

Procuradoria Jurídica

Processo nº: 04828/2017-0

Interessado: Tribunal de Contas do Estado do Ceará

PARECER 1208/2017

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO.
TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO
ESTADO DO CEARÁ. EXTINÇÃO. EC 92/2017.
DISPONIBILIDADE NÃO PUNITIVA.
REMUNERAÇÃO INTEGRAL. AUXÍLIOS
MORADIA E ALIMENTAÇÃO. VERBA *PROPTER
LABOREM*. CARÁTER ALIMENTAR.
IRREPETIBILIDADE.

1. Integralidade da remuneração, para os fins do art. 2º da EC 92/2017 significa ausência de proporcionalização em função do tempo de serviço, como usualmente ocorre na disponibilidade não punitiva que ocorre quando a lotação do magistrado é extinta (art. 31, LC 35/79).

2. Exsurge indevida a percepção de verbas de natureza indenizatória (*propter laborem*) quando não presente o correspondente exercício funcional, como ocorre na disponibilidade não punitiva.

3. O recebimento de verba indenizatória de cunho alimentar, de boa-fé, impede a sua repetição (desconto) por parte da Administração. Precedentes do STJ.

4. Consulta conhecida e respondida nos termos da conclusão do presente Parecer.

I

1. Tratam os autos de Consulta encaminhada pela Secretaria de Administração do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, levando em consideração o teor do art. 2º da EC 92/2017, que, ao extinguir os cargos de Conselheiros do Tribunal de Contas dos Municípios (TCM), estatuiu que os seus mesmos permanecerão em regime de **disponibilidade**, com direito à percepção integral de suas remunerações.

2. Ante a isso, indaga:

(i) “os auxílios moradia e alimentação para os membros do extinto TCM deverão ser pagos após a publicação da referida Emenda, apesar de estarem em disponibilidade?”

(ii) “caso o pagamento seja indevido, os valores pagos a partir do dia 21/08/2017, data da publicação da Emenda, deverão ser devolvidos proporcionalmente?”

É o basta relatar.

II

Passo a opinar.

II.1. Conselheiro em disponibilidade não punitiva: subsídio integral.

3. O mencionado art. 2º da EC 92/2017, reza:

“Art. 2º Ficam extintos os cargos de Conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios e os seus integrantes são postos em **disponibilidade**, a partir da publicação da presente Emenda Constitucional, **com direito à percepção integral de suas remunerações**, incluídos os subsídios, direitos e vantagens pecuniárias, garantidos os reajustes nas mesmas datas e proporção dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.”

4. No âmbito do *regime jurídico único*, a **disponibilidade** consiste na situação funcional em que o exercício do cargo público, desempenhado por servidor público, é cessado em decorrência da extinção do cargo ou da declaração de sua desnecessidade¹. Se assim ocorrer,

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 667.

o art. 41, §3º, da Constituição Federal preconiza que o “servidor estável ficará em disponibilidade, com **remuneração proporcional** ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo”.

5. O caso em questão, entretanto, versa sobre Conselheiros do extinto Tribunal de Contas dos Municípios, que possuem as mesmas “garantias, prerrogativas, impedimentos, subsídios, direitos e vantagens dos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará”, na dicção do art. 79, §3º da CE/89 (redação anterior à EC 92/2017), cujo fundamento de validade reside nos art. 73, §3º, c/c art. 75, CF/88. E no marco do *regime jurídico da magistratura*, aplicável à espécie, há institutos que é mister distinguir.

6. Primeiramente, há a **disponibilidade punitiva**, modalidade de sanção funcional (art. 93, inc. VIII, CF/88), pela qual “o juiz fica afastado compulsoriamente de seu cargo, percebendo subsídios **proporcionais** ao tempo de serviço”². Por seu turno, a **disponibilidade não punitiva** “ocorre quando a lotação do magistrado é extinta”³; relaciona-se intimamente com a garantia da **inamovibilidade** (art. 95, inc. II, CF/88). Quando há mudança na sede do juízo, o magistrado não pode ser compulsoriamente remetido a outra localidade sem sua anuência. Assim, discordando da lotação compulsoriamente fixada, pode o magistrado recusar o aproveitamento, permanecendo em disponibilidade (art. 31, LC 35/79) – muito embora possa o Tribunal, por maioria absoluta, determinar o aproveitamento, segundo o E. Supremo Tribunal Federal (**RMS 21.950/DF**, Rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, julgamento em 09/08/1994, DJ de 27/10/1994).

7. A **disponibilidade não punitiva** dá-se com **vencimentos integrais**, segundo o art. 31 da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), LC 35/79. E disso não destoa o **Código de Divisão e de Organização Judiciária do Estado do Ceará** (Lei Estadual 12.342/1994):

“Art. 275 – A **disponibilidade**, em caso de mudança da sede do Juízo, por não haver o juiz aceito remoção para a mesma comarca ou outra de igual

2 ALVES, Alexandre Henry. **Regime Jurídico da Magistratura**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 487.

3 ALVES, Alexandre Henry. **Regime Jurídico da Magistratura**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 307.

entrância, **outorga ao magistrado a percepção de vencimentos inteiros e contagem do tempo de serviço como se estivesse em exercício**, e será declarada por ato do Presidente do Tribunal, independentemente de manifestação do Colegiado, assegurado o seu aproveitamento na forma do § 3º do art. 208 deste Código”.

Art. 307 – Os magistrados gozam das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, salvo as restrições expressas na Constituição Federal e Estadual.

§ 3º – Em caso de mudança da sede do Juízo, será facultado ao Juiz remover-se para ela ou para comarca de igual entrância, **ou obter a disponibilidade com vencimentos inteiros**.”

8. Por tudo isso, o art. 2º da EC 92/2017 pode ser lido à outra luz quando se considera o regime jurídico da magistratura. Nos cânones dos art. 31 da LOMAN e art. 275, da Lei Estadual 12.342/1994, percebe-se que **o art. 2º da EC 92/2017 encerra hipótese de disponibilidade não punitiva**, decorrente da extinção dos cargos antes ocupados pelos Srs. Conselheiros, donde a percepção de **subsídios inteiros**.

9. E nem se fale que com isso estaríamos a inverter a pirâmide normativa, conferindo mais peso à LOMAN do que à Constituição Federal. Definitivamente, não. É a própria Constituição que demarca em favor da Magistratura um regime funcional especial (arts. 93-95, CF/88).

10. Nesse sentido o E. Supremo Tribunal Federal, no **RE 164.817/RJ**, que ensina que os dispositivos previstos no Capítulo VII do Título III da Constituição Federal têm como destinatário principal o servidor público *stricto sensu*, e não os magistrados, agentes políticos. Conseqüentemente, a regra do art. 41, §3º, CF, concernente ao aproveitamento de **servidor estável** posto em disponibilidade, **não se aplica** necessariamente a **magistrado**, que é **servidor vitalício**⁴. Ilustrativamente, o caso versava sobre a pretensão de

4 O fato de o julgado referir-se à redação do art. 41, §3º, CF, é desinfluyente. Seja na antiga redação ou

“aproveitamento obrigatório” de Conselheiro do extinto Conselho de Contas dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, que estava em disponibilidade e objetiva que um provimento judicial lhe investisse na vaga de Conselheiro do TCE/RJ, que estava então aberta:

EMENTA:

- Pretensão de aproveitamento obrigatório de Conselheiro do Conselho de Contas dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, posto em disponibilidade por causa da extinção desse Conselho, em vaga de Conselheiro do Tribunal de Contas do mesmo Estado.

- **O par. 3. do artigo 41 da Constituição Federal tem como destinatário apenas o servidor estável**, não se podendo aplicar por analogia por constituir, no sistema constitucional, exceção a vedação da forma de investidura derivada como o e o aproveitamento, em face da exigência do concurso público nos termos do inciso II do artigo 37 da Carta Magna.

- **Por outro lado, "servidor vitalício" não é abarcável pela expressão servidor estável, para permitir, ainda que por interpretação extensiva, que aquele seja abrangido nesta, dada a diversidade de regimes jurídicos de um e de outro.**

Recurso extraordinário não conhecido. (RE 164817/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 23/11/1993, DJ 05/08/1994)

11. Bem estabelecido que a expressão “**percepção integral de suas remunerações**”, contida no art. 2º, EC 92/2017, **relaciona-se o instituto da disponibilidade não punitiva**, vê-se que sua finalidade é a de explicar que a remuneração dos Conselheiros – servidores vitalícios – será **integral no sentido de não sofrer proporcionalização em função do tempo de serviço** (como ocorre com o servidor estatutário). A integralidade não quer significar “imutabilidade”, como se todas as verbas percebidas em atividade também se

naquela conferida pela EC 19/98, a expressão "servidor estável" permanece. O que mudou foi apenas a consequência da disponibilidade: agora, para o servidor estável, a remuneração será proporcional ao tempo de serviço".

fizessem devidas na disponibilidade, automaticamente: bem o exemplifica as verbas de natureza indenizatória objeto de questionamento na presente Consulta.

II.2. Auxílio-alimentação: verba *propter laborem* não devida a Conselheiro em disponibilidade.

12. O bom deslinde do caso passa pela correta compreensão de que **o auxílio-alimentação não decorre da relação funcional, mas sim do exercício efetivo**. Tem natureza jurídica de gratificação de serviço, verba *propter laborem*⁵. O magistério de Hely Lopes Meirelles, no ponto, é assaz preciso:

“Gratificação de serviço (*propter laborem*) é aquela que a Administração institui para recompensar riscos ou ônus decorrentes de trabalhos normais executados em condições anormais (...). **Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja**, porque são retribuições pecuniárias *pro labore faciendo* e *propter laborem*. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento. Daí por que não se incorporam automaticamente no vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador.”⁶

13. Tal natureza jurídica é corroborada em erudito voto de lavra do Eminentíssimo Ministro Eros Grau:

"O auxílio-alimentação é vantagem pecuniária *pro labore faciendo* e tem seu contorno jurídico estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal como

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. Ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 308.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 463-464

direito que depende do efetivo exercício e que “não se estende aos inativos e pensionistas, vez que se trata de verba indenizatória destinada a cobrir os custos de refeição devida exclusivamente ao servidor que se encontrar no exercício de suas funções, não se incorporando à remuneração nem aos proventos de aposentadoria” (STF, **AgR-AI 586.615-PR**, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 08/08/2006, v.u., DJ 01/09/2006, p. 37).

14. Essa *ratio* levou o STF a editar, em **28/03/2016**, a **Súmula Vinculante 55**, cujo enunciado é: “**o direito ao auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos**”. Não se estende precisamente porque se trata de verba indenizatória cuja percepção se dá *propter laborem*, exigindo que o servidor se encontre no efetivo exercício de suas funções para auferi-la. Assim, **tal verba não adere à remuneração**. Os precedentes representativos do enunciado bem o evidenciam:

“Esta Corte tem entendido que o direito ao vale-alimentação ou auxílio-alimentação não se estende aos inativos por força do §4º do artigo 40 da Constituição Federal, porquanto **se trata, em verdade, de verba indenizatória destinada a cobrir os custos de refeição devida exclusivamente ao servidor que se encontrar no exercício de suas funções, não se incorporando à remuneração nem aos proventos de aposentadoria** (assim, a título exemplificativo, nos RREE 220.713, 220.048, 228.083, 237.362 e 227.036). - E ainda em face do § 8º do artigo 40 na redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, o Plenário deste Tribunal, ao julgar a ADI 575, manteve o entendimento de que ”a regra de extensão aos inativos das melhorias da remuneração dos correspondentes servidores em atividade (CF, art. 40, § 8º, cf. EC 20/98) não implica a permanente e absoluta paridade entre proventos e vencimentos, dado que nos últimos se podem incluir vantagens pecuniárias que, por sua natureza, só podem ser atribuídas aos serviço ativo”. (**RE 318.684**, Relator Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, julgamento em 9.10.2001, DJ de 9.11.2001).

Como visto, foi determinante para a decisão da controvérsia a circunstância de estar-se, no caso, diante de verba indenizatória, destinada a cobrir os custos de uma refeição diária, e, portanto, **devida exclusivamente ao servidor que se encontrar no exercício de suas funções**, não se incorporando à remuneração e, por óbvio, aos proventos de aposentadoria. Se assim é, relativamente aos servidores ativos, não poderia ser diferente em relação aos servidores que se inativaram antes da edição da lei instituidora do auxílio (*sic*) em tela." (RE 228.083, Relator Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgamento em 26.3.1999, DJ de 25.6.1999).

“Como acentuou o acórdão recorrido: ‘o pedido de concessão do vale-alimentação não tem procedência, pois esse benefício foi criado posteriormente ao óbito do servidor, **além de ser devido apenas aos funcionários da ativa**’”. (RE 220.713-6/RS, Rel Min. Sydney Sanches, DJ 13.02.1998)

“Esta Corte tem entendido que o **direito ao vale-alimentação ou auxílio-alimentação não se estende aos inativos por força do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal**, porquanto se trata, em verdade, de verba indenizatória destinada a cobrir os custos de refeição **devida exclusivamente ao servidor que se encontrar no exercício de suas funções, não se incorporando à remuneração nem aos proventos de aposentadoria**”. (RE nº 231.389/RS, Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 20/04/99)

“Vale-refeição. Extensão aos inativos. CF/88, artigo 40, § 4º. Inaplicabilidade da norma, **dada a natureza indenizatória do benefício**, que apenas visa ressarcir valores despendidos com alimentação pelo **servidor em atividade**, sem, contudo, integrar sua remuneração.” (...) “Portanto, **não integrando o benefício do vale-alimentação o vencimento ou salário** nem sendo o mesmo compatível com a situação do aposentado, não pode ser incluído na hipótese prevista no § 4º do artigo 40 da Constituição Federal.” (RE nº 236.449-1/RS: Rel. Min. Maurício Corrêa,

DJ. 20/04/99)

15. A disponibilidade “não punitiva”, no âmbito do regime jurídico da magistratura, consiste na situação jurídica em que a solução de continuidade do exercício funcional decorre da extinção do cargo em que se dava a lotação do magistrado. Por definição ela é incompatível com o exercício. **Bem considerado que o auxílio-alimentação pressupõe o exercício, é de rigor concluir que com o advento da EC 92/2017, os Conselheiros do extinto TCM postos em disponibilidade não fazem jus ao pagamento de auxílio-alimentação.**

16. Não desconhecemos que o C. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)** tem sólido entendimento no sentido de que faz jus ao auxílio-alimentação e ao auxílio-moradia o magistrado afastado do seu exercício para responder a Processo Administrativo Disciplinar (PAD). Trata-se do assim chamado **afastamento provisório** (art. 27, §3º, LC 35/79); **que não se confunde com a disponibilidade**. Nem com aquela punitiva, que pode até consistir no resultado final do PAD, nem com a disponibilidade não punitiva, uma vez que relação alguma tem com extinção de cargo antes ocupado.

17. O **afastamento provisório** é medida tipicamente cautelar, que preserva não só o magistrado – objeto da persecução disciplinar – como também a própria dignidade da jurisdição. Situando-se em sede de procedimento sancionatório, o art. 27, §3º, da LOMAN deve ser lido à luz do princípio constitucional da **presunção de inocência**, corolário da cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, inc. LV, CF). O que levou o **CNJ** a empreender interpretação ampliativa à parte final desse dispositivo, que reza que o afastamento do magistrado dar-se-á “**sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens, até a decisão final**”.

18. Com efeito, no Procedimento de Controle Administrativo 0001180-22.2016.2.00.0000, o fundamento determinante para se conceder auxílios alimentação e moradia a magistrado que não se encontra em exercício por razão de afastamento provisório

(art. 27, §3º, LC 35/79), consiste no dever de o Poder Público não antecipar uma culpa que somente ao final de um procedimento pode se mostrar devida, conferindo maior peso ao direito fundamental de presunção de inocência:

"Ademais dos argumentos já expendidos, saliento que o entendimento sufragado pelo Exmo. Relator – a quem rendo renovadas homenagens –, ao equiparar a **inatividade** do magistrado afastado cautelarmente da jurisdição à do magistrado aposentado compulsoriamente, desconsidera, *data vênia*, as implicações de ordem disciplinar intrínsecas à questão.

A mais importante consideração a fazer, nesse sentido, é que a decisão sobre o afastamento cautelar do magistrado em decorrência de instauração de processo disciplinar é medida **preventiva, precária**, revogável a qualquer tempo. Por essa razão, a decisão de decotar o valor dos auxílios moradia e alimentação das verbas recebidas pelo magistrado afastado, sem respaldo legal e sem a efetiva comprovação de sua responsabilidade disciplinar, configura inegável **antecipação da culpa e da própria pena**, hipótese inadmitida em nosso sistema jurídico.

Tal raciocínio conduziria, em última análise, à possibilidade de um magistrado afastado cautelarmente – mas absolvido ao final – ver-se tolhido direito à percepção dos auxílios **pelo simples fato de estar respondendo a processo administrativo disciplinar**.

Tais são as razões que me animam a lançar respeitosa divergência, convicto de que entendimento em sentido contrário atenta contra os princípios da **presunção de inocência, da legalidade estrita e do devido processo legal**.

O mesmo raciocínio desenvolvido para o auxílio moradia deve ser aplicado ao auxílio alimentação.

Ante o exposto, divirjo do Exmo. Conselheiro. Relator para **JULGAR PROCEDENTE** o pedido formulado no presente Procedimento, determinando ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará que efetue o pagamento das verbas relativas aos auxílios moradia e alimentação ao

Requerente correspondentes ao período de seu afastamento cautelar."

(Voto do Exmo. Conselheiro Lélío Bentes Corrêa, Relator para o Acórdão. CNJ, Procedimento de Controle Administrativo 0001180-22.2016.2.00.0000, Rel. Originário Cons. Rogério Nascimento, Dje 166/2016, Disponibilizado em 19 de setembro de 2016).

19. Bem delimitado que o entendimento do CNJ no sentido de manutenção do auxílio alimentação (e moradia) a magistrado afastado de suas funções tem como fundamento de direito o art. 27, §3º, LC 35/79, e como fundamento de fato um Processo Administrativo Disciplinar, vê-se que seria inadequado trasladar essa jurisprudência ao presente caso. Conclui-se, assim, que a extinção do TCM, promovida pela EC 92/2017, faz cessar o exercício funcional dos antigos Conselheiros, colocando-os em disponibilidade, de sorte a tornar indevido o pagamento do auxílio-alimentação, **ausente que está seu pressuposto: o efetivo exercício funcional.**

II.3. Auxílio-moradia: verba *propter laborem* não devida a Conselheiro em disponibilidade.

20. A ajuda de custo para moradia é direito previsto no art. 65, inc. II, da LOMAN:

Art. 65 - Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:

[...].

II - ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver residência oficial à disposição do Magistrado.

21. Sua percepção é condicionada à inexistência de residência oficial à disposição do Magistrado, o que já deixa antever a sua natureza tipicamente **indenizatória**: possuindo, o Magistrado, o dever constitucional de residir na Comarca em que se encontra investido (art. 93, inc. VII, CF/88), é mais que razoável que o Estado indenize-o em razão das despesas

decorrentes do custo para morar, com sua família, na respectiva comarca⁷. Alexandre Henry Alves bem o explica:

“Há outro ângulo pelo qual se pode observar o caso específico dos magistrados. É que a LOMAN, ao dizer que pode ser pago ao juiz o auxílio-moradia se não houver residência oficial à sua disposição, acaba criando para o magistrado o direito de ter para si uma moradia custeada pelo tribunal. Se esse direito não é efetivado, resolve-se o caso por meio de indenização”

22. Seu pagamento não revela incompatibilidade com o regime constitucional de subsídio, próprio à magistratura (art. 39, §4º, CF), precisamente em razão de sua natureza **indenizatória**, como sempre foi claro ao CNJ, desde sua **Resolução 13/2006**.

23. Nessa senda prosseguiu o Excelso **Supremo Tribunal Federal**, na Ação Originária (AO) 1773/DF, Rel. Min. Luiz Fux, que em sede de tutela antecipada conheceu do pedido juízes federais, deferindo-lhes a percepção da ajuda de custo para moradia, entendimento depois reproduzido nas Ações Originárias 1946 e 2511, e assim estendido para os demais magistrados brasileiros. Nesse sentido:

"AÇÃO ORIGINÁRIA. MAGISTRATURA FEDERAL. AJUDA DE CUSTO PARA FINS DE MORADIA. DIREITO ASSEGURADO EXPRESSAMENTE PELO ART. 65, INCISO ii, DA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (LOMAN) E PERCEBIDO POR MAGISTRADOS EM SITUAÇÃO SEMELHANTE À DOS AUTORES. DIREITO QUE JÁ É RECONHECIDO A SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS SUBORDINADOS DIRETAMENTE A JUÍZES FEDERAIS, JUÍZES DE DIREITO DOS ESTADOS, PROMOTORES DE JUSTIÇA ESTADUAIS, A MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

7 PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. GONÇALVES, José Wilson. **Comentários à Lei Orgânica da Magistratura Nacional**. São Paulo: RT, 2010, p. 132.

FEDERAL, MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL E DIVERSAS OUTRAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS. *IN CASU*, A CONCESSÃO DO DIREITO PRETENDIDO PELOS JUÍZES FEDERAIS BRASILEIROS ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA E DA MORALIDADE, POSTO CONTEMPLADO NA LEI E NO TEXTO CONSTITUCIONAL. DEVERAS, A CONCESSÃO NÃO ENCERRA A INIQUIDADE, PORQUANTO, MESMO APÓS A SUA IMPLEMENTAÇÃO, O JUIZ FEDERAL PASSARÁ A RECEBER REMUNERAÇÃO MENSAL AQUÉM DE VÁRIOS SEGMENTOS QUE ATUAM NA ESFERA JUDICIAL. É QUE A CONCESSÃO VISA A SERVIR DE INSTRUMENTO DE MORALIZAÇÃO DESTINADA A ASSEGURAR A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO E EVITAR O INDESEJÁVEL CRESCIMENTO DO ELEVADO NÚMERO DE JUÍZES FEDERAIS QUE SE EXONERAM DOS SEUS CARGOS PARA OCUPAR OUTROS DE NATUREZA PÚBLICA, TORNANDO A MAGISTRATURA MERA CARREIRA DE PASSAGEM. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR E PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA" (STF, **Ação Originária 1.773/DF – MC. Rel. Min. Luiz Fux**. DJe nº 181, divulgado em 17/09/2014)

"Compulsando os autos, é possível verificar que a pretensão da Associação Autora possui a mesma *causa petendi* que a daquela formulada pelos Magistrados Federais na AO 1.773 e pelos Magistrados do Trabalho na AO 1946, qual seja, a de concessão do auxílio-moradia aos magistrados da Justiça Militar e dos poucos Estados que, ainda, não pagam auxílio moradia a quem não possui residência oficial à sua disposição.

[...].

Ex positis, e considerando tratar-se de matéria exclusivamente de direito, **acolho o pedido de liminar** nos mesmos termos que o da decisão proferida na AO 1.773 aos magistrados da Justiça Militar e dos Estados do Acre, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Sul e São Paulo, com o destaque de que o pagamento do referido auxílio independe de regulamentação pelo CNJ, tal como já deferido na AO 1.773 e na ACO 2.511. Esta liminar produz efeitos a partir do mesmo momento da liminar deferida na AO 1.773". (STF, Ação Originária 1.946/DF – MC, Rel. Min. Luiz Fux, DJE nº 190, divulgado em 29/09/2014)

24. Inquestionável sua **natureza indenizatória**, reservamos, quanto ao auxílio-moradia, a nossa **mesma opinião** relativa à **impossibilidade** de pagamento de auxílio-alimentação a Conselheiro posto em **disponibilidade**, exposta no subitem anterior (II.2). E nos conforta saber que o Colendo **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará** adotou, na **Resolução do Tribunal Pleno nº 06/2016** (de 20/10/2016), idêntico raciocínio, consignando que a ajuda de custo auxílio-moradia faz-se devida “a todos os magistrados que se encontrem em **efetivo exercício**”.

II.4. Posicionamento quanto aos valores referentes à competência de agosto de 2017.

25. Nosso encaminhamento no sentido de ser indevida a percepção dos auxílios alimentação e moradia a Conselheiro em disponibilidade não nos leva tão longe ao ponto de entender que aquilo que foi pago referente ao período compreendido entre 21/08/2017 e 31/08/2017 deva ser objeto de reposição.

26. No que toca ao **auxílio-moradia**, o mesmo é de **impossível fracionamento**. Pelos fundamentos aventados no item II.3, o auxílio-moradia pago em 01/08/2017 refere-se ao custo de moradia gasto pelo Conselheiro para o mês julho de 2017 com um todo. Mesmo que a antiga Administração do TCM tivesse a mais absoluta certeza de que o mesmo seria extinto pela Emenda Constitucional no dia 21 de agosto de 2017, não poderia pagá-lo em

proporção de 21/30. Igualmente, quando o TCE procede ao pagamento de auxílio-moradia no contracheque de 01/09/2017, o mesmo refere-se ao custo de moradia para o mês de agosto, quando os Conselheiros encontravam-se em exercício. É até óbvio que custos ordinários com moradia não possuem como referente a unidade temporal “dia”, mas sim ao “mês” enquanto um todo. **Dessa forma, o pagamento foi devido.**

27. No que pertine ao **auxílio-alimentação**, o encaminhamento é o mesmo, no sentido de que o TCE não deve glosar a quantia referente ao período compreendido entre 21 e 31/08/2017: quando o auxílio foi pago em 1º de agosto de 2017, pela Administração do TCM, o foi de boa-fé (sendo inexigível esperar que se presuma pela extinção do órgão a qualquer momento).

28. E embora não tenha sido objeto de questionamento, já adiantamos que quanto aos valores pagos em 1º de setembro de 2017, pela Administração do TCE, para a competência de setembro de 2017, também somos da opinião de que **a verba não requer repetição**. Importa asseverar que a folha do Quadro Funcional do TCM para o mês de setembro de 2017 foi gerada na Administração da extinta Corte de Contas. Em razão de inúmeros impasses que aqui não importam relatar, a mesma, que deveria ser gerada por volta de 15 de agosto de 2017, ainda não havia sido concluída aos 28 de agosto de 2017. Não era de se esperar que se procedesse a uma verticalizada auditoria da Folha do TCM, cujo processamento já estava atrasado, com risco concreto de atraso do pagamento dos salários. Ademais, **o pagamento do auxílio-alimentação em tela sequer pode ser visto como um ato em desconformidade com o direito**. Afigura-nos irrazoável exigir que o setor responsável pela Folha do TCM tivesse, tão logo publicada a Emenda, a mesma interpretação exposta no presente Parecer acerca do art. 2º da EC 92/2017, no sentido de que a integralidade lá mencionada diz com a ausência de proporcionalização dos subsídios em função do tempo de serviço. Não fere a lógica do razoável que a Administração interprete tal regra no sentido de uma total imutabilidade da remuneração auferida no exercício e em disponibilidade. Sustentar em sentido contrário equivale a consignar a inutilidade do presente Parecer, que em tão cenário seria um relato do óbvio. **O que é vedado é que a**

aplicação retroativa de nova interpretação do direito, como estamos a realizar agora, gere efeitos em desfavor do administrado (art. 2º, parágrafo único, inc. XIII, Lei 9.784/99).

29. Tanto o mais porque a verba em questão ostenta clara natureza **alimentar** (até em seu título) e **indenizatória**. Quando confrontado com situações que tais, o C. **Superior Tribunal de Justiça** posiciona-se pela **irrepetibilidade**, quando a mesma ocorre de boa-fé, como é o caso dos autos. Nesse sentido: AgRg no AREsp 6.788/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 30/9/11; AgRg no Ag 1.424.798/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16/2/12; AgRg no Ag 1.422.169/RN, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 29/2/12; AgRg no REsp 1.336.996/AP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/10/12; AgRg no AREsp 172.115/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/11/12; AgRg no REsp 1329172/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/08/12.

30. Tais fundamentos calham ao caso em apreciação, e recomendam que, quanto à segunda indagação da Consulta, seja adotado o entendimento de que os valores que já tenham sido pagos tomando-se como referência o interregno situado entre 21/08/2017 e 31/08/2017 não sejam objeto de repetição (desconto), **dado seu caráter alimentar e indenizatório**.

III

Por todo o exposto, responde-se à presente Consulta nos seguintes termos:

a) A expressão “**percepção integral de suas remunerações**”, contida no art. 2º, EC 92/2017, **relaciona-se o instituto da disponibilidade não punitiva** (art. 31 da LOMAN e art. 275, da Lei Estadual 12.342/1994); sua finalidade é a de explicar que a remuneração dos Conselheiros será **integral no sentido de não sofrer proporcionalização em função do tempo de**

serviço; não quer significar “imutabilidade”, como se todas as verbas percebidas em atividade também se fizessem devidas ao Conselheiro em disponibilidade, automaticamente.

b) O auxílio-alimentação e o auxílio-moradia consubstanciam verbas alimentares, de natureza *propter laborem*. Sua percepção pressupõe efetivo exercício, sendo medida de rigor concluir que com o advento da EC 92/2017, os Conselheiros do extinto TCM, postos em disponibilidade, não podem fazer jus a elas.

c) Os valores referentes a auxílio-alimentação e auxílio-moradia, que já tenham sido pagos tomando-se como referência o interregno situado entre 21/08/2017 e 31/08/2017, não podem ser objeto de repetição (desconto), **dado seu caráter alimentar e indenizatório.**

É o que nos parece, salvo melhor juízo.

À elevada consideração superior do Exmo. Sr. Presidente.

Fortaleza, 18 de setembro de 2017.

Paulo Sávio N. Peixoto Maia

Procurador-Geral

Procuradoria Jurídica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará

DESPACHO

1. Aprovo o Parecer nº 1208/2017 de lavra da Procuradoria Jurídica, que manifestou o seguinte entendimento:

“a) A expressão “**percepção integral de suas remunerações**”, contida no art. 2º, EC 92/2017, **relaciona-se o instituto da disponibilidade não punitiva** (art. 31 da LOMAN e art. 275, da Lei Estadual 12.342/1994); sua finalidade é a de explicar que a remuneração dos Conselheiros será **integral no sentido de não sofrer proporcionalização em função do tempo de serviço**; não quer significar “imutabilidade”, como se todas as verbas percebidas em atividade também se fizessem devidas ao Conselheiro em disponibilidade, automaticamente.

b) O auxílio-alimentação e o auxílio-moradia consubstanciam verbas alimentares, de natureza *propter laborem*. Sua percepção pressupõe efetivo exercício, sendo medida de rigor concluir que com o advento da EC 92/2017, os Conselheiros do extinto TCM, postos em disponibilidade, não podem fazer jus a elas.

c) Os valores referentes a auxílio-alimentação e auxílio-moradia, que já tenham sido pagos tomando-se como referência o interregno situado entre 21/08/2017 e 31/08/2017 não podem ser objeto de repetição (desconto), **dado seu caráter alimentar e indenizatório.**”

2. À Secretaria de Administração.

Fortaleza/CE, de setembro de 2017.

Conselheiro **Edilberto Pontes Lima**
PRESIDENTE
Tribunal de Contas do Estado do Ceará