**TESE: JUÍZES NÃO SÃO SERVIDORES PÚBLICOS. PARIDADE E INTEGRALIDADE DE VENCIMENTOS, NA APOSENTADORIA, DECORREM DE GARANTIA (IMUNIDADE) DA VITALICIEDADE. EC 21, NO QUE SE REFERE AO ART.93, VI, DA CF, NÃO É AUTOAPLICÁVEL, DEPENDENDO DE RECEPÇÃO PELA LOMAN, NAQUILO QUE COUBER. INEFICÁCIA DA ALTERAÇÃO INTRODUZIDA NO INC. VI, DO ART. 93, DA CF, PREVALECENDO, ATÉ ALTERAÇÃO VÁLIDA PELO STF, O DISPOSTO NO ART. 74, DA LC 35/79.**

**RESUMO:**

1.- Presentemente, por força de necessidade de adequação as normas decorrentes da Reforma do Judiciário e EC´s 21 e 40, impõe-se ao Supremo Tribunal Federal a elaboração de uma nova Lei Orgânica da Magistratura Nacional, sob o império do constante no art. 93, da Constituição Federal, urge que se reflita sobre a importância de se preservar garantias de independência dos magistrados brasileiros, sob pena de, inclusive, desfigurar-se todo um Poder do Estado.

2,- Conquanto os agentes políticos do Estado devam servir ao público, a expressão ***servidor público*** é restrita aqueles que mantêm vínculo de trabalho profissional com os órgãos e entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos de qualquer delas: União, estados, Distrito Federal, municípios e suas respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

3.- A partir da Constituição de 1988, desaparece o conceito de funcionário público, passando-se adotar a designação ampla de servidores públicos, distinguindo-se, no gênero, uma espécie: os servidores públicos civis, que receberam tratamento nos artigos 39 a 41.

4.- Por sua natureza, a expressão não engloba os ***agentes políticos stricto sensu*** do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores), como do Poder Executivo (presidente da República, ministros de Estado, governadores, secretários de Estado, prefeitos e secretários Municipais), ou do ***Poder Judiciário.***

6.- Por isso, não são os juízes servidores públicos, ainda que devam bem servir ao público. São eles agentes políticos do Estado, órgão do Poder Judiciário, pilares da Democracia, das garantias dos indivíduos frente ao Poder Público e, sobretudo, guardiães da própria legalidade e da hierarquia entre os Poderes do Estado.

7.- Como consequência irretorquível, são os magistrados **VITALÍCIOS,** com **GARANTIAS** que não se estendem a outros agentes

políticos, em geral, e servidores públicos, em particular, ***que com os juízes não se confundem***, eis que os servidores públicos se ***curvam*** a ordens, e os demais políticos se ***curvam*** as decisões judiciárias, enquanto **os magistrados se *curvam* apenas a sua consciência e aos ditamos do Direito estabelecido conforme a Constituição**.

8.- E dentre essas garantias está a ***integralidade dos vencimentos e,*** como consequência inevitável, ***a paridade entre ativos e inativos***, estes em virtude de aposentadoria.

9.- Assim observado e obedecido, independentemente de uma pretensa inconstitucionalidade que se possa antepor a imposição, por via de disposição de um poder constitucional derivado, incompetente por isso, para alterar norma pétrea da Constituição original, a aplicação aos magistrados do “regime geral da previdência” dos servidores públicos, prevista no art. 40, CF, não é autoaplicável aos magistrados, dependendo de ser recepcionado pela LOMAN e, portanto, deverá se sujeitar a disciplina regulamentar da Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal. Consequentemente, deve-se ter como ineficaz, para os fins pretendidos pela EC 21, a disposição constante no inc. VI, do Art. 93, da CF.

10.- Concluindo, cabe a LOMAN dispor sobre a garantia de vencimentos integrais e paritários aos aposentados, de modo que, não se há de aplicar irrestritamente o art. 40 como sendo regime previdenciário a ser observado pelo STF, na elaboração da LOMAN, de modo que é de rigor que seja declarada a GARANTIA a aposentadoria aos magistrados, na forma do disposto no Art. 74, Lei Complementar nº 35, de 1977:

**“A aposentadoria dos magistrados vitalícios será compulsória, aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativo, após trinta anos de serviço público, com vencimentos integrais**”

**JUSTIFICATIVA**

A esse respeito, mais uma vez nos socorreremos de conceitos e argumentos deduzidos por um colega de toga, o Juiz Alexandre Nery de Oliveira, de Brasília[[1]](#footnote-1), quando alerta para o fato de que, no momento “em que o Congresso Nacional examina a proposta de emenda à Constituição que altera a situação dos juízes ativos e inativos, ***é imperioso refletir da importância de preservar GARANTIAS DE INDEPENDÊNCIA DOS MAGISTRADOS brasileiros, sob pena de, inclusive, DESFIGURAR-SE TODO UM PODER DO ESTADO”***.

Por isso, sustenta que, se “é certo que também os ***agentes políticos*** devem servir ao público, a expressão “***servidor público”*** passou a ***ter conotação restrita*** em decorrência da CF/88 (antes, cabe recordar, eram funcionários públicos)”. Assim é que ela **NÃO ENGLOBA**, “***de modo algum***, sejam os agentes políticos do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores), sejam do Poder Executivo (presidente da República, ministros de Estado, governadores, secretários de Estado, prefeitos e secretários Municipais), ***sejam do Poder Judiciário (JUÍZES EM TODOS OS GRAUS)***”.

E arremata:

“***Não são os juízes servidores públicos, ainda que devam bem servir ao público na função de julgar. São os magistrados agentes políticos do Estado, órgãos do Poder Judiciário, pilares da Democracia, garantias do indivíduo frente ao Poder Público e guardiães da própria legalidade e da hierarquia entre os Poderes do Estado”.***

Por isso, como já alertara o ilustre magistrado:

“... ***é hora de todos*** (mesmo alguns juízes) conscientizarem-se de que são OS MAGISTRADOS agentes políticos do Estado, com a missão de julgar e declinar interpretações da Lei sobre o Direito aplicável, no tentar enunciar preceitos justos, a cada causa, ainda quando envolva poderosos e francos, ou o próprio Poder Público. Por isso, são os magistrados **VITALÍCIOS**, e por isso têm GARANTIAS que NÃO SE ESTENDEM A OUTROS AGENTES POLÍTICOS, nem a servidores públicos, ***que com os juízes não se confundem,*** tanto assim que os servidores públicos se ***curvam*** a ordens, e os demais políticos se ***curvam*** as decisões judiciárias, enquanto **os magistrados se *curvam* apenas a suas consciências e aos ditames do Direito estabelecido conforme a Constituição**, eis que SÓ A ELES DEFERIU A CARTA MAGNA a ***atribuição maior de dizer o Direito e a Justiça, SÓ A ELES deferiu jurisdição”.***

E dentre estas GARANTIAS está a INTEGRALIDADE DOS PROVENTOS DA APOSENTADORIA, como “um valor supremo perseguido pelo Estado Democrático de Direito, como a justiça e a segurança, ancorado no princípio basilar da separação dos poderes (guindado à condição de cláusula imutável pelo constituinte originário) e este, do seu turno, no da ***independência dos juízes,*** que para ser verdadeira e efetiva NECESSITA CONCRETIZAR-SE FORMAL E MATERIALMENTE, o que se dá também é precisamente ATRAVÉS DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA”[[2]](#footnote-2).

Ora, por mais esse argumento, ou porque **não é servidor público**, inexiste fundamento legal para que se possa determinar o “desconto” dos proventos de aposentadoria de valores para contribuição “para o custeio do regime de que trata o Art. 40 da Constituição Federal”.

Efetivamente, se é certo que, mesmo atentando aos princípios da independência e da separação dos Poderes, como já alertado por Grijalbo Coutinho, através da EC 21 modificou-se a disposição do Art. 93, inciso VI, no sentido de aplicar-se aos magistrados o regime geral da previdência, do Art. 40 da Constituição Federal, não menos certo é que **ficou expressamente consignado** que, em se tratando de magistrado, a regulamentação do respectivo regime, ***observado o disposto no art. 40, DEVERÁ SER DISPOSTA ATRAVÉS DE LEI COMPLEMENTAR, DE INICIATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL***.

Assim, portanto, tratando-se de princípio, ***a ser observado em Lei Orgânica da Magistratura, DE EXCLUSIVA INICIATIVA* LEGISLATIVA *DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL***, o inciso VI, do artigo 93, **NÃO É AUTOEXECUTÁVEL**.

Por isso que, não encontramos, no mencionado art. 4º, da EC 41, qualquer referência aos ***membros do Poder Judiciário***, a par dos “servidores inativos e os pensionistas da União”, como SUJEITOS obrigados à contribuição a que se refere.

E não se diga que a expressão “servidor público” ***INCLUI*** os magistrados, pois não se pode assim admitir, não apenas pelos argumentos já deduzidos acima, mas, e principalmente, porque, em termos legislativos, sempre que o texto constitucional quer incluir os “membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos defensores de mandato eletivo e dos demais AGENTES POLÍTICOS”, a eles se refere **EXPRESSAMENTE** (cf. Art. 37, XI, da CF; art. 1º, da EC 41).

Concluindo, cabe a LOMAN dispor sobre a garantia de vencimentos integrais e paritários aos aposentados, de modo que, não se há de aplicar irrestritamente o art. 40 como sendo regime previdenciário a ser observado pelo STF, na elaboração da LOMAN, de modo que é de rigor a garantia da aposentadoria aos magistrados, voluntariamente, após 30 anos de serviço prestado ou, compulsoriamente, com 75 anos (com a redação dada pela chamada Lei da Bengala), em ambos os casos com vencimentos integrais, na forma do disposto na Lei Complementar nº 75, de 1977.

**DA E.C. Nº 41 E A ADIN Nº 3.105/2004 - STF.**

Ressalta abrir-se um parêntesis para se examinar a questão a luz da ADIn nº 3.105/2004, julgada em 18/08/2004 pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando a CONSTITUCIONALIDADE do Art. 4º, da Emenda Constitucional nº 41, e ***afastando***  a alegação de ***DIREITO ADQUIRIDO***, formulada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público em favor de ***SERVIDORES INATIVOS, e sua REPERCUSSÃO em relação à pretensão aqui formulada.***

A propósito da IMUNIDADE acima sustentada, o Senhor Ministro CEZAR PELUSO – eminente Relator – em seu voto vencedor teceu considerações a respeito da **DIFERENÇA** que existe entre **DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO DE PREVIDÊNCIA** e **IMUNIDADE DE TRIBUTAÇÃO**, razão porque nos permitimos fazer a seguinte transcrição, da parte respectiva:

“[...] ***o direito adquirido ou exaurido***, não precisaria dizê-lo, só se caracteriza como **situação tutelada**, INVULNERÁVEL À EFICÁCIA DA LEI NOVA, quando haja ***norma jurídica que o contemple como tal*** no segundo membro de sua estrutura lingüística (proposição normativa), como conseqüência jurídica da perfeita realização histórica (fattispecie concreta) do fato hipotético previsto, como tipo (fattispecie abstrata), no primeiro membro da proposição normativa”.

Talvez conviesse recordar ao propósito, conquanto em esquema simplificado, que toda norma jurídica prática, cuja vocação está em induzir comportamento, prevê, na primeira cláusula de sua formulação lingüística, enunciada em termos típicos, mas complexos, fato ou fatos de possível ocorrência histórica (*fattispecie* abstrata), e liga à sua realização completa no mundo físico (*fattispecie* concreta), por imputação ideal (*causalidade normativa),* na segunda cláusula, a produção de certo efeito ou efeitos jurídicos, redutíveis, de regra ***às categorias conceituais de obrigações ou de direitos subjetivos***.

De modo que, reproduzido na realidade, em toda a sua inteireza, com a ocorrência do fato, o modelo ou tipo normativo, descrito como hipotético na primeira cláusula, dá-se no mundo jurídico, o fenômeno de *incidência* da norma sobre o fato (ou *subsunção* do fato à norma), mediante o qual o fato realizado se *jurisdiciza* e, fazendo-se jurídico, isto é, ***DIREITO RECONHECIDO A TITULAR OU TITULARES PERSONALIZADOS[[3]](#footnote-3)*** (com adjetivo possessivo). Daí afirmar-se:

*“****Inexiste direito subjetivo sem norma incidente sobre fato do homem ou sobre o homem como fato****: sobre seu mero existir ou sobre conduta sua.* ***O direito subjetivo é efeito de fato jurídico, ou de fato que se jurisdicizou: situa-se no lado da relação, que é efeito.*** *Isso quer nos direitos subjetivos absolutos, privados ou públicos, quer nos direitos subjetivos relativos”.*

Dentro de tais conceitos, portanto, ao discriminar o magistrado na norma assecuratória dos ***VENCIMENTOS integrais*** na aposentadoria, a Constituição Federal, JURISDICIZOU O MAGISTRADO COMO ***FATO*** SOBRE QUE DEVE INCIDIR A ***NORMA***, de forma que se deve reconhecê-lo como ***TITULAR PERSONALIZADO DE TAL*** ***DIREITO*** (***com adjetivo possessivo).***

Logo, tratando-se uma garantia constitucional, consubstanciada numa ***imunidade*** concedida por norma expressa da Constituição, ela não pode ser alterada senão por nova norma constitucional originária, não derivada, pois esta se contraporia ao complemento da norma de regência da garantia, de regulamento vinculado pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do artigo 93, *caput*, da Constituição Federal.

Consequentemente:

1.- Cabe a LOMAN, e ***apenas a ela***, dispor sobre as garantias da magistratura, por força do comando constitucional do Artigo 93, CF;

2.- Consequentemente, só ela pode reger a disciplina de vencimentos aos aposentados, de modo que, não se há de aplicar irrestritamente a EC 20/98;

3.- De fato, ao alterar redação ao artigo 93, inc. VI, da CF, introduzindo o regime previdenciário único, dos servidores públicos para os magistrados, não respeitou a regra dispositiva para a elaboração da LOMAN;

4.- Consequentemente, não cumprido o quanto imposto no *caput* do Art. 93, da CF, é totalmente ineficaz a pretendida alteração imediata de seu inciso VI;

5.- Isto posto, enquanto não alterada, por iniciativa do Supremo Tribunal Federal, deve ser respeitada a GARANTIA a aposentadoria aos magistrados, na forma do disposto no Art. 74, Lei Complementar nº 35, de 1977:

**“A aposentadoria dos magistrados vitalícios será compulsória, aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativo, após trinta anos de serviço público, com vencimentos integrais**”.

6.- Dessa forma, assim cabe ser declarada *ex officio* INEFICAZ a alteração em causa, por não recepcionada pela Constituição por força do contido, repita-se, no *caput* do Artigo 93, no que se refere a LOMAN e os direitos e deveres da magistratura.

1. *apud* Artigo “Juízes Não São Funcionários Públicos”, publicado pela Internet, site [www.terravista.pt/copacabana](http://www.terravista.pt/copacabana), cópia anexa. [↑](#footnote-ref-1)
2. “*Magistratura e Previdência: Mitos e Realidades”*, Romano José Enzweiler, Juiz de Direito em Santa Catarina, *apud* Site da AMB, [www.amb.com.br](http://www.amb.com.br), cópia anexa. [↑](#footnote-ref-2)
3. No caso, MAGISTRADOS. [↑](#footnote-ref-3)