

PARECER 38/2001

Magistrado estadual de carreira. Consulta. Poder Judiciário - RS. Qualificação do tempo de exercício da advocacia para fins de percepção de vantagem *ex facto temporis*. A Lei Orgânica da Magistratura é o estatuto regulador da situação funcional do magistrado, nos termos do art. 93, *caput*, da Constituição Federal, sobre ela não prevalecendo legislação estadual, a ela anterior, inclusive. Cômputo do tempo de advocacia restrito a quinze anos, nos termos do § 1º do art. 2º da Lei nº 7.721/89. Mudança de orientação administrativa: efeitos *ex nunc*.

A Exma. Sr^a. Conselheira Terezinha Irigaray encaminha à Auditoria, para emissão de parecer, o Processo nº 7283-02.00/00-0, que trata de Consulta formulada pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado Dr. Luiz Felipe Vasques de Magalhães, quanto à matéria administrativa analisada no Processo nº 3636-03.00/00-5, através de Parecer da Assessoria Especial daquela Presidência, no qual é analisado o pedido apresentado pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito Dr. Oyama Assis Brasil de Moraes, para averbação, como serviço público, de período de advocacia por ele exercido, com conseqüente concessão de dois quinquênios e adicional de tempo de serviço de 15%, retroativos a 12-11-92, data em que ingressou na magistratura.

A questão é percucientemente analisada pelo Exmo. Sr. Juiz-Assessor Dr. Giovanni Conti, que lavra o Parecer nº 27/2000-GC no qual, invocando os arts. 37, inciso XI, e 93 da Constituição Federal, o art. 3º da Lei nº 8.852/94, a Lei Orgânica da Magistratura, a Lei Estadual nº 6.929/75, arts. 67 e 69, o art. 2º da Lei nº 7.721/89, bem como decisões do Tribunal de Contas da União e deste Tribunal, conclui pelo deferimento do pedido para averbar dez anos, um mês e dez dias de exercício de advocacia exercidos pelo requerente como tempo de serviço público, com posterior processamento dos pedidos de dois quinquênios e de adicional de 15%, por tempo de serviço. O referido Parecer fixou a concessão das vantagens com retroação a 04 de junho de 1998, data da entrada em vigor da Emenda

Constitucional nº 19, porque nela teriam ficado estabelecidas as novas regras vinculativas quanto a vencimentos e vantagens pessoais entre magistrados e Ministros do Supremo Tribunal Federal. Concluiu, por fim, pela **concessão de efeito normativo ao Parecer** exarado, com vista a sua aplicação a casos idênticos, bem como pela remessa, por cautela, de consulta a este Tribunal de Contas sobre o tema analisado.

Na forma regimental, o processo é remetido à Consultoria Técnica, que lavra a Informação nº 106/2000 destacando, preliminarmente, tratar-se de indagação sobre caso concreto, sujeito a exame posterior por este Tribunal de Contas, de modo que se pronuncia em tese, somente sobre a questão proposta. Sustenta, com base no decidido no Processo nº 5973-02.00/97-3, relatado pelo Exmo. Sr. Conselheiro Dr. Helio Saul Mileski, ser do entendimento desta Corte de Contas que o “*Desembargador, o Juiz de Alçada (art. 23 da Lei nº 6.929/75), o Conselheiro do Tribunal de Contas e os Auditores Substitutos de Conselheiro (art. 72 da Lei nº 6.850/74), quando advogados, podem averbar como tempo de serviço público, o tempo de exercício de advocacia para todos os efeitos legais, tais como vantagens funcionais, pecuniárias e previdenciárias previstas em lei*”, trazendo à lume Acórdão do STF que fundamenta a decisão em epígrafe. Isto significa que ao Magistrado Estadual de carreira, caso suscitado, não seria permitida a averbação do tempo de serviço de advocacia para fins de gratificações temporais, como requerido.

Sinala, por fim, não vislumbrar na aventada nova redação constitucional constante da Emenda nº 19/98, razões suficientes à modificação do posicionamento, em vigência no Tribunal de Contas, sobre o tema em exame.

Distribuído o processo à Exma. Sra. Conselheira Relatora, esta o encaminha à Auditoria para análise e emissão de parecer, a cargo da Auditora Substituta de Conselheiro firmatária.

É o relatório.

I - EM PRELIMINAR

O processo em exame trata, à primeira vista, de caso concreto, o que impediria seu exame pelo Tribunal de Contas. Quando se verifica, contudo, que o ilustre Juiz-Assessor propõe **efeitos normativos ao seu Parecer para fins de orientação em futuros casos**, idênticos, a concretude inicial cede à

generalidade, o que viabiliza a análise e resposta ao consultado. Considerando, no entanto, que o caso específico aventado será objeto de julgamento posterior pelo Tribunal de Contas, é necessário ressaltar o contido no § 2º do art. 138 de nosso Regimento Interno, segundo o qual “*a resposta à consulta não constitui prejudgamento de fato ou caso concreto*”, razão pela qual o exame da matéria se fará, exclusivamente, *em tese*.

II - NO MÉRITO

Analisados os bem lançados fundamentos contidos no Parecer nº 27/2000-GC, do Egrégio Tribunal de Justiça, bem como o entendimento desta Corte de Contas referido na Informação nº 106/2000, de nossa Consultoria Técnica, verifica-se que a discussão sobre o tema - *cômputo*, por magistrado de carreira, do tempo trabalhado como advogado para fins de concessão de vantagens *ex facto temporis* - é tormentoso, ora sendo acolhida, ora sendo negada a pretensão, para o exclusivo âmbito dos juízes estaduais, na medida em que, para a magistratura federal, sua concessão é pacífica, com fundamento na LOMAN e na Lei nº 7.721/89 (que revogou o Decreto nº 2.019/83, onde a matéria era regulada), dispondo o § 1º, do seu art. 2º, a possibilidade do *cômputo*, para a percepção de gratificação adicional *ex facto temporis*, do tempo de advocacia, até o máximo de 15 anos, desde que não concomitante com o tempo de serviço público. A Lei nº 7.728/89 rege, da mesma forma, a contagem deste tempo para a percepção de gratificação adicional pela magistratura do Distrito Federal e Territórios.

No Estado do Rio Grande do Sul, a Lei nº 6.929/75 (*Estatuto da Magistratura Estadual*) prevê a concessão de gratificação por tempo de serviço e de adicionais, desde que cumpridos os períodos, nela especificados, de “*efetivo exercício no serviço público*”. Em 1976, a Lei nº 7.075/76 permitiu ao advogado nomeado Desembargador, Juiz de Alçada ou Juiz togado da Corte de Apelação da Justiça Militar, o *cômputo* do tempo de exercício na advocacia, para os efeitos legais.

Para melhor exame do tema, passamos a analisá-lo em relação aos fundamentos invocados no Parecer nº 27/2000-GC, do Tribunal de Justiça, e de acordo com os regramentos constitucionais e legais da matéria, como segue:

1. A invocada equiparação da legislação aplicável aos Auditores Substitutos de Conselheiro do TCE/RS aos membros da

magistratura estadual, com relação ao direito de averbação do tempo de advocacia como serviço público, para todos os efeitos.

O ilustre parecerista do Poder Judiciário invoca, em suas razões, e como um dos fundamentos para a acolhida do pedido formulado no processo em questão, a circunstância de que o Tribunal de Contas do Estado concede, aos Auditores Substitutos de Conselheiro, o cômputo do tempo de serviço de advocacia para fins de concessão de vantagens temporais. O argumento, neste sentido, estaria consubstanciado no fato de que os Auditores Substitutos, a quem se aplicou a Lei Estadual nº 6.929/75, que concede estes direitos aos Magistrados recrutados do quinto constitucional da advocacia, não se caracterizam como “classistas” e, à semelhança dos magistrados, ingressam no cargo através de concurso público.

Data venia, contudo, deste entendimento, não vislumbro similaridade entre as duas situações e, isto, porque apesar do Auditor Substituto de Conselheiro ingressar no cargo por processo seletivo público, as exigências para dele participar são, também, rigorosas e seletivas, devendo o candidato obedecer a limitadores e qualificadores constitucionais, tais como: ter pelo menos trinta e cinco anos de idade e ser bacharel em ciências jurídicas e sociais, além de, se quiser lograr aprovação, possuir - e demonstrar - não só nas provas técnicas do concurso - mas também nas de títulos - longa prática no direito, especialmente no direito público, ramo da ciência jurídica que, primordialmente, rege as matérias afetas aos Tribunais de Contas, por força de sua competência constitucional. Exige-se-lhe, também, experiência de vida - daí o limitador constitucional de idade mínima - para que possa, emocional e intelectualmente, estar preparado para exercer aquela que é a sua principal função: substituir Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, cargo equiparado ao de Desembargador e, nesta função, exercer as respectivas funções judicantes. Esta é a razão dos limitadores constitucionais postos nos arts. 73, § 1º, e 75, parágrafo único, da Constituição Federal e art. 74 da Constituição Estadual, devidamente observados pela Lei Orgânica do TCE/RS (Lei nº 11.424/2000), em seu art. 71, limitadores que não são requeridos do candidato ao cargo de Juiz de Direito Substituto, inicial da carreira.

Estas exigências denotam que o Auditor Substituto de Conselheiro, em termos funcionais, é figura híbrida: de um lado, presta concurso público para exercer seu cargo; de outro, assemelha-se ao magistrado classista oriundo da classe dos advogados, da qual são selecionados, por concurso, os que têm tais qualificações. Se para isso já tem de ter exercido sua profissão - e isto o

demonstra o limite mínimo de 35 anos de idade para participar do respectivo concurso -, a que se acrescentam os conhecimentos jurídicos específicos que deve ter (inciso III do § 1º do art. 73 da CF) - para que profissionais habilitados e com carreiras profissionais já definidas, como é o caso, sintam-se atraídos para o cargo, é necessário que a remuneração deste atinja patamar suficiente para levá-lo a deixar as lides forenses privadas e passar a exercer o direito em benefício público, *stricto sensu*. Aqui, portanto, aplica-se o mesmo raciocínio da Lei Estadual nº 6.929/75, cujo art. 23 autoriza o cômputo do tempo de serviço de advocacia para os magistrados oriundos do quinto constitucional (extensiva aos membros do Tribunal de Contas - Conselheiros e Auditores Substitutos -, por força do art. da Lei Estadual nº 11.424/00) : a necessidade de garantir-lhes mais do que o mero pagamento da remuneração básica, o que se obtém com a permissão de acréscimo, a esta, de vantagens temporais, as chamadas gratificações *ex facto temporis*, adquiridas ao longo de seu labor profissional como advogado, e que constituem seu patrimônio pessoal, devendo acompanhá-lo em sua vida funcional.

Por tais razões, entendo que a analogia feita entre a situação da magistratura de carreira e o cargo de Auditor Substituto de Conselheiro do TCE/RS não se sustenta como fundamento para o pedido em exame, pois a similaridade de forma de ingresso no cargo não se resume somente ao prévio concurso público de provas e títulos, havendo ainda outras exigências distintas, entre os cargos, que revelam estar-se a tratar de situação diversas. Esta circunstância, aliás, liberou-me de qualquer constrangimento para a emissão deste Parecer, na medida em que título o cargo de Auditor Substituto de Conselheiro da Corte de Contas Estadual.

2. A Advocacia como serviço público *stricto sensu*

Importa destacar, para o deslinde da questão, que o cômputo do tempo exercido como advogado só poderá ser feito nos termos previstos em lei e por ela assim qualificado para os fins pretendidos. Isto significa que não se pode, de plano, entender a advocacia como um serviço público *stricto sensu*, equiparando-a, de imediato, à função pública, o que permitiria a percepção do benefício à luz, inclusive, do Estatuto Estadual da Magistratura do RS, que o concede para os que implementam o decurso de tempo de serviço público.

Tal impossibilidade decorre do fato de que, apesar de ser o advogado, nos termos do art. 133 da Constituição Federal, *indispensável à*

administração da justiça, não se confundem a *função social* desempenhada pela advocacia, com a condição de advogado, que não é agente do Estado nem exerce *função pública*. Assim, apesar do advogado desempenhar papel indispensável na administração da justiça, não é ele titular de função pública (ou estatal), o que só o será se for vinculado a entidade de advocacia pública.¹

Desta forma, em meu entender e *venia permissa* de entendimentos contrários, não vejo neste argumento suporte à pretensão em exame.

3. A regulação constitucional da Magistratura, complementada pela Lei Orgânica da Magistratura - LOMAN

Dispõe o art. 93 da Constituição Federal que lei complementar, de iniciativa do STF, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os respectivos princípios constitucionais. A Lei Complementar a que se refere o texto constitucional é a de nº 35/79 - Lei Orgânica da Magistratura - LOMAN, que permanece sendo seu Estatuto regulador na medida em que, após 1988, nenhuma outra foi editada. Assim, esta Lei está recepcionada pela Carta de 1988 e se encontra em pleno vigor naquilo em que com ela não colide e, desde a promulgação da nova Constituição, é nela que a LOMAN busca seu fundamento de validade, caracterizando, assim, a *recepção* de normas infraconstitucionais quando do advento do novo ordenamento constitucional.

Quando a Constituição Federal previu que uma lei complementar federal dispusesse sobre o Estatuto da Magistratura admitiu, como observa Raul Machado Horta (nosso maior federalista contemporâneo), que “*a lei federal possa desenvolver princípios constitucionais federais aplicáveis à Justiça dos Estados (art. 93)*”². Isto, sem dúvida, caracteriza esse que é o traço dominante do federalismo brasileiro: sua compulsiva centralização do poder em torno da União, que inicia a partir da Emenda Constitucional de 1926, dando fim à efêmera federação descentralizada traçada pela Constituição de 1891.

Desta forma, quer queiram, quer não queiram, as unidades federadas estão jungidas à observância de *normas centrais*, que poderão ser *princípios constitucionais*, *princípios estabelecidos* ou *normas de preordenação* e,

¹ Neste sentido, Paulo Luiz NETTO LÔBO. *Comentários ao estatuto da advocacia*. Brasília : Brasília Jurídica, 2ª ed., 1999, p. 31.

² HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995, p. 74/83.

todas, como aponta Horta, “afetam a liberdade criadora do Poder Constituinte Estadual e acentuam o caráter derivado desse poder. Como consequência da subordinação à Constituição Federal, que é a matriz do ordenamento jurídico parcial dos Estados-Membros, **a atividade do constituinte estadual se exaure, em grande parte, na elaboração de normas de reprodução**, mediante as quais faz o transporte da Constituição Federal para a Constituição do Estado das normas centrais, **especialmente as situadas no campo das normas de preordenação**” - grifei.

À evidência que isto fere a autonomia do Estado-Membro, situação que ocorre com relação ao Estatuto da Magistratura, como adverte o citado Raul M. Horta, porque a “**legislação federal no âmbito do Estatuto da Magistratura, que não passa de outra denominação dada à Lei Orgânica da Magistratura Nacional, representa evidente lesão à autonomia constitucional do Estado-Membro e ao poder de auto-organização, que é inerente ao exercício dos poderes reservados aos Estados pela Constituição Federal**”³ - grifei.

Disto se conclui que a organização da magistratura nacional, suas prerrogativas, suas vedações, sua remuneração, estão traçadas na Lei Orgânica da Magistratura, de modo que somente nos termos em que esta legislar poderá o Estado-Membro exercer a competência legislativa que lhe é própria, em razão de que **as regras da LOMAN são normas de preordenação**, a serem reproduzidas pelo ente federado, porque este é o comando compulsório imposto pela norma constitucional superior.

Isto significa excessivo centralismo do poder? Não há a menor dúvida de que sim; mas esta difusão de normas centrais na Constituição Federal, que preordenam a atividade legislativa do Estado-membro, é característica do tipo de federalismo adotado pelo Brasil - centralizador, como já se disse - apesar da Constituição de 1988 ter tentado restaurar uma verdadeira Federação, o que, hoje, está reduzido a um arremedo, como de praxe na história federal brasileira, tal a concentração de poder que a União conseguiu alocar para seus domínios. Exemplos neste sentido são vários, não ficando apenas na LOMAN, como é o caso da Lei nº 8.666/93 - Estatuto das Licitações - que é norma paradoxalmente híbrida: geral e especial ao mesmo tempo, nada deixando para produção legislativa do legislador estadual e municipal. Ainda muito recentemente a Lei Complementar nº 101/2000 -

³ *Idem, ibidem.*

Lei de Responsabilidade Fiscal -, que também é norma geral e especial, invadiu, inclusive, a autonomia dos estados e municípios e, até, a independência entre poderes⁴. Contudo, o fato destas serem leis cujas normas são excessivamente centralizadoras e limitadoras da autonomia dos entes federados e de sua atuação legislativa em matéria de *interesse local*, não as impediu nem impede de estarem em pleno vigor e, nesta condição, de serem obrigatoriamente cumpridas.

Esta centralização, contudo, tem de ter, necessariamente, duplo endereçamento, ou seja, não pode valer somente para o aspecto mais gravoso, quando da limitação de direitos. Deve valer, também, quando concede benefícios. Mas parece que para a última hipótese - concessão de benefícios - esgrime-se pungentemente a *autonomia do Estado federado*, dizendo-o autônomo para retirar vantagens amparadas em norma central federal, o que não encontra respaldo na Constituição, *ex-vi* do disposto em seu art. 25, segundo o qual os “*Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição*”. E a LOMAN é a lei reguladora da situação funcional dos magistrados brasileiros, contendo diversos itens - subsídios, inclusive - alçados à categoria de *princípios*, nos termos do art. 93, *caput*, da Carta Federal.

Aliás, admitir-se a descentralização no sentido gravoso, tão-somente, nos forçará a admitir que vivemos em um insólito Estado unitário-federal (?), pois quando se tratar de suprimir direitos porque o ente federado deve obedecer à regra *geral - especial* - de forma compulsória, pode-se coartar a *autonomia federada*. Contrariamente, quando se tratar de *conceder direitos* previstos na norma central de preordenação, estaremos, também compulsoriamente, em um “verdadeiro” Estado federal, exigindo-se o afastamento daquela regra central porque é necessário respeitar a *autonomia* da unidade federada. Mas que tipo de Estado será este, afinal?

Tão insólita situação não prospera, porque o Estado federal regulado em nossa Constituição assegura autonomia aos entes federados, observados os *princípios constitucionais* (em que se incluem as normas centrais) nos termos do art. 25 e § 1º e arts. 29 e 30/CF. Em razão disso, não está o Estado-membro impedido de conceder outros benefícios à sua magistratura. O que não pode, contudo, é **suprimir o núcleo mínimo garantido** pela LOMAN.

⁴ Independência de poderes - § 3º, art. 9º, LRF - situação já sanada pelo STF em decisão liminar de Adin.

De outra banda, não se quer dizer, com isso, que toda centralização legislativa existente no modelo federal de Estado seja errônea e nefasta. Ao contrário, ela é necessária para o equilíbrio federativo, pois em muitos casos é indispensável homogeneizar o tratamento de determinadas matérias, como ocorre nos “*assuntos de interesse comum, que requerem um tratamento e uma regulamentação uniformes, em todo o país*”, razão pela qual “*são reservados à competência federal, colocados sob o controle do governo central*”, como aponta o emérito constitucionalista pátrio Meirelles Teixeira⁵.

Como a regulação da magistratura, nos termos da Constituição, é de competência federal privativa, cabendo à União - no caso, o STF, art. 93 CF -, a edição da respectiva lei complementar - a LOMAN - “*se essa competência é federal, é claro que apenas pode prevalecer a lei federal, sendo inconstitucionais, nulas, as leis estaduais*”⁶.

Sendo este o comando constitucional, não se pode alegar inexistência de lei reguladora das questões referentes à outorga de vantagens, da espécie “*gratificações*”, à magistratura estadual, em especial para a ora em exame. Se a LOMAN entendeu de consignar *tempo de serviço*, somente, para a percepção de *gratificações adicionais ex facto temporis*, como o fez no inciso VIII do art. 65, sem qualificá-lo, não vejo como exigir que lei estadual regule a matéria, em seu âmbito, e, o que é pior, restrinja os contornos traçados no Estatuto constitucional da Magistratura.

Para o caso do Estado do Rio Grande do Sul, a situação é ainda mais gravosa: está-se a “receptionar” lei anterior à LOMAN, que ainda equiparava magistrados a servidores públicos, pois se remete a matéria de regulação do tipo de tempo de serviço computável para percepção de adicionais temporais ao Estatuto do Servidor Público do Estado, como o faz o art. 68 da Lei Estadual nº 6.929/75. Caberia ao Estado, no entanto, e tão-somente, regular a matéria **na forma determinada na LOMAN**. Não o fez. Mas também não precisaria fazê-lo, uma vez que a LOMAN se basta como comando nacional regulador da magistratura, como já se demonstrou e se ratifica com a assertiva de José Afonso da Silva⁷, ao referir:

⁵ MEIRELLES TEIXEIRA, J.H. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991, p.631.

⁶ MEIRELLES TEIXEIRA, op. cit, p. 636.

⁷ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo : Malheiros, 15^a ed., p. 570.

“O ‘Estatuto da Magistratura’ será estabelecido por lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal e conterà regras sobre a carreira da magistratura nacional, observados os princípios constitucionais sobre o ingresso, a promoção, o acesso aos Tribunais, os vencimentos, a aposentadoria e seus proventos, a publicidade dos julgamentos ...

“Vencimentos. 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 STF. Os arts. 93, V, e 95, III, referem-se a vantagens pecuniárias, tais como adicionais, sexta-parte, etc.” (grifou-se)

Na mesma linha de orientação já decidiu o STF, manifestando-se o Ministro Cordeiro Guerra, no pedido de averbação do tempo de serviço do Ministro Sidney Sanches, *verbis*:

“... a partir da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o instituto da gratificação adicional dos magistrados passou a ter uma conceituação e disciplina própria, admitindo, inclusive, a contagem do tempo de advocacia: considerando que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional é, hoje, o diploma legal que regula os direitos e vantagens, tanto da magistratura federal quanto da estadual (...) defiro o pedido...”⁸ (grifou-se)

É importante, ainda, que se repise: ao Juiz são inaplicáveis regras próprias a servidores públicos e, isto, porque Juiz não é servidor público: é **membro de Poder**, regido por estatuto próprio.

Neste sentido, inclusive, o Voto do Exmo. Sr. Ministro Costa Lima, proferido em julgado do então Tribunal Federal de Recursos⁹, quando deixa clara esta condição, *verbis*:

⁸ Decisão de 05-10-84, *apude* Parecer do TJERS, fl. 10 dos autos.

⁹ Mandado de Segurança nº 106.032. Relator Ministro Pedro Acioli. Segurança deferida. Em *Revista de*

*“Juiz não ‘serve’ a ninguém. Do mesmo modo que qualquer cidadão eleito ou nomeado para compor a estrutura dos poderes da República, o juiz é órgão do Estado (...) é órgão do Poder Judiciário (...) O que manifesta vontade, o que decide em nome do Estado é órgão (...) A conclusão a que se chega é única: os magistrados se encontram subordinados à Constituição e a um estatuto próprio (...) Destarte, partindo-se do escrito no inciso VIII do art. 65 da Lei Complementar nº 35/79, o quinquênio é apurado tendo em vista o exercício de cada cinco anos **de serviço, puro e simples, sem o adinículo público** que, por sinal, encontra-se apenas no art. 74 quando trata da aposentadoria.*

*“O que se procura retribuir é o exercício de uma atividade pública ou privada: **é a experiência de vida, é a capacidade de ver, de avaliar e de ponderar; é a prudência, a sabedoria, a isenção e a firmeza necessárias ao bom julgador. Isso se consegue, seja no campo privado, seja no público.** Feriria eu a modéstia de muitos colegas que vieram da advocacia ou de atividades privadas, acaso relembresse o quanto lhes foi útil e está sendo valiosa para esse colegiado a experiência que trouxeram. Por que, assim, desconsiderar esse exercício de atividade, esse tempo de serviço?”¹⁰ (grifou-se)*

No mesmo acórdão assim se pronuncia o Exmo. Sr. Ministro Carlos Velloso:

*“Verifica-se que a Lei Complementar nº 35, de 1979, no art. 65, VIII, acima transcrito, não menciona ‘serviço público efetivo’, tal como posto no Decreto (...), regulamentador da concessão da gratificação adicional por tempo de serviço (...) **O que entendo é que a Lei Complementar nº 35, de***

Direito Administrativo, 163/119.

¹⁰ Neste caso, sequer se tratava de cômputo do tempo de serviço de advocacia mas, sim, de atividade de natureza privada.

1979, estabeleceu um regime próprio de gratificações para os magistrados, sob certos aspectos até prejudicial a estes, por isso que deixou de conceder-lhes determinadas vantagens percebidas pelos servidores públicos, de modo geral previstas na Lei (...) e outras leis. Destarte, estabelecendo um regime próprio de gratificações para o magistrado, não deve ser estranhável se, em tal regime próprio, ficar estabelecida forma especial de concessão de certa gratificação compreendida no mesmo regime. Assim, concedo que a Lei Complementar nº 35, de 1979, ao estabelecer, no seu art. 65, VIII, que ao magistrado será concedida ‘gratificação adicional de 5% por quinquênio de serviço, até o máximo de sete, quer ela se referir a qualquer serviço que, nos termos da lei, possa ser considerado como tal. A lei, no particular, engaja-se na moderna tendência de considerar, para todos os efeitos, qualquer tempo de serviço prestado.’ (grifou-se)

Os excertos jurisprudenciais acima transcritos, por seus próprios fundamentos, aos quais se deve acrescentar o lustro e respeitabilidade de seus prolores, são a justificativa suficiente para afastar a incidência, para o caso em exame, do art. 68 do Estatuto do Magistrado Estadual - Lei nº 6.929/75, que manda contar o tempo de serviço do magistrado, para efeito de gratificações temporais (adicionais e avanços), na forma estabelecida no “Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado”, dispositivo, de resto, já revogado pelo advento posterior da LOMAN. Juiz, como já se apontou, não é servidor público: é membro de Poder, regido, nos termos da Constituição, por Estatuto próprio - a LOMAN - e esta, por sua vez, não impõe qualificação do tempo de serviço para a concessão do benefício, nos termos pretendidos.

Caso assim não se compreenda, estar-se-á a admitir, em meu entender, e pedindo vênias às posições contrárias, pelo menos no Estado do Rio Grande do Sul, o que a Constituição não admite: que a magistratura seja composta de juizes de 1ª e de 2ª categoria: os primeiros, seriam aqueles a quem lei federal ou estadual específica, meramente recepcionadora da LOMAN, repisasse o direito ao cômputo de tempo de serviço que não público, especificamente de advocacia, para

cálculo de vantagens *ex facto temporis*, aí incluídos juízes de carreira e os oriundos de indicação classista, como já o fizeram a União e vários Estados da federação¹¹. Os da 2ª categoria, seriam aqueles magistrados de carreira, aos quais não só se nega a aplicação da norma específica da LOMAN como, ainda, se quer submetê-los a dispositivo de lei estadual revogado automaticamente pela Lei complementar federal e que, para além de não mais vigente, os **subordina** à legislação reguladora dos benefícios a servidores públicos, categoria a qual não pertencem.

Esta hipótese, por óbvio, não pode prosperar, até porque está eivada de inconstitucionalidades, tais como:

- Classifica magistrados por categorias: mais juiz - menos juiz - conforme o tempo de serviço que se lhe admita agregar ao cargo, não sendo preciso dizer que isto é absolutamente inviável, nos termos da Constituição (art. 5º, *caput*, e art. 93, *caput* e inciso V, inciso III do art. 95) e do Estatuto da Magistratura, que admitem distinções para a magistratura tão-somente em função da competência de matéria e de progressão normal na carreira e, não, porque a um juiz se “decida” conceder benesse funcional assegurada no Estatuto próprio e, a outro, não. A contrariedade à Constituição se revela nesta indevida distinção entre espécies de magistrado como afronta ao princípio constitucional da isonomia, em sentido lato e dentro da regulação específica da magistratura: a Constituição e a lei fazem menção ao magistrado, não ao magistrado regido pela Lei y e ao magistrado regido pela lei z. Não. O mínimo garantido pela LOMAN é de observância obrigatória a todos os magistrados brasileiros e deve ser automaticamente recepcionado pelos Estados-membros.

- No Estado do RS, pretende-se a aplicação de dispositivo legal revogado pela LOMAN, quais sejam os arts. 67 e 68 do Estatuto do Magistrado estadual de 1975, que remetem o cômputo do tempo de serviço, deste, ao disposto em Estatuto de Servidor Público estadual, com o que se está a confundir servidor com *membro de Poder* - o juiz - cuja vida funcional só pode ser regulada por regras próprias, em conformidade aos comandos constitucional e federal. Nesta situação, a

¹¹ Como é o caso no âmbito federal, da Lei nº 7.721/89, que revogou expressamente o Decreto nº 2.019/83, dispondo sobre vencimentos dos Ministros do STF e que, no § 1º de seu art. 2º mantém a orientação de que, para a gratificação adicional de tempo de serviço, será computado o tempo de advocacia até o máximo de 15 anos, desde que não concomitante com o tempo de serviço público. No mesmo sentido regulou o Distrito Federal, através da Lei nº 7.728/89, bem como Minas Gerais, cujas Leis nº 8.563/84 e 9.262/86 autorizam este cômputo nos mesmos termos.

Constituição Federal de 1988 passou a ser letra morta, a ela se sobrepondo a lei local.

O que, em verdade, parece estar-se querendo fazer prevalecer, é distinguir aquilo que a LOMAN não distingue: o *tipo* de tempo de serviço hábil à concessão de vantagens temporais. Repisa-se: o Estatuto da Magistratura, lei *complementar* (e, por isto, tradutora de comando constitucional) federal, de observância obrigatória para a magistratura de todo o país e de todos os níveis, não distingue: menciona somente o *tempo de serviço*. Quando quis que ele fosse restrito, assim o fez ao tratar da concessão de aposentadoria e colocação em disponibilidade, exigindo o art. 74 daquele Estatuto que este *tempo de serviço seja público*. Portanto, se a LOMAN não excepcionou tempo de serviço para o benefício originado do transcurso do tempo é porque não quis; não cabe, assim, *data venia* de posicionamentos contrários, ao intérprete e/ou ao aplicador da lei ou, ainda, ao legislador estadual, querer algo diverso, que restringe garantia funcional do magistrado, assegurada na Constituição: a *irredutibilidade de vencimentos* (inciso III do art. 95, CF). E não conceder o que a LOMAN assegura como vantagem funcional do magistrado reduzindo-lhe os vencimentos e, o que é pior, de forma não isonômica, aplicando esta redução a uma parcela, apenas, dos membros da magistratura - aos juízes de carreira -, não é apenas ilegal, mas, essencialmente, inconstitucional.

A estas alturas, caberia ainda perguntar: para o Poder Judiciário não é também de extrema valia recrutar para seus quadros de magistrados de carreira aqueles com experiência profissional na área jurídica? Obviamente que sim, tanto que os egressos do quinto constitucional da classe dos advogados desempenham valioso papel perante nossos tribunais, pois a eles acrescentam sua qualificada experiência nas lides do direito, ampliando os contornos mais rígidos da visão fundamentalmente técnica própria da magistratura de carreira. A lógica, aqui, é a mesma: remunerar em patamares condignos, de forma a atrair experientes profissionais para a árdua tarefa de *dizer o direito*, o que se aplica tanto para magistrados que ingressam na carreira por concurso após anos de exercício da advocacia, quanto para os recrutados da classe dos advogados.

Se tudo que se disse não baste para fundamentar a pretensão em análise, aos argumentos supradeduzidos agrego, ainda, com a devida licença, aqueles lançados pelo hoje Desembargador - inativo - Dr. Jauro Duarte Gehlen em

parecer, proferido no Processo Administrativo nº 462/77, onde, com invulgar brilho, discorre sobre a questão ora em exame, esgotando-a.

Por tais razões, entendo viável o cômputo do tempo de exercício como advogado, para fins de concessão de gratificações temporais, a magistrado estadual de carreira, com a limitação da atividade e do tempo computável na forma a seguir apontada.

4. Da limitação do cômputo de tempo de exercício de advocacia em quinze anos

Até aqui se sustentou que é a LOMAN a lei reguladora da situação funcional do magistrado, razão pela qual deve ser seguido, para o trato da matéria, seu comando e, isto, porque esta é a determinação constitucional, que estabeleceu no País uma magistratura una, não qualificável por categorias que não aquelas ditadas pelas competências jurisdicionais e a dos respectivos enquadramentos nas classes da carreira.

De outra banda, a remuneração dos magistrados também se submete a critérios uniformes, isonômicos, nos termos da graduação consagrada no inciso V do art. 93 da Constituição Federal, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 19/ 98.

Em face dessa uniformidade e isonomia, garantidas no texto da Carta Federal, é que não me parece despropositado estabelecer *que o tempo de serviço* alheio ao serviço público estabelecido no inciso VIII do art. 65 da LOMAN seja, primeiramente, circunscrito ao *exercício da advocacia* e, neste, limitado a quinze anos, desde que não concomitante com o tempo de serviço público, porque estes são os limitadores postos para os magistrados federais, conforme dispõem o Decreto-Lei nº 2.019/8 e a Lei nº 7.721/89 (que regula os vencimentos dos Ministros do STF), bem como para os magistrados do Distrito Federal e dos Territórios - Lei nº 7.728/89, computáveis desde que não concomitantes com serviço público, como regram o § 1º do art. 2º e o parágrafo único do art. 2º, respectivamente, das leis citadas.

5. Da mudança de orientação administrativa e a data para início da percepção do benefício

Os autos do processo em exame deixam claro que, a partir de 1984, o Tribunal de Justiça do Estado do RS passou a permitir o cômputo de tempo de exercício da advocacia para a percepção de vantagens, para os magistrados estaduais que nela ingressaram por concurso público, inclusive. A partir de 22-02-86, o tempo de serviço privado passou a ser averbado proporcionalmente ao limite do tempo de efetivo serviço público. A partir de 22-04-93, houve mudança de posicionamento, e o tempo de serviço privado passou a ser contado somente para aposentadoria e disponibilidade, sendo esta a orientação administrativa até aqui vigente, para os magistrados de carreira. Os magistrados oriundos do quinto constitucional da classe dos advogados, computam o tempo de exercício da advocacia para todos os fins.

Assim sendo, se é verdadeiro que o *princípio da segurança jurídica* deve nortear os atos do administrador público quando cerceia direitos dos administrados, o que implica em aceitar os efeitos de orientação consolidada mesmo quando já não seria mais aceitável, também é válido que a mesma garantia seja dada à administração, na medida em que tem como correto determinado posicionamento. Desta forma, como o que se conclui implica em mudança da orientação até então vigente, o benefício pleiteado só pode ser concedido a partir da data do requerimento, se devidamente aprovada, para o trato da matéria, a mudança do entendimento até aqui adotado pelo colendo Tribunal de Justiça do Estado.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, conclui-se, **em tese**, sobre a matéria em exame:

1) O magistrado de carreira (concursado), do Estado do Rio Grande do Sul, faz jus ao cômputo do tempo de exercício de advocacia como tempo de serviço público, para fins de percepção de gratificações *ex-facto temporis*, nos termos do art. 93 da Constituição Federal de 1988, e do inciso VIII do art. 65 da Lei Complementar nº 35/1979, LOMAM - Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

2) O período computável do tempo de exercício de advocacia fica limitado a 15 (quinze) anos, em razão de critérios isonômicos de fixação de subsídios da Magistratura Nacional, consignados no inciso V, do art. 93, da Constituição Federal, na redação da Emenda nº 19/98, o que implica na adoção, para

o caso, do limitador supra-referido, como previsto no Decreto-Lei nº 2.019/83 e nas Leis nº 7.721/89 e nº 7.728/89.

3) Considerando que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, desde 1993, tinha orientação administrativa consagrada, normativa e isonômica, no sentido de não permitir aos magistrados de carreira o cômputo do tempo de exercício de advocacia para fins de percepção de adicionais temporais, a modificação deste entendimento, sustentada no Parecer daquele Poder, de fls., bem como ora propugnado no presente Parecer, só poderá produzir efeitos a contar desta mudança, de modo que pedidos neste sentido só poderão ser deferidos desde o momento da efetiva adoção, pelo Poder Judiciário, de novo posicionamento sobre a matéria.

Uma vez que isso venha a ocorrer com o caso concreto suscitado, a percepção das gratificações temporais respectivas, conseqüentes à averbação daquele tempo de serviço, se fará somente a partir da data do respectivo requerimento (*ex-nunc*).

Destaco, por fim, que discordo do contido na Informação nº 7283-02.00/00-0, da Consultoria Técnica desta Corte de Contas, firmando entendimento contrário.

Por todo exposto, e ressaltando o contido no § 2º do art. 138 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, bem como que a resposta ao indagado se faz, exclusivamente, *em tese*, opino pela remessa ao consulente, o Egrégio Poder Judiciário do RS, do presente Parecer, porque dá resposta ao indagado.

Auditoria, 09 de julho de 2001.

ROSANE HEINECK SCHMITT
Auditora Substituta de Conselheiro

Processo nº 7283-02.00/00-0

DECISÃO: O Tribunal Pleno, **em sessão de 15-08-2001**, alertando a parte interessada quanto ao teor do parágrafo 2º do artigo 138 do Regimento Interno deste Tribunal, no sentido de que a resposta à Consulta não constitui prejulgamento de fato ou de caso concreto, à unanimidade, acolhe o Voto da Senhora Conselheira-Relatora e decide encaminhar à Autoridade Consulente cópia do Parecer nº 38/2001, da lavra da Senhora Auditora Substituta de Conselheiro Rosane Heineck Schmitt, aprovado

em Sessão desta data, por bem representar o pensamento desta Corte de Contas acerca da matéria versada nos presentes Autos.