

**EXMO. SR. MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE, entidade de classe de âmbito nacional, representante dos membros da Advocacia-Geral da União, constituída na forma da lei e inscrita no CNPJ/MF sob o nº 24.323.554/0001-98, com endereço no Setor Habitacional Individual Sul – SHIS, Quadra 24, Conjunto 03, Casa 01, Lago Sul, CEP 71665-035, na cidade de Brasília/DF, neste ato representada pelo seu Presidente, Dr. Marcelino Rodrigues Mendes Filho, vem, com fundamento no artigo 103, inciso IX, da Constituição da República, e na Lei nº 9.868/99, propor

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

**COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR**

em face do o artigo 38, *caput* e dos §§1º e 2º, da Lei nº8.112, de 11 de dezembro de 1990, incluído pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997, o qual concede a retribuição pelo trabalho extraordinário decorrente da acumulação de atribuições tão-somente aos procuradores federais que substituírem seus pares “investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial”, nos casos de afastamentos, impedimentos legais ou regulamentares do titular e na vacância do cargo, requerendo a



declaração de sua nulidade, sem redução de texto, por infringência ao artigo 5º, I, §§1º e 2º, artigo 6º, art. 7º, XVI, artigo 37, §6º, artigo 39, §3º e artigo 131 da Constituição Federal e art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

## I - BREVE SÍNTESE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A retribuição ao trabalho extraordinário é um direito constitucional do trabalhador previsto no art. 7º, XVI c/c art. art. 39, §3º, da Constituição Federal. A existência de uma jornada ideal de trabalho pelo estatuto do servidor ou pelo contrato de trabalho não visa apenas compensar o desgaste do trabalhador, mas também promover a melhoria de sua qualidade social e econômica.

No serviço público federal, Lei nº 8.112/90 previu duas maneiras de remunerar o trabalho extraordinário. A substituição, quando se dá a assunção automática e cumulativa de atribuições, em seu artigo 38; e o adicional pelo serviço extraordinário, em seus artigos 73 e 74, para os servidores que têm jornada de trabalho fixa<sup>1</sup>, conforme Orientação Normativa nº 3/2015 da SOF/MPOG.

Os artigos 73 e 74 da Lei nº 8.112/90 não se aplicam, por sua natureza, aos advogados públicos federais, pois assim como ocorre com defensores, juízes, e promotores, não pode existir, pela natureza da atividade desempenhada, um controle fixo de jornada. Segundo a Corregedoria da AGU, "*não tem sentido o controle da atividade mediante preenchimento de folhas de ponto concebidas*

---

<sup>1</sup>. [http://agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/83524](http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/83524), acesso em 1º de maio de 2015.



*para atividades vinculadas a horários de trabalho fixos ou inflexíveis*", conforme Portaria Interministerial AGU/MF/BACEN nº 19/2009<sup>2</sup>.

Por outro lado, o artigo 38, §§1º e 2º, da Lei nº 8.112/90 se refere assunção automática e cumulativa de atribuições decorrente de afastamentos episódicos, que resulta na alteração das condições ordinárias de trabalho daqueles que assumem suas atribuições e beneficiam os advogados públicos que acumulam atribuições, mas apenas um seletivo grupo, na medida em que a lei limita a retribuição pecuniária apenas aos advogados públicos que substituem seus pares investidos em funções de confiança, cargos em comissão ou de natureza especial, criando uma situação anti-isonômica, desproporcional e ensejando o enriquecimento ilícito da Administração Pública que se beneficia de um trabalho sem a devida contraprestação.

Com efeito, conforme parecer do Senado Federal sobre o PLC nº 6, de 2014, que resultou na Lei nº 13.024/14 que regulamentou a matéria no Ministério Público da União<sup>3</sup>, nas situações de acúmulo de trabalho, é incontroverso o dever de pagamento do trabalho extraordinário pelo Estado. Nesse sentido:

"[...] é tema pacificado na doutrina e na jurisprudência pátria que é vedado o enriquecimento ilícito do Estado. Dessa forma, como ocorrerá um acúmulo de ofícios e, portanto, de atribuições, é mais que necessária a devida compensação pecuniária".

---

<sup>2</sup> O trabalhador externo não tem controle de horário, como ocorre com o advogado, defensor ou promotor, mas tem direito à remuneração do trabalho extraordinário, pois sua atividade é sujeita ao controle disciplinar do empregador, que pode aferir se o acúmulo de atribuições realmente está sendo cumprido.

<sup>3</sup> <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=149788&tp=1> Acesso em 29 de maio de 2015.



A fundamentação legislativa está amparada em decisões judiciais e na melhor doutrina. A propósito, ensina **VALENTIN CARRION<sup>4</sup>**, com base na CLT, que **"não há obrigação de prestar serviço além da jornada normal; a negativa será legítima, salvo nos estreitos limites de necessidade imperiosa ou força maior (art. 61)".**

No serviço público, não é diferente. O juiz federal **ANTÔNIO CÉSAR BOCHENEK<sup>5</sup>** presidente da AJUFE sintetizou precisamente o problema, ao defender que: **"todo trabalho corresponde a uma contraprestação".**

Nesse cenário, embora a contraprestação pelo trabalho extraordinário seja, há muitos anos, uma realidade entre os Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil, ela só beneficia poucos.

É essa incompatibilidade da norma impugnada com a Constituição que a presente ADI pretende corrigir, diante da evolução normativa que se viu nos últimos anos.

## **II – DA LEGITIMIDADE ATIVA E DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA DA AÇÃO**

A ANAFE é entidade de classe de âmbito nacional que representa os membros da Advocacia Pública Federal, congregando a

---

<sup>4</sup> CARRION, Valentin. *Comentários a CLT*. 39<sup>a</sup> ed. rev. e atual por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 143

<sup>5</sup> <http://www.conjur.com.br/2014-out-10/juizes-federais-suspendem-processos-pressionar-governo>  
Acesso em 29 de maio de 2014



representação dos Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores do Banco Central e Procuradores da Fazenda Nacional, todos vinculados à Advocacia-Geral da União.

Conforme disposto no art. 1º do seu documento estatutário, a ANAFE é uma associação civil de âmbito nacional que congrega todos os Advogados Públicos Federais de Estado junto à República Federativa do Brasil, considerando, para tanto, como 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, bem como dos cargos em extinção das referidas carreiras, ou do cargo resultante da unificação das carreiras citadas"<sup>6</sup>.

Ressalta-se que a autora possui entre seus filiados todas as carreiras integrantes Advocacia-Geral da União, disciplinados na Seção 11, do Capítulo IV, intitulado "DA ADVOCACIA PÚBLICA", representando, assim, efetivamente, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional, os Procuradores Federais e os Procuradores do Banco Central do Brasil, com abrangência e atuação nacional.

Frise-se que por ocasião do julgamento da ADI 3787/DF, esta Egrégia Corte, em sede monocrática da Ministra Ellen Gracie, analisando a legitimidade da União dos Advogados Públicos Federais do Brasil- UNAFE, decidiu que, não obstante a divisão em carreiras da

<sup>6</sup> 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, bem como dos cargos em extinção das referidas carreiras, ou do cargo resultante da unificação das carreiras citadas.



Advocacia Pública Federal, todas estão vinculadas à Advocacia-Geral da União formando um grupo homogêneo.<sup>7</sup> Nesse sentido<sup>8</sup>,

(...) 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 existente, 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.

Destaca-se, ainda, que a Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais - ANAFE é fruto da fusão de duas entidades representativas das carreiras da Advocacia Pública Federal: a União dos Advogados Públicos Federais do Brasil- UNAFE, e a Associação Nacional dos Procuradores Federais-ANPAF, ambas reconhecidamente legitimadas por esta Egrégia Corte na propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade<sup>9</sup>.

A ANAFE conta com mais de 3290 associados e possui representações em todos os Estados Federados, conforme demonstra a Ata de Posse de sua Diretoria, o que lhe confere a representatividade nacional exigida pelo artigo 103, inciso IX, da Constituição da República, pelo artigo 2º, inciso IX, da Lei nº 9.868/99 e pela aplicação analógica do artigo 7º, §1º, da Lei nº 9.096/95.

---

<sup>7</sup> STF, ADI 3787/DF, Min. Ellen Gracie, DJ 09/10/2006; e STF, ADI 3561/DF, Min. GILMAR MENDES.

<sup>8</sup> De se apontar, ainda, que essa Suprema Corte tem admitido a legitimidade ativa para a propositura de ADI para entidades representativas de carreiras congêneres, como é o caso das ADIs 4261/RO, 1557/DF e 1679/GO, propostas pela Associação Nacional dos Procuradores do Estado – ANAPE<sup>8</sup>; e da ADI 3128/DF, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR (STF, ADI 3128/DF, Min. CEZAR PELUSO (rel. p/ Acórdão), Pleno, DJ 18/02/2005.)

<sup>9</sup> ADI 3787/DF , ADI 3561/DF, ADI 5017/DF, ADI 4652.



A ANAFE, portanto, é entidade legítima para propor ação direta de constitucionalidade perante esta Corte para defesa dos interesses dos membros da Advocacia-Geral da União.

Quanto a pertinência temática, assevera-se que segundo seu estatuto, mais precisamente no seu artigo 3º, itens I, II, III e XIX, a entidade autora tem por finalidade, dentro outros objetivos: “representar os interesses, direitos e prerrogativas de seus associados, judicial e extrajudicialmente, e as prerrogativas de todos os Advogados Pùblicos Federais”; “defender condições de trabalho e financeiras dignas a seus associados, prioritariamente como estabelecido no inciso XIX”; “representar igualmente todas as carreiras pertencentes à Advocacia Pública Federal estatutária”; além de “buscar a paridade entre as carreiras integrantes das funções essenciais à justiça, inclusive quanto a autonomia, direitos, prerrogativas, subsídios, infraestrutura, condições de trabalho e demais vantagens”.

Assim, cabe a ANAFE representar e zelar pelos interesses e prerrogativas dos Advogados Pùblicos Federais, especialmente diante da constitucional diferenciação aplicada a esta carreira quanto à remuneração pelo trabalho extraordinário e em substituição.

Outrossim, a presente ação é pertinente porque, assim como ocorre com qualquer carreira do Poder Executivo, os advogados pùblicos federais se submetem à legislação própria que cria os cargos e os organiza em carreira, no particular a Medida Provisória nº 2.229-43/2001, a Lei nº 10.480/2002, à Lei Complementar nº 73/93, que remete em seu art. 26 à Lei nº 8.112/90.



Além do regime próprio, os advogados públicos federais também estão submetidos ao Estatuto da Advocacia. O §1º do artigo 3º da Lei nº 8.906/94 reza que “exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional”, o que justifica a técnica da declaração de nulidade, sem redução de texto.

Com efeito, a condição de advogados do Estado brasileiro, que já foi exercida pelo Ministério Público Federal (art. 37 da Lei nº 1.341/51), singulariza os Procuradores Federais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os do Banco Central dos demais quadros do Executivo, já que seus cargos exercem uma **função essencial a dois Poderes da República: à Justiça e à Administração Pública.**

Não é à toa que juízes, defensores, promotores, procuradores (expressão que engloba todos os advogados públicos) receberam tratamento paritário que tange ao teto remuneratório e à obrigatoriedade de percepção do subsídio, singularizando-os no texto constitucional, conforme artigo 37, inciso XI, artigo, 95, inciso III, artigo 128, inciso I, c., e artigo 135 da Constituição Federal. Conquanto exerçam papéis distintos, há um mesmo regramento constitucional que aproxima as carreiras jurídicas da União, inclusive no que diz respeito à retribuição da jornada excessiva e ao trabalho extraordinário, que são objeto dessa ADI.



Ademais, as leis que versam sobre a magistratura, a Defensoria Pública, o Ministério Público e a Advocacia Pública repercutem reciprocamente entre os direitos dos integrantes de cada carreira. Essa referibilidade foi apontada nos argumentos acolhidos pelo Procurador-Geral da República, na ADI nº 5.017/DF, quando registrou que

Tendo em vista que a criação de TRFs acarreta a mudança da lotação desses agentes públicos [os procuradores federais] e alteração da própria estrutura física de seus órgãos, o ato normativo objeto desta ação, no entender da autora – e desta Procuradoria-Geral da República – afeta diretamente interesses comuns dos associados da ANPAF.

Nesse panorama, não se pode olvidar que as Leis nº 13.024/14, nº 13.093/15, nº 13.094/15, nº 13.095/15, nº 13.096/15 e o projeto de Lei nº 7.836/14 passaram a prever retribuição extraordinária em face de exercício cumulativo de ofícios para os membros do Ministério Público, da Magistratura federal, militar, do trabalho e do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública da União, que regulamentou a matéria na Resolução nº 103/2014 do CSDPU.

Esse arcabouço legislativo trouxe novas luzes sobre o artigo 38, §§1º e 2º, da Lei nº 8.112/90, que merece passar por uma filtragem constitucional, de modo a conformá-lo à nova realidade fático-normativa que se alterou ao longo dos anos<sup>10</sup> no que diz respeito à concretização dos direitos dos servidores, especialmente aqueles que exercem uma *função essencial à Justiça*, conforme artigo 39, §3º, c/c artigo 7º, inciso XVI da Constituição Federal.

---

<sup>10</sup> RE nº 147.776, 1ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19 de jun. 1998.



A propósito, na medida cautelar da ADI nº 5.017/DF, o **MIN. JOAQUIM BARBOSA**, de certo modo, também aponta essa relação referencial entre os atores incumbidos de realizar uma função essencial à Justiça, quando diz que “a criação dos novos tribunais projetará uma série de expectativas para a magistratura, para a União, para a advocacia pública, para a advocacia privada até para os jurisdicionados”.

Portanto, a alteração do contexto fático decorrente da proliferação de leis que concretizaram o direito à remuneração extraordinária nessas situações excepcionais, impõe o reconhecimento de um processo de inconstitucionalização das restrições contidas no artigo 38, §§1º e 2º da Lei nº 8.112/90 em face do tratamento desigual e desproporcional conferido aos procuradores da União.

Por tais razões, a ANAFE propõe essa ação para reconhecer a inconstitucionalidade do disposto no artigo 38 da Lei nº 8.112/90 decorrente da flagrante afronta ao princípio da isonomia no que se refere ao direito à retribuição pelo trabalho extraordinário prestado em substituição, independentemente do exercício de cargo de chefia ou confiança, visto que tal direito é devidamente reconhecido em nível constitucional e legal a todas as carreiras jurídicas federais.

### **III – DOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DE CONTROLE**

A pretensão da ANAFE visa controlar a constitucionalidade dos dispositivos impugnados com base nos seguintes artigos da Constituição da República:



**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

**§ 1º** - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

**§ 2º** - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

**Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

**Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

[...]

**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

**§ 6º** - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de



regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa

[...]

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

[...]

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir;

[...]

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

O artigo 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, ao se referir a duas Leis Complementares, uma para o Ministério Público e outra para a Advocacia-Geral da União, abrangendo a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas, também serve de parâmetro de controle, indicando, senão uma simetria, pelo menos a origem comum do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União:



Art. 29. Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.

Postos esses parâmetros, a ANAFE sustenta que as expressões "*investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial*" (caput) e "*de direção ou chefia e os de Natureza Especial*" (§§ 1º e 2º) "*superiores a trinta dias consecutivos*" e "*que excederem o referido período*" (§ 2º) não são compatíveis com a evolução legislativa de concretização dos direitos albergados pela Constituição.

#### **IV – DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 38 DA LEI 8.112/90**

O artigo 38 da Lei nº 8.112/90, ao restringir a retribuição pelo trabalho extraordinário unicamente ao advogado público que substitui ocupante de cargo ou função de confiança, concede tratamento injustificado, anti-isonômico e desproporcional aos demais advogados públicos que substituem diariamente colegas que não ocupam qualquer cargo ou função (FG, DAS ou NE), conferindo acumulação de atribuições sem qualquer contrapartida, o que caracteriza enriquecimento ilícito da Administração Pública e afronta ao princípio da igualdade.



Eis o teor do artigo 38, *caput* e §§ 1º e 2º da Lei nº 8.112/90, após alterações e inclusões feitas pela Medida Provisória nº 1.595-14 de 1997 (convertida na Lei nº 9.527/97):

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.

§ 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.

§ 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.

A redação original da regra, antes de sua alteração pela MP nº 1.595-14/97, era a seguinte:

Art. 38. Os servidores investidos em função de direção ou chefia e os ocupantes de cargos em comissão terão substitutos indicados no regimento interno ou, no caso de omissão, previamente designados pela autoridade competente.

§ 1º O substituto assumirá automaticamente o exercício do cargo ou função de direção ou chefia nos afastamentos ou impedimentos regulamentares do titular.

§ 2º O substituto fará jus à gratificação pelo exercício da função de direção ou chefia, paga na proporção dos dias de efetiva substituição, observando-se quanto aos cargos em comissão o disposto no § 5º do art. 62.

As expressões “*investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial*” e “*superiores a trinta dias consecutivos*” constantes do *caput* e dos §§ 1º e 2º do artigo 38 da Lei nº 8.112/90, estão em franco processo de inconstitucionalização, em razão do contexto fático e legislativo sobre o direito à retribuição do trabalho extraordinário, uma vez que representam restrições injustificadamente discriminatórias impostas aos Procuradores Federais, que acumulam atribuições e responsabilidades além daquilo ordinariamente previstos.

Outrossim, as regras impugnadas causam um *impacto desproporcional* sobre as carreiras da Advocacia-Geral da União<sup>11</sup>, na medida em que os advogados públicos federais se tornaram as únicas carreiras jurídicas federais que não tiveram o direito à retribuição pelo trabalho extraordinário plenamente concretizado.

Passaremos a analisar cada inconstitucionalidade que incorrem o artigo 38, §§1º e 2º, da Lei nº 8.112/90.

**a) Da proteção insuficiente ao direito do artigo 39, §3º, c/c artigo 7º, XVI, da Constituição e do processo de inconstitucionalização do art. 38, §§1º e 2º, da Lei n 8.112/90.**

O cargo de advogado público federal tem assento constitucional no *caput* do artigo 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e no *caput* do artigo 131 da Constituição. Não obstante, os artigos 17 e 26 da Lei Complementar

<sup>11</sup> As carreiras estão em vias de se unificar, conforme consulta realizada há poucas semanas pela Instituição, na qual os membros escolheram inclusive o novo nome do cargo: Procurador da União. Aliás, cabe ressaltar que a identidade entre os cargos da advocacia pública já foi apontada, há muito tempo, em decisões do Supremo Tribunal Federal, que mais uma vez, se mostra um tribunal de vanguarda (ADI nº 2.713/DF e RE nº 558.258/SP).



nº 73/93 não previram direitos e vantagens distintas daquelas previstas na Lei nº 8.112/90, o que incluiu a retribuição do trabalho extraordinário.

A Lei nº 8.112/90, por sua vez, previu duas maneiras de remunerar o trabalho extraordinário: a substituição, quando se dá a assunção automática e cumulativa de atribuições, em seu artigo 38; e o adicional pelo serviço extraordinário, em seus artigos 73 e 74, para os servidores que têm jornada de trabalho fixa, conforme regulamentação da Orientação Normativa nº 3/2015 da SOF/MPOG.

O artigo 38, §§1º e 2º, e os artigos 73 e 74, da Lei nº 8.112/90, regulamentam o direito social do servidor público de ter remuneradas as horas trabalhadas além daquelas previstas em lei. Ele incide sobre a maioria das categorias do funcionalismo federal, que são remuneradas pelo regime de vencimentos.

Já o artigo 38 fala de assunção automática e cumulativa de atribuições decorrente de afastamentos episódicos de outros servidores, que resulta na alteração das condições ordinárias de trabalho daqueles que assumem suas atribuições.

Em ambos os casos, há, no plano normativo e no plano fático, o reconhecimento da acumulação de trabalho além das condições ordinárias, concretizando, na legislação ordinária, a previsão no artigo 39, §3º, c/c artigo 7º, inciso XVI, da Constituição.

Talvez quem melhor tenha percebido e sintetizado o problema da acumulação automática de atribuições, por cargos remunerados por subsídios, tenha juiz federal **ROGÉRIO TOBIAS DE**



**CARVALHO**, da 1<sup>a</sup> Vara Federal de Niterói, quando proferiu a seguinte decisão, no processo nº 0004127-86.2012.4.02.5102<sup>12</sup>, *in verbis*:

**Quando há impedimento, afastamento, licença ou férias um substitui o outro, automaticamente.**  
**Trata-se de situação excepcional, momentânea,** que se justifica pela continuidade da prestação do serviço, mormente em situações de urgência, em que há risco de perecimento de direito.

Nada obstante, nos casos de vacância ou ausências prolongadas, há um costume do juiz que permanece lotado na vara assumir o acervo distribuído ao juiz cujo cargo está vago.

(...)

**Se o cargo de juiz substituto existe, foi criado por lei e está vago, a despesa a ele destinada está obrigatoriamente prevista no orçamento, razão pela qual não se sustenta o argumento de que não há verba para pagar quem exerce as suas funções, enquanto permanece a vacância.**

(...)

Nos tribunais a questão não suscita maiores questionamentos. Quando há vacância de um ministro ou desembargador, seu acervo não é fundido ao dos demais membros que compõem o tribunal. Em regra, só é admitido que um membro do tribunal funcione no acervo acéfalo nos casos urgentes, de forma excepcional. Quando a vacância se perpetua, necessário se faz nova distribuição do processo.

(...)

**Tanto na iniciativa privada, quanto na esfera pública, a retribuição pecuniária por acumulação de funções é regra. Juízes estaduais, promotores estaduais, defensores públicos, procuradores estaduais, enfim, todos recebem mais por trabalhar mais. A Lei nº 13.024/14 sequiu este caminho, reconheceu o labor extra, fixando indenização devida em razão dele (...)"**

Em razão do *déficit* de procuradores, de afastamentos legais como férias e licenças, da necessidade de atender a mutirões e regimes de plantão e sobreaviso. Esses eventos resultam numa sobrecarga extraordinária de trabalho, que implica cansaço excessivo

<sup>12</sup> <http://s.conjur.com.br/dl/despacho-rogerio-tobias-gratificacao.pdf>



e supressão de convívio com a família, com prejuízo do direito ao descanso e ao lazer. O dano, nessas situações não precisa ser demonstrado para resultar na contraprestação devida, como prevê a jurisprudência trabalhista<sup>13</sup>.

A fixação de uma jornada ideal de trabalho pelo estatuto do servidor ou pelo contrato de trabalho não visa apenas compensar o desgaste do trabalhador, mas também promover a melhoria de sua qualidade social e econômica, além de, no caso dos servidores públicos, garantir a concretização do interesse público.

Na Advocacia Pública Federal, o atual panorama revela que a maioria dos advogados públicos está privada de fruir, integralmente, esse direito social, vendo seu trabalho extraordinário ser remunerado adequadamente.

Não lhes é concedido o adicional dos artigos 73 e 74 da Lei nº 8.112/90 porque não possuem horário de trabalho fixo ou inflexível devido à natureza de suas funções e porque são remunerados, como manda o artigo 135 da Constituição, por subsídio. Também não lhes assiste a plenamente retribuição em virtude de substituição, pois a lei parte da cômoda ficção de que somente aqueles que substituem seus pares investidos em função ou do cargo de direção, chefia ou de natureza especial acumulam trabalho e fazem *jus à remuneração, pro rata tempore*, do artigo 38 da Lei nº 8.112/90.

Algumas observações, contudo, são necessárias, para distinguir bem as hipóteses dos artigos 38, 73 e 74 da Lei nº 8.112/90. Se, por um lado, a discussão sobre a remuneração da

---

<sup>13</sup> RR-4112-57.2013.5.03.0063



carga horária extraordinária pode esbarrar na natureza das atribuições de advogado público e no regime de subsídio, a retribuição pela substituição obedece outra lógica.

Os advogados públicos federais<sup>14</sup> já têm direito à retribuição pela substituição conforme previsão legal do artigo 38 da Lei nº 8.112/90. No entanto, suas inconstitucionalidades precisam ser extirpadas, senão apenas aqueles que substituem as chefias e demais titulares de cargos ou funções em comissão terão direito à retribuição trabalho extraordinário.

Nesse quadro desolador, centenas de advogados públicos assumem as atribuições de seus pares, sem qualquer retribuição ou compensação em face da cumulação de trabalho, enriquecendo ilicitamente a União.

Com efeito, por conta do acompanhamento prioritário de alguns processos no Tribunal de Contas da União e no Poder Judiciário, os advogados públicos, frequentemente, trabalham em regime de sobreaviso, em plantões noturnos e durante feriados e finais de semana, acompanhando projetos estratégicos da União, como as impugnações sobre o ENEM, a concessão de aeroportos, porto e rodovias, o licenciamento de hidroelétricas, os leilões para exploração de petróleo, licenciamentos ambientais e diversos outros projetos apontados como estratégicos pelo Governo Federal. Todavia, nada recebem por conta das peculiaridades das funções que exercem.

Somente na Procuradoria-Geral Federal (PGF), no ano de 2014, foram realizados 18 plantões incluindo a Copa do Mundo,

---

<sup>14</sup> A referida parcela não foi incluída na composição do subsídio da Advocacia-Geral da União, conforme parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 11.358/2006. Ademais, vem sendo paga a cargos que também recebem remuneração pelo regime de subsídio, como é o caso dos procuradores do MPU e juízes.



envolvendo 859 Procuradores Federais, assegurando a efetividade de políticas públicas com reflexos econômicos de R\$ 144,61 bilhões de reais, sem que esse trabalho extraordinário fosse retribuído ou compensado com dias de folga.

Conforme censo da Coordenação de Pessoal da PGF, existem precisamente quatro mil trezentos e sessenta e duas (4362) cargos de Procurador Federal em todo o Brasil. Tal número representa a lotação ideal da PGF, ou seja, o número mínimo necessário de Procuradores Federais para consultoria, assessoramento e representação judicial e extrajudicial das 150 autarquias e fundações públicas federais e até mesmo da União, como na execução da dívida ativa no processo trabalhista.

No mês de março de 2016, existiam apenas 4.042 (quatro mil e quarenta e dois) Procuradores Federais lotados na PGF, ou seja, há aproximadamente 320 (trezentos e vinte) cargos sem provimento, sem contar os cargos cujo exercício não está sendo prestado por seu titular em razão de afastamentos legais.

Trata-se exatamente da situação descrita pelo Juiz Federal Rogério Tobias Barreto, segundo o qual, se o cargo "foi criado por lei e está vago, a despesa a ele destinada está obrigatoriamente prevista no orçamento, razão pela qual não se sustenta o argumento de que não há verba para pagar quem exerce as suas funções, enquanto permanece a vacância".

Observe-se que, se fosse parametrizada a produção dos advogados públicos em horas e minutos, como já é possível fazer, de forma incipiente, pelos dados do SICAU e SAPIENS – sistemas de



inteligência da Advocacia-Geral da União – facilmente se constataria que vários membros da categoria trabalham além da jornada ordinária prevista para o cargo (40h semanais).

Tais números demonstram a situação de sobrecarga de trabalho na Advocacia-Geral da União, bem como a necessidade da efetiva prestação de serviço extraordinário por acúmulo de atribuições dos procuradores em exercício para salvaguardar o interesse público, visto que existem centenas de cargos sem provimento efetivo e cujas atribuições, naturalmente, são absorvidas pelos seus pares.

Por tudo isso, a ANAFE reclama a necessidade de confrontar o artigo 38, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.112/90 com a Constituição, diante da evolução normativa sobre a retribuição do trabalho extraordinário, o que desafia um novo olhar sobre a matéria pelo Supremo Tribunal Federal em favor dos advogados públicos, afinal, como ensina **RICARDO LOBO TORRES<sup>15</sup>** “o intérprete pode entender a lei melhor do que a entenderam os seus criadores e a lei pode ser mais inteligente que o seu autor”.

Apenas a título de comparação, o art. 59 da CLT, à semelhança do que fez o art. 38, §§1º e 2º da Lei n 8.112/90, também trazia restrições à retribuição pelo trabalho extraordinário. A jurisprudência trabalhista, contudo, as superou. A propósito:

**Súmula nº 376 do TST  
HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO. ART. 59 DA CLT.  
REFLEXOS (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 89 e 117 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005**

---

<sup>15</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 18ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 156



I - A limitação legal da jornada suplementar a duas horas diárias não exime o empregador de pagar todas as horas trabalhadas. (ex-OJ nº 117 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997)

II - O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no "caput" do art. 59 da CLT. (ex-OJ nº 89 da SBDI-1 - inserida em 28.04.1997)

Ora, direito constitucional (artigo 7º, XVI, da CF) é o mesmo e a limitação legal existia tanto para trabalhadores privados e ainda existe para os trabalhadores do serviço público. Para os primeiros, foi derrubada. Chegou a hora de enfrentar a questão para aqueles que ainda não têm esse direito concretizado de forma suficiente, como é o caso dos procuradores federais.

No particular, convém transcrever as lições de **ANDRÉ CARVALHO RAMOS<sup>16</sup>**, ao tratar da concretização dos direitos sociais, a exemplo aquele do art. 7º, XVI, da CF, que

já possui alguma regulamentação legal ou administrativa e que pode ser, então, objeto de apreciação judicial sob dois prismas: o prisma da igualdade, assegurando que tal implementação deve ser feita de modo a assegurar acesso igualitário a todos e ainda o prisma da segurança e confiança no Estado, impedindo que haja inconstância na prestação e proibindo-se o retrocesso

É por um controle sob esses prismas que merece passar o artigo 38, §§1º e 2º, da Lei nº 8.112/90.

Aliás, ainda tratando da violação ao princípio da igualdade decorrente diferenciações entre servidores públicos e trabalhadores privados já foi objeto de declaração de constitucionalidade. No contexto da chamada "jurisprudência da crise", o Tribunal Constitucional português, trabalhando a ideia dos "**limites do**

---

<sup>16</sup> RAMOS, André Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.



**sacrifício”<sup>17</sup>** decidiu (Acórdão n. 353/2012), o seguinte, sobre a possibilidade de limitar os direitos sociais dos servidores, o seguinte:

Apesar de se reconhecer que estamos numa gravíssima situação econômico-financeira, em que o cumprimento das metas do défice público estabelecidas nos referidos memorandos de atendimento é importante para garantir a manutenção do financiamento do Estado, tais objetivos devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesas e/ou aumento de receita que não se traduzem numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada. Aliás, quanto maior é o grau de sacrifício imposto aos cidadãos para satisfação de interesses públicos maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios.

A referida situação e as necessidades de eficácia das medidas para lhes fazer face não podem servir de fundamento para dispensar o legislador da sujeição aos direitos fundamentais e aos princípios estruturantes do Estado de Direito, nomeadamente a parâmetros como o princípio da igualdade proporcional. A Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económica e financeira e em especial à verificação de uma situação que possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos económicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir”.

Se houve uma decisão da União, no final do ano de 2014 e no princípio de 2015, de retribuir o trabalho extraordinário dos agentes públicos que não eram contemplados pelos artigos 73 e 74 da Lei nº 8.112/90 – a exemplo dos procuradores federais – não existe qualquer razão para manter os advogados públicos sob tratamento díspar.

---

<sup>17</sup> PINHEIRO, Alexandre Sousa, A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013), in **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, ano 7, v. 1, jan./jun. 2014, p. 166.



Reputamos importante destacar que os advogados públicos não fugiram ao debate político. Porém, suas tentativas acabaram tolhidas pela reserva de iniciativa concentrada no Chefe do Poder Executivo, problema que foi contornado pelo Ministério Público da União e pela Defensoria Pública Federal, diante da Emenda Constitucional nº 19, de 1998 e da Emenda nº 74, de 2013, que deram aos Chefes dessas Instituições iniciativa legislativa para dispor sobre a organização e política remuneratória de seus membros, que não constava do texto original da Constituição.

Durante o processo legislativo do PLC nº 6, de 2014, que resultou na Lei nº 13.024/14, os procuradores federais, a exemplo do que fizeram os magistrados federais, apresentaram emenda o projeto<sup>18</sup>. No entanto, a emenda que contemplava a Advocacia-Geral da União foi rejeitada no Senado Federal, ao passo que a dos magistrados foi vetada pela Presidência da República.

Em nova tentativa de defender a carreira patrocinada pela ANPAF, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 8.000, de 2014, pelo Deputado Federal Amaury Teixeira, do PT da Bahia, buscando corrigir, pela via legislativa, a incipiente e discriminatória previsão do artigo 38 da Lei nº 8.112/90, sob o argumento de que a situação atual enseja o enriquecimento ilícito do Estado, vez que se beneficia do trabalho prestado pelo servidor sem remunerá-lo pela inexistência de previsão legal. Contudo, o projeto de lei foi arquivado por vício de iniciativa, com base no art. 61, § 1º, inciso II, alínea “a” da Constituição.

---

<sup>18</sup> <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=150599&tp=1> Acesso em 29 de maio de 2015.



Em quase 28 anos de vigência da Constituição Federal, e após entrada em vigor da Lei nº 8.112/90, a única vez em que a Presidência da República revisitou a matéria da retribuição do trabalho extraordinário pela acumulação de atribuições dos servidores federais foi quando publicada, **em razão da relevância e urgência do tema**, a Medida Provisória nº 1.595-14, de 1997, que estendeu a retribuição da substituição do artigo 38 da Lei nº 8.112/90 aos ocupantes de cargos de natureza especial.

O PLP nº 205/2012, que visava reformar a Lei Complementar nº 73/93, que trata da organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados (artigo 29 do ADCT c/c artigo 131 da CF/88), se omitiu cabalmente sobre esse e outros assuntos.

A omissão, nos textos legais, é uma forma corriqueira de discriminar e de violar a igualdade, ainda que não seja essa a intenção direta do legislador. Restou aos advogados públicos recorrer ao Supremo Tribunal Federal para ver a concretização dos direitos sociais levada a sério, vendo a Constituição desempenhar seu papel de ordenar e conformar a realidade normativa que lhe é subjacente.

Se, de um lado, a regulamentação trazida pelo artigo 38, §§1º e 2º, da Lei nº 8.112/90 pode ser tida como inconstitucional, de outro pode ser encarada como uma omissão. É inviável distingui-las, como já assentou o Plenário do STF, no julgamento das ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, pois há “fungibilidade entre as ações de inconstitucionalidade por ação e omissão”<sup>19</sup>.

A omissão legislativa deve ser censurada.

---

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar. Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59



Na verdade, o não cumprimento do desse dever constitucional de legislar gera um estado de proteção insuficiente do direito fundamental, que merece censura do Supremo, que foi chamado a se manifestar nesse sentido em outras ocasiões envolvendo os direitos do artigo 7º da Constituição.

Nesse sentido, desenrolou-se a questão da regulamentação do aviso prévio proporcional dos trabalhadores (artigo 7º, XXI, da Constituição Federal), matéria na qual havia um completo vácuo legal e esta Suprema Corte se posicionou de forma contundente.

Na sessão de 22 de junho de 2011, iniciou-se a análise conjunta dos Mandados de Injunção nº 943, 1010, 1074 e 1090, todos da relatoria do Ministro **GILMAR MENDES<sup>20</sup>**.

Naquela oportunidade, assentou-se que a sistemática conduta omissiva do Poder Legislativo podia e devia ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deveria ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Afirmou-se tratar-se de uma garantia de proteção judicial efetiva, que não pode ser negligenciada na vigência de um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º).

A atuação dos Poderes constituídos pode falhar, especialmente no que diz respeito ao cumprimento da igualdade e da não-discriminação, que, na maioria das vezes, são violadas pela inação, por deixar de agir, pela inação.

O artigo 38, §§1º e 2º é omissivo e insuficiente para concretizar o artigo 39, §3º, c/c artigo 7º, inciso XVI, da Constituição Federal, pois não remunera a substituição dos advogados públicos,

---

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 650, nota de rodapé nº 72



quando acumulam trabalho e as responsabilidades em face de afastamentos, impedimentos legais ou regulamentares do titular de cargos das carreiras da Advocacia-Geral da União.

Diante da proliferação legislativa e da evolução do contexto fático, aclara-se um processo de inconstitucionalização da regra do artigo 38 da Lei 8112/90, na medida em que o texto dispensa um tratamento discriminatório, restritivo e anti-isônômico aos Procuradores Federais frente às demais carreiras jurídicas dos Poderes da República.

A alteração do contexto fático, e não da própria normal constitucional, pode exigir a revisão da constitucionalidade de normas vigentes, do que se abstrai o conceito de inconstitucionalidade progressiva ou superveniente. A esse respeito, ensina o Min. **Luís Roberto Barroso** que

o Supremo Tribunal Federal reconheceu a influência da realidade na determinação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. E, a *contrário sensu*, admitiu que a mudança da situação de fato pode conduzir à inconstitucionalidade de norma anteriormente válida.<sup>21</sup>

O processo de mutação constitucional acontecerá, dentre outros fatores, “em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa.”<sup>22</sup>

Conforme decidido pelo Min. **Gilmar Mendes**, no voto proferido na Reclamação nº 4374, é possível verificar a existência do

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137.

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137.



processo de inconstitucionalização decorrente da ocorrência de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas) ao longo dos anos. Nas palavras do ministro,

Trata-se de uma inconstitucionalidade que é resultado de um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).<sup>23</sup>

O trabalho extraordinário é adequadamente remunerado tanto as carreiras submetidas ao regime jurídico único que recebem vencimento (art. 78 da Lei nº 8.112/90), quanto para carreiras que exercem funções essenciais que passaram a ter regulamentação específica recentemente<sup>24</sup>.

Contudo, os advogados públicos federais, em especial os procuradores federais, estão longe de ver seu trabalho extraordinário devidamente recompensado, como manda a Constituição. Tornaram-se, no serviço público federal, uma penosa exceção.

## **b) Da violação do princípio da igualdade e das obrigações internacionais firmadas pelo Estado brasileiro**

<sup>23</sup> Voto na Rcl 4374, Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>24</sup> Vide: Lei nº 13.024/14 – Institui a gratificação por exercício cumulativo de ofícios dos membros do Ministério Público da União e dá outras providências.

Lei nº 13.093/15 - Institui a gratificação por exercício cumulativo de jurisdição aos membros da Justiça Federal e dá outras providências.

Lei nº 13.094/15 - Institui a Gratificação por Exercício Cumulativo de Jurisdição devida aos membros da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Lei nº 13.095/15 - Institui a Gratificação por Exercício Cumulativo de Jurisdição devida aos membros da Justiça do Trabalho e dá outras providências.

Lei nº 13.096/15 - Institui a Gratificação por Exercício Cumulativo de Jurisdição aos Membros da Justiça Militar da União e dá outras providências.

Projeto de Lei nº 7.836/14 – Gratificação para a Defensoria Pública da União e dá outras providências



A manutenção do artigo 38, §§1º e 2º, da Lei nº 8.112/90, viola um dos princípios mais caros da humanidade: a igualdade. No particular, o professor **CASTANHEIRA NEVES<sup>25</sup>** ensina que o conteúdo da lei deve ser, em si, isonômico. Segundo ele,

a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei.

O Supremo Tribunal Federal tem farta jurisprudência protetiva da igualdade, chamada pelo **Min. Marco Aurélio** de “elemento de envergadura maior do sistema constitucional”<sup>26</sup>. Para ele

“no tocante à ‘igualdade na lei’, exerce controle de validade do conteúdo da norma sob o ângulo do tratamento, em abstrato, discriminatório ou injustificadamente discriminatório dos destinatários. Quanto à “igualdade perante a lei”, verifica-se o processo de aplicação da norma revela-se discriminatório ou injustificadamente discriminatório. A jurisprudência se abre também para a relevante distinção entre igualdade formal e material, no sentido de a primeira exigir abstenções discriminatórias infundadas por parte do Estado, enquanto a segunda, considerada a realidade fática desigual, requer ações estatais positivas voltadas a reduzir diferenças sociais, proteger as minorias e minimizar falhas históricas de distribuição de oportunidade”.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Almedina, 1983. Apud CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>26</sup> MELLO, Marco Aurélio. “25 anos de interpretação constitucional: uma história de concretização dos direitos fundamentais”. In: *Estudos de Direito Constitucional: homenagem a J. Bernardo Cabral*. Rio de Janeiro: Editora JC, 2014, p. 66.

<sup>27</sup> MELLO, Marco Aurélio. “25 anos de interpretação constitucional: uma história de concretização dos direitos fundamentais”. In: *Estudos de Direito Constitucional: homenagem a J. Bernardo Cabral*. Rio de Janeiro: Editora JC, 2014, p. 66.



Para além da igualdade material, a democracia contemporânea exige também uma igualdade em termos de tratamento imparcial (não discriminação) do Estado perante as diferenças, com o fim de promover a emancipação social de todos, sem distinção, através da garantia efetiva de seus direitos e liberdades fundamentais.

Não se pode fechar os olhos para o tratamento discriminatório conferido aos advogados públicos que acumulam atribuições em razão da existência ou não de um cargo de confiança, como estabelece a norma impugnada.

**BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS<sup>28</sup>** ensina, a respeito de critérios de diferenciação num estado democrático, sintetizou que

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Inúmeras declarações e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, por sua vez, tem conteúdo normativo capaz de condenar, sob o direito internacional, a regra do artigo 38, §§1º e 2º, da Lei nº 8.112/90 de limitar a retribuição do trabalho extraordinário.

O Art. XXIII, parágrafo 2º da **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948** prescreve que “todo ser humano que trabalha tem direito a igual remuneração por igual trabalho”.

**O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** estabelece, em seu artigo 1º, que os Estados-

---

<sup>28</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.



Partes devem reconhecer o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente **“um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção”.**

Já o **Protocolo de San Salvador**, sobre o assunto, proclama de forma contundente:

Art. 7. Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho.

Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que **esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular:**

a. Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e **salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção;**

(...)

h. Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como **remuneração nos feriados nacionais.**

Em matéria de trabalho extraordinário, o caso dos advogados públicos federais revela a existência de um *discrimen* entre procuradores ocupantes de cargos e funções de confiança que acumulam trabalho e são remunerados por isso e procuradores que igualmente acumulam trabalho sem ocupar qualquer cargo ou função e sem receber qualquer contraprestação por isso.

As lições de **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>29</sup>** são indispensáveis nesse assunto. Segundo ele

tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é ,

---

<sup>29</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** São Paulo: Malheiros, 2011.



fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente impede analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, em concreto, afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Para que o tratamento desigual conferido pelo Estado esteja de acordo com a Constituição, o elemento discriminador erigido como causa da diferença (titularidade de FG, DAS ou NES) deve ser capaz de justificar a diferença infligida, o que não é o caso, bem como guardar consonância com os demais direitos e valores proclamados pela Lei Maior.

A discriminação, portanto, assume caráter ilícito quando lastreada em critérios injustos, de opiniões preestabelecidas, com a finalidade de manter privilégio a determinados segmentos, ignorando que outros se encontram na mesma situação fática justificadora.

A doutrina designa tal situação como discriminação indireta, correlata com a teoria do impacto desproporcional. Para **JOAQUIM BARBOSA<sup>30</sup>**, tal teoria consiste na ideia de que

toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.

É inconstitucional, a toda evidência, o fato de pessoas que detêm igual condição serem tratadas de modo distinto, como ocorrido nos §§ 1º e 2º e no *caput* do artigo 38 da Lei nº 8.112/90, por

---

<sup>30</sup> GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.



conferir tratamento privilegiado inidôneo às hipóteses em que Advogados Pùblicos, no plano fático, acumulam trabalho nos afastamentos, impedimentos legais ou regulamentares do titular e na vacância de cargos, mas não são contemplados pela remuneração extraordinária decorrente da substituição.

Se pudessem existir argumentos em defesa da constitucionalidade de tal restrição, eles deixaram de se sustentar em face do novo contexto legislativo que prevê a retribuição do trabalho exercido em substituição, independentemente de exercício de cargo de chefia ou função, para as todas as carreiras jurídicas federais que, a exemplo da Advocacia Pública, exercem uma *função essencial à Justiça*.

**c) Do impacto desproporcional sobre a Advocacia Pùblica Federal: a posição peculiar dos advogados pùblicos federais frente ao direito do artigo 39, §3º, c/c artigo 7º, XVI, da Constituição e o enriquecimento ilícito da Administração**

Poucos foram os órgãos que mereceram a atenção da Constituição. A magistratura, a Advocacia Pública, o Ministério Pùblico e a Defensoria Pública estão entre esse seleto grupo. E isso não é desprovido de sentido, afinal a Constituição quis dar um tratamento nacional a essas categorias.

Com a Advocacia Pública não é diferente. A Constituição trouxe regras que podem ser consideradas, segundo **Ricardo Marques de Almeida e Carlos Studart Pereira<sup>31</sup>**, como o "estatuto

---

<sup>31</sup> ALMEIDA, Ricardo Marques de; PEREIRA, Carlos André Studart et al. "Carreira única da AGU: vontade da Constituição". Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4239, 8 fev. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34245>>. Acesso em: 3 maio 2015



constitucional da Advocacia Pública". São elas: o artigo 5º, incisos XIII, § 2º, o artigo 37, inciso XI, o artigo 52, inciso II, o artigo 84, inciso XVI e parágrafo único, o artigo 93, inciso IX, o artigo 103, § 3º, o artigo 131, §§ 1º a 3º, o artigo 132, o artigo 133, o artigo 135, o artigo 165, §9º, inciso III, o artigo 235, inciso VIII, todos da Constituição Federal, e artigo 29, §§ 1º à 5º, e artigo 69, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Quando criada pela Constituição, a Advocacia-Geral da União representou a subtração da competência de assessorar e representar a União, que era realizada, até então, pelo Ministério Público Federal, que passou a atuar de forma independente, inclusive do Poder Executivo. A Advocacia-Geral da União, ao contrário, assumiu o papel de advogada de uma parte: o Estado brasileiro.

Os advogados públicos federais passaram a ser responsáveis pelos balizamentos jurídicos dentro dos quais serão praticados desde os atos mais simples até as políticas públicas do Poder Executivo. Compete-lhes viabilizar, na maior medida possível, as escolhas populares contidas num programa de governo escolhido nas urnas, mostrando os diferentes caminhos, dentro da legalidade, por quais poderão atuar os dirigentes públicos, que optarão pelo que reputarem melhor (artigo 129, inciso IX, e artigo 131, da Constituição).

São incumbidos também de representar toda a União, judicialmente e extrajudicialmente, defendendo, na qualidade de advogados, seus interesses e suas escolhas perante quaisquer foros e instâncias e até mesmo em cortes estrangeiras. São variadas as decisões decorrentes da atuação da Advocacia-Geral da União representando interesses federais, não apenas representados pela



pessoa jurídica de direito público representada, que parece a competência mais óbvia, mas também em favor de empresas nas quais haja capital federal (RE 253.472/SP), em defesa de gestores públicos que agiram em nome do ente público e até mesmo tutelando direitos difusos e interesses de minorias protegidas pela União.

Segundo **GUSTAVO BINENBOJM<sup>32</sup>**,

essa imbricação lógica da Advocacia Pública com o Estado Democrático de Direito pode ser explicada teoricamente por uma vinculação das suas funções institucionais aos dois valores fundamentais de qualquer democracia constitucional. O primeiro deles, legitimidade democrática e governabilidade. O segundo deles, controle de legalidade ampla, que eu prefiro chamar de controle de juridicidade. Em primeiro lugar, vou abordar o compromisso democrático da Advocacia Pública. Esse compromisso atende à compreensão do nosso papel institucional em relação aos governantes eleitos. O Advogado Público não é um censor, não é um juiz administrativo, nem um Ministério Público interno à Administração Pública. O Advogado Público tem como uma das suas missões institucionais mais nobres e relevantes cuidar da viabilização jurídica de políticas públicas legítimas definidas pelos agentes políticos democraticamente eleitos. O Advogado Público tem o direito, como cidadão, de discordar dessas políticas. Eu diria que ele tem até o dever se esta for sua convicção pessoal. Todavia, ele tem o dever funcional de se engajar na promoção e na preservação dessas políticas, desde que elas se mantenham dentro dos marcos da Constituição e das leis em vigor.

Os Advogados Públícos tornaram-se, assim, não apenas advogados do ente público, mas advogados do Estado Democrático de Direito, que exercem funções essenciais a dois Poderes da República: à Justiça e à Administração Pública. Não é à toa que o artigo 133 da Constituição, para proteger sua liberdade de

---

<sup>32</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Estudos de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 580



pensamento, isenção técnica e independência profissional, consagrou que o advogado é “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão”.

Embora exerçam papéis constitucionalmente diferentes, o Ministério Público e a Advocacia-Geral da União são igualmente essenciais à Justiça, que é o Poder da República em razão do qual essas carreiras exercem parte de suas atribuições. Nas palavras do Ministro **GILMAR MENDES**<sup>33</sup>

“são também funções essenciais à Justiça a Advocacia Pública e Privada e a Defensoria Pública. O constituinte não as tratou com a minúcia que devotou ao Ministério Público — opção que não deve ser interpretada como valoração diferente da relevância dos entes que compõe esse capítulo da Carta. Todos, dentro das peculiaridades, são fundamentais para realização da Justiça”.

Em outro julgamento, no RE nº 558.258/SP, o Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** também entendeu pelo tratamento isonômico. “A razão, segundo entendo, reside no fato de que, embora os integrantes de tais carreiras não façam parte do Poder Judiciário, exercem, segundo assenta o próprio texto constitucional, ‘funções essenciais à Justiça’. Tal característica determinou que se conferisse tratamento isonômico aos membros das carreiras jurídicas”.

Nesse contexto, deve ser encarada a singularidade da Advocacia Pública diante dos servidores aos quais também se aplica a Lei nº 8.112/90, que, diga-se de passagem, também incide supletivamente sobre os membros do Ministério Público da União. De qualquer sorte, não se pode negar o impacto das Leis nº 13.024/14, nº 13.093/15, nº 13.094/15, nº 13.095/15 e nº 13.096/15 e do

---

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 999.



projeto de Lei nº 7.836/14 sobre a contrapartida devida pelo trabalho extraordinário, que “será pago *pro rata tempore*” a juízes, promotores, defensores e, por que não, aos advogados públicos.

Para tanto, as expressões “*investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial*” e “*superiores a trinta dias consecutivos*” devem ser declaradas inconstitucionais pela Corte Suprema.

Caso contrário, a manutenção das restrições contida no *caput* e nos parágrafos desse artigo somente acentuará o *impacto desproporcional* sobre a Advocacia Pública Federal que as leis citadas acima acarretam.

Efetivamente, a carreira Procurador Federal, que chegou a atrair promotores de justiça<sup>34</sup> para seus quadros no final da década de 2000, hoje amarga a evasão constante de seus membros, o que, inegavelmente, reflete sobre os serviços e interesses da União.

Segundo as conclusões do Grupo de Trabalho sobre as carreiras da AGU, o “GT-carreiras” criado pela Portaria nº 157/2012, havia, no final de 2012, cerca de 1.600 cargos vagos em todos os órgãos da Advocacia-Geral da União (PGF, PGFN, PGU e PGBACEN). No 1º Diagnóstico do Ministério da Justiça sobre a Advocacia Pública Federal, outro número estarrecedor: **“37% dos Advogados Públicos Federais que responderam ao questionário afirmaram que pretendem prestar concurso para outra Carreira, sendo que 65,1% demonstraram interesse em seguir a carreira da**

---

<sup>34</sup> <http://www.portaltransparencia.gov.br/servidores/Servidor-DetalhaServidor.asp?IdServidor=1891177>  
Acesso em 29 de maio de 2015.



## **Magistratura Federal e 57,8% a carreira do Ministério Público Federal”<sup>35</sup>.**

E essa vontade tem se concretizado a cada concurso público. No último certame para provimento dos cargos de juiz federal substituto do TRF-1<sup>a</sup> Região finalizado em 2015, cerca de 40% dos aprovados eram egressos da Advocacia-Geral da União. O mesmo percentual se repetiu no concurso para provimento de cargos de procurador da República, conforme noticiado pelo Correio Braziliense<sup>36</sup>.

A Associação Nacional dos Procuradores Federais – ANPAF, hoje sucedida pela ANAFE, ora autora, já apontava, desde aquela ocasião, que há um outro número que não aparece nessas estatísticas, que se refere aqueles que passam na seleção para o órgão, mas não tomam posse. Cerca de 20% dos aprovados desistem de assumir o cargo porque, até a posse, já passaram em outro concurso mais vantajoso. No decorrer dos dois anos seguintes, mais 20% deles desistem de continuar. Isso significa que, entre aprovados e os recém-nomeados, a desistência chega a 40% em dois anos.

Levando em consideração os números do início de 2015, dos 610 nomeados para o cargo de procurador federal no concurso de 2005 (homologado pela Portaria nº 578/2006), apenas 373 permanecem na carreira. No concurso de 2007 (Portaria nº 1.529/2007, retificada pela Portaria nº 153/2008), dentre os 942 nomeados, 683 permanecem na carreira. No concurso de 2010 (Portaria nº 2.053/2010, retificada pela Portaria nº 286/2011),

<sup>35</sup> [http://abrap.org.br/wp-content/uploads/2013/10/Diagnostico\\_AdvPublicaBrasil-20111.pdf](http://abrap.org.br/wp-content/uploads/2013/10/Diagnostico_AdvPublicaBrasil-20111.pdf) acesso em 29 de maio de 2015.

<sup>36</sup> [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2012/04/16/internas\\_economia,298003/agu-enfrenta-fuga-de-procuradores-apesar-das-altas-remuneracoes.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2012/04/16/internas_economia,298003/agu-enfrenta-fuga-de-procuradores-apesar-das-altas-remuneracoes.shtml) Acesso em 29 de maio de 2015.



dentre os 305 nomeados, tão somente 218 permanecem na Advocacia Pública Federal. Na data do julgamento do pedido cautelar, os números certamente já serão outros.

Tais números demonstram a deterioração das condições de trabalho dos Advogados Públicos, bem como a necessidade de regulamentação efetiva do direito à retribuição pelo trabalho prestado em face de acúmulo de atribuições, que vão além do ônus e das responsabilidades ordinárias do cargo.

A flagrante omissão na regulamentação do direito à retribuição pelo trabalho prestado em substituição por qualquer advogado público, e não apenas pelos detentores de função de chefia, cargo em comissão ou de natureza especial, afeta as condições de trabalho do procurador, além de perpetrar o enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Tudo isso, definitivamente, não é e nem pode continuar sendo a dinâmica de uma carreira de Estado tão importante quanto a Advocacia-Geral da União.

A propósito, o STF já se manifestou em várias oportunidades pela vedação do enriquecimento ilícito do ente estatal, especialmente em face de efetivo trabalho prestado pelo servidor, como no caso de indenização das férias não gozadas. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. FÉRIAS NÃO GOZADAS. RESSARCIMENTO PECUNIÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL NO ARE Nº 721.001. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. 1. As férias não gozadas por aqueles que não mais podem delas usufruir, seja por conta do rompimento do vínculo com a Administração, seja pela



inatividade, deverão ser convertidas em indenização pecuniária, tendo em vista a vedação do enriquecimento sem causa pela Administração, conforme reafirmação da jurisprudência desta Corte feita pelo Plenário Virtual nos autos do ARE nº 721.001-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário Virtual, DJe de 7/3/2013. 2. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: "Servidor público. Férias não gozadas a critério da administração. Prova. Pecúnia indenizatória. Pretensão à verba indenizatória em decorrência de férias não gozadas. Se o servidor fez provas de que não usufruiu férias por vontade da administração pública, impõe-se o pagamento da indenização, sob pena de enriquecimento ilícito. Direito amparado no art. 7º inciso XVII c/c art. 39 § 3º da Constituição da República e no princípio geral do direito que veda o enriquecimento ilícito. Possibilidade de conversão em pecúnia. Precedentes Jurisprudenciais." 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (ARE 718547 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 22-08-2013 PUBLIC 23-08-2013)

No mesmo sentido é o posicionamento da Corte quanto a necessidade de remuneração do servidor em desvio de função,

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – SERVIDOR PÚBLICO MILITAR – DESVIO DE FUNÇÃO – DIREITO AO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA DAS REMUNERAÇÕES, SOB PENA DE INACEITÁVEL ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO PODER PÚBLICO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 686203 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 04-09-2013 PUBLIC 05-09-2013)

Frise-se que o reconhecimento do direito à remuneração pelo serviço prestado e a vedação ao enriquecimento ilícito são teses defendidas e aplicadas pelo STF, inclusive para ordenar o dever do Estado de efetuar o pagamento pelo trabalho prestado em



acumulação ilegal de cargos distintos, mesmo nas hipóteses vedadas pela CF. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS PÚBLICOS. NECESSIDADE DE PAGAMENTO PELO PERÍODO EFETIVAMENTE TRABALHADO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. (AI 605388, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, julgado em 24/06/2009, publicado em DJe-149 DIVULG 07/08/2009 PUBLIC 10/08/2009)

Ainda sobre o tema, o Min. **MARCO AURÉLIO**, ao examinar a questão referente ao pagamento de proventos a servidor que acumulou ilegalmente cargos públicos, que “o ato nulo não gera efeitos, somente sendo mitigada esta máxima quanto a remuneração dos serviços prestados, já que impossível o retorno absoluto *ao statu quo ante* (...)” ( RE nº 121.501/MG, DJ 20.10.1995).

Assim, não há justificativa para perpetrar o discrimen constante no artigo 38, §§1º e 2º, da Lei 8112/90, visto que o mesmo enseja uma situação de exploração e discriminação imposta aos Procuradores Federais, visto que o próprio Ente Estatal impõe o exercício de trabalho extraordinário por acúmulo de atribuições em face do número de cargos vagos por inexistência de lotação, agravados pelas situações de afastamentos legais, e se mantém omisso quanto à regulamentação de um direito fundamental dos Procuradores Federais, qual seja: a efetivação do princípio da igualdade e a remuneração do trabalho exercício por cumulação de atribuições por qualquer procurador e não só pelos detentores de cargos de chefia, comissão ou de natureza especial.

A estruturação do órgão, a conquista de direitos e prerrogativas decorrem de um processo político e histórico levado a



cabo pela Presidência da República e Congresso Nacional. Do Judiciário, de sua Corte mais elevada, espera-se a fiscalização da constitucionalidade do artigo 38 e seus §§1º e 2º, exercendo o papel de legislador negativo, extirpando da legislação que disciplina os direitos dos advogados públicos a discriminação injustificada.

Dessa forma, o tratamento conferido hoje aos advogados públicos federais, pelo artigo 38, §§1º e 2º, da Lei nº 8.112/90 é **inconstitucional**. Segundo **DANIEL SARMENTO**<sup>37</sup>

embora a teoria do impacto desproporcional ainda não tenha sido explicitamente examinada pela jurisprudência constitucional brasileira, é importante destacar que nossos tribunais vêm se mostrando cada vez mais abertos à argumentação sobre o impacto real de determinadas medidas sobre grupos vulneráveis, independentemente da comprovação de qualquer intenção discriminatória. O caso mais importante e conhecido neste particular é o acórdão do STF, proferido na ADI 1.946-DF, julgada em 2003, em que se examinou a constitucionalidade da incidência do limite dos benefícios previdenciários de R\$ 1,2 mil, estabelecido pela Emenda Constitucional 20, sobre o salário-maternidade. A consequência da aplicação do referido teto sobre o salário maternidade seria a transferência, para o empregador da gestante, da responsabilidade pelo pagamento da diferença entre o seu salário e o referido limite durante o período da licença maternidade. Ora, o argumento em que se louvou o STF para, por unanimidade, em decisão de interpretação conforme a Constituição, impedir a incidência questionada, foi o de que ela teria como efeito concreto o aumento da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho. Como a isonomia entre gêneros constitui cláusula pétrea (artigo 5º, inciso I, combinado com artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, CF), entendeu-se que o limite dos benefícios não poderia ser aplicado ao salário-maternidade, sob pena de inconstitucionalidade.

---

<sup>37</sup> SARMENTO, Daniel. *Livre e Igualis – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 151.



Com as mesmas razões, as limitações contidas nas expressões “*investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial*” e “*superiores a trinta dias consecutivos*” não podem ser aplicadas aos advogados públicos federais, sob pena de lhes causar um impacto desproporcional.

Uma vez que o Estado assegurou, no artigo 38, §§1º e 2º, da Lei nº 8.112/90, o cumprimento do princípio da proteção ao trabalhador que acumula o trabalho além do ordinário, não há razão para que, dentro desse grupo, haja discriminação, favorecendo-se determinadas pessoas em detrimento de outras ou limitando o período de tempo, como se o acúmulo extraordinário de atribuições, por mera ficção, não pudesse ocorrer em períodos inferiores “*a trinta dias consecutivos*”.

A declaração de constitucionalidade, sem redução de texto, de expressões do artigo 38, §§1º e 2º, da Lei 8.112/90 é medida indispensável para dar efetividade ao princípio constitucional da igualdade e vedar “a prática intolerável do Poder Público conceder privilégios a alguns, ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros”.

## V – DA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

Para concessão de liminar em ação direta de constitucionalidade, assim como nas medidas cautelares em geral, faz-se necessária a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Quanto ao primeiro requisito, *fumus boni iuris*, tem-se que a verossimilhança das alegações expostas na inicial restou



satisfatoriamente demonstrada, considerando-se, mormente, os precedentes prolatados por essa Corte, que apontam para a necessidade de existir um fator de discriminação devidamente justificado para conferir tratamento desigual aos advogados públicos, o que de fato não existe.

O segundo pressuposto, qual seja, o *periculum in mora*, também está presente, visto a efetiva situação de exploração e sobrecarga de trabalho, agravada pela omissão do Estado tanto em remunerar o serviço extraordinário por acumulo de atribuições, quanto em implementar medidas efetivas de estímulo e valorização de uma carreira essencial à Justiça e a própria estrutura do Estado Democrático.

O número de vacâncias, apenas na Carreira de Procurador Federal, é de aproximadamente 500 cargos, sem contar as licenças e afastamentos legais, bem como a evasão da Carreira demonstra o impacto desproporcional que coloca em risco a própria garantia do interesse público.

Eventual demora na concessão da liminar poderá acarretar prejuízo à defesa do interesse público, visto a situação discriminatória que lhes é imposta, além da sobrecarga de trabalho e do desgaste de ser a única carreira jurídica sem a contraprestação e valorização do desempenho de uma função essencial á Justiça.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade do art. 38 da Lei 8.112/90 é medida essencial e necessária para conferir efetividade ao princípio constitucional da igualdade e vedar “a prática intolerável do Poder Público conceder privilégios a alguns, ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros”.



Nesse sentido, a **concessão de medida cautelar** para declarar a **inconstitucionalidade** das expressões "*investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial*" (caput) e "*de direção ou chefia e os de Natureza Especial*" (§§ 1º e 2º) "*superiores a trinta dias consecutivos*" e "*que excederem o referido período*" (§ 2º) constantes das alterações trazidas ao artigo 38, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.112/90 pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 1.595-14, de 1997, convertida na Lei nº 9.527/97, bem como das expressões "*investidos em função de direção ou chefia e os ocupantes de cargos em comissão*" e "*da função de direção ou chefia*" constantes da redação originária do caput e dos §§ 1º e 2º do artigo 38 da Lei nº 8.112/90, **mediante a técnica da declaração parcial de nulidade sem redução de texto** para, independente da assunção de cargo ou função e do período tempo do acúmulo, estender a retribuição pela substituição a todos os Procuradores Federais e demais advogados públicos federais em 180 dias ou em prazo razoável para a Administração Federal prever a regulamentação interna e reservar dotação no orçamento, é **medida de JUSTIÇA que se impõe face a grave situação de exploração imposta à Advocacia Pública Federal, especialmente aos Procuradores Federais, bem como o risco a efetiva garantia do interesse público.**

## **VI – PEDIDOS**

Diante do exposto, demonstrada a **inconstitucionalidade** do Art. 38 da Lei 8.112/90 a em face da violação aos artigos 2º; art. 5º, I; art. 6º; art. 7º, XVI; art. 37, § 6º; e art. 39, § 3º todos da



Constituição da República, bem como a presença dos requisitos autorizadores da concessão de medida acautelatória, requer-se:

a) o conhecimento e recebimento da presente ação direta de constitucionalidade;

b) a **concessão de medida cautelar** nos termos do § 3º, do art. 10, da Lei n. 9.868/99, até mesmo por meio de decisão singular “ad referendum” do Plenário para declarar a inconstitucionalidade das expressões “*investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial*” (caput) e “*de direção ou chefia e os de Natureza Especial*” (§§ 1º e 2º) “superiores a trinta dias consecutivos” e “que excederem o referido período” (§ 2º) constantes das alterações trazidas ao artigo 38, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.112/90 pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 1.595-14, de 1997, convertida na Lei nº 9.527/97, bem como das expressões “*investidos em função de direção ou chefia e os ocupantes de cargos em comissão*” e “*da função de direção ou chefia*” constantes da redação originária do caput e dos §§ 1º e 2º do artigo 38 da Lei nº 8.112/90, mediante a **técnica da declaração parcial de nulidade sem redução de texto** para, independente da assunção de cargo ou função de confiança e do período tempo do acúmulo, estender a retribuição pela substituição a todos os Procuradores Federais e demais advogados públicos federais em 180 dias ou em prazo razoável para a Administração Federal prever a regulamentação interna e reservar dotação no orçamento;

c) colhidas as informações da Presidência da República e ouvido sucessivamente o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, seja julgado procedente o pedido, para ser declarada a inconstitucionalidade das expressões “*investidos em*

cargo ou função de *direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial*" (caput) e "de *direção ou chefia e os de Natureza Especial*" (§§ 1º e 2º) "superiores a trinta dias consecutivos" e "que excederem o referido período" (§ 2º) constantes das alterações trazidas ao artigo 38, §§1º e 2º, da Lei nº 8.112/90 pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 1.595-14, de 1997, convertida na Lei nº 9.527/97, bem como das expressões "*investidos em função de direção ou chefia e os ocupantes de cargos em comissão*" e "*da função de direção ou chefia*" constantes da redação originária do caput e dos §§1º e 2º do artigo 38 da Lei nº 8.112/90, por incorrer em ofensa ao artigo 5º, I, §§1º e 2º, artigo 6º, art. 7º, XVI, artigo 37, §6º, artigo 39, §3º e artigo 131 da Constituição Federal e art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, **mediante a técnica da declaração parcial de nulidade sem redução de texto** para, independente da assunção de cargo ou função e do período tempo do acúmulo, estender a retribuição pela substituição a todos os Procuradores Federais e demais advogados públicos federais.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 09 de maio de 2016.



Fernanda Demarchi Matielo  
OAB/RS 57.395 e OAB/DF 41.770  
Assinada Eletronicamente