aos integrantes das carreiras o adicional pela prestação de serviço extraordinário:

Art. 5º Além das parcelas de que tratam os arts. 2º, 3º e 4º desta Lei, não são devidas aos integrantes das Carreiras a que se refere o art. 1º desta Lei as seguintes espécies remuneratórias:

[...]

XI - adicional pela prestação de serviço extraordinário;

12. Também é perceptível, pela leitura da norma disposta no art. 38 da Lei nº 8.112/1990, que o legislador ordinário fez a opção pela distinção entre a remuneração correspondente ao exercício das atividades próprias ao cargo efetivo, que é fixada por subsídio, e a retribuição resultante do exercício de cargo ou função de chefia, direção e Natureza Especial. A remuneração pelo desempenho de cargo ou função de chefia, direção e Natureza Especial é devida com base em atribuições e responsabilidades adicionais, de modo a serem conferidas a quem as desempenha, seja na condição de titular, seja a título de substituição.

13. O deferimento da retribuição questionada na presente ação direta de inconstitucionalidade configuraria verdadeiro aumento de vencimentos pelo Poder Judiciário. Tal entendimento afrontaria a Constituição Federal, bem como a jurisprudência pacífica e dominante deste Supremo Tribunal Federal, que veda o aumento de vencimentos pelo Poder Judiciário, com base no princípio da isonomia, na equiparação salarial e na extensão do alcance de vantagens pecuniárias previstas em norma infraconstitucional. Neste sentido, destaco:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE DIREÇÃO E CHEFIA. PAGAMENTO DAS SUBSTITUIÇÕES SUPERIORES A 30 DIAS. OPÇÃO DO LEGISLATIVO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA NÃO VIOLADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO” (RE 635.051, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 29.10.2015, grifou-se).

“Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Administrativo. Servidor Público. **Extensão de gratificação com fundamento no princípio da Isonomia. Vedação.** Enunciado 339 da Súmula desta Corte. Recurso extraordinário provido” (RE 592.317, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 28.08.2014, grifou-se).

“Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Liminar. Arguição de inconstitucionalidade da expressão “um terço” do inciso I e do inciso II do § 2º, do § 3º e do § 4º do artigo 47 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, ou quando não, do artigo 47, incisos I, III, V e VI, exceto suas alíneas “a” e “b” de seu § 1º, em suas partes marcadas em negrito, bem como dos incisos e parágrafos do artigo 19 da Instrução nº 35 - CLASSE 12ª - DISTRITO FEDERAL, aprovada pela Resolução nº 20.106/98 do TSE que reproduziram os da citada Lei 9.504/97 atacados.

- Em se tratando de instrução do TSE que se limita a reproduzir dispositivos da Lei 9.504/97 também impugnados, a arguição relativa a essa instrução se situa apenas mediatamente no âmbito da constitucionalidade, razão por que não se conhece da presente ação nesse ponto.

- Quanto ao primeiro pedido alternativo sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97 impugnados, a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, **o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo.**

- No tocante ao segundo pedido alternativo, não se podendo, nesta ação, examinar a constitucionalidade, ou não, do sistema de distribuição de honorários com base no critério da proporcionalidade para a propaganda eleitoral de todos os mandatos eletivos ou de apenas alguns deles, há impossibilidade jurídica de se examinar, sob qualquer ângulo que seja ligado a esse critério, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados nesse pedido alternativo.

Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida” (ADI 1.822, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 26.06.1998, grifou-se).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VANTAGEM PECUNIÁRIA INDIVIDUAL. REAJUSTE. LEI 10.698/2003. INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.

OFENSA INDIRETA. IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS PELO PODER JUDICIÁRIO SOB O FUNDAMENTO DA ISONOMIA (SÚMULA 339 DO STF). AGRAVO IMPROVIDO.

I - É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de norma infraconstitucional que fundamenta a decisão a quo . A afronta à Constituição, se ocorrente, seria apenas indireta. Precedentes.

II - O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência predominante deste Tribunal firmada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento da isonomia (Súmula 339 do STF). Precedentes.

III - Agravo regimental improvido” (RE 711.344-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 26.02.2013, grifou-se).

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Servidor público. Equiparação remuneratória das carreiras de Assistente Jurídico do Detran-PI e Procurador do Estado. **Impossibilidade. Isonomia** . Súmula nº 339 do STF. Precedentes.

1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a equiparação remuneratória entre carreiras jurídicas não prescinde da existência de lei específica prévia, promulgada nos termos do art. 39, § 1º, da Constituição Federal (redação original), atendidas as regras de iniciativa e o processo legislativo correspondentes.

2. **Pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia .**

3. Agravo regimental não provido” (RE 223.452-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 21.08.2012, grifou-se).

14. O entendimento jurisprudencial supracitado foi disposto no enunciado de Súmula Vinculante nº 37:

#### **Súmula Vinculante 37**

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

15. Por fim, uma observação precisa ser feita. A requerente pretende que os dispositivos impugnados sejam declarados inconstitucionais mediante a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de

texto. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, no entanto, é pacífica e dominante no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto não poderá ser utilizada quando contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu conferir. Nesse sentido: ADI 1.344-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 18.12.1995 e ADI 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15.04.2004. A procedência do pedido, portanto, não é permitida mediante essa técnica de decisão, sob pena de esta Corte Suprema atuar como verdadeiro legislador positivo.

16. Portanto, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

### III. Conclusão

17. Diante do exposto, e com base na jurisprudência pacífica e dominante deste Supremo Tribunal Federal, **julgo improcedente o pedido** formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade. Tese: “ *Não cabe ao Poder Judiciário, sob o fundamento de isonomia, conceder retribuição por substituição a advogados públicos federais em hipóteses não previstas em lei* ”.

18. É como voto.