

William Douglas  
Eugênio Rosa de Araújo  
André Luiz Maluf Chaves

# OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

## E REVISÃO GERAL ANUAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Razões pelas quais o STF deve dar cumprimento  
ao art. 37, X, da Constituição Federal

**3ª edição**, revista e atualizada com a nova Lei do Mandado de  
Injunção (Lei nº 13.300/2016) e com o Informativo nº 858 do STF

Prefácio do Ministro Luiz Fux

Apresentação

- Alexandre de Moraes
- Marcelo Leonardo Tavares
- Marcelo Novelino
- Nagib Slaibi Filho

*Abre a tua boca; julga retamente; e faze justiça aos  
pobres e necessitados.*

Provérbios 31.9

*Pois da mesma forma que julgarem, vocês serão  
julgados; e a medida que usarem,  
também será usada para medir vocês.*

Mateus 7.2



# OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

## E REVISÃO GERAL ANUAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Razões pelas quais o STF deve dar cumprimento  
ao art. 37, X, da Constituição Federal



William Douglas  
Eugênio Rosa de Araújo  
André Luiz Maluf Chaves

# OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

E REVISÃO GERAL ANUAL DOS  
SERVIDORES PÚBLICOS

Razões pelas quais o STF deve dar cumprimento  
ao art. 37, X, da Constituição Federal

**3ª edição**, revista e atualizada com a nova Lei do Mandado de  
Injunção (Lei nº 13.300/2016) e com o Informativo nº 858 do STF



Niterói, RJ  
2017



© 2017, Editora Impetus Ltda.

## **Editora Impetus Ltda.**

Rua Alexandre Moura, 51 – Gragoatá – Niterói – RJ

CEP: 24210-200 – Telefax: (21) 2621-7007

### **Conselho Editorial**

Ana Paula Caldeira • Benjamin Cesar de Azevedo Costa  
Ed Luiz Ferrari • Eugênio Rosa de Araújo  
Fábio Zambitte Ibrahim • Fernanda Pontes Pimentel  
Izequias Estevam dos Santos • Marcelo Leonardo Tavares  
Renato Monteiro de Aquino • Rogério Greco  
Vitor Marcelo Aranha Afonso Rodrigues • William Douglas

**Projeto Gráfico:** Editora Impetus Ltda.

**Editoração Eletrônica:** Editora Impetus Ltda.

**Capa:** L. Felipe Silva.

**Revisão de Português:** C&C Criações e Textos Ltda.

**Impressão e Encadernação:** Alvolaser Serviços de Impressão.

---

---

D733o

Douglas, William, 1967-

Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos : razões pelas quais o STF deve dar cumprimento ao art. 37, X, da Constituição / William Douglas, Eugênio Rosa de Araújo e André Luiz Maluf Chaves. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

248 p.; 16 x 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-85-7626-957-1

1. Direito constitucional – Brasil. 2. Controle da constitucionalidade – Brasil. 3. Brasil – Servidores públicos. I. Araújo, Eugênio Rosa de II. Chaves, André Luiz Maluf. III. Título.

CDD- 342.816206

---

---

### **O autor é seu professor; respeite-o: não faça cópia ilegal.**

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução, salvo pequenos trechos, mencionando-se a fonte. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime (art. 184 do Código Penal). Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme Decreto nº 1.825, de 20/12/1907.

A **Editora Impetus** informa que quaisquer vícios do produto concernentes aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas, às referências, à originalidade e à atualização da obra são de total responsabilidade do autor/atualizador.

[www.impetus.com.br](http://www.impetus.com.br)

## PREFÁCIO

---

Tenho a grata satisfação de prefaciá-la a oportuna obra “*Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos: razões pelas quais o STF deve dar cumprimento ao art. 37, X, da Constituição*” da lavra de dois magistrados já consagrados por suas obras e por jovem pesquisador que estreia sua primeira participação científica, apresentando ao mundo jurídico estudo cuidadoso com relevantes reflexões sobre o tema das omissões legislativas inconstitucionais, tema atual e importante, sobre o qual os tribunais brasileiros têm se debruçado nos últimos anos.

A pesquisa é elogiável e impressiona, máxime porque percorre os textos constitucional e legal, a doutrina e a jurisprudência, refletindo método apurado e consagrado no estudo do Direito.

Após trazerem notícia das discussões específicas sobre a temática, os autores foram além. Destacaram elementos do direito comparado, constitucional, administrativo, econômico e financeiro, lançando novas luzes sobre a revisão geral de vencimentos dos servidores públicos por intermédio de uma análise profunda, percuciente e desapassionada.

Neste pormenor, os autores sustentam que as cognominadas sentenças aditivas não ostentam um caráter de ativismo judicial, mas de aplicação de texto expresso, e, ainda, contribuem efetivamente para o debate, elencando julgados do STF em que se produziu norma de decisão apta a solucionar, com prudência, questões de elevada relevância.

O Supremo Tribunal Federal tem sido ocasionalmente criticado por poucos, sob o argumento de que, ao decidir em casos de *inertia deliberandi*, estaria invadindo a competência confiada constitucionalmente ao Poder Legislativo. Ocorre que, em sede de jurisdição constitucional, o STF constrói decisões de caráter contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos da Corte Suprema objetivam preservar a fiel execução dos mandamentos constitucionais, sem desprezar os anseios da sociedade. Nesse cenário, não se deve perder de vista que a eventual alegação da prática

de ativismo judicial deve ser recebida como uma apropriada interpretação de texto constitucional.

Assim, não impressiona o argumento dos críticos dirigidos à Corte quanto à falta de legitimidade representativa do povo, posto que, como já decidido em outra ocasião com base nos ensinamentos de Alexy, o parlamento representa o povo politicamente e o tribunal no desempenho de sua missão constitucional o representa argumentativamente (ADI 3.510, Min. Ayres Britto) – inexistente, portanto, o alegado déficit de legitimidade.

Sob outro enfoque, o STF tem sido profícuo na construção de critérios interpretativos para a concretização dos direitos fundamentais, tal como na percepção do princípio da proporcionalidade como meio para a proibição da proteção insuficiente (ADI 3.510, Min. Ayres Britto), bem como, em sede de interpretação conforme, mediante a preservação de regra transitória até que o Legislador elabore novos preceitos para disciplinar a matéria (ADI 1.351-1, Min. Marco Aurélio).

A obra percorre arguta metodologia e incita à reflexão com tópicos que servirão de esteio e paradigma à fixação de um critério de solução para a revisão dos vencimentos, contribuindo para a solução que ainda está por ser definida e o STF certamente saberá tomar a melhor decisão, aquela mais consentânea com o sentimento constitucional. A contribuição dos autores chega, assim, em momento deveras oportuno, pois os argumentos e fundamentos veiculados serão úteis para as profundas reflexões que o caso requer.

Por todas estas razões, o denodado trabalho produzido pelos autores merece elogios, por contribuir para o amadurecimento do tema e o enfrentamento das dificuldades a ele inerentes, visando à construção de uma solução jurídica eficaz para o deslinde de tão relevante controvérsia.

**Luiz Fux**

Ministro do STF

Professor Titular de Processo Civil da UERJ

Livre Docente

# APRESENTAÇÃO – 1

---

Início agradecendo a imensa honra de poder apresentar a excelente obra de William Douglas, Eugênio Rosa de Araújo e André Luiz Maluf Chaves, que, a partir da análise do neoconstitucionalismo, força normativa da Constituição e doutrina da efetividade, apontam os mecanismos necessários para o Poder Judiciário poder afastar as omissões inconstitucionais e, especificamente, garantir a efetividade da revisão geral anual prevista na Constituição de 1988, no inciso X do art. 37.

A Constituição Federal, inovando em relação às anteriores, regulamenta, no Título III, um capítulo específico para a organização da Administração Pública, pormenorizando-a enquanto estrutura governamental e enquanto função, e determinando em seu art. 37 que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedeça, além de diversos preceitos expressos, aos princípios de *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

Trata-se de verdadeira “*Declaração de Direitos do Administrado*”, complementando, dessa maneira, as tradicionais “*Declarações de Direitos e Garantias individuais*”, que protegem o indivíduo da força estatal.

Essa dupla proteção – Indivíduo/Estado, Administrado/Administração – tem a finalidade de estabelecer um verdadeiro *escudo protetivo* contra as práticas arbitrárias ou abusivas da Administração, estabelecendo inúmeros princípios, preceitos e regras obrigatórias ao administrador público.

Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 19/98 alterou a redação do inciso X do art. 37 determinando que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada, porém, a obrigatoriedade de revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Trata-se de grande e importante inovação dessa alteração realizada pela EC nº 19/98, como bem salientado pelos autores, uma vez que expressamente previu ao servidor público o *princípio da periodicidade*, ou seja, garantiu *anualmente* ao funcionalismo público, no mínimo, uma *revisão geral*, diferentemente da redação anterior do citado inciso X do art. 37, que estipulava que “a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares far-se-á sempre na mesma data”, garantindo-se tão somente a simultaneidade de revisão, mas não a periodicidade.

Com a nova redação, obviamente, a obrigatoriedade do envio de pelo menos um projeto de lei anual, tratando da reposição do poder aquisitivo do subsídio do servidor público, deriva do próprio texto constitucional, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, tão bem tratada por William Douglas, Eugênio Rosa de Araújo e André Luiz Maluf Chaves.

A discussão proposta pelos autores situa a necessidade de combate à inconstitucionalidade por omissão, com a consequente efetivação dos preceitos constitucionais a partir do Poder Judiciário, por meio das modernas e novas técnicas interpretativas, que ampliem a atuação jurisdicional em assuntos tradicionalmente de alçada dos Poderes Legislativo e Executivo, sem que se possa apontar no órgão jurisdicional o excesso de *ativismo judicial* ou mesmo usurpação legislativa.

O estudo, conceituação e diferenciação da *colmatação da inconstitucionalidade por omissão* com a ideia de *mera aplicação de ativismo judicial* – expressão utilizada pela primeira vez em 1947 por Arthur Schlesinger Jr., em artigo sobre a Corte Suprema dos EUA –, tornou-se de extrema relevância, para que se garanta a eficácia máxima do texto constitucional.

Na presente hipótese, a concretização do princípio da periodicidade pelo Poder Judiciário seria ativismo judicial, enquanto filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores, ou, a aplicação de necessário método de interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, por parte do Poder Judiciário, a imprescindível *colmatação das lacunas constitucionais* geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional?

Os autores pretendem responder essa questão em relação ao *princípio da periodicidade*, com opinião balizada e forte fundamentação, demonstrando

que não se trata do *excesso de ativismo judicial*, nem tampouco de clara afronta à Separação de Poderes, inexistindo *usurpação das funções da legislatura ou da autoridade administrativa*, mas sim de verdadeira necessidade constitucional permitida pelo sistema de freios e contrapesos em face da finalidade maior de garantir a plena supremacia e efetividade das normas constitucionais.

Parabenizo os autores pela excelência, atualidade e repercussão do tema, bem como por iniciarem a discussão a partir de ação ordinária, cuja medida liminar foi suspensa pelo Tribunal Regional Federal, demonstrando, dessa maneira, a importância de a jurisdição constitucional também ser exercida de maneira difusa, pelos órgãos de primeira instância, no intuito de garantia e efetividade máxima da Constituição Federal.

São Paulo, 16 de maio de 2014.

### **Alexandre de Moraes**

Ministro do Supremo Tribunal Federal  
Doutor em Direito do Estado e Livre-docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor associado da FDUSP e Chefe do Departamento de Direito do Estado (biênio 2012-2014). Professor Titular da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Foi Promotor de Justiça em São Paulo (1991-2002), Secretário de Estado da Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo (2002-2005), membro da 1ª Composição do Conselho Nacional de Justiça (biênio 2005-2007) e Secretário Municipal de Transportes e de Serviços da Capital/SP (2007-2010). Autor de diversas obras jurídicas.



## APRESENTAÇÃO – 2

---

Milhões de servidores públicos, de aposentados e de pensionistas, sem a devida proteção dos tribunais, são obrigados a ver a relevante inflação ainda renitente corroer suas remunerações, proventos e pensões, a degradar progressivamente a sua qualidade de vida, a colocar sombras em seu futuro.

Afirme-se que o longo título da obra se justifica pela evidente inexorabilidade do tema no Brasil deste início do século XXI: *Omissão inconstitucional e revisão geral anual dos servidores públicos: razões pelas quais o STF deve dar cumprimento ao art. 37, X, da Constituição Federal.*

Elogo indagará o leitor por que os autores, William Douglas, Eugênio Rosa de Araújo e André Luiz Maluf Chaves se viram compelidos a escrever tão impressionante defesa de garantia de milhões de pessoas que, aliás, decorre da simples interpretação literal do que está no art. 37, X, parte final, da Constituição:

---

(...) a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, **assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.**

---

A referida parte final não foi alterada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que, no entanto, forneceu o ensejo de regulamentação da Lei federal nº 10.331, de 18 de dezembro de 2001, integrante dos esforços fisiocratas do denominado sistema de responsabilidade fiscal, cuja ementa enuncia:

---

Regulamenta o inciso X do art. 37 da Constituição, que dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais.

---

E maior será a surpresa do leitor ao verificar que a Lei federal nº 10.331/2001 na verdade impõe diversas condições para chegar ao fim declarado de bloquear a efetivação da garantia constitucional de revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos servidores federais!

E o que é pior, por se enquadrar no denominado sistema de responsabilidade fiscal, passou a ser obrigatório padrão a ser adotado também pelos Estados, Distrito Federal e Municípios – note-se: a despeito de não mais existir na atual Constituição os *princípios federais extensíveis* que o saudoso mestre das Minas Gerais, Raul Machado Horta, apontava como os paradigmas adotados pela legislação federal que deveriam ser seguidos pelos demais entes federativos, como estava, por exemplo, no art. 13 da decaída ordem constitucional.

Nem se poderia imaginar que a Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000, ao estabelecer *normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal*, ousasse excluir garantia prevista no texto constitucional não só no prefalado art. 37, X, para os agentes públicos, como também decorrente do que está no art. 7º, IV, da Constituição, para os trabalhadores privados, ao se referir aos *reajustes periódicos que lhes preservem o poder aquisitivo*.

Servidor público ou empregado privado, aposentado ou pensionista pela Previdência Geral ou pelas previdências estatais, todos têm direito a meios de defesa perante a inflação que corrói os seus meios de subsistência.

Maior a perplexidade do leitor ao verificar que a apontada Lei nº 10.331/2001 constitui na verdade uma violenta e certamente inglória tentativa de esvaziar o comando que decorre do disposto no art. 5º, § 1º: *os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata*.

O poder constituinte originário, escaldado da tenebrosa prática anterior que colocava os direitos genuflexos à inércia legislativa,

dispensou para a eficácia das normas de direitos e garantias fundamentais a existência de lei específica, qual seja, no caso, a garantia de revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos agentes públicos.

Eis o cruel contexto que dispensa pretextos e que conduz ao texto enérgico ora apresentado: milhões de servidores públicos, aposentados e pensionistas sofrem o esvaziamento da remuneração, dos proventos, da pensão, pelo efeito corrosivo da inflação ainda relevante e contumaz.

O governo se defende esgrimindo regras que ele mesmo impôs da responsabilidade fiscal, postas em patamar de olímpica supremacia sobre os direitos fundamentais, o que se mostra absolutamente intolerável para o Estado Democrático de Direito prometido pela Constituição de 1988, logo em seu art. 1º.

Os tribunais, com poucas exceções, submetem-se ao império das circunstâncias em vez de se submeter ao império do Direito, *the rule of Law*, a que se referem os nossos irmãos do Norte.

Aliás, sobre interpretação jurídica, veja o que está na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica:

---

Art. 29ª – Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
  - b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
  - c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
  - d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.
-

Não é lícita a interpretação que se presta a rejeitar a garantia evidente, pois também aí prevalece a regra ética de que os meios servem para alcançar os fins e nenhum meio ilícito pode tornar inválido o fim lícito.

Não estamos mais no século XIX, em que a Constituição, com sua supremacia altissonante sobre os fatos, simplesmente organizava os Poderes estatais e declarava as liberdades individuais, os direitos e garantias que não podiam ser vulnerados pelo Estado, o Estado-Gendarme a que se referia o também fisiocrata Vincent de Gournay pela doutrina do *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même*.

Então, a Constituição necessitava da lei votada pelo Parlamento para que pudessem valer as suas normas; sem a lei, a Constituição não operava no mundo, não tinha eficácia na realidade por mais medonhos que fossem os fatos. Então predominava a liberdade, mas a liberdade como o direito de o indivíduo agir dentro dos limites estritos que lhe foram deferidos pela lei votada pelo Parlamento, sujeito às maiorias temporárias.

No século XX, com a predominância do Governo, em processo em que foi chamado em nosso país de *hipertrofia do Poder Executivo*, passou o Poder Público a também se preocupar com a desigualdade entre os membros da sociedade, e com os possíveis distúrbios e motins provocados pelos que foram tomados de desespero pela peculiar situação de desamparo em que se encontravam.

Aliás, proclamou o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, que a mesma também decorria da necessidade de se conceder alguma esperança:

---

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi

proclamado como a mais alta aspiração do homem comum,

**Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão,**

Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, (...)

---

No século XIX, na defesa da liberdade, poder-se-ia garantir que somente o interessado lutasse em Juízo ou fora dele por seus direitos.

No século XX, na defesa da igualdade e da justiça social, foi necessário transcender os limites subjetivos das decisões judiciais para que a mesma alcançasse a todos que estivessem na mesma situação, bem como a permitir a legislação que se pudesse, em nome próprio e na defesa dos interesses alheios indisponíveis, admitir o ingresso em Juízo pela hoje denominada *legitimação extraordinária*.

Até por força de disposições no Código de Processo Civil, a considerar impenhoráveis os salários, proventos e pensões, o tema da remuneração passou a ser visto sob o prisma da indisponibilidade do direito subjetivo, de um lado a legitimar terceiros, em nome próprio, na defesa do interesse do servidor, e de outro a conferir eficácia transindividual às decisões judiciais, pois não se pode admitir que a remuneração do servidor público não guarde relação com a remuneração deferida aos demais que ocupam os mesmos cargos.

Então o conflito de interesses à revisão das remunerações, proventos e pensões não está simplesmente entre o Estado-Leviatã e o servidor, ou aposentado, ou pensionista, mesmo porque este é frágil e não tem como se defender perante o adversário muito mais poderoso: somente nos tribunais pode encontrar a proteção que lhe permita expor a situação para pedir o direito essencial à sua existência.

Daí, finalmente, o mínimo de compreensão que se pode ter sobre o tema: não é uma questão meramente de Finanças Públicas, de acerto das contas estatais, de prevalência do interesse público que muitos consideram supremo.

Não! O que se tem aqui é muito mais!

Alcança a compreensão da pessoa humana como fim, razão e essência da sociedade e do Estado.

E a pessoa, qualquer que seja, deve ser protegida não porque é eleitor, consumidor, contribuinte, nobre ou desvalida, ilustre ou obscura.

É a pessoa criada à imagem e semelhança de seu Criador e, assim, sem pretextos nem contextos, sem teses nem antíteses, com direito à proteção de sua imanente dignidade simplesmente porque é pessoa humana.

**Nagib Slaibi Filho**

Desembargador TJ/RJ

Professor de Direito Constitucional

na Universidade Federal

Fluminense – UFF

## APRESENTAÇÃO – 3

---

A presente obra traz nova reflexão sobre a teoria da omissão inconstitucional à luz do Neoconstitucionalismo e do princípio da efetividade das normas constitucionais. A partir do estudo do caso da revisão geral remuneratória assegurada pelo art. 37, X, da Constituição da República, os autores expõem, com raciocínio claro e bem fundamentado, o compromisso com a integridade e a potencialidade constitucional e formulam uma proposta baseada no avanço do dever-ser para o que efetivamente pode ser.

Na busca da consolidação do Estado de Direito baseado na harmonia entre os Poderes, apresentam proposta consistente para superação da crise de efetividade das normas garantidoras de direitos, mediante a análise de que os mecanismos previstos para o enfrentamento da omissão muitas vezes não são suficientes para garantir a efetividade normativa constitucional.

De fato, a mera ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias prevista no art. 103, § 2º, da Constituição, não resolve o problema da tensão quando o referido Poder permanece inerte ou cumpre de forma insuficiente o apelo do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Da mesma forma, em que pese o STF ter superado (já não sem tempo) o modelo não concretista nas decisões em Mandado de Injunção, o remédio tem aplicação limitada a direitos e liberdades constitucionais e aos casos em que não se pode exercer prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O Mandado de Injunção deixa de proteger outras situações relevantes em que a omissão representa desrespeito a garantias previstas na Constituição, como é o do caso de fundo, relativo ao art. 37, X. Para agravar o cenário, o STF tem

produzido precedentes com postura variável de grau de concretização de direitos diante de omissões inconstitucionais, sem indicar critérios objetivos que sugiram previsibilidade de suas decisões.

Por isso, têm razão os autores na identificação do potencial a ser explorado no controle difuso da omissão inconstitucional nas ações de rito comum, mediante a leitura adequada do princípio da separação de poderes a partir da teoria dos diálogos constitucionais.

**Marcelo Leonardo Tavares**

Doutor em Direito Público – UERJ

Professor Adjunto – UERJ

Juiz Federal/RJ

## APRESENTAÇÃO – 4

---

O reconhecimento definitivo da força normativa da Constituição é uma das principais conquistas do constitucionalismo contemporâneo. Neste sentido, impõe-se reconhecer a natureza de norma jurídica (princípio ou regra) aos mandamentos contidos em todo e qualquer dispositivo consagrado no texto constitucional, os quais são obrigatórios e vinculantes para todos os Poderes Públicos, inclusive para o legislador.

A sindicabilidade judicial de direitos constitucionalmente assegurados é corolário do reconhecimento da normatividade da Constituição. No atual estágio evolutivo seria incoerente negar, com base na separação dos poderes, a possibilidade de o Judiciário assegurar o exercício de direitos constitucionalmente consagrados, ainda que, em determinados casos, seja necessário atuar como “legislador positivo” e proferir decisões de caráter aditivo.

Embora controversa a adequação da via processual no caso que deu origem à presente obra – dever-se-ia admitir a ação ordinária proposta ou a única medida cabível seria impetração do mandado de injunção perante o STF, em face da omissão do Presidente da República no tocante à iniciativa do processo legislativo? Difícil não fazer coro à tese de fundo adotada na decisão de 1ª instância, no sentido de que o Poder Judiciário pode (e deve) suprir a omissão inconstitucional dos Poderes Públicos quando esta inviabilizar o exercício de um direito constitucionalmente assegurado.

A atuação judicial em face da omissão inconstitucional dos Poderes Públicos é o tema central deste estudo. A partir de um caso concreto envolvendo o dispositivo constitucional que assegura a revisão geral anual para os servidores públicos (CRFB/88, art. 37, X), os autores

trazem relevantes argumentos que, certamente, serão de grande valia para o debate e a reflexão.

**Marcelo Novelino**

Doutor em Direito Público pela UERJ

Professor e Coordenador da Pós-Graduação  
em Direito Constitucional/LFG

Procurador Federal

Foi Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal

## ABREVIATURAS

---

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Agravo de Instrumento

EC – Emenda Constitucional

DJ – Diário de Justiça

J – Julgamento

LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

MI – Mandado de Injunção

MS – Mandado de Segurança

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PL – Projeto de Lei

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SV – Súmula Vinculante

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal



# SUMÁRIO

---

Nota Prévia .....	1
Introdução.....	27
<b>Capítulo 1 – Bases para a Efetividade do Art. 37, X, da Constituição.....</b>	<b>29</b>
1.1. Neoconstitucionalismo, princípio da força normativa da Constituição e doutrina da efetividade.....	30
1.2. Diálogos constitucionais.....	43
1.3. Separação e harmonia entre os Poderes .....	52
<b>Capítulo 2 – A Omissão Inconstitucional como Fenômeno Jurídico Próprio .....</b>	<b>59</b>
2.1. Ocorrência de uma omissão inconstitucional .....	60
2.2. Omissão inconstitucional do Executivo .....	63
2.3. Omissão inconstitucional total e parcial.....	65
2.4. Controle concentrado da omissão inconstitucional pela via direta: Ação de Inconstitucionalidade por Omissão .....	68
2.5. Controle difuso de inconstitucionalidade por omissão pela via incidental: Mandado de Injunção e outros meios .....	72
<b>Capítulo 3 – Omissão Inconstitucional do Art. 37, X, da Constituição Federal de 1988: Existem Possibilidades de Efetivação? .....</b>	<b>79</b>
3.1. Revisão geral anual na Constituição de 1988: EC 19/98 .....	79
3.2. Omissão inconstitucional do art. 37, X, da Constituição e o entendimento do STF.....	86
3.3. Decisões que buscaram efetivar o art. 37, X, da Constituição .....	91
3.4. Consequências da omissão .....	98
3.4.1. Violação de direito garantido constitucionalmente e enfraquecimento da força normativa da Constituição.....	98

3.4.2. Custo social da omissão e os reflexos na economia nacional.....	99
3.4.3. Greve no funcionalismo.....	100
3.5. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o art. 37, x, no STF: a necessidade de uma evolução.....	103
3.6. A Possibilidade de eficácia do art. 37, x, através da indenização: O julgamento do RE 565.089-SP, Relator Ministro Marco Aurélio .....	114
3.6.1. Os votos dos Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso .....	115
3.6.2. O voto do Min. Teori Zavascki e a possibilidade de utilização do IPCA .....	123
3.6.3. O voto do Min. Luiz Fux e as considerações do Min. Luís Roberto Barroso .....	129
3.6.4. O voto do Min. Gilmar Mendes e a ausência de falência do sistema financeiro: pagamento por precatórios, previsão na LDO e LO e questões econômicas.....	131
3.6.5. A alta densidade normativa do art. 37, X, e seu § 6º, e a existência de ativismo judicial ilegítimo no caso de não aplicação.....	135
3.6.6. A experiência do modelo português .....	142
3.7. Possibilidade de procedência em ação ordinária com pedido de obrigação de fazer consistente em reajustar a remuneração básica: índice de reajuste e finanças.....	146

**Capítulo 4 – Indexação, Sentenças Aditivas e o Art. 37, X, da Constituição .....155**

**Considerações Finais: A Eficácia Possível e Necessária .....169**

**Referências .....195**

**Anexo .....203**

**Anexo II .....205**

**Anexo III.....207**

**Anexo IV .....210**

**Dedicatórias .....213**

**Agradecimentos .....215**

“Sem interpretação voltada à afirmação das garantias constitucionais e à realização concreta dos direitos fundamentais, não há Estado Democrático de Direito verdadeiro. Na síntese formulada pelo mestre Paulo Bonavides, *“a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes”*. Significa dizer: as instituições não existem, na quadra atual, por si sós, não se bastam. São instrumentos a serviço dos direitos e garantias fundamentais. Destinam-se a assegurar esses direitos aos indivíduos e à coletividade. Se não alcançam esse fim, se permanecem inertes, omissas, então não merecem o rótulo de instituição republicana e democrática. Parabéns à sociedade brasileira pela Carta da República e ao Supremo pelos 25 anos de desempenho do papel que lhe foi atribuído.”

**Marco Aurélio Mello**

Ministro do Supremo Tribunal Federal

*25 Anos de Interpretação Constitucional – uma história de concretização dos direitos fundamentais. Artigo escrito para a obra comemorativa dos 25 anos da Constituição Federal de 1988, organizada pelo Supremo Tribunal Federal.*

“Não podemos imaginar que o art. 37, X, não tenha o mínimo de eficácia. Nós temos que dar eficácia. Não se trata de aplicação da Súmula nº 339 do STF. O que nós estamos aqui é restaurando um direito, ou melhor, estamos reconhecendo que houve um dano, uma omissão sistemática do Poder Executivo(...). Estamos aqui cumprindo nossa função constitucional sem nenhuma invasão nos demais Poderes.”

**Ricardo Lewandowski**

Ministro do Supremo Tribunal Federal

*Sessão plenária, 03 de abril de 2014, julgamento do Recurso Extraordinário 565.089/SP.*

“Mas existe uma outra competência que Cortes Constitucionais desempenham – e que, no caso brasileiro, se tornou importante em muitas situações – que, ao lado da função contramajoritária, é uma função representativa, é a função de interpretar e procurar concretizar determinados anseios da sociedade que estão paralisados no processo político majoritário. Porque o processo político majoritário, que é o que se desenrola no Congresso, muitas vezes, encontra impasses, encontra dificuldades de produção de consenso; não é só no Brasil, é no mundo inteiro.

E é por essa razão que, nas situações que envolvam proteção de minorias, ou nas situações que envolvam certos impasses que emperram a história, acaba sendo indispensável a intervenção do Supremo Tribunal Federal, não contramajoritária, mas representativa. É para fazer andar a história, quando ela tenha parado.”

**Luis Roberto Barroso**

Ministro do Supremo Tribunal Federal

*Sessão plenária, 12 de dezembro de 2013, julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/ DF.*



# NOTA PRÉVIA

---

A presente obra decorre de uma ideia surgida a partir de uma ação ordinária<sup>1</sup>, onde o primeiro autor foi chamado a decidir sobre a revisão geral anual de um agente da polícia federal. O servidor requereu, tanto liminarmente, quanto no pedido final, que fosse realizado o reajuste previsto na Constituição em virtude da mora do Poder Executivo há anos sem iniciar o devido processo legislativo.

Em sua decisão, o primeiro autor desta obra criticou os gastos realizados pelo governo com megaeventos em detrimento da realização de políticas públicas essenciais. Ademais, citou inúmeros problemas que tal omissão inconstitucional está gerando na Polícia Federal, como greves, conflitos internos, prejuízo para o Ministério Público, salientando, inclusive, a situação de precariedade da categoria em razão da ausência da recuperação patrimonial. Afirmou que o Poder Judiciário deve atuar diante da omissão dos demais Poderes para efetivar a Constituição, ratificando que não se trata de aumento, mas sim de reajuste previsto expressamente no texto constitucional como direito dos servidores públicos.

Segue a decisão do primeiro autor, na íntegra, bem como, em seguida, a decisão do TRF-2<sup>a</sup> Região que a suspendeu:

## DECISÃO

O autor propõe a presente ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando, em síntese, que a ré proceda ao reajuste do seu subsídio mensal em folha de pagamento.

---

<sup>1</sup> Justiça Federal de Niterói, 4<sup>a</sup> Vara Federal, Ação ordinária, 0001630-65.2013.4.02.5102, Juiz Federal Titular, William Douglas.

Como causa de pedir sustenta a ocorrência de omissão inconstitucional, posto que o art. 37, X, da Constituição da República impõe a regra da revisão anual. Destarte, pugna pela revisão da sua remuneração através da variação do INPC no período, num percentual de 21,17%, com a conseqüente criação de rubrica e a expedição de ofício para que o Órgão Pagador cumpra a liminar.

A inicial, fls. 01/26, veio acompanhada com procuração, fl. 29, e pelos documentos anexos, fls. 27/28 e 30/49.

Decisão de fl. 58 afastando a ocorrência de litispendência ou coisa julgada, diante da certidão de fl. 56/57, bem como indeferindo o pedido de gratuidade de justiça.

Substabelecimento acostado aos autos, fl. 61.

Custas devidamente recolhidas, fl. 65.

É o relatório. Decido.

## I – DOS FATOS E DO DIREITO

A parte autora busca, em sede de tutela antecipada, que seja reconhecida a omissão inconstitucional presente no art. 37, X, da Constituição da República, ensejando, assim, o reajuste do seu subsídio mensal em folha de pagamento com a revisão da sua remuneração através da variação do INPC no período, num percentual de 21,17%. Por fim, pugna pela criação de rubrica e a expedição de ofício para que o Órgão Pagador cumpra a liminar.

Dispõe a Constituição da República em seu art. 37, X, o seguinte:

---

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:

(...)

*X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

---

Regulamentando a revisão geral e anual em comento, a Lei nº 10.331, de 2001, aduz em seus arts. 1º e 2º:

---

Art. 1º As remunerações e os subsídios dos servidores públicos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, serão revistos, na forma do inciso X do art. 37 da Constituição, no mês de janeiro, sem distinção de índices, extensivos aos proventos da inatividade e às pensões.

Art. 2º A revisão geral anual de que trata o art. 1º observará as seguintes condições:

I – autorização na lei de diretrizes orçamentárias;

II – definição do índice em lei específica;

III – previsão do montante da respectiva despesa e correspondentes fontes de custeio na lei orçamentária anual;

IV – comprovação da disponibilidade financeira que configure capacidade de pagamento pelo governo, preservados os compromissos relativos a investimentos e despesas continuadas nas áreas prioritárias de interesse econômico e social;

V – compatibilidade com a evolução nominal e real das remunerações no mercado de trabalho; e

VI – atendimento aos limites para despesa com pessoal de que tratam o art. 169 da Constituição e a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

---

Com a mudança perpetrada pela EC 19/98, a regra supramencionada expressamente previu o princípio da periodicidade, ou seja, garantiu anualmente ao funcionalismo público, no mínimo, uma revisão geral.

Diante da nova redação, o STF decidiu em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (2.061-DF, DJ 29 jun. 2001, Rel. Min. Ilmar Galvão) tratar-se de *“norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, a, da CF”*. Neste julgamento, o STF reconheceu a mora do Presidente em iniciar o processo legislativo.

Em suma, para que a regra presente no inciso X do art. 37 tenha eficácia mister o envio pelo Presidente da República de, pelo menos, um projeto de lei anual, tratando da reposição do poder aquisitivo da remuneração dos servidores públicos federais, observados os tetos constitucionais.

No caso vertente, consoante os documentos presentes nos autos, verifica-se que, de fato, o autor é Agente da Polícia Federal 1ª Classe, lotado em exercício na Delegacia de Repressão a Entorpecentes.

Sustenta o autor que os servidores públicos da Polícia Federal estão há quatro anos recebendo as mesmas remunerações. No caso específico do autor, o mesmo recebe a remuneração de R\$ 9.468,92 desde fevereiro de 2011, quando atingiu a primeira classe, conforme documentos anexos às fl. 42/48, não havendo revisão no salário da categoria desde 2009.

Configurada, portanto, a omissão inconstitucional do Poder Executivo, já que solapa a eficácia do art. 37, X.

Cumpra mencionar que a declaração de inconstitucionalidade exercida em sede de controle difuso por via incidental somente pode ser admitida quando for questão prejudicial ou necessária à análise da ação. Em outras palavras, há que se reconhecer a adequação da via utilizada já que o requisito da lesividade está implícito na própria ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma, seja por ação ou por omissão. Não há que se cogitar sobre a existência de sentença *extra* ou *ultra petita*, posto que a inconstitucionalidade de leis é questão de ordem pública, podendo ser declarada de ofício pelo magistrado em qualquer momento ou grau de jurisdição. Neste sentido:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA E TAXA DE COLETA DE LIXO E LIMPEZA PÚBLICA. SERVIÇOS PÚBLICOS INESPECÍFICOS E INDIVISÍVEIS. MUNICÍPIO DE NITERÓI.

1 – A inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público pode ser reconhecida em qualquer procedimento judicial de modo incidente, negando-se aplicação ao dispositivo apontado como inconstitucional.

2 – O processo de fiscalização das normas jurídicas é atividade típica do Poder Judiciário. Uma norma em desconformidade material, formal ou procedimental com a Carta Magna não pode prevalecer, devendo o julgador, antes de adentrar ao mérito da causa, examinar a sua validade.

3 – Não se pode exigir a taxa de coleta de lixo e de limpeza pública, por configurar serviço público universal e indivisível. Precedentes do STF.

4 – Apelação improvida (TRF-2 – AC: 337746 RJ 2001.51.02.006311-0, Rel. Des. Federal LUIZ ANTONIO SOARES, j. 26/02/2008, QUARTA TURMA ESPECIALIZADA. DJU, 16/04/2008, p. 348/349).

Tal como no caso de inconstitucionalidade por ação, também a omissão violadora da Constituição pode ser imputável aos três Poderes. Por exemplo, pode o Poder Executivo se abster de tomar medidas político-administrativas em matéria de educação (art. 208 da Constituição).<sup>2</sup>

Reconhecida a omissão inconstitucional, não há que se falar em violação do art. 2º da Constituição, pois que é da essência do princípio da tripartição de poderes, já que independentes e harmônicos entre si, o controle recíproco de suas prerrogativas, de modo que, na atuação deficiente de um deles, como no caso em que a Constituição impõe a deflagração anual do processo legislativo para revisão geral dos vencimentos e subsídios, deve ser restabelecido o traçado constitucional, com o conseqüente reconhecimento do direito constitucionalmente previsto.

Ademais, tal crítica cai por terra quando analisamos a própria teoria democrática.<sup>3</sup> Se considerarmos que a Constituição resguarda direitos fundamentais, e cabe ao Judiciário a sua guarda, cabe também a ele o dever de concretizá-los, sobretudo quando há inércia do Executivo e do Legislativo.<sup>4</sup>

---

2 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 53.

3 “Quando não tem lei, o Judiciário não pode deixar de resolver problemas da vida, porque as pessoas dependem disso.” Luis Roberto Barroso durante sabatina no Senado Federal, quando questionado sobre atuação do Judiciário no caso de omissão inconstitucional.

4 NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*, p. 26.

Ressalta o Min. Celso de Mello, na relatoria do Mandado de Injunção nº 542, Dj: 28/06/2002:

Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público). Entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: RTJ 162/877-879, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno). – A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA. – O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatário – infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO). – A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado é que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos (original sem grifos).

Na doutrina estrangeira também é possível verificar o entendimento, segundo o qual o Judiciário tem legitimidade para declarar as omissões inconstitucionais que inviabilizem o exercício de direitos

fundamentais garantindo através de suas decisões o exercício destes direitos.

Em Portugal, a Constituição (1976) trouxe regras sobre a inconstitucionalidade por omissão. Também na Alemanha e na Itália a temática já vinha sendo discutida desde o final da década de 50 e início da década de 60.<sup>5</sup>

Na Itália, por exemplo, com o passar das décadas e a frequente atuação<sup>6</sup> da *Corte Costituzionale* no exercício do controle de constitucionalidade, surgiram debates envolvendo a possibilidade de atuação do Judiciário quando verificada uma inconstitucionalidade por omissão capaz de ensejar a inviabilidade do exercício de direitos constitucionalmente previstos.

Logo, conforme amplamente debatido no Direito europeu, para que seja possível a atuação do Judiciário, dois requisitos devem ser observados: a existência de omissão legislativa inconstitucional (*rime obbligate*, na expressão cunhada por Crisafulli, deve ser fruto de uma solução constitucionalmente obrigatória – e não de um juízo discricionário)<sup>7</sup> e a identificação de uma solução normativa constitucionalmente obrigatória.

É possível verificar na jurisprudência do STF, o entendimento de que, declarada a omissão inconstitucional, cabe ao titular do direito subjetivo procurar em ação própria a recomposição dos danos sofridos (STF, MI 284, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, j. 22/11/1992, DJ 26/06/1992, p. 10.103, ement. v. 01667-01, p. 00001, RTJ, v. 00139-03, p. 00712).

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* op. cit. p. 55.

<sup>6</sup> Léo Brust. *La Sentencia Constitucional en Brasil*, p. 33: “De forma que la lógica de la evolución del sistema italiano ha ido evolucionando paulatinamente desde la inicial necesidad de legitimación de la Corte, que la llevó a dar preferencia a las sentencias impositivas de estimación – para obligar el Poder Judicial a acatarlas –, y posteriormente a las sentencias interpretativas, manipulativas y a la modulación de los efectos temporales de sus decisiones. Una vez consolidado plenamente su papel institucional, la Corte aceptó un mayor protagonismo a los jueces, permitiéndoles que decidan cuestiones constitucionales, que antes eran a Corte aceptó un mayor protagonismo a los jueces, permitiéndoles que decidan cuestiones constitucionales, que antes eran tenidas como de su exclusiva competencia.”

<sup>7</sup> BRUST, Léo. *La Sentencia Constitucional en Brasil*, p. 560-561: “(...) el Tribunal y parte de la doctrina suelen justificar semejante intervención, alegando que las emite con base en la conocida solución “a rime obbligate”, en la terminología de Crisafulli, es decir, siempre y cuando la decisión sea constitucionalmente obligada, puesto que la norma que extrae del ordenamiento supuestamente no le dejaría margen a elección.”

Acerca da possibilidade de o cidadão intentar via ação própria pleiteando a indenização com vistas à respectiva reposição patrimonial devido a prejuízos causados por omissão legislativa do art. 37, X, foi proferido acórdão do TRF-5ª Região nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. REAJUSTE ANUAL. ART. 37, X, DA CF/88. MORA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. OMISSÃO LEGISLATIVA. DIREITO À REPARAÇÃO PATRIMONIAL ATRAVÉS DE AÇÃO PRÓPRIA. UTILIZAÇÃO DO INPC. CABIMENTO. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. – No que concerne à revisão geral da remuneração dos servidores da União (art. 37, X, da CF/88), o col. STF já declarou a mora legislativa por falta de iniciativa do projeto de lei pelo Presidente da República, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2.061-7-DF. Em Mandado de Injunção (nº 562-9-RS), o STF também já se pronunciou no sentido de que uma vez declarada a omissão legislativa, cabe ao titular do direito subjetivo buscar a reposição patrimonial através do exercício de ação própria. – Possibilidade de ser fixado o percentual do reajuste pelo Judiciário – constatada a omissão de quem deveria propor o projeto de lei e fixar esse ponto – através de um critério objetivo de correção, previsto em lei, uma vez que estará o Judiciário apenas aplicando a norma, o que é seu papel essencial. – Não é desarrazoado se fixar o percentual do INPC aplicado nos casos de reajustes dos benefícios previdenciários, donde tem se valido o Governo, desde o ano de 1998, para atender as revisões desse segmento social, o qual foi considerado constitucional pelo STF, posto que revelador da inflação que a classe média suporta em face de na composição do índice ter peso maior os valores da cesta básica, transportes e mensalidades escolares. – Direito aos efeitos indenizatórios, de acordo com o INPC compreendendo os anos de 1999, 2000 e 2001 e 2002, aplicando-se o índice desse indexador do exercício anterior ao da concessão, a partir do ano de 1998, data da promulgação da Emenda Constitucional que assegurou o direito aqui postulado. – Recurso adesivo prejudicado. – Apelação e remessa oficial providas em parte (AC nº 317.936/RN, Des. Federal Francisco Wildo, TRF 5ª Região, Primeira Turma, DJ 15/04/2005, p. 989, nº 72).

No julgamento do Recurso Extraordinário do caso mencionado, o STF manteve o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região julgando-o constitucional (STF. Primeira Turma. RE 472.678. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25/04/2006. DJ 17/05/2006.).

No presente caso, não se trata de aumento salarial (vedado pelo art. 2º-B da Lei nº 9.494/97), ou indenização, mas sim de revisão, buscando afastar os efeitos que a inflação gera. Tanto a indenização quanto a revisão buscam a necessária manutenção do poder aquisitivo da remuneração. Conforme afirma o Min. Marco Aurélio no julgamento do **RE 565.089 – SP, com repercussão geral reconhecida, em feito de sua relatoria pendente de julgamento no STF:**

Consoante a jurisprudência tradicional do Supremo, mostra-se inviável o aumento remuneratório de servidor público por decisão judicial, porquanto o Poder Judiciário não possui função legislativa – Verbete nº 339 da Súmula: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. A visão é correta. Não há espaço para a concessão de aumento pela via judicial, mas os recorrentes não buscam isso. Buscam a indenização pelo descumprimento de um dever jurídico, consistente no inadimplemento de majoração remuneratória para resguardo da equação entre remuneração e trabalho. O Supremo já assentou que “a correção monetária não se constitui em um plus, não é uma penalidade, mas mera reposição do valor real da moeda corroída pela inflação” – Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 404, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa (original sem grifos).

No mesmo sentido, elucida a Ministra Cármen Lúcia em sua obra:

Como a revisão não importa em aumento mas em manutenção do valor monetário correspondente ao *quantum* devido, fixou-se a sua característica de generalidade, quer dizer atingindo todo o universo de servidores públicos (In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 324) (original sem grifos).

Diante disso, levando em consideração a finalidade do instituto de manter o poder aquisitivo da moeda em face da inflação, entendo que a recomposição baseada em período inflacionário superior a

um ano configura direito subjetivo do agente público destinatário da norma, consubstanciando verdadeiro poder-dever do Estado restabelecer o valor da remuneração e dos subsídios em razão das perdas inflacionárias.

Por essa delimitação constitucional do perfil da revisão, que guarda relação com a variação do processo inflacionário, percebe-se que o percentual a ser atribuído a título de revisão geral anual deve sempre espelhar a inflação do período apurada pelos índices oficiais. A reposição há que ser na exata medida do que se perdeu, no mínimo, não havendo espaço para fixação de qualquer outro índice aleatório.

Logo, para que se torne eficaz o comando constitucional em questão, este juízo entende que seria cabível a utilização do índice IPCA, que é o índice oficial utilizado pelo Banco Central e que foi utilizado na Lei nº 12.770, de 28 de dezembro de 2012. Todavia, como o pleito autoral se baseia no INPC, índice inclusive inferior ao IPCA, e tendo em vista que ambos são desenvolvidos pelo IBGE, por uma questão de razoabilidade, deverá ser utilizado o INPC, conforme também se valeu o TRF-5, no acórdão supramencionado.

Analisando os autos, percebe-se que o autor na época do último reajuste (fev. de 2009) exercia o cargo de agente de segunda classe, com remuneração de R\$ 7.885,99, sendo promovido para primeira classe em fevereiro de 2011, recebendo, desde esta data, a quantia de R\$ 9.468,92.

Compulsando as alegações autorais e o sítio eletrônico do IBGE<sup>8</sup>, verifica-se que os dados são conflitantes, de modo que este juízo entende prudente se valer dos dados oficiais, e não daqueles trazidos pela parte.

Cabe ainda ressaltar que o autor pleiteia a revisão do período de março de 2010 a outubro de 2013. No entender deste juízo, o reajuste deveria ocorrer desde março de 2009, haja vista ser a data do último reajuste, contudo, não se mostra possível aplicar tal raciocínio, já que se estaria extrapolando o pleito autoral. De qualquer forma, isso é irrelevante aqui, pois a ordem cabível neste feito é a da inclusão

---

<sup>8</sup> Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc\\_ipca/ipca-inpc\\_201401\\_3.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/ipca-inpc_201401_3.shtm)>.

da reposição. Os atrasados deverão ser objeto de ação própria, onde poderá pedir o que melhor lhe convier.

Além da questão revisional, não se deve olvidar a situação crítica em que se encontra a Polícia Federal.

A corporação vem sofrendo com problemas estruturais alarmantes. Segundo matéria do Jornal Folha de S.Paulo<sup>9</sup> junto a MARCOS LEÔNCIO SOUSA RIBEIRO, presidente da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) e membro do Conselho Nacional de Segurança Pública, percebe-se o descaso com a instituição.

Cite-se, por exemplo: *“Para concluir as investigações que culminaram com a prisão do bicheiro Carlinhos Cachoeira, os policiais federais se desdobraram em jornadas de trabalho que chegavam a 15 horas diárias, de segunda a segunda. Por falta de pessoal, o mesmo policial que trabalhava no monitoramento telefônico também tinha que ir a campo fazer diligências. Houve policial que teve seu filho nascendo durante a operação e não pode se ausentar um dia sequer. Esse é um retrato da Polícia Federal que o Brasil desconhece e que o Governo finge não ver.”*

Esse retrato é agravado por condutas governamentais preocupantes, como, por exemplo, a determinação de que todas as diárias sejam submetidas à autorização prévia.<sup>10</sup> O pagamento das diárias viabiliza o deslocamento da PF para realizar operações, não se mostra razoável, por uma questão de segurança pública e celeridade, exigir autorização prévia para tanto. Alguns grevistas ainda alegam que o sucateamento da PF seria uma represália do governo federal às frequentes operações que investigam políticos.<sup>11</sup>

A Polícia Federal encontra-se em situação de abandono: *“Temos salários inferiores ao das polícias legislativas do Senado e Câmara e das polícias civis de vários Estados. Nossa gratificação de chefia é dez vezes menor do que a Polícia Civil do Distrito Federal. Temos menos gratificações e chefias do que a Funai. Além disso, falta uma estrutura administrativa adequada, não há reposição salarial da*

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/49440-sucateamento-da-policia-federal.shtml>>.

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://www.fenapef.org.br/fenapef/noticia/index/40313>>.

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2014/02/governo-desmoraliza-pf-para-livrar-aliados-corruptos-diz-policial-de-se.html>>.

*inflação e há a demora na implantação de benefícios para os policiais lotados nas fronteiras. Com tudo isso e com a iniciativa legislativa de esvaziamento da aposentadoria policial, a PF ruma para um quadro de descontentamento generalizado. As consequências são imprevisíveis, mas de antemão a criminalidade agradece.”* <sup>12</sup>

A situação é tão grave que existem conflitos internos entre agentes e delegados da Polícia Federal<sup>13</sup>. A precariedade da corporação e a diferença salarial prejudica o trabalho e fomenta as disputas, causando efeitos drásticos à segurança e até mesmo ao trabalho do Ministério Público Federal, que depende da PF para realizar investigações.

A recusa do Governo Federal em conceder aumentos aos agentes, com os quais vinha negociando, e sua tentativa de impor o tratamento geral dado no último reajuste é inaceitável. Primeiro, a postura do Governo, largamente noticiada na imprensa, que ou se aceitava o valor oferecido ou não haveria aumento algum é, no final das contas, usar de violência institucional.

A eventual recusa de algum grupo de servidores à proposta (ruim) feita pelo Governo não o desonera de cumprir os ditames constitucionais onde aparece a necessidade de revisão. Quando menos, deveria, ainda que a contragosto dos policiais, conceder o aumento. Ocorre que o governo se vale da pressão e do poder de não dar aumento algum. “Poder” no sentido de capacidade, não no sentido de legitimidade ou legalidade, vez que, repita-se, a Constituição não deixa essa revisão ao alvedrio do Governo. Curioso, não se pode deixar de notar que o Governo, levado a cabo por um Partido dos Trabalhadores, aja com os servidores públicos de forma muito semelhante à dos piores capitalistas.

Acresça-se que os delegados tiveram reajuste e os agentes não, agravando ainda mais, e bastante, o confronto entre ambos os grupos. A quem interessa isso? Será que não se percebe que destruir a Polícia Federal é ruim para todos? Ou, talvez, não todos, já que há muitos que ficarão felizes se a Polícia Federal estiver operacional e moralmente morta.

---

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/49440-sucateamento-da-policia-federal.shtml>>.

<sup>13</sup> Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/crise-entre-delegados-agentes-afeta-trabalho-da-pf-11476902>>.

O que não se compreende é que um Governo, que deve agir em prol da sociedade e do Estado, não se comova com esta situação, convivendo exageradamente bem com a situação cada vez mais caótica da Polícia Federal.

Nas redes sociais, um dos meios da nova democracia direta que a tecnologia parece estar permitindo, e palco de movimentos sociais e deflagração de movimentos maiores e manifestações nas ruas, há uma enorme maioria que imputa tudo isso ao que chamam de “vingança” contra a Polícia Federal por conta das investigações bem-sucedidas que fez e que resultou na prisão de poderosos. Este Juízo, contudo, não quer acreditar nessa versão. Eliminada esta hipótese, resta a alternativa da mera omissão. Omissão juridicamente relevante e que produz resultado no mundo material idêntico ao que uma vingança, se fosse o caso, criaria: a destruição da Polícia Federal. Então, mesmo que se negue a ideia de vingança contra a Polícia, ninguém pode admitir este estado de coisas.

É fato notório que ocupantes da carreira policial no Congresso Nacional pátrio, contra quem nada temos, recebem o dobro dos policiais federais e, ainda que não estejamos pretendendo de modo algum nos opor ao prestígio vencimental dos policiais no Congresso, tal realidade revela injusta discrepância entre carreiras policiais em contraposição aos riscos reais e graves condições de atuação, quantidade de tiros e ameaças de morte que os policiais federais, delegados e agentes recebem cotidianamente.

Com o descontentamento da instituição a onda de protestos no país é evidente.<sup>14</sup> Inúmeras manifestações já ocorreram e outras já estão marcadas até para março, inclusive a possibilidade real de greve durante a Copa<sup>15</sup>.

Uma forma de ver o problema é esperar que a Polícia não faça isto durante a Copa. Outra, no entanto, é reconhecer que diante da omissão e dos ouvidos tapados por parte do Governo, talvez ocasião tão importante e dramática seja o único, ou ao menos um bom, momento

---

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/02/policia-federal-realiza-paralisacao-de-48-horas-em-varios-estados.html>>.

<sup>15</sup> Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/na-copa-2014-mais-uma-preocupacao-a-vista-a-policia-federal-pode-entrar-em-greve/>>.

para que o Governo e a população venham a ouvir o grito de desespero de uma instituição honrada que está sendo covardemente destruída. Ninguém que ame o serviço público pode assistir placidamente as maldades que a Polícia Federal vem sofrendo.

Particularmente, constrange a este julgador visitar Brasília e ver um estádio de aproximadamente R\$ 1.500.000.000 (hum bilhão e meio), construído para abrigar apenas duas coisas: um único jogo de futebol e o desinteresse das autoridades pelas reais necessidades públicas. Some-se a esse 1,5 bilhão, mais um outro depositado para comprar uma refinaria obsoleta nos EUA, mais um outro tanto para fazer um porto em Cuba e nos indagamos o que não seria se usássemos esse dinheiro para a Polícia e a Receita Federal terem meios para cumprir suas funções institucionais.

Tenho mais orgulho da Colômbia, que declinou da Copa, e da Suécia, que decidiu não se candidatar como sede dos Jogos Olímpicos de Inverno de 2022. Eis o que diz a matéria publicada na Revista Exame (<<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/suecia-recusa-jogos-de-2022-para-nao-usar-dinheiro-publico>>, acesso às 17h26 de 06/3/2014):

Em votação entre os partidos políticos na semana passada, com apoio até do prefeito da cidade, os suecos optaram por não se candidatar à disputa para receber o evento.

Os argumentos? A cidade tem prioridades mais importantes, a conta para organizar os jogos seria alta demais e um eventual prejuízo teria de ser coberto com dinheiro público.

Para os partidos, aceitar os jogos seria “especular com o dinheiro do contribuinte”. O primeiro-ministro Fredrik Reinfeldt também se mostrou contra.

“Não posso recomendar à Assembleia Municipal que dê prioridade à realização de um evento olímpico. Temos outras necessidades, como a construção de mais moradias”, disse o prefeito Sten Nordin, em declarações publicadas pelo jornal Dagens Nyheter e reproduzidas pela BBC.

No jornal Dagens Nyheter, o secretário municipal de Meio Ambiente de Estocolmo, Per Ankersjö, escreveu um artigo defendendo a decisão.

“Os cidadãos que pagam impostos exigem de seus políticos mais do que previsões otimistas e boas intuições [sobre o orçamento]. Não é possível conciliar um projeto de sediar os Jogos Olímpicos com as prioridades de Estocolmo em termos de habitação, desenvolvimento e providência social”, disse.

Qual é o país rico, e qual o pobre? E por quais razões a Suécia é considerada, em todos os índices internacionais, um lugar melhor do que o Brasil para se viver? E qual a razão de o Juízo citar estes gastos com Copa etc., e os exemplos de outras nações? Simples: como dizer que não existe dinheiro para a revisão constitucional se existe para gastar tanto com a Copa?

Ao lado disso, acrescento: como dizer que não existe dinheiro para a revisão se foi oferecido um percentual e ao menos este não foi aplicado?

Se por um lado há uma discricionariedade nas políticas do governo, por outro não se pode fechar os olhos à realidade e, menos ainda, deixar de se exigir o cumprimento dos direitos assegurados no texto expresso da Carta Magna de nossa República.

## II – DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Ante o exposto, à luz da fundamentação *supra*, cumpre verificar se, nos termos do art. 273, I, do CPC, restaram preenchidos os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada, quais sejam: i) prova inequívoca; ii) verossimilhança das alegações; iii) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

O primeiro requisito está comprovado. Compulsando os autos verifica-se que a remuneração do autor não sofre revisão desde 2011 e que a última revisão da categoria se deu em 2009.

No tocante à verossimilhança, restou patentemente demonstrada a existência de uma omissão inconstitucional que inviabiliza o exercício de direito constitucionalmente previsto. Presente, portanto, o segundo requisito.

Quanto ao terceiro requisito, ante a situação em que se encontra a PF e a falta de reajuste desde 2009, não resta dúvida acerca da existência de fundado dano ao patrimônio autoral. Consoante o parecer do ex-Procurador-Geral

da República Roberto Gurgel, no bojo do Mandado de Injunção nº 4.068: *“A norma garantidora da revisão geral anual constitui, nitidamente, uma das facetas da pretendida valorização da função pública para o atendimento de interesses públicos primários em nível de excelência consentâneo com o ideal constitucional. Assim, a revisão prescrita no inciso X do art. 37 da Constituição Federal foi concebida como a necessária correção da expressão nominal da remuneração, com vistas à recomposição do poder aquisitivo da moeda em face das perdas inflacionárias, devendo ocorrer de forma geral, destinada indiscriminadamente a todas as carreiras de servidores, e com periodicidade anual.”*

Não se deve olvidar que a Súmula nº 729 do STF<sup>16</sup> dispõe que pode ser concedida antecipação de tutela em benefício previdenciário. Ora, vencimentos de servidor, assim como o benefício previdenciário, têm caráter alimentar e estão ligados ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana, vetor maior da Constituição da República (art. 1º, III). Diante da situação caótica em que se encontra a instituição, não é digno, quiçá razoável, que tal prestação de caráter essencial seja menoscabada pela Administração Pública.

A desorganização e omissão legislativa do Executivo não pode ser argumento para não pagar verba ligada ao mínimo existencial, já que a Lei de Diretrizes Orçamentárias prevê remanejamento de verbas e cancelamento de dotações para suprir despesas insuficientes. Ademais, não há que se falar em perigo de irreversibilidade do provimento porque é o próprio vencimento do servidor que garantirá o eventual ressarcimento ao erário no caso de improcedência.

Por fim, este Juízo está ciente de que a jurisprudência dominante nos Tribunais Regionais Federais entende que a revisão prevista no art. 37, X, da Constituição não pode ser concedida pelo Judiciário (APELRE 200551010132310, Juíza Federal Convocada CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA, TRF2 – SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 20/04/2012, p. 312/313; AC – APELAÇÃO CIVEL – 442.079, Des. Federal JOSE ANTONIO LISBOA NEIVA, TRF 2ª Região, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 21/07/2011, p. 194),

<sup>16</sup> STF Súmula nº 729 – Decisão na ADC-4 – Antecipação de Tutela – Natureza Previdenciária. A decisão na ADC-4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

todavia, ousamos discordar desse posicionamento para dar efetividade à Constituição, conforme adrede fundamentado.

### III – DISPOSITIVO

isto posto, diante da repercussão social que o caso possui, por ser questão de segurança pública, bem como a situação degradante em que se encontra a Polícia Federal e tendo em vista que o posicionamento ora defendido encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência pátria e também alienígena, possuindo, inclusive, campo fértil para sua efetivação na leitura dos casos julgados pelo STF, DEFIRO O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, nos termos do art. 273, I, c/c, art. 461, § 3º, ambos do CPC, e o disposto na Súmula nº 729 do STF, para que a ré, UNIÃO FEDERAL, proceda à revisão do subsídio mensal do autor, com base no índice de 21,47%, equivalente ao INPC de março de 2010 a outubro de 2013, criando a respectiva rubrica, sem prejuízo da cobrança pelo autor dos atrasados em ação própria. Oficie-se ao Órgão Pagador para que cumpra a liminar.

Fica a parte ré ciente de que o descumprimento de tal decisão ensejará a cominação de *astreintes* do valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia, sem prejuízo da majoração de seu valor até que a medida surta o efeito devido, qual seja, o cumprimento da ordem judicial, tudo, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas de todos os responsáveis pelo eventual descumprimento da ordem judicial.

P. R. I.

07 de março de 2014

(assinado eletronicamente)

WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS

Juiz Federal Titular

4ª Vara Federal de Niterói / RJ

A União interpôs agravo de instrumento contra a decisão liminar, sendo deferido monocraticamente pela Exma. Desembargadora Vera Lúcia Lima, da 8ª Turma Especializada do TRF-2, em consonância com

o entendimento predominante, no sentido de que a Súmula nº 339 do STF veda tal possibilidade, pois se trata de aumento, e que o Judiciário não poderia atuar por ser competência do Executivo. A decisão foi prolatada nos seguintes termos:

### DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento, interposto pela UNIÃO FEDERAL, com pedido de atribuição de efeito suspensivo, alvejando decisão que, nos autos de ação de rito ordinário, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, *“nos termos do art. 273, I, c/c art. 461, § 3º, ambos do CPC, e o disposto na Súmula nº 729 do STF, para que a ré, União Federal, proceda à revisão do subsídio mensal do autor, (...), com base no índice de 21,47%, equivalente ao INPC de março de 2010 a outubro de 2013, criando a respectiva rubrica, sem prejuízo da cobrança pelo autor dos atrasados em ação própria»*.

A hipótese é de ação de rito ordinário com pedido de antecipação dos efeitos da tutela ajuizada por LEONARDO RANGEL E SOUZA CALIXTO, em face da ora agravante, objetivando, em síntese, *“seja deferido o pedido de antecipação da tutela para que se proceda o implante em folha de pagamento do autor do aumento em seu subsídio mensal, no valor correspondente ao percentual de 21,17% (...), criando a respectiva rubrica e consequente ofício para que o Órgão Pagador cumpra a liminar”,* assim como, *“a procedência total dos pedidos a seguir elencados: 6.1) a condenação da ré na revisão da remuneração mensal do autor, pela variação do INPC no período, num percentual de 21,17% (...) nos mesmos moldes supramencionados; 6.2) a aplicação de multa cominatória no valor de R\$ 1.000,00 (...), por cada dia de atraso no não pagamento dos vencimentos reajustados, após o trânsito em julgado da sentença, na forma do art. 287 do Código de Processo Civil; 6.3) a condenação da ré a pagar ao autor as diferenças salariais provocadas pela revisão salarial requerida, com incidência nos 13ª salários, férias vencidas, 1/3 constitucional sobre as férias, salários vencidos e vincendos a partir da propositura da presente lide (pela variação do INPC ou outro índice que venha a substituí-lo), tudo acrescido de correção monetária mais juros legais, contados da citação até o efetivo*

*pagamento; 6.4) a efetiva implantação em folha de pagamento do autor do percentual de 21,17% (...), que incidirá sobre toda a remuneração futura; 6.5) a condenação da ré em custas processuais e no pagamento de honorários advocatícios, estes na base de 20% (vinte por cento) sobre o valor efetivo da condenação; 6.6) seja oficiado o Departamento de Polícia Federal para que seja criada a rubrica após a proclamação da sentença julgando procedente o pedido, com o consequente ofício para que o Órgão Pagador cumpra a sentença”, nos termos ventilados na peça exordial (cópia às fls. 32/57).*

Por meio do presente recurso, aduz o recorrente, em apertadas linhas, que *“no caso em exame, a decisão deferiu pedido de tutela antecipada para que seja procedida revisão de subsídio mensal de servidor público federal, sendo suscetível de causar grave lesão e de difícil reparação, em razão de causar danos potencialmente irreversíveis ao patrimônio público, além de ranhuras ao tratamento isonômico estabelecido pela União aos demais servidores federais”, e que “há a proibição expressa no art. 273, § 2º, do CPC de concessão da tutela antecipada caso haja ‘perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’. No presente caso, resta patente a irreversibilidade do provimento antecipado que por ser parcela de caráter alimentar, em muito fica dificultado à União descontar os valores pagos através de decisão monocrática”,* discorrendo sobre o art. 2º-B da Lei nº 9.494/97, defendendo que *“somente será possível a prolação de uma decisão que determine a inclusão em folha de pagamento de concessão de aumento a servidor da União que tenha caráter definitivo (uma vez que a Lei fala expressamente em sentença), sendo que sua efetividade somente se dará após seu trânsito em julgado”,* e que *“é totalmente vedada a concessão de antecipação da tutela jurisdicional com o fim de estabelecer tais prerrogativas estipendiais”,* fazendo menção, ainda, à *“decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da ADC nº 04-6/97, que declarou liminarmente constitucional as disposições contidas na Lei nº 9.494/97, com efeito vinculante”,* além de tecer comentários a respeito dos *“princípios da Legalidade e Separação dos Poderes”,* do *“princípio da reserva legal absoluta”,* e da Súmula nº 339, do Eg. STF, transcrevendo os arts. 2º, 61, § 1º, “a” e 37, X, da Magna Carta de 1988.

Eis o relato do necessário. Passo a decidir.

Neste plano de cognição superficial, em que pese o louvável posicionamento externado na decisão proferida pelo Juízo *a quo*, entendo que merece acolhida a argumentação apresentada pela parte agravante em razões recursais, ao menos neste momento.

Na espécie, deve ser salientado que o Colendo Supremo Tribunal Federal, ao que tudo indica, não obstante haja julgamentos a serem proferidos nos autos do RE nº 565.089/SP e do ARE nº 701.511/SP, sob a sistemática da existência de repercussão geral nos temas em comento, vem adotando o posicionamento no sentido de que, na interpretação do art. 37, inciso X, da Magna Carta, não caberia ao *“Poder Judiciário fixar o índice ou determinar que o Chefe do Executivo encaminhe o respectivo projeto de lei”*. A propósito:

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTO. COMPORTAMENTO OMISSIVO DO CHEFE DO EXECUTIVO. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE. Esta Corte firmou o entendimento de que, embora reconhecida a mora legislativa, não pode o Judiciário deflagrar o processo legislativo, nem fixar prazo para que o chefe do Poder Executivo o faça. Além disso, esta Turma entendeu que o comportamento omissivo do chefe do Poder Executivo não gera direito à indenização por perdas e danos. Recurso extraordinário desprovido.

(RE 424.584, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, j. 17/11/2009, DJe-081 06/05/2010, public. 07/05/2010 ement. vol. 02400-05 p. 01.040).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL. Art. 201, § 4º, DA CF. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. SÚMULA Nº 339 DO STF. INCIDÊNCIA. RECURSO PROTETATÓRIO. MULTA. AGRAVO IMPROVIDO.

I – A iniciativa para desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual aos servidores públicos é ato discricionário do Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário suprir sua omissão. Incidência da Súmula 339 do STF. Precedentes.

II – Recurso protetatório. Aplicação de multa.

III – Agravo regimental improvido (AI 713.975 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, j. 15/09/2009, DJe-191 08/10/2009, public. 09/10/2009, ement. vol. 02377-10, p. 02.026).

Por outro lado, cumpre frisar que o entendimento acima transcrito parece estar sendo adotado no seio do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que não discrepa de tal linha de raciocínio. É ler:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL ANUAL DE REMUNERAÇÃO (ART. 37, X, DA CF). OMISSÃO LEGISLATIVA. INDENIZAÇÃO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. “O exame da discussão acerca da indenização por danos materiais, ocasionada pela falta de reajuste geral e anual da remuneração dos autores, demanda a interpretação de norma constitucional, qual seja o art. 37, X, da Constituição Federal, de competência do c. Supremo Tribunal Federal” (REsp 949.184/RN, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), 5<sup>a</sup> T., DJ 05/11/2007, p. 366).

2. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça “entende que a inércia do Chefe do Poder Executivo em desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual não acarreta direito à indenização em favor do servidor público, pois o acolhimento de pretensão desta natureza representa a própria concessão de reajuste, não podendo o Judiciário atuar como legislador positivo” (AgRg no REsp 1.319.350/AP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2<sup>a</sup> T., DJe 03/06/2013). Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1056440/PR, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 6<sup>a</sup> T., j. 05/12/2013, DJe 16/12/2013).

Ademais, compete ressaltar que o posicionamento mencionado nas linhas anteriores também vem sendo encampado por essa Egrégia Corte Regional Federal, quando instada a se pronunciar a respeito da matéria em tela, razão pela qual peço vênha para reproduzir julgados que analisaram o referido tema, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO  
FEDERAL – REVISÃO GERAL ANUAL – OMISSÃO DO ESTADO  
– INDENIZAÇÃO – DESCABIMENTO – REMESSA NECESSÁRIA

E RECURSO DA UNIÃO PROVIDO – RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO.

1 – Em se tratando de servidores públicos federais, torna-se necessária a edição de lei específica de iniciativa privativa do Presidente da República, conforme disposto no art. 61, § 1º, II, alínea “a” e art. 84, III, da Constituição Federal/88, o que torna incabível a interferência do Poder Judiciário, sob pena de violação do Princípio da Separação dos Poderes.

2 – O Supremo Tribunal tem reiterado manifestações no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário definir prazo para o exercício da iniciativa de lei, competência privativa do titular do Poder Executivo, para conferir reajuste anual de remuneração dos servidores públicos da União, nem pode condenar este ente político ao pagamento de indenização por danos morais ou patrimoniais decorrentes do que teria sido sua demora em atuar no sentido firmado constitucionalmente (Rcl nº 4.724 MC/ES – Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia – STF – DJ de 30/10/2006)

3 – É ato discricionário do Chefe do Poder Executivo a iniciativa para desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual aos servidores públicos, não cabendo ao Poder Judiciário suprir sua omissão.

4 – Precedentes: TRF2 – AC nº 2007.51.01.015905-1 – Sexta Turma Especializada – Rel. Des. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA – e-DJF2R 06/10/2010; TRF2 – AC nº 2002.50.01.008519-5/ES – Sexta Turma Especializada – Rel. Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES – DJU 21/09/2007; TRF2 – AC nº 2006.51.01.020109-9/RJ – Oitava Turma Especializada – Rel. Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND – DJU 09/10/2007.

5 – Recurso da União e remessa necessária provida. Recurso do Autor prejudicado. Sentença reformada. (AC 200551030021414, Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM, TRF2 – QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 24/02/2014),

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. VANTAGEM PECUNIÁRIA INDIVIDUAL (VPI). TRANSFORMAÇÃO EM REVISÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Vantagem Pecuniária Individual estabelecida pela Lei nº 10.698, de 20/07/2003, foi concedida em valor único para todos os servidores sem previsão em percentuais, não se verificando a pretendida

correlação com a revisão geral no percentual de 1% concedida pela Lei nº 10.697/2003. Trata-se de opção do legislador, devendo ser interpretadas restritivamente as leis que concedem vantagens.

2. Além disso, a iniciativa de leis referentes à remuneração de servidores públicos é de competência privativa do Presidente da República (art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição), observada a prévia dotação orçamentária (arts. 37, X, e 169, § 1º, da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998), não podendo o Judiciário se outorgar em legislador positivo para conceder índices a pretexto de interpretar leis e corrigir perdas inflacionárias em nome do princípio da isonomia, porque isto importaria em violação ao princípio da Separação de Poderes (art. 2º da Constituição).

3. Apelação da Associação Autora desprovida. (AC 201151010009408, Des. Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO, TRF2 – SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 24/02/2014).

PROCESSUAL CIVIL – DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR – AGRAVO INOMINADO – DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – MANUTENÇÃO.

I. A norma que assegura a revisão geral anual do valor dos vencimentos/proventos dos servidores públicos (art. 37, X, da CF/88) não é dispositivo autoaplicável, mas sim de eficácia limitada, ou seja, tal remuneração somente é concedida obrigatoriamente por lei específica, de iniciativa do Presidente da República, não cabendo ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, conceder reajustes, ou mesmo promover atualizações salariais com base em índices de inflação. Súmula nº 339 do STF.

II. No tocante à Lei nº 10.698/2003, observo que não há como acolher a pretensão do autor de considerar a vantagem pessoal nela definida como uma verdadeira revisão geral, de modo a transformá-la em percentual de reajuste considerando-se o nível salarial que foi contemplado, proporcionalmente, com o maior percentual. Isto porque o judiciário não pode atuar como legislador positivo. De qualquer forma, ainda que assim se entendesse, isso não serviria de fundamento ao acolhimento da pretensão, na medida em que estar-se-ia ampliando a abrangência de suposta ilegalidade.

III. No que concerne ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos, cabe esclarecer que o aludido princípio visa

resguardar apenas o valor nominal dos vencimentos percebidos pelo servidor público, não havendo como se invocar a indigitada garantia constitucional a fim de se resguardar a remuneração dos servidores das perdas decorrentes do processo inflacionário.

IV. Decisão Agravada mantida.

V. Agravo Interno improvido. (AC 201250010116148, Des. Federal REIS FRIEDE, TRF2 – SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 06/12/2013).

MILITAR. REAJUSTE DE 137,83%. LEI Nº 11.784/2008. EXTENSÃO ÀS DEMAIS PATENTES. IMPOSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 37, X, DA CF/88. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER DE REVISÃO GERAL. A aplicação de índice de aumento, aos recrutas, maior do que o deferido a outros graus militares é legítima opção legislativa, e em nada afronta a isonomia. A Lei nº 11.784/2008 não trata apenas de revisão geral dos militares, prevista no art. 37, X, da CF/88, mas de reestruturação da carreira, atribuindo percentuais diferentes, e por isso os menos graduados tiveram índices maiores que os mais graduados. A Constituição Federal de 1988 veda equiparação e vinculação para efeito de remuneração de pessoal do serviço público (art. 37, XIII) e, de qualquer forma, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar remuneração dos agentes públicos sob o argumento de isonomia (Súmula nº 339/STF). Recurso desprovido. (AC 201151510194043, Des. Federal REIS FRIEDE, TRF 2ª Região – SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R – Data: 19/10/2012).

Assim, diante dos elementos inerentes ao caso em apreço, por ora, e sem prejuízo de exame mais detido da matéria quando do julgamento do recurso pelo colegiado, *ad cautelam*, DEFIRO O PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO, até ulterior apreciação do agravo pela colenda Oitava Turma Especializada deste Tribunal, suspendendo-se a eficácia da decisão agravada.

Comunique-se, com a urgência que o caso requer, ao juízo agravado.

Intime-se a agravada para responder, nos termos do art. 527, inciso V, do CPC.

Após, ao MPF, retornando-me em seguida conclusos para julgamento.

P.I.

Rio de Janeiro, 20 de março de 2014.

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Relatora

Em que pese às alegações sustentadas, veremos no decorrer da obra que, com o atual posicionamento disseminado nos Tribunais, cria-se uma insuperável hipótese de omissão inconstitucional violadora de direito previsto na Constituição.

Vale dizer, a esperança dos autores é que o STF aplique ao caso da revisão a mesma doutrina de efetividade da Constituição já acolhida quando tratou do direito de greve dos servidores públicos e outros casos relevantes. E, naturalmente, almejamos que os demais Tribunais sigam o entendimento que mais prestigia a Constituição.

A postura condescendente do Judiciário diante dos repetidos argumentos do Executivo, de que não possui condições para cumprir o que determina a Constituição, é contrária àquilo que o próprio STF vem aplicando em seus julgamentos.

Aceitar tal conduta significaria dizer que o STF, especificamente, e todos os Tribunais, de modo geral, se transformaram em garantidores da política governamental, adequando-a à Constituição Federal. O correto é justamente o contrário: as políticas governamentais é que devem se adequar à Constituição com o objetivo de efetivá-la.

Se isto não ocorre, então estamos diante de hipótese de necessária e legítima atuação do Poder Judiciário. Temos visto que em inúmeras ocasiões o STF teve a coragem de decidir com o objetivo de efetivar a Constituição, por vezes indo além do seu texto normativo, como no paradigmático caso do direito de greve dos servidores públicos ou no da demarcação de terras indígenas, prolatando, inclusive, *sentenças aditivas*. Basta citar o caso de aprovação<sup>17</sup> da Súmula Vinculante nº 33,

<sup>17</sup> Súmula Vinculante nº 33: "APLICAM-SE AO SERVIDOR PÚBLICO, NO QUE COUBER, AS REGRAS DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL SOBRE APOSENTADORIA ESPECIAL DE QUE TRATA O ARTIGO 40, § 4º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ATÉ A EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR ESPECÍFICA". O verbete refere-se apenas à aposentadoria especial em decorrência de atividades exercidas em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física dos servidores.

prevendo que, até a edição de lei complementar regulamentando norma constitucional sobre a aposentadoria especial de servidores públicos, deverão ser seguidas as normas vigentes para os trabalhadores sujeitos ao Regime Geral de Previdência Social.

No caso da revisão geral anual, não se mostra razoável que diante do comando da Lei Maior o Judiciário se omita tanto quanto os demais Poderes, tampouco há que se falar em ativismo judicial, pois o que está sendo resguardado é um direito previsto de forma expressa na Carta da República. Também cai por terra o argumento que sustenta tratar-se de aumento, vedado pela Súmula Vinculante nº 37 do STF (antiga Súmula nº 339), eis que a revisão geral anual não é aumento, mas sim direito de todos os servidores públicos.

Destarte, a finalidade dessa obra é demonstrar que o art. 37, X, da Constituição pode ser efetivado pelo Poder Judiciário, seja concedendo a revisão geral anual, ou até mesmo através de indenização, sob pena de manter o funcionalismo público federal em situação precária, e contribuir para perpetrar uma inconstitucionalidade por omissão, violadora de direito expresso, que se arrasta por mais de 10 anos.

# INTRODUÇÃO

---

A Constituição da República completou 25 anos em outubro de 2013. Todavia, em que pesem os grandes avanços que tivemos em sede de efetivação de direitos, grande parte das regras e princípios nela previstos continuam sem eficácia. Essa conhecida “síndrome de ineficácia” das normas constitucionais solapa o próprio art. 1º da Constituição, que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República.<sup>18</sup> Apesar dos esforços das instituições em buscar soluções para as celeumas existentes, inúmeras questões continuam sem respostas ou saídas eficazes.

Neste sentido, a polêmica inerente à correlação entre omissão inconstitucional e efetividade das normas constitucionais é, sem dúvida, uma das mais relevantes e intrigantes no Direito Constitucional atualmente.

A finalidade desta obra é possibilitar um aprofundamento sobre a questão da omissão inconstitucional, sobretudo aquela atinente ao art. 37, X, da Constituição, que trata da revisão geral anual da *remuneração básica* dos servidores públicos.

Primeiramente, estabeleceremos alguns referenciais teóricos com o objetivo de embasar os argumentos e proposições que serão sustentados no decorrer da obra.

Em seguida, faremos uma breve apresentação das principais questões pertinentes ao tema da omissão inconstitucional, com o objetivo de preparar o terreno para debater a possibilidade de efetivação da revisão geral anual.

---

<sup>18</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, São Paulo: RT, 2013, p. 39.

Nos Capítulos três e quatro buscaremos, com base na jurisprudência e na doutrina, inclusive nos valendo do Direito comparado, demonstrar que o art. 37, X, pode ser efetivado e que possuímos instrumentos e proposições que possibilitam um aprimoramento dialógico, não só do Poder Judiciário, mas também dos Poderes Legislativo e Executivo.

Por fim, apresentaremos nossas considerações ao final, com a síntese de todos os argumentos sustentados ao longo da obra.

## CAPÍTULO 1

# BASES PARA A EFETIVIDADE DO ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO

---

É cediço que a celeuma da omissão inconstitucional é um tema extremamente complexo que vem ensejando inúmeros debates acerca de suas implicações na jurisdição constitucional brasileira. Diante de tal complexidade, e tendo em vista que a finalidade da obra é debater a omissão inconstitucional presente no art. 37, X, da Constituição da República, buscamos reunir três relevantes referenciais teóricos para o tema que aqui se busca debater: i) *neoconstitucionalismo* e sua relação com a o *princípio da força normativa da Constituição* à luz da *doutrina da efetividade*; ii) *diálogos constitucionais*; e iii) *separação e harmonia entre os Poderes*.

Ainda que existam autores<sup>1</sup> que critiquem alguns dos referenciais teóricos que estamos propondo, entendemos que seu estudo é essencial para a análise do fenômeno da inconstitucionalidade por omissão do art. 37, X. Destarte, em que pesem outros tópicos que poderiam ser esmiuçados, os referidos temas devem, necessariamente, ser abordados diante do objetivo da obra. Vejamos.

Em primeiro lugar, não há como falar em inconstitucionalidade por omissão sem analisar a questão da *força normativa da Constituição*<sup>2</sup>, ante todas as consequências jurídicas que o seu reconhecimento

---

<sup>1</sup> STRECK, Lenio. por exemplo, critica que o *neoconstitucionalismo*, embora tenha sido um importante passo para a afirmação da força normativa da Constituição da Europa Continental, no Brasil acabou por incentivar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação, de Robert Alexy, e do ativismo judicial norte-americano. Lenio Luiz Streck. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 296-300.

<sup>2</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 193/194.

acarreta. Tampouco se mostra possível abandonar o estudo do *neoconstitucionalismo*<sup>3</sup> e da *doutrina da efetividade*, eis que são fundamentais para a compreensão da jurisdição constitucional brasileira atual e do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, sobretudo na figura do Supremo Tribunal Federal.

Com relação aos *diálogos constitucionais*, este importante tema que envolve nítido teor político, é debatido com profundidade e acuidade na obra do professor Rodrigo Brandão<sup>4</sup>, de modo que sua relevância para o aprimoramento do Poder Judiciário é de extrema valia para a obra.

Finalmente, no tocante à *separação e harmonia entre os Poderes*, sabendo que a conjuntura política e institucional brasileira hodierna está impregnada de conflitos, sobretudo entre o Legislativo e o Judiciário, torna-se mister a análise das problemáticas atinentes ao tema.

## 1.1. NEOCONSTITUCIONALISMO, PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DOCTRINA DA EFETIVIDADE

Uma das principais inovações teóricas do constitucionalismo brasileiro pós-88 repousa na ideia de que a Constituição tem *força normativa*<sup>5</sup> e por isso deve ser efetivada. Trata-se, em verdade, de uma superação no ultrapassado paradigma que reconhecia somente a sua posição *formal*.<sup>6</sup> Dirley da Cunha Jr., discorrendo sobre o princípio da *força normativa*, afirma que a partir do momento que a Constituição dispõe de tal *força* cumpre ao intérprete garantir sua eficácia.<sup>7</sup>

A importância central dessa modificação se torna clara quando analisamos alguns exemplos do passado. Basta verificar que a

3 Sobre o tema, v. Barroso, Luís Roberto. *Ibidem*, p. 187-234.

4 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

5 Gilmar Mendes sustenta que: "(...) o estudo da omissão inconstitucional, é indissociável do estudo sobre força normativa da Constituição". MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.825.

6 Barroso, Luís Roberto. Op. cit., p. 193.

7 CUNHA JR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 186.

Carta de 1824 estabelecia que a “lei será igual para todos”, todavia, concomitantemente, perduravam os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. No mesmo sentido, a Carta de 1969 assegurava um rol de “liberdades públicas” e impunha às autoridades, no art. 153, § 14, o respeito à integridade física e moral dos detentos e presidiários. Apesar disso, é público e notório que centenas de pessoas foram presas arbitrariamente, torturadas e mortas sem qualquer aplicação da Constituição. O constitucionalismo brasileiro, assim, não assegurava a plena efetividade das normas constitucionais.<sup>8</sup>

Muito embora existam controvérsias, conforme salienta o professor Daniel Sarmiento<sup>9</sup>, entendemos que tal mudança de ineficácia para eficácia ocorreu em virtude do fortalecimento de uma das teorias mais relevantes do Direito Constitucional hodierno que tem ampla aceitação na doutrina brasileira: trata-se do chamado *neoconstitucionalismo*.<sup>10</sup> À luz da finalidade da presente obra, iremos adotar a sistematização utilizada pelo professor Luis Roberto Barroso<sup>11</sup>.

Segundo as ideias do renomado autor, em síntese, no Brasil, o *neoconstitucionalismo* se desenvolveu a partir de três marcos: *histórico, filosófico e teórico*.<sup>12</sup>

O *marco histórico* do novo Direito Constitucional se verificou com a Constituição de 1988 e a redemocratização do país que promoveram uma estabilidade institucional nas últimas décadas mesmo em momentos de crise. O *marco filosófico* se apresenta através do pós-positivismo, de modo que tal corrente não concebe o Direito desatrelado da política e de questões morais. Ademais, reconhece a normatividade dos princípios e da sua diferença qualitativa em relação às regras, promovendo a formação de uma nova hermenêutica baseada na dignidade da pessoa humana. Por fim, no que tange ao *marco*

<sup>8</sup> Barroso, Luis Roberto. Op. cit., p. 28.

<sup>9</sup> SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmiento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em: 10 set. 2013.

<sup>10</sup> SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmiento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em: 10 set. 2013.

<sup>11</sup> Barroso, Luis Roberto. Op. cit., p. 28.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 30-31.

*teórico*, a expansão da jurisdição constitucional e o reconhecimento da força normativa da Constituição possibilitaram a ascensão do novo Direito Constitucional que temos hoje.<sup>13</sup>

Quanto ao marco histórico do *neoconstitucionalismo*, vemos que ele se desenvolve na Europa Continental, através do constitucionalismo do pós-guerra, sobretudo na Alemanha e Itália, em razão dos regimes totalitários ali adotados. Após o término da Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo passou a ganhar espaço em virtude das atrocidades cometidas sob o manto protetor do positivismo jurídico.<sup>14</sup> A aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia faz surgir o incipiente Estado democrático de direito e, junto com ele, a consolidação da ideia de supremacia da Constituição. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, criado em 1951, teve forte influência na fortificação dessa nova ótica do Direito Constitucional.<sup>15</sup>

No Brasil, o marco histórico do Neoconstitucionalismo se vê no processo de redemocratização, que garantiu uma transição de um regime autoritário para um Estado democrático de Direito, e na promulgação da Constituição de 1988. O sucesso deste novo modelo pode ser ressaltado pelo longo período de estabilidade institucional atingido pela Carta de 88, mesmo em momentos de extrema crise como no caso do *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor, o chamado “*mensalão*”, dentre outros. Sob tal ótica, a promulgação da Constituição de 1988 teve importância não só por constituir verdadeira Lei Fundamental, mas, sobretudo, por perpetuar a conquista de diversas camadas sociais.<sup>16</sup>

Três grandes transformações marcam a ascensão do *neoconstitucionalismo*: i) o reconhecimento da *força normativa da Constituição*; ii) a expansão da jurisdição constitucional; e iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> *Idem.*

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 190-200.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 190-200.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 193.

Até meados do século XX, quando ainda vigorava o positivismo, prevalecia a ideia de que as Constituições eram documentos políticos importantes, todavia, não eram normas jurídicas dotadas de eficácia direta, de modo que não podiam ser aplicadas de forma imediata aos casos concretos, nem geravam direitos subjetivos para os cidadãos. Somente as leis editadas pelo parlamento gozavam de eficácia normativa.<sup>18</sup> Ademais, as leis positivadas deveriam ser aplicadas de forma mecânica pelos juízes, sem qualquer liberdade de criação, segundo o postulado francês do “*juge bouche de la loi*”. Duas premissas podem ser extraídas desse modelo: i) o Parlamento era o verdadeiro legitimado para criação do Direito; ii) o Estado não deveria intervir na esfera social, cabendo-lhe apenas proteger a propriedade e a segurança do cidadão.<sup>19</sup>

Todavia, a inflação legislativa para regular as mais diversas matérias e a ocorrência de eventos traumatizantes como o Holocausto nazista, levaram à insuficiência do modelo positivista, acarretando verdadeira mudança do paradigma constitucional.<sup>20</sup>

Com efeito, a partir da metade do século XX, a maioria das novas Constituições estabelece mecanismos de fortalecimento e expansão da jurisdição constitucional<sup>21</sup>. A Constituição, gradativamente, ganha força normativa, deixando de ser mero documento político. Ademais, os modelos de controle de constitucionalidade que se difundiram pelo mundo ocidental, quais sejam, o modelo de controle difuso norte-americano (onde qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade de lei no caso concreto) e o modelo concentrado austríaco (onde existe um Tribunal específico que guarda a Constituição), também tiveram fundamental relevância para a ratificação do postulado da supremacia da Constituição.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 193-194.

<sup>19</sup> CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013 p. 04.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. v. 1, nº 3 (2006). Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiris/article/view/3916>>. Acesso em: 13 jul. 2013, p. 05.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 06.

O constitucionalismo democrático surgiu como a melhor alternativa para um momento de crise política e jurídica, quando a lógica do positivismo se mostrava inadequada à realidade. Mais do que nunca, fez-se necessária a criação de diplomas aptos a consagrar direitos fundamentais e princípios moralmente relevantes, de forma a limitar o poder estatal e preservar a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, a constitucionalização de direitos humanos e o reconhecimento de princípios dotados de forte conteúdo moral, ensejaram uma aproximação entre Direito e Moral.<sup>23</sup>

Outrossim, fenômeno relevante se verifica na expansão das normas constitucionais. Até meados do século XX, as Constituições tratavam basicamente da estrutura do Estado e direitos individuais dos cidadãos. A partir das Constituições do México, de 1917, e de *Weimar*, de 1919, tal modelo passa por uma mudança. Grande parte das Constituições editadas posteriormente trata de inúmeros assuntos como trabalho, economia, tributos, família, cultura, entre outros direitos sociais. Tais diplomas passaram a exigir prestações positivas do Estado, viabilizadas através de políticas públicas, como direitos à educação, saúde, previdência, moradia entre outros.<sup>24</sup>

O caso *Lüth*<sup>25</sup>, julgado pela Corte Constitucional alemã em 1958, é célebre, pois expressa de forma cristalina esse marco teórico da nova

23 CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, out. 2013, p. 05. Também em: BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 35/36 e 120/121.

24 CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, out. 2013, p. 05.

25 "Tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta *Veit Harlan*, notório colaborador do regime nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, *Erich Lüth*, em 1950. A produtora e a distribuidora do filme insurgiram-se contra o boicote e obtiveram decisão injuntiva da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no art. 826 do Código Civil alemão, segundo o qual "quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano". Irresignado com o julgamento, *Lüth* interpôs queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional. Este acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais do Direito Civil, como os "bons costumes" referidos no art. 826 do BGB, têm de ser interpretadas de acordo com a ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo". SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Ubiquidade-Constitucional.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2013.

conjuntura de constitucionalização do Direito. Na sua histórica decisão o Tribunal assentou que: i) a Lei Fundamental não é um documento neutro; sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, gozando de eficácia; ii) esse sistema de valores se centra na dignidade da pessoa humana, que incide sobre todas as esferas de Direito Público e Privado; iii) a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais calcadas na dignidade da pessoa humana serve de norte para todas as ações estatais, seja no âmbito administrativo, legislativo ou judicial.<sup>26</sup>

Essa conjuntura do novo constitucionalismo repercutiu em inúmeros países, inclusive no Brasil.

Diante de tais transformações, deparamo-nos com inevitável consequência produzida pelo constitucionalismo: a significativa ampliação da atuação do Poder Judiciário diante da submissão de novas e diversas questões que, agora, assumem contornos constitucionais. Além disso, a consagração, no corpo do texto constitucional, de valores de cunho social e político transformaram tais valores em questões também jurídicas, propiciando maior interferência do Judiciário nesse aspecto.<sup>27</sup>

Como o ordenamento jurídico passa a ser visto à luz da Constituição<sup>28</sup>, e esta tem eficácia normativa através de seus princípios e regras, a jurisdição constitucional brasileira, que já era ampla em virtude do modelo híbrido de controle de constitucionalidade, fica ainda mais sobrecarregada, potencializando a judicialização das relações sociais e

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Tal fato se comprova pelas recentes decisões do STF sobre temas polêmicos, como por exemplo, a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias, possibilidade de união estável entre casais do mesmo sexo, dentre outros. CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 07. Também em: BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240/244.

<sup>28</sup> Segundo Riccardo Guastini *apud* Flora di Donato, para que o fenômeno de “constitucionalização do ordenamento (jurídico)” exista deve preencher as seguintes condições: (1) uma constituição rígida, (2) a garantia jurisdicional da Constituição (jurisdição constitucional), (3) a força vinculante das normas constitucionais, (4) a “sobreinterpretação” da Constituição, (5) a aplicação direta das normas constitucionais, (6) a interpretação conforme à Constituição das leis e (7) a influência da Constituição sobre as relações políticas. *La nascita dello stato costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali*. Disponível em: <[http://www.unipegaso.it/materiali/LMG-01/anno/FilDir\\_DiDonato/Lezione\\_XI.pdf](http://www.unipegaso.it/materiali/LMG-01/anno/FilDir_DiDonato/Lezione_XI.pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2014

ensejando fortes conflitos institucionais.<sup>29</sup> Tal fato ainda é fomentado pelo caráter analítico e dirigente da Carta Magna, pelas inúmeras técnicas de interpretação judicial, e pelos conceitos indeterminados, fazendo com que muitas questões polêmicas e moralmente complexas sejam levadas ao Judiciário.<sup>30</sup>

À luz dessa nova conjuntura que se estabeleceu através da teoria do *neoconstitucionalismo*, surgiu no Brasil a chamada *doutrina brasileira da efetividade*, que busca tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa.<sup>31</sup> Neste sentido afirma Luis Roberto Barroso:

Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da *ação* e da *jurisdição* – disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais.<sup>32</sup>

Dirley da Cunha Jr.<sup>33</sup> aduz que o princípio da máxima efetividade, também chamado de interpretação efetiva, orienta o intérprete a atribuir à Constituição o sentido que traga maior efetividade, buscando otimizar e maximizar a norma. No mesmo sentido, discorrendo sobre o princípio da efetividade, aduz Luis Roberto Barroso:

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.<sup>34</sup>

Com a finalidade de sustentar esse propósito, o movimento se valeu de três mudanças no paradigma do Direito Constitucional brasileiro: i) no plano *jurídico*, atribuiu efetividade plena à Constituição, que se

---

29 Chaves, André Luiz Maluf. Op. cit., p. 09.

30 *Idem*.

31 BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 28/29.

32 BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29.

33 CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 184.

34 *Idem*.

tornou fonte de direitos e obrigações; ii) no plano *científico*, reconheceu a autonomia do Direito Constitucional com objeto próprio; iii) no plano *institucional* contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, com a expansão da jurisdição constitucional e fortalecimento do Judiciário na efetivação de valores e direitos constitucionais.<sup>35</sup>

Corroborando tal argumentação, à luz da efetividade imediata das normas constitucionais, vemos que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha aduz em seu art. 1º, item 3, que: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”.<sup>36</sup>

A intenção da *doutrina da efetividade* é assegurar, na prática, que nas hipóteses em que a Constituição tenha assegurado direitos subjetivos, como por exemplo, direitos sociais, políticos, individuais ou difusos, eles podem ser exigidos diretamente do Poder Público ou de particular. Em outras palavras, a plena eficácia da Constituição passa a ser realizada, também, pelo Poder Judiciário.<sup>37</sup>

Com relação à eficácia das normas constitucionais, o brilhante trabalho de José Afonso da Silva, intitulado *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, afirma que todas as normas constitucionais possuem eficácia e são aplicáveis de acordo com esses limites.<sup>38</sup> Em que pese a clássica sistematização feita, vale mencionar a classificação utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>39</sup>, versando sobre eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. Segundo tal classificação, as normas constitucionais se dividem em três categorias: i) normas

<sup>35</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29.

<sup>36</sup> Constituição da República Federal da Alemanha. Versão em Português. Embaixada e Consulados Gerais da Alemanha no Brasil. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01\\_Willkommen/Constituicao\\_\\_Hino\\_\\_Bandeira/Constituicao\\_\\_Seite.html](http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01_Willkommen/Constituicao__Hino__Bandeira/Constituicao__Seite.html)>. Acesso em: 29 mar. 2014.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> SILVA, José Afonso da *apud* BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65.

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de *apud* BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65.

concessivas de poderes jurídicos; ii) normas concessivas de direitos; iii) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida.

Destarte, valendo-se dessa sistematização e também da classificação de José Afonso da Silva, Luis Roberto Barroso sugere o seguinte: as *normas materialmente constitucionais*, ou seja, que possuam conteúdo típico de normas constitucionais, podem ser: i) de *organização* (estruturam e disciplinam o exercício do poder político); ii) *definidoras de direito* (geram direitos subjetivos para os jurisdicionados); (iii) *programáticas*<sup>40</sup> (atribuem fins a serem alcançados pelo Estado).<sup>41</sup>

As normas constitucionais que dispõem sobre a organização do Estado, dos Poderes, estruturam órgãos e distribuem competências, não são juízos hipotéticos. Trata-se de obrigação objetiva que deve ser realizada sem a necessidade de ocorrência de qualquer fato.<sup>42</sup>

No tocante às normas definidoras de direitos, deve-se considerar direito como *direito subjetivo*, por empréstimo do Direito Privado, sendo imediatamente desfrutáveis e exigíveis, seja do Estado ou de outrem, não sendo possível seu exercício em casos de pronta exigibilidade. Todavia, não podemos desconsiderar questões como conflitos entre direitos, normas programáticas, reserva do possível, conflitos entre normas e princípios e mínimo existencial.<sup>43</sup> Em outras palavras, quando a Constituição assegurar um direito e o sujeito passivo deixar de satisfazê-lo, qualquer prejudicado poderá provocar a prestação jurisdicional. Todavia, quando se tratar de simples programa de ação futura, não poderá se valer de tal meio.

Vale ressaltar, novamente, que as divergências e problemáticas das questões ora discutidas não constituem o objeto da presente obra, de modo que adentrar nesse debate desvirtuaria a sua finalidade. O que se busca, neste momento, é apenas a exposição geral do tema. Em capítulo posterior

40 Com relação às normas programáticas, estas são disposições indicadoras de fins sociais a serem atingidos, no entanto, limitam-se a estabelecer determinados princípios e fixar programas de ação para o Poder Público. v. BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 75.

41 BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 68/77.

42 *Ibidem*, p. 69.

43 BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 70/72.

trataremos das celeumas específicas que envolvem a efetivação do Direito e a atuação do Poder Judiciário no caso do art. 37, X, da Constituição.

A possibilidade de efetivação de direitos constitucionalmente previstos através do Poder Judiciário decorre, conforme visto, não só da força normativa da Constituição, mas também da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), posto que ele não age de ofício, mas sim provocado. Deve o juiz se valer da teoria geral do Direito (art. 4º da LINDB), não podendo se eximir de julgar, colmatando a lacuna no caso de omissão.<sup>44</sup> Se considerarmos que a Constituição resguarda direitos fundamentais, e cabe ao Judiciário a sua guarda, cabe também a ele o dever de concretizá-los, sobretudo quando há inércia do Executivo e do Legislativo<sup>45</sup>. Além disso, o fenômeno do ativismo judicial<sup>46</sup> progressista, atrelado à concretização de direitos sociais, não é exclusividade do modelo brasileiro também sendo verificado nos EUA, sobretudo, na corte *Warren* (1953-1969).<sup>47</sup>

Por fim, embora exista, em regra, a impossibilidade de pleito direto das normas programáticas, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que tais normas conferem ao administrado o direito imediato

44 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 58.

45 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*, p. 26.

46 Não se deve aqui atribuir um sentido pejorativo ao termo “ativismo judicial”. Pode-se dizer que sua ideia está associada a uma participação mais ampla e forte do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. Em relação ao ativismo, as causas que ensejam seu aparecimento repousam no papel hermenêutico desempenhado pelo Judiciário na busca por suprimir lacunas ou omissões deixadas pelo legislador, além de inúmeras normas que trazem conceitos indeterminados conforme adrede comentado. Ademais, visa-se efetivar políticas públicas quando ausentes ou insuficientes, com vistas a atender demandas sociais não amparadas por lei. BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, p. 241-247.

47 Durante o período em que *Earl Warren* ficou na presidência da Suprema Corte dos EUA (1953-1969) inúmeras decisões relevantes foram tomadas superando vários precedentes: a segregação em escolas e demais ambientes públicos deixou de ser permitida; o arbítrio policial contra pobres negros passou a ser combatido; comunistas e suspeitos não poderiam ser expostos de maneira degradante para suas carreiras e vidas; acusados em processos criminais não poderiam ser julgados sem advogado; o Estado não podia invadir o quarto de um casal em busca de contraceptivos. Sobre o tema, v. BARROSO, Luis Roberto. *A Americanização do Direito Constitucional e Seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo*, p. 21 e ss.

de obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção preconizadas por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais protegidos por tais regras. Em suma, as normas programáticas condicionam a atuação da Administração Pública, informam a interpretação da lei pelo Poder Judiciário e vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização. Vale mencionar o art. 3<sup>a</sup> da Constituição da República que traz os objetivos fundamentais da República. Neste sentido, a atuação de todos os Poderes deve se coadunar com tais objetivos.<sup>48</sup>

Com o objetivo de elucidar a questão, dois casos devem ser mencionados, eis que conflitam com a suposta rígida separação dos Poderes à luz da efetivação constitucional.

O primeiro<sup>49</sup> refere-se à criação de 150 mil vagas em creches e pré-escolas pelo Município de São Paulo para crianças de até cinco anos de idade. A decisão foi proferida pela Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) em dezembro de 2013, que reformou a decisão de primeiro grau, por entender que a inexistência de vagas afrontava a Constituição da República.

Além de determinar a obrigação de fazer ao Poder Executivo (criação de vagas), o TJSP ordenou que a própria prefeitura elaborasse um plano, com prazo fixo, para a sua criação. Ficou ressaltado que a expansão da rede deveria atender aos inúmeros parâmetros de qualidade de ensino estabelecidos pela legislação e pelos Conselhos Nacional e Municipal de Educação. Ademais, foi decidido que a Coordenadoria da Infância do tribunal ficaria responsável por monitorar a sua implementação junto à sociedade civil, o Ministério Público e a Defensoria, tanto em relação à criação das novas vagas, quanto ao oferecimento de educação de qualidade.<sup>50</sup>

---

48 BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 76/77.

49 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Experimentalismo Judicial*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/experimentalismo-judicial>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

50 *Idem*.

A decisão é inovadora e criativa, pois se vale do caminho participativo para respaldar a sua execução e fiscalização, garantindo, assim, legitimidade perante a sociedade.<sup>51</sup>

O segundo caso<sup>52</sup> envolve o direito constitucional à saúde. Em decisão liminar, a Juíza Federal Helena Elias Pinto, titular da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, como resultado de Ação Civil Pública (ACP) ajuizada pela Defensoria Pública da União (DPU), determinou que: i) a União, o Estado e o Município do Rio de Janeiro deveriam providenciar, no prazo de 60 dias, a reavaliação das suas filas cirúrgicas; ii) as entidades teriam prazo de 90 dias para implantar nos hospitais federais da cidade sistema informatizado que possibilitasse o gerenciamento de filas cirúrgicas; iii) as entidades deveriam apresentar, em 120 dias, um plano concreto de ação para realização das cirurgias dos pacientes que aguardavam. Vale transcrever trecho da decisão<sup>53</sup>:

Não se espera que o Poder Judiciário possa, no exercício da função jurisdicional, determinar a solução para os complexos problemas de saúde pública no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Entretanto, cabe ao Poder Judiciário exercer suas responsabilidades no sentido de dar uma parcela de contribuição para que se estabeleça e se consolide um diálogo entre as instituições no sentido de, coordenadamente, buscar soluções possíveis para os graves problemas que são relatados na petição inicial.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> “Em 7 de fevereiro deste ano, a DPU no Rio de Janeiro ajuizou ACP requerendo que a União, o Estado e o Município do Rio de Janeiro apresentassem, no prazo de 90 dias, um plano concreto de ações para a realização de cirurgias de baixa, média e alta complexidade em 13.851 pacientes, que aguardavam em diversas filas de espera nos hospitais federais Cardoso Fontes, Andaraí, Lagoa, Ipanema, Servidores do Estado e Bonsucesso. A ação informava que os procedimentos cirúrgicos englobavam tratamento para insuficiência venal, aneurisma, fissura, fístula, cálculo renal, estenosa da uretra, tumor de mama, entre outros; que o risco à saúde e, em muitas situações, à vida, era evidente; e que existiam casos nos quais a espera já durava dez anos. Na mesma ação, a DPU pediu a imposição de obrigação contra os réus de realizar todas as cirurgias no prazo máximo de um ano, a contar da concessão da medida liminar, valendo-se de unidades hospitalares federais, estaduais e municipais situadas no Estado do Rio de Janeiro. Na hipótese da impossibilidade de realização de todas as cirurgias dentro do prazo estipulado, a DPU requereu que fosse determinada aos réus a compra de leitos em unidades hospitalares privadas. Diante do grave dano gerado à sociedade, em especial aos pacientes, a DPU solicitou ainda uma indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 1,2 bilhão, a ser integralmente destinada ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). Para o caso de descumprimento, a ACP pediu a imposição de multa diária no valor de R\$ 50 mil para cada réu, até o efetivo cumprimento da decisão.” Disponível em: <[http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21592:justica-determina-reavaliacao-de-filas-por-cirurgias-no-rio-de-janeiro&catid=79&Itemid=220](http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21592:justica-determina-reavaliacao-de-filas-por-cirurgias-no-rio-de-janeiro&catid=79&Itemid=220)>. Acesso em: 19 jul. 2014.

<sup>53</sup> Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/ancelmo/emergencia/posts/2014/05/15/justica-da-120-dias-para-governo-organizar-filas-de-cirurgia-no-rio-535906.asp>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

Verifica-se que caminhamos em direção a uma jurisdição constitucional que privilegia a efetivação de direitos, a despeito das escusas da Administração Pública. Torna-se essencial, em um Estado Democrático de Direito, que o Judiciário atue de modo a garantir a plena eficácia da Constituição, não havendo que se falar em violação da separação dos Poderes, à luz da própria ideia de que as instituições se complementam. Deve, portanto, existir um diálogo.

Conforme ressaltam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira, a atuação do Judiciário deve ser autocontida quando estiver diante de políticas públicas e questões técnicas, todavia a reserva do possível não deve servir de escudo protetor da Administração para se eximir de cumprir suas obrigações constitucionais: deve demonstrar de forma objetiva o *quantum* a ser gasto e o *quantum* de disponibilidade a fim de se evitar uma negativa genérica que sirva apenas de retórica. Em outros casos, deve atuar proativamente de forma a proteger os direitos fundamentais, sobretudo aqueles ligados ao funcionamento democrático, ao mínimo existencial e às minorias vulneráveis.<sup>54</sup>

Ainda aqueles que defendem o constitucionalismo popular e a mínima intervenção judicial reconhecem que a Corte Constitucional deve atuar em determinados casos.<sup>55</sup>

O objeto da presente obra nitidamente se encaixa na segunda hipótese, em que a atuação não só é permitida, mas exigida, sob pena de o próprio Judiciário incorrer em omissão inconstitucional. Não estamos diante do estabelecimento de políticas públicas por meio da via jurisdicional, mas sim do reconhecimento de um direito garantido expressamente no texto constitucional.

Destarte, diante da conjuntura do constitucionalismo brasileiro atual, verifica-se que a Constituição possui respaldo jurídico-histórico-filosófico para sua plena eficácia. Logo, atua como norma superior, funcionando como fundamento de validade do ordenamento, devendo, portanto, ser efetivada pelo Poder Judiciário, já que a

---

<sup>54</sup> SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 100-108.  
<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 85-89.

jurisdição constitucional passa a ser condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.<sup>56</sup>

## 1.2. DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

Os inúmeros conflitos institucionais entre os Poderes vêm sendo objeto de estudos na doutrina brasileira, sobretudo em razão da crescente judicialização<sup>57</sup> da política e do chamado ativismo judicial.<sup>58</sup> Não se busca aqui analisar as causas do ativismo ou da judicialização, visa-se demonstrar como os conflitos institucionais são intrínsecos ao debate envolvendo a omissão inconstitucional do art. 37, X, conforme será aprofundado em capítulo próprio.

Para analisar a teoria dos diálogos constitucionais, utilizaremos, sobretudo, os estudos feitos pelo Professor Rodrigo Brandão,<sup>59</sup> os quais inclusive constituíram a base para outros trabalhos,<sup>60</sup> e também nos valeremos de obra coletiva<sup>61</sup> sobre o tema com participação do Professor José dos Santos Carvalho Filho. Antes de iniciar propriamente o estudo, mister ressaltar a constante tensão entre os Poderes que é fortemente impulsionada pelos chamados ataques institucionais à Suprema Corte.<sup>62</sup>

<sup>56</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 37.

<sup>57</sup> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais. A judicialização é um fato que decorre do modelo institucional e da conjuntura política e social instaurada no Brasil. BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 241-247.

<sup>58</sup> Fazendo um breve adiantamento do que será desenvolvido no item 3.6, a não efetivação de dispositivo constitucional expresse constitui, em verdade, uma das dimensões do ativismo judicial, já que ao se abster a Corte contraria o texto da Constituição.

<sup>59</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

<sup>60</sup> Sobre o tema: v. CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013. CHAVES, André Luiz Maluf; SACRAMENTO, Julia. T. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: um estudo acerca da capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal na interpretação final da Constituição à luz do precedente do foro por prerrogativa de função*. Artigo apresentado no II Seminário Internacional de Teoria das Instituições: Cortes Constitucionais e Realidade Política. UFRJ, novembro 2013.

<sup>61</sup> *Judicialização da Política e Democracia* (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1ª ed. Brasília: IDP, 2014.

<sup>62</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 228/249.

Podemos citar como exemplos de ataques institucionais à Suprema Corte: a alteração do número de seus membros, a manipulação de suas competências através de PEC, e o *impeachment* de juízes para fins não disciplinares, sobretudo, para o realinhamento de sua jurisprudência. Ademais, podemos ver outras formas de retaliação ao Judiciário, como por exemplo, o poder que o Congresso possui em determinar o orçamento dos Tribunais e os salários dos juízes, e o processo de nomeação pelo Executivo de juízes do STF. Como visto, tais medidas são instrumentos de retaliação à determinada postura da Suprema Corte, não se mostrando os mais indicados para solucionar o problema dos conflitos institucionais, eis que não são aptos a estimular o diálogo entre as instituições.<sup>63</sup>

O constitucionalismo brasileiro possui em sua história inúmeros exemplos de ataques institucionais, inclusive, hodiernos. Vejamos.

No governo de Floriano Peixoto (1891 a 1894) podemos citar quatro casos relevantes. O primeiro refere-se à ameaça de descumprimento de prisão formulada pelo Presidente em face dos Ministros do STF, caso eles deferissem *habeas corpus* em favor dos indivíduos que participaram de protestos contra Floriano, em razão de ele haver assumido a presidência após a renúncia de Deodoro da Fonseca, ao invés de convocar novas eleições. Outro caso ocorreu quando foram expedidos ofícios pelo ministro da Guerra, sendo inclusive publicados em Diário Oficial, comunicando ao STF que discordava das razões jurídicas empregadas pela Corte, ou mesmo o seu descumprimento à decisão judicial, nos *habeas corpus* relativos à Revolução Federalista no Rio Grande do Sul.<sup>64</sup>

O terceiro caso envolve o deferimento do STF de salvo-conduto em favor de estrangeiros envolvidos na Revolta da Armada, com o

---

<sup>63</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 228/249. Também em: CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 10/11.

<sup>64</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 260/261. Também em: CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 11.

objetivo de impedir que fossem expulsos do Brasil. À luz de tal decisão, o governo Floriano Peixoto expediu um decreto de expulsão com data retroativa, almejando retirar a eficácia da decisão do Supremo. Por fim, vale mencionar que durante o governo de Floriano Peixoto, houve o não preenchimento de algumas cadeiras do STF durante um longo período de tempo, o que dificultou o trabalho da Suprema Corte. Ademais, posteriormente, foram indicados pelo Presidente um médico (Barata Ribeiro) e dois generais para ocupar os cargos vagos.<sup>65</sup>

No tocante às interferências nas competências do Supremo, a Reforma Constitucional de 1926 é um relevante exemplo, posto que extinguiu o *habeas corpus*, e ainda houve a insindicabilidade judicial das questões políticas promovidas pela Constituição de 1937.<sup>66</sup>

Quanto à alteração do número de ministros, à cassação de suas investiduras e à suspensão das garantias da magistratura, podem ser constatados exemplos durante o Governo Provisório, após a Revolução de 1930, onde houve a redução de 15 para 11 no número de ministros do STF, além da aposentadoria compulsória de seis ministros. A Carta de 1937, por sua vez, afirmava que o Parlamento poderia negar aplicação às decisões do STF, que, diante do fechamento do Legislativo durante o Estado Novo, foi utilizada pelo Presidente Getúlio Vargas por meio de decretos-leis.<sup>67</sup>

A Constituição de 1988, como visto, apresenta condições favoráveis para a expansão do papel político do Poder Judiciário, garantindo sua independência, sobretudo no que tange à interpretação constitucional, em razão dos inúmeros conceitos indeterminados e do seu caráter

65 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 260/261. Também em: CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 11.

66 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 261. Também em: CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 11.

67 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 261/262. Também em: CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 12.

dirigente e analítico. Contudo, os mecanismos de *checks and balances* possibilitam inúmeras formas de controle em face do Judiciário.<sup>68</sup>

A Carta de 1988, por exemplo, atribuiu ao Congresso o poder de aprovar o orçamento dos Tribunais e o salário dos juízes. Ainda que cumpra aos Tribunais elaborar as propostas orçamentárias dentro dos limites da Lei de Diretrizes (art. 99, § 1º, da CF/1988), o Congresso não está vinculado à tal proposta, podendo aprovar Lei orçamentária anual com valor inferior (art. 165 da CF/1988). No mesmo sentido, o valor do salário dos juízes é definido por lei de iniciativa privativa dos Tribunais, de maneira que, embora somente o Judiciário possa fixar o valor contido na proposta original, o Legislativo não está obrigado a aprová-lo, podendo fixar valor menor ou simplesmente rejeitar a proposta (art. 96, II, *b*, da CF/1988), desde que não viole a irredutibilidade de subsídios (art. 95, III, da CF/1988).<sup>69</sup>

O Conselho Nacional de Justiça criou o Grupo de Apoio aos Tribunais<sup>70</sup> de Justiça, com a função de auxiliar as presidências do Tribunais a negociarem com o Legislativo e o Executivo estaduais para garantir o adequado funcionamento do Poder Judiciário.

Outra forma de ataque ocorre na nomeação dos juízes do STF. Cabe ao Presidente a escolha do futuro ministro, sendo submetido, posteriormente, à Sabatina no Senado Federal. Ainda que seja necessário preencher determinados requisitos, como ser brasileiro nato e cidadão com mais de 35 anos e menos de 65, com notável saber jurídico e reputação ilibada, o poder que o Chefe do Executivo possui em exercer influência sobre a evolução da jurisprudência do STF é claro. Ademais, no que tange à sabatina no Senado, o único caso de rejeição de que se tem notícia foi o de Barata Ribeiro, por ser médico,

<sup>68</sup> CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 12.

<sup>69</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 262. Também em: CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 12.

<sup>70</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 263. Sobre o tema, disponível também em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/10491-ministra-eliana-se-reune-com-colegio-de-presidentes-dos-tribunais-de-justica-no-cnj>> Acesso em: 11 jul. 2013.

conforme visto durante o período de crise institucional entre o governo de Floriano Peixoto e o STF.<sup>71</sup>

A reação legislativa também deve ser considerada como método de ataque. Hodiernamente, inúmeras propostas de emendas à Constituição tramitam no Congresso e mostram a atualidade do problema dos conflitos institucionais. A PEC 33/2011<sup>72</sup>, por exemplo: i) altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; ii) condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo; iii) submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.<sup>73</sup>

Também tramitam no Congresso a PEC 53/2011<sup>74</sup>, que visa a alterar o art. 93 da Constituição, possibilitando a perda do cargo pelo magistrado, violando a prerrogativa da vitaliciedade, e a PEC 3/2011<sup>75</sup>, que dá nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal, estabelecendo a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos dos outros Poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, como por exemplo os regimentos internos dos tribunais.<sup>76</sup>

Podemos ainda citar, corroborando a tese da universalidade do conflito, o caso recente ocorrido na Argentina, cujo Congresso aprovou, no dia 8 de maio de 2013, a Lei nº 26.855, que modificou a Lei nº 24.937. A principal delas repousava na nova redação dada ao art. 2º,

71 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 263. Também em: CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 13.

72 Sobre o tema, v. André Maluf. *PEC 33/11: Conflito institucional e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24953/pec-n-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

73 CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 14.

74 Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=92164&tp=1>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

75 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

76 CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 14.

que elevou o número de Conselheiros do Conselho da Magistratura<sup>77</sup> de 13 para 19, mantendo em apenas três o número de representantes do Poder Judiciário da Nação. Com a nova redação, os juízes, advogados e professores (que passaram de um para seis) seriam eleitos pelo povo através de sufrágio universal, na mesma eleição em que se fosse eleito o Presidente da República (nos termos do art. 3<sup>a</sup>). Além disso, os candidatos deveriam estar filiados a Partidos Políticos de âmbito nacional que tivessem candidatos à chefia do Poder Executivo, sujeitando-se às normas do Código Eleitoral.<sup>78</sup>

Em 18 de junho de 2013, a Corte Suprema da Argentina declarou a inconstitucionalidade da reforma judicial em questão. Na decisão, tomada por maioria de 6 votos contra apenas 1 (elaborado pelo magistrado e professor Eugenio Zaffaroni), a Corte entendeu que a eleição através de sufrágio universal dos membros do Conselho da Magistratura submeteria esse órgão ao poder político dos partidos e da maioria governamental violando a separação dos poderes, prejudicando, assim, a imparcialidade e a independência do Judiciário. De fato, na prática, a reforma pretendida pelo governo obrigaria os magistrados a desenvolver atividades político-partidárias, como campanha eleitoral, o que implicaria na busca pelo respectivo financiamento, claramente incompatíveis com a natureza da função exercida pelo órgão.<sup>79</sup>

77 Vladimir Passos de Freitas aduz que: “Na Argentina o controle do Poder Judiciário é exercido pelo Conselho da Magistratura, órgão previsto no artigo 114 da Constituição. Ele compõe-se de 13 membros, sendo três juízes federais, seis legisladores indicados pelo Congresso, dois advogados, um representante do Poder Executivo e um professor universitário. Seus objetivos são a seleção dos juízes e a administração do Poder Judiciário. Nas atividades de administração do CM está incluído o poder disciplinar, dispondo o inciso 5 do artigo 114 da Carta Magna caber ao CM “Decidir a abertura do procedimento de *remoción* de magistrados, se for o caso ordenar a suspensão, e formular a acusação correspondente”. A chamada “*remoción*” não é a nossa remoção de um local para outro, mas sim a remoção da magistratura, em outras palavras, a demissão.” Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-02/segunda-leitura-independencia-magistratura-argentina-corre-risco>>. Acesso em: 07 jun. 2013.

78 FREITAS, Vladimir Passos de. *A Independência da magistratura argentina corre risco*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-02/segunda-leitura-independencia-magistratura-argentina-corre-risco>>. Acesso em: 07 jun. 2013. Também em: CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, out. 2013, p. 15.

79 VALE, André Rufino do. *Corte Argentina Declara Inconstitucional Reforma Judicial*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/corte-argentina-declara-inconstitucional-reforma-judicial>>. Acesso em: 30 jun. 2013. CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, out. 2013, p. 15.

Destarte, não podemos negar que existem instrumentos de retaliação ao Judiciário e de pressão para alteração de entendimentos jurisprudenciais, sobretudo na figura do STF, portanto, mais ainda se mostra necessária uma atuação firme da Suprema Corte.<sup>80</sup>

Não se busca aqui um aprofundamento<sup>81</sup> sobre a teoria dos diálogos constitucionais, eis que sua densidade e complexidade desvirtuariam a obra, todavia, entendemos que ela deve ser mencionada quando tratamos da omissão inconstitucional do art. 37, X.

À luz dessa teoria, seguindo posicionamento defendido pelo Professor Rodrigo Brandão, pensamos que a solução mais eficiente se encontra no alinhamento conjunto das capacidades institucionais de cada Poder. A teoria dos diálogos busca formas de diálogos institucionais sobre o melhor modo de resolver a questão constitucional controvertida, a fim de que cada Poder contribua com sua capacidade institucional específica.<sup>82</sup>

Desta forma, segundo lições do renomado professor<sup>83</sup>, o sentido futuro da Constituição deve se dar através de um debate junto à sociedade civil e às instituições políticas, através do modelo dialógico, onde hajam múltiplos pontos de acesso, seja pelo Legislativo ou Judiciário, para tutelar direitos constitucionais, reduzindo a atuação unilateral de qualquer poder.<sup>84</sup>

<sup>80</sup> CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 13.

<sup>81</sup> Para um aprofundamento do tema: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, *Judicialização da Política e Democracia* (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1ª ed. Brasília: IDP, 2014; CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013.

<sup>82</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 289. Também em: CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 18/19.

<sup>83</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 325/328.

<sup>84</sup> CHAVES, André Luiz Maluf. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013, p. 21.

Contudo, entendemos que havendo inércia seja do Executivo ou do Legislativo, deve o Poder Judiciário, diante de uma patente inconstitucionalidade por omissão, atuar com o objetivo de colmatá-la e garantir efetividade à Constituição, sob pena de ferir o próprio ordenamento jurídico e sua função institucional ao se omitir.

Sendo assim, o Judiciário pode e deve declarar uma omissão inconstitucional dos Poderes em cumprir o que a Constituição patentemente determina, devendo tal prática ser atrelada à determinação de um prazo para o Legislador ou o Administrador suprir a omissão, à luz do modelo dialógico. Tal possibilidade será devidamente aprofundada em capítulo posterior.

Em recente obra coletiva<sup>85</sup> sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho ressalta, à luz da teoria dos diálogos constitucionais, o caso do MI nº 943<sup>86</sup>, que tratava do aviso prévio proporcional por tempo de serviço. Aduz o renomado autor que o caso é um perfeito exemplo de diálogo institucional no Brasil, posto que, ao apreciar o caso, o STF percebeu que a declaração de mora do Legislativo não atenderia à força normativa da Constituição, de modo que se inclinou a proferir decisão concretista, optando por adiar o julgamento do feito para refletir sobre como isso se daria. Diante de tal atitude, o Congresso editou a Lei nº 12.506/2011 regulando a matéria. Posteriormente, ao julgar o caso, o STF aplicou os critérios estabelecidos pelo Legislativo nos seguintes termos:<sup>87</sup>

Mandado de injunção.

2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal.

3. Ausência de regulamentação.

4. Ação julgada procedente.

5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional.

6. Retomado o julgamento.

---

<sup>85</sup> *Judicialização da Política e Democracia* (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1ª ed. Brasília: IDP, 2014.

<sup>86</sup> STF. MI 943, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 6/2/2013, DJe de 2/5/2013.

<sup>87</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil. In: *Judicialização da Política e Democracia* (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1ª ed. Brasília: IDP, 2014, p. 34/35.

7. Advento da Lei nº 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional.
8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação.
9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora.
10. Mandado de injunção julgado procedente (STF, 2013).

Em suma, a possibilidade de o STF vir a regular a temática causou um movimento de deliberação no Congresso culminando com a aprovação do diploma legal.

Em recente trabalho, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que o STF atua como verdadeiro protagonista nos casos de omissão:

Como já se teve oportunidade de afirmar diversas vezes, decisão política, como regra geral, deve ser tomada por quem tem voto. Portanto, o Poder Legislativo e o chefe do Poder Executivo têm uma preferência geral *prima facie* para tratar de todas as matérias de interesse do Estado e da sociedade. E, quando tenham atuado, os órgãos judiciais devem ser deferentes para com as escolhas legislativas ou administrativas feitas pelos agentes públicos legitimados pelo voto popular. A jurisdição constitucional somente deve se impor, nesses casos, se a contrariedade à Constituição for evidente, se houver afronta a direito fundamental ou comprometimento dos pressupostos do Estado democrático. Porém, como o leitor terá intuído até aqui, a jurisdição constitucional desempenha papel de maior destaque quando o Poder Legislativo não tenha atuado. É nas lacunas normativas ou nas omissões inconstitucionais que o STF assume papel de eventual protagonismo. Como consequência, no fundo, é o próprio Congresso que detém a decisão final, inclusive sobre o nível de judicialização da vida.<sup>88</sup>

Verifica-se, portanto, a possível e necessária atuação do Poder Judiciário a fim de concretizar direitos constitucionais à luz desse modelo dialógico.

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Texto mimeografado, Uerj, 2015, p. 36.

### 1.3. SEPARAÇÃO E HARMONIA ENTRE OS PODERES

Os dois principais obstáculos à efetivação do direito de revisão geral anual, previsto no art. 37, X, segundo o entendimento jurisprudencial atual<sup>89</sup>, repousam no art. 2º, que fala sobre independência e harmonia entre os Poderes, e na questão financeira (que será tratada no final desta obra no item 3.7 e no Capítulo 4).

No tocante à separação dos Poderes, a clássica ideologia de Montesquieu de tripartição não determinava que todos eles seriam igualitários. Pelo contrário. O Judiciário seria um poder praticamente nulo, limitado à aplicação normativa aos casos concretos, de forma que a supremacia da lei deveria gerir o Estado.<sup>90</sup> Tal fato decorreu da influência iluminista que concebeu o legislador como um ser virtuoso e racional, capaz de prever todas as potenciais situações de conflito social, restando ao Judiciário apenas aplicar a lei.<sup>91</sup>

A clássica divisão encontra-se superada. Atualmente o Judiciário atua como guardião da Constituição zelando pelos direitos fundamentais, sendo essencial no processo democrático. Atrelado a isso, a descrença nas instituições como um todo, sobretudo nos Poderes Executivo e Legislativo, fomenta o enaltecimento do Judiciário como aquele que promove mudanças na sociedade.<sup>92</sup>

Ora, conforme crítica efetuada pelo Min. Marco Aurélio<sup>93</sup>, não há mais como conceber a engessada tripartição dos Poderes nos moldes da Revolução Francesa. O art. 2º é claro ao estabelecer que os três Poderes são harmônicos entre si, os mecanismos de *checks and*

<sup>89</sup> Vale mencionar o argumento que defende a aplicação da Súmula nº 339 do STF, contudo, revisão difere de aumento, de modo que não se mostra aplicável tal interpretação, conforme será analisado posteriormente.

<sup>90</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil. In: *Judicialização da Política e Democracia* (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1ª ed. Brasília: IDP, 2014, p. 10.

<sup>91</sup> INTROCASO, Luiz Garibaldi. Elementos de Diálogo Institucional entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal. In: *Judicialização da Política e Democracia* (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1ª ed. Brasília: IDP, 2014, p. 47.

<sup>92</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil. In: *Judicialização da Política e Democracia* (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1ª ed. Brasília: IDP, 2014, p. 12.

<sup>93</sup> MELLO, Marco Aurélio. *25 Anos de Interpretação Constitucional – uma história de concretização dos direitos fundamentais*. Artigo escrito para a obra comemorativa dos 25 anos da Constituição Federal de 1988, organizada pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/fausto-macedo/25-anos-de-interpretacao-constitucional-uma-historia-de-concretizacao-dos-direitos-fundamentais/>> Acesso em: 1º abr. 2014.

*balances* são prova disso. Significa dizer, se valendo da doutrina dos diálogos constitucionais, que as instituições não existem, na quadra atual, por si sós, não se bastam, devendo agir conjuntamente a serviço dos direitos e garantias fundamentais, e se complementando na hipótese de omissão violadora da Constituição.

Conforme visto (item 1.1), a finalidade da *doutrina da efetividade* é assegurar, na prática, que nas hipóteses em que a Constituição tenha assegurado direitos subjetivos, como por exemplo, direitos sociais, políticos, individuais ou difusos, eles possam ser exigidos diretamente do Poder Público ou de particular. Em outras palavras, a plena eficácia da Constituição pode, e deve ser realizada, também, pelo Poder Judiciário.<sup>94</sup>

O preâmbulo da Constituição, embora não tenha força normativa direta, serve de norte para toda a interpretação constitucional<sup>95</sup>: “(...) Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais(...)”. Além disso, o art. 3º da Constituição traz os objetivos fundamentais da República. Neste sentido, a atuação de todos os Poderes deve se coadunar com tais objetivos, passando pelo necessário filtro hermenêutico constitucional. Judiciário, Executivo e Legislativo devem se pautar na concretização de direitos, especialmente aqueles previstos na Constituição, que, lembre-se, está acima de qualquer instituição. “Se não alcançam esse fim, se permanecem inertes, omissas, então não merecem o rótulo de instituição republicana e democrática.”<sup>96</sup>

A tendência de justificar as omissões inconstitucionais dos ocupantes de cargos eletivos não é aceitável. A condição de representante não pode servir como escusa para justificar a omissão inconstitucional. Esta, afinal, não pode encontrar respaldo na representatividade.

94 BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29.

95 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

96 MELLO, Marco Aurélio. *25 Anos de Interpretação Constitucional – uma história de concretização dos direitos fundamentais*. Artigo escrito para a obra comemorativa dos 25 anos da Constituição Federal de 1988, organizada pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/fausto-macedo/25-anos-de-interpretacao-constitucional-uma-historia-de-concretizacao-dos-direitos-fundamentais/>> Acesso em: 1º abr. 2014.

Tal concepção em um Estado democrático de Direito não se mostra adequada.

Se após dada ciência ao Executivo, constituindo-o em mora (como ocorreu na ADI 2.061-DF e outros casos), queda-se inerte, por que o Judiciário, ou o Congresso nos termos propostos no capítulo 3, não poderiam suprir essa omissão para efetivar a Constituição? Estamos diante de um comando claro, no art. 37, X. Simplesmente o ultrapassado formalismo não mais subsiste no Estado Democrático de Direito atual, ainda mais com uma Constituição de cunho dirigente, extremamente garantista e analítica como a nossa. Não há que se falar em anarquia institucional, mas sim em diálogo e complementaridade para efetivar direitos.

Se considerarmos que a Constituição resguarda direitos fundamentais, e cabe ao Judiciário a sua guarda, cabe também a ele o dever de concretizá-los, sobretudo quando há inércia do Executivo e do Legislativo.<sup>97</sup>

Sob essa perspectiva de defesa da Constituição pelo Judiciário, mister trazer trecho de um acórdão<sup>98</sup> de lavra do Min. Celso de Mello sobre a questão:

(...) A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. – O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional (STF, 2002).

---

<sup>97</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*, p. 26.

<sup>98</sup> STF. ADI-MC 2.010/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Dj 12/04/2002.

Em voto ímpar, Gilmar Mendes afirma<sup>99</sup> que:

De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º).<sup>100</sup>

Sobre a separação dos Poderes, o Professor Dirley da Cunha Jr. Realiza importante crítica no sentido de que é necessária uma revisão da teoria clássica.<sup>101</sup>

Aduz o renomado autor que a independência entre os órgãos não se caracteriza pelo exercício exclusivo das funções típicas, mas pela predominância no seu desempenho.<sup>102</sup> Não se mostra mais possível pensar uma estrutura rígida de funções, haja vista que a separação total dos Poderes é impossível, devido às óbvias funções típicas e atípicas que todos possuem. Sendo assim, deve ser reconhecida a necessária colaboração entre as instituições,<sup>103</sup> de modo que a doutrina clássica da separação deve ser submetida a uma revisão teórica, diante das novas tendências e mudanças do sistema jurídico.<sup>104</sup> Neste sentido ele afirma:

Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação dos Poderes articula-se e concilia-se com outros princípios constitucionais positivos, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição, entre outros. Relativamente à Constituição brasileira, destaca-se a necessidade de uma renovada compreensão a respeito do princípio da separação, pressionada pelo fim marcadamente *dirigente* de nossa *Fundamental Law*, que configura um Estado Social do Bem-

<sup>99</sup> STF . MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj 30/10/2008.

<sup>100</sup> No mesmo sentido aduz CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 333/334.

<sup>101</sup> CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 429/432.

<sup>102</sup> Dirley da Cunha Jr. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Ed, JusPodivm, 2014, p. 430.

<sup>103</sup> Dirley da Cunha Jr. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Ed, JusPodivm, 2014, p. 430.

<sup>104</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 431.

Estar, que trouxe significativas transformações sociais, onde os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, são considerados os pilares ético-jurídico-políticos da organização do Estado, do Poder e da Sociedade, servindo de parâmetros ou vetores guias para a interpretação dos fenômenos jurídico-constitucionais. É necessária, portanto, sob as vestes do paradigma do novo Estado do Bem-Estado Social, a *nova leitura* sobre o vetusto dogma da separação dos Poderes, a fim de que ele não produza, com sua força simbólica – como lamentavelmente vem produzindo – um *efeito paralisante* às reivindicações da sociedade moderna, incomparavelmente mais complexa do que aquela na qual foi originalmente concebido.<sup>105</sup>

Entendemos ser relevante citar que em recente obra sobre o tema (*A nova separação de poderes*), Bruce Ackerman<sup>106</sup> defende uma nova compreensão acerca da ultrapassada ideia de separação de poderes, buscando refletir sobre um modelo no qual o exercício do poder político sofra controles internos recíprocos. Logo, o arcabouço constitucional que envolve a concepção de separação de poderes não pode mais ser concebido de uma forma fixa, deve existir mobilidade no sentido de revisar esse arranjo político/institucional com o objetivo de aprimorar as instituições em momentos de crise e/ou ineficácia. Ainda que se discorde sobre tal aplicação ao modelo brasileiro, pensamos ser possível fomentar esse debate em razão do modelo estanque de separação dos Poderes não mais se sustentar.

Temos visto que o STF tem ganhado espaço no cenário político nacional exatamente por essa postura da efetivação constitucional: ADI 4.277 e ADPF 132 (reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo); MS 26.602/DF, MS 26.603/DF, MS 26.604/DF, referentes à fidelidade partidária e vacância de mandato (Informativo nº 482, STF); demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388); ADPF 54 (aborto de fetos anencéfalos), dentre outros.<sup>107</sup>

Verificando a jurisprudência do STF, podemos afirmar que a possibilidade de concessão de revisão geral anual determinando que

<sup>105</sup> CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 432.

<sup>106</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Novas tendências na jurisprudência do STF e a juristocracia*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-12/diario-classe-novas-tendencias-jurisprudencia-stf-juristocracia>> Acesso em: 12 abr. 2014.

<sup>107</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 38 e 50/52.

o art. 37, X, fosse cumprido não seria tão revolucionária, tampouco violaria a separação dos Poderes, pois trata-se de direito expresso. Vale lembrar que o STF tem se utilizado de *sentenças aditivas*,<sup>108</sup> que possuem uma carga política muito mais forte do que determinar que o Poder Executivo faça o que é obrigado pela Constituição.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema ou adentrar com profundidade no estudo de casos, posto que não constitui o objetivo desta obra, depreende-se de uma simples análise jurisprudencial que, sob o manto da interpretação conforme à Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o STF já vem realizando *sentenças aditivas*, ainda que sem utilizar tal denominação, conforme alguns precedentes: STF: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008 (pesquisa com células-tronco embrionárias); STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007 (greve no serviço público). O clássico caso envolvendo a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol<sup>109</sup>, elucidada de forma clara a questão de como o STF, na ausência de norma regulamentadora, tem se utilizado de *sentenças aditivas* para dar eficácia à Constituição.

Consoante expõem Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco<sup>110</sup>, o tema guarda nítida relevância com a realidade brasileira ratificando que o STF já utilizou tal espécie de técnica de decisão em outros casos:

A crescente relevância, entre nós, da técnica decisória aditiva, foi exposta com proficiência por Carlos Blanco de Moraes: “Sensivelmente desde 2004 parecem, também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos. Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 310.569, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do

<sup>108</sup> ADI 2.652/DF, Rel. Min. Mauricio Correa, j. 08/05/2003, DJe 14/11/2003; STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 31/10/2008; STF, MI 670, Rel. Min. Maurício Corrêa, Redator para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJe 31/10/2008; STF, MI 718, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJe 31/10/2008. BRASIL, STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 12/04/2012, DJe 20/04/2012 (aborto de fetos anencéfalos). STF, ADI 4.277-DF, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011, DJe 14/10/2011 (união homoafetiva). STF, Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 04/02/2014 (demarcação de terras indígenas).

<sup>109</sup> Para mais informações v. SOUZA NETO, Cláudio P.; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Raposa Serra do Sol expõe limites às sentenças aditivas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas>>. Acesso em: 07 jun. 2013.

<sup>110</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.940.

princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos. Poderá, igualmente, ter sido o caso no RMS-22.307 (mandado de segurança) que teria englobado os servidores civis num regime de aumentos legalmente concedido a militares”. Cabe ressaltar, ainda, o julgamento conjunto, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos mandados de segurança nº 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, em que se assentou que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito tem como consequência jurídica a extinção do mandato. (...) Por fim, mencione-se o RE 405.579, Rel. Ministro Joaquim Barbosa. Trata-se de hipótese em que duas empresas, importadoras de um mesmo produto, foram discriminadas por concessão de benefício tributário a apenas uma delas, o que gera evidente desequilíbrio comercial. Em voto-vista da lavra do Ministro Gilmar Mendes, foi proposta a extensão do benefício tributário (redução de imposto de importação) a empresas não contempladas no inciso X do § 1º do art. 5º da Lei nº 10.182/2001, com vistas a sanar violação ao princípio da isonomia e restaurar o equilíbrio do mercado comercial.

Ora, se o STF já atuou prolatando *sentença aditivas*, não há como falar em violação do art. 2º quando se determina que o Estado realize a revisão geral anual. O Judiciário está somente ordenando que a Constituição seja cumprida, tornando eficaz o direito expresso do art. 37, X.

## CAPÍTULO 2

# A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL COMO FENÔMENO JURÍDICO PRÓPRIO

---

A celeuma da omissão inconstitucional é um tema que vem ensejando amplos debates no Direito Constitucional brasileiro, desafiando a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores.<sup>1</sup>

Acerca do tema, o professor Gilmar Mendes<sup>2</sup> afirma:

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.

Conforme aduz o renomado professor, com tantos questionamentos sem soluções aparentes, podemos concluir, sem maiores esforços, que o tema é denso e complexo, de modo que o Direito brasileiro ainda está despertando para a sua relevância.<sup>3</sup> Sendo assim, buscamos insemear na presente obra a necessidade de se encarar o tema de forma tão séria quanto o estudo da inconstitucionalidade por ação, consoante lição de Luis Roberto Barroso, de modo que a inconstitucionalidade por omissão

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 54.

<sup>2</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.825.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.825/1.826.

venha a ser entendida como fenômeno jurídico próprio.<sup>4</sup> Neste sentido, Dirley da Cunha Jr.<sup>5</sup> sustenta que a omissão inconstitucional é tão grave quanto a atuação em desconformidade com o seu texto. Portanto, embora seja um fenômeno recente<sup>6</sup>, mostra-se essencial o seu aperfeiçoamento para a segurança do Estado Democrático de Direito, conforme salienta o professor Gilmar Mendes:

Todos os que, tópicamente ou sistematicamente, já se depararam com uma ou outra questão atinente à omissão inconstitucional, hão de ter percebido que a problemática é de transcendental importância não apenas para a realização de diferenciadas e legítimas pretensões individuais. Ela é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna.<sup>7</sup>

Com o intuito de analisar o instituto da omissão inconstitucional presente no art. 37, X, primeiramente veremos o que a doutrina afirma sobre a ocorrência de uma omissão inconstitucional. Em seguida, analisaremos brevemente algumas classificações pertinentes ao objeto desta obra. Por fim, elucidaremos quais os instrumentos que o Direito Constitucional brasileiro concebeu para enfrentar a celeuma da omissão inconstitucional, seja na via incidental ou direta. Para tanto, nos valeremos dos estudos realizados pelos professores Dirley da Cunha Júnior (2014), Luis Roberto Barroso (2012), Gilmar Mendes (2012), Alexandre de Moraes (2014) e Lenio Luiz Streck (2013).

## 2.1. OCORRÊNCIA DE UMA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Segundo Alexandre de Moraes, a inconstitucionalidade por omissão consiste na conduta negativa do Poder Público diante de uma conduta

4 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. p. 54/55.

5 CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 311.

6 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.538.

7 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.825.

positiva determinada pela Constituição. Logo, a incompatibilidade entre o que a Carta Magna exige e a atuação do Poder Público configura a omissão inconstitucional.<sup>8</sup>

Luis Roberto Barroso, ao tratar da omissão legislativa, adverte que a simples inércia, ou seja, o mero *não fazer*, não configura, por si só, uma omissão inconstitucional, eis que o legislador tem sua margem de discricionariedade política para legislar. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima, configurando, assim, inconstitucionalidade por omissão.<sup>9</sup>

Lenio Streck aduz que, estipulada uma conduta na Constituição para que o Executivo ou o Legislativo atue, verifica-se uma inércia/omissão quando o responsável não realiza a obrigação imposta pela Constituição.<sup>10</sup>

O Ministro Celso de Mello, com a tecnicidade e a clareza que lhe são peculiares, na relatoria do MI 542-SP<sup>11</sup>, discorre sobre a celeuma da omissão inconstitucional:

Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.

Ressalta o ministro que desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público). E continua:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que

<sup>8</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 798.

<sup>9</sup> Barroso, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 56.

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 891.

<sup>11</sup> MI 542-SP. Rel. Min. Celso de Mello, data da decisão 29/08/2001, Dj 28/06/2002.

nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

O Poder Público (e aqui deve ser entendido com qualquer dos três Poderes) quando se abstém de cumprir de forma total ou parcial o dever de legislar, infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Constituição Federal. A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por conseguinte, comportamento que deve ser evitado. Neste sentido, alerta o Min. Celso de Mello sobre a periculosidade de se esvaziar a Lei Fundamental:

[...] é que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Na mesma linha, o professor Lenio Streck, em sua profunda e recente obra, discorre com prioridade sobre a problemática da ineficácia<sup>12</sup> da Constituição:

Com efeito, passadas mais de duas décadas desde a promulgação da Constituição, parcela expressiva das regras e princípios nela previstos continuam ineficazes. Essa inefetividade põe em xeque, já de início e sobremodo, o próprio art. 1º da Constituição, que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira, que, segundo o mesmo dispositivo, constitui-se em um Estado Democrático de Direito. (...) Daí que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática –, deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implementação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais etc.).<sup>13</sup>

---

12 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 39. O professor questiona o papel do jurista e do Poder Judiciário estabelecendo o seguinte paradoxo: “uma Constituição rica em direitos (individuais, sociais e coletivos) *versus* uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, nega a aplicação de tais direitos, mormente nos direitos prestacionais e de liberdade”.

13 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 39/40.

Dirley da Cunha Jr.<sup>14</sup> afirma que há omissão inconstitucional quando, devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o Poder Público cai inerte, abstendo-se, ressaltando que tal omissão pressupõe o não cumprimento de uma norma constitucional individualizada. Sendo assim, aduz que só há omissão quando há dever constitucional de ação do Poder Público e este não o realiza.<sup>15</sup>

Aduz que a Constituição não determinou o momento de ocorrência de uma omissão inconstitucional, de modo que busca traçar parâmetros para reconhecer esse momento através dos estudos de Jorge Miranda. Analisando o tema, o professor Dirley da Cunha Jr. conclui que a apreciação da inconstitucionalidade por omissão deve ser atrelada ao tempo. Logo, o elemento temporal torna-se pressuposto para o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão.<sup>16</sup>

Em suma, após expor a matéria, o autor conclui que são pressupostos da inconstitucionalidade por omissão: i) violação da Constituição decorrente do não cumprimento de norma certa e determinada; ii) que se trate de norma de eficácia limitada;<sup>17</sup> iii) ausência de medidas necessárias para tornar exequível a norma da Constituição em debate; e iv) tempo razoável.<sup>18</sup>

## 2.2. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO EXECUTIVO

Assim como no caso de inconstitucionalidade por ação, a omissão violadora da Constituição também pode ser imputável aos três Poderes<sup>19</sup> por inércia ilegítima de adotar providências constitucionais.<sup>20</sup> No mesmo sentido, afirma Dirley da Cunha Jr. que

---

14 CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 311.

15 *Ibidem*, p. 318.

16 *Ibidem*, p. 319.

17 Na tradicional classificação de José Afonso da Silva, já abordada no item 1.1, que, a nosso sentir, encontra-se superada, basta pensar que algumas normas de eficácia plena precisam de normatividade e atuação do Poder Público para serem eficazes (direitos sociais), CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 316.

18 CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 318.

19 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 53/54.

20 Barroso, Luis Roberto. *Ibidem*, 2012, p. 279.

a omissão inconstitucional ocorrerá em relação ao Poder Legislativo, Judiciário e Executivo<sup>21</sup>

Em que pese a vasta doutrina acerca da inconstitucionalidade do Poder Legislativo, costuma-se ver de forma genérica a inconstitucionalidade do Poder Executivo. Por exemplo, pode o Poder Executivo se abster de tomar medidas político-administrativas em matéria de educação (art. 208 da Constituição)<sup>22</sup>, pode deixar de incluir no projeto de lei orçamentária os recursos necessários para implementar um direito fundamental, deixando de realizar os gastos previstos na lei orçamentária, ou de elaborar o programa necessário para concretizar determinada tarefa constitucional, não encaminha o projeto de lei para adimplir suas missões constitucionalmente estabelecidas, enfim existem inúmeras possibilidades.<sup>23</sup>

Gilmar Mendes<sup>24</sup>, citando decisão do STF (ADI 2.061/2001), entende que no caso do art. 37, X, trata-se de omissão inconstitucional de providência legislativa, eis que o processo depende de deflagração do Chefe do Poder Executivo (como será aprofundado em capítulo posterior). Sendo assim, podemos afirmar que, muito embora a omissão recaia sobre o Presidente, trata-se de omissão de natureza legislativa, pois sua inércia influencia diretamente no processo legislativo.

Vejamos por exemplo o caso do MI 3.222<sup>25</sup>, de relatoria do Min. Celso de Mello, onde se constata, claramente, tal possibilidade:

A entidade sindical ora impetrante enfatiza o caráter lesivo da omissão imputada ao Senhor Presidente da República e ao Congresso Nacional, assinalando que a lacuna normativa existente, passível de integração mediante edição da faltante lei complementar, tem inviabilizado o acesso dos servidores públicos federais componentes da categoria profissional que representa ao benefício da aposentadoria especial.

A omissão do Executivo no art. 37, X, será aprofundada devidamente nos itens 3.2, 3.5, 3.6 e 3.7.

21 CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 316.

22 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 54.

23 SOUZA, Luciane Moessa de. *A omissão inviabilizadora de direitos fundamentais: limites e possibilidades para o controle judicial*. CONPEDI. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane\\_moessa\\_de\\_souza3.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza3.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2014.

24 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.841.

25 STF. MI nº 3.222. Rel. Min. Celso de Mello. Dj. 02/06/2011.

### 2.3. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL TOTAL E PARCIAL

A inconstitucionalidade por omissão do legislador<sup>26</sup> pode ser *total* ou *parcial*<sup>27</sup>. A omissão *total* ou *absoluta* ocorrerá quando o legislador, tendo o dever constitucional de agir, deixar de cumprir o que a Constituição impõe mantendo, assim, um vazio normativo.<sup>28</sup> Neste sentido, afirma Gilmar Mendes: “*Tem-se omissão absoluta ou total quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada.*”<sup>29</sup>.

Luis Roberto Barroso aduz que em havendo omissão *absoluta* de providência exigida constitucionalmente, surgem três possibilidades de atuação do Poder Judiciário: i) reconhecer autoaplicabilidade à norma constitucional e executá-la diretamente; ii) declarar a omissão inconstitucional, constituindo em mora o órgão competente para saná-la; iii) não sendo a norma autoaplicável, deve o Judiciário criar a regra para o caso concreto (posição concretista).<sup>30</sup>

O primeiro caso é mais fácil de ser solucionado, já que não depende de criação de ato normativo.<sup>31</sup> Vejamos o exemplo do art. 8º, § 3º, do ADCT da Constituição de 1988. O dispositivo em comento prevê reparação de natureza econômica para cidadãos afetados por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, na forma da lei de iniciativa do Congresso Nacional, que deveria entrar em vigor no prazo de 12 meses a contar da promulgação da Constituição. Decorridos os 12 meses sem lei, o STF reconheceu a mora do Legislativo em editar a referida norma e fixou o prazo de 60 dias para ultimização do processo legislativo, facultando ao impetrante o exercício de ação ordinária para o recebimento de indenização (STF, RDA, 185:204, 1991, MI 283-5, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).<sup>32</sup>

---

26 Entendemos que pode também existir inconstitucionalidade por omissão de lei, ato ou qualquer outro comando da Constituição, eis que a mesma impõe obrigações não só ao Legislativo, mas também ao Judiciário e Executivo.

27 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 57/60.

28 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 57.

29 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.538.

30 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 57/58.

31 *Idem*.

32 *Idem*.

No tocante à segunda possibilidade para resolver o problema de omissão inconstitucional *total*, normalmente é adotada quando a norma não é autoaplicável, necessitando para efetivá-la de um comando integrador. Tal prática é amplamente utilizada pelo STF no julgamento de ADO, já que apenas declara a mora do Poder ou órgão e o notifica para tomar providências.<sup>33</sup>

Por fim, a terceira possibilidade é a chamada posição concretista, por meio da qual o Judiciário supre a omissão *total* para possibilitar o exercício de direitos, sendo esta a menos comum e mais eficiente, de modo que caberia ao tribunal se valer do art. 4º da LINDB para suprir a lacuna.<sup>34</sup>

Denomina-se omissão inconstitucional *parcial* a hipótese onde a providência é tomada de forma incompleta, ou seja, atinge somente parte dos titulares do direito (violação da isonomia) e/ou contempla de forma insuficiente os titulares nos termos que a Constituição impôs.<sup>35</sup> Gilmar Mendes sustenta: “*Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional*”.<sup>36</sup>

Ou seja, segundo Luis Roberto Barroso, é caso de omissão *parcial* quando o legislador não cumprir de forma integral o que a Constituição determina, seja porque a lei excluiu do seu âmbito de incidência determinada categoria que deveria ter sido abrigada (omissão *parcial relativa*, normalmente ligada à violação de isonomia),<sup>37</sup> seja porque o legislador, ainda que tenha abrangido, atuou de modo insuficiente (omissão *parcial propriamente dita*).<sup>38</sup>

<sup>33</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 58.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 59/60.

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.538.

<sup>37</sup> Gilmar Mendes afirma que: “Caso clássico de omissão parcial é a chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. Tem-se a “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade” se a norma afronta o princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Versão Digital. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.539.

<sup>38</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 59/60.

Para solucionar a *omissão parcial relativa*, o autor propõe três saídas:

Também aqui há três linhas possíveis de atuação judicial: a) a declaração da inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação; b) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão julgador para tomar as providências necessárias; c) extensão do benefício à categoria dele excluída.<sup>39</sup>

Discorrendo sobre as soluções, afirma o renomado autor que:

A primeira solução, embora encontre amparo na ordem constitucional, traria o inconveniente de universalizar a situação desvantajosa, em lugar de beneficiar os excluídos. (...). A segunda possibilidade já foi acolhida no Brasil, em sede de ação direta de inconstitucionalidade (...).<sup>40</sup>

Quanto à terceira opção, o professor Luis Roberto Barroso<sup>41</sup>, embora afirme que seja a mais eficaz, ressalta que ela ficaria dificultada por questões de separação dos Poderes, orçamento e reserva do possível, nos termos da Súmula nº 339 do STF. Todavia, enaltece que o próprio Supremo Tribunal Federal abriu uma exceção em sua própria jurisprudência, envolvendo, exatamente, o art. 37, X, em sua redação original, antes da EC nº 19/98, estendendo aos servidores públicos civis, o reajuste que havia sido dado apenas aos militares.<sup>42</sup> Ademais, sustenta que, em casos como estes, poderia ser determinado que a categoria fosse contemplada a partir do exercício financeiro seguinte.<sup>43</sup>

Do esorço feito, podemos concluir, conforme será aprofundado em capítulo próprio, que o art. 37, X, da Constituição pode ser vítima de omissão *total* ou *parcial*. Será *total* quando o Chefe do Poder Executivo não deflagrar o devido processo legislativo, e será *parcial* quando o fizer somente em relação a uma determinada categoria, mantendo as demais em situação desvantajosa, violando, portanto, a isonomia.

<sup>39</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 59.

<sup>40</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 59.

<sup>41</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 59.

<sup>42</sup> STF, AgRg em AI 211.422-PI, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 14/08/1998. "Neste caso, em sede de controle concreto via recurso em mandado de segurança (RMS 22.307-DF), o Plenário reconheceu a inconstitucionalidade por omissão parcial e estendeu aos servidores públicos civis reajuste que havia sido dado apenas aos militares em violação do art. 37, X." BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 59/60.

<sup>43</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 60.

Em ambos os casos, como veremos, não se trata de aplicação da Súmula Vinculante nº 37, antiga Súmula nº 339, já que a revisão geral não é aumento de salários de servidores.

#### 2.4. CONTROLE CONCENTRADO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL PELA VIA DIRETA: AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A primeira coisa que devemos ter em mente é que, no Brasil, adota-se o modelo de controle *difuso* norte-americano e o modelo *concentrado* austríaco.<sup>44</sup> É um consenso na doutrina que temos um modelo híbrido de controle de constitucionalidade.

De forma sucinta, quando falamos em controle *concentrado* de constitucionalidade, referimo-nos a um modelo. Tal modelo, de origem austríaca, aduz que a guarda da Constituição será exercida por um único órgão.<sup>45</sup>

No Brasil, o controle concentrado pode ser exercido pelo STF, quando o paradigma for a Constituição da República<sup>46</sup>, ou pelos Tribunais de Justiça, na representação de inconstitucionalidade, tendo como paradigma a Constituição do Estado respectivo.<sup>47</sup>

Visto o panorama do controle concentrado, passemos para a via direta.

O controle constitucional por *ação direta*, ou por *via principal*, é um exercício atípico da jurisdição, eis que não se trata de litígio em um caso concreto, mas sim, a busca de um pronunciamento acerca da própria lei. Ou seja, o controle se diz *abstrato* porque não há caso concreto. Trata-se de um processo *objetivo*, sem partes. A função aqui é proteger o ordenamento jurídico evitando-se a presença de um elemento incompatível com a Constituição.<sup>48</sup>

No controle por via direta, a questão constitucional é o objeto da ação, por isso se diz que é questão *principal*, e não prejudicial como

44 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 69/70.

45 *Ibidem*, p. 182.

46 É exercido através de ADI, ADO e ADC.

47 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 69/74.

48 *Ibidem*, p. 180.

ocorre no processo civil ordinário. Em outras palavras, a questão constitucional é que deverá ser enfrentada.<sup>49</sup>

Destarte, para o enfrentamento direto da omissão inconstitucional da Constituição Federal, no caso de omissão em abstrato como questão principal, o art. 103, § 2, trouxe a possibilidade de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão<sup>50</sup> perante o STF pelos legitimados do art. 103. A regulamentação de tal ação cabe à Lei nº 9.868/99.<sup>51</sup>

Em síntese, já que o instituto será abordado com mais acuidade no capítulo seguinte, não faz sentido repetir o que é encontrado na maioria dos manuais. Sendo assim, à luz do art. 37, X da Constituição, se mostra pertinente fazer algumas breves colocações sobre a ADO.

Vale ressaltar, primeiramente, que o modelo português serviu como inspiração para instituto da inconstitucionalidade por omissão no Brasil em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.<sup>52</sup>

No Brasil, julgada procedente uma ADO o entendimento do STF<sup>53</sup> se traduz na seguinte linha: i) limita-se a reconhecer, com eficácia *erga omnes*, a mora do Poder competente, e em determinados casos,<sup>54</sup> indicar prazo para que seja sanada a lacuna; ii) na hipótese de omissão praticada por órgão administrativo, determina que o mesmo supra a lacuna em 30 dias.<sup>55</sup>

Podemos tirar algumas conclusões: a natureza da decisão de ADO tem caráter *declaratório*, eis que declara a existência de omissão inconstitucional.<sup>56</sup> Ademais, vê-se a questão *mandamental* no tocante à ciência ao Poder omissor para que este adote “as providências necessárias” a que se refere o § 2º do art. 103, da CF/88.<sup>57</sup>

49 *Ibidem*, 69/74.

50 Art. 103 (...) “§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

51 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 69/74.

52 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 884.

53 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 797.

54 ADI 3.682/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj 06/09/2007 e ADO – 24. Rel. Min. Dias Toffoli, por exemplo.

55 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 293.

56 *Idem*.

57 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 798.

A rigor, podemos inferir que a decisão tem um cunho muito mais político do que propriamente jurídico, já que não há efeitos práticos para solucionar a omissão, o que não se mostra eficiente quando temos um carta claramente dirigente e compromissória.<sup>58</sup>

Sobre a inconstitucionalidade por omissão no tocante à ADO, Luis Roberto Barroso<sup>59</sup> afirma que:

Naturalmente, não se deve acreditar na juridicização plena da política, sendo certo que um espaço relevante relacionado aos meios e modos de realização da vontade constitucional deve ser reservado processo majoritário, conduzido pelos agentes públicos eleitos. Mas nos extremos, quando a inefetividade se instala, frustrando a supremacia da Constituição, cabe ao Judiciário suprir o déficit de legitimidade democrática da atuação do Legislativo.

Seguindo tal linha, acreditamos que a concessão de prazo parece ser uma forma de amenizar a ineficácia da ADO<sup>60</sup>, como tem se utilizado o STF em alguns casos que serão aprofundados quando falarmos do instituto.<sup>61</sup>

Neste mesmo sentido defende Dirley da Cunha Jr.<sup>62</sup>, segundo o qual, além da ciência do Poder omissor, mister que se estipule prazo razoável para o suprimento da omissão. E o autor vai além. Sustenta o renomado professor que dependendo do caso, findo esse prazo sem qualquer medida tomada, cumpre ao Poder Judiciário dispor normativamente sobre a matéria, no caso de omissão de providência normativa. Trata-se de efeito de solução para o problema de ineficácia constitucional. Ressalta que não se vulnera o princípio da separação dos Poderes, eis que se está garantindo a prevalência da Constituição (através da sua supremacia) não havendo qualquer óbice para que o legislador

58 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 277.

59 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 278.

60 *Ibidem*, p. 294/295.

61 STF, ADO 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj: 6/09/2007, ADO – 24. Rel. Min. Dias Toffoli.

62 CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 329/330.

venha posteriormente regular a matéria com toda a sua autonomia.<sup>63</sup>  
A solução seria um paliativo.<sup>64</sup>

Em razão das críticas contundentes ao instituto, recentemente o Supremo Tribunal Federal avançou sua jurisprudência e conferiu efeitos concretos à decisão de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão caso a mora do Legislativo perdurasse.

A decisão foi tomada no julgamento da ADO-25<sup>65</sup>, no qual o Supremo fixou prazo de 12 meses para que o Congresso legisse sobre o tema. Em caso de *inertia*, a Corte determinou que o Tribunal de Contas da União deveria estabelecer os valores a serem transferidos pela União aos Estados membros a título de compensação pelo ICMS, em razão do disposto no art. 91 do ADCT. Neste sentido é o informativo:

O Plenário, em conclusão, julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada em face de alegada lacuna legislativa, no tocante à edição, pelo Congresso Nacional, da lei complementar prevista no art. 91 do ADCT, incluído pela Emenda Constitucional 42/2003 (“Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, ‘a’”) — v. Informativo 848. O Colegiado declarou haver mora, por parte do Congresso Nacional, em editar a aludida lei complementar. Fixou, por maioria, o prazo de doze meses para que seja sanada a omissão. No ponto, ficou vencido o ministro Marco Aurélio, que não determinava prazo.

O Tribunal estabeleceu, também por decisão majoritária, que, na hipótese de o mencionado prazo transcorrer “in albis”, caberá

---

63 CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 329/330. Vale ressaltar que José Afonso da Silva e Flávia Piovesan (*apud* Dirley, 2014, p. 330) também defendem a possibilidade da sentença que reconhecer a omissão inconstitucional dispor normativamente sobre a matéria até o legislador vir a agir, de modo a conciliar a autonomia do Legislativo e a exigência do efetivo cumprimento da Constituição.

64 Será estudado em capítulo posterior, mas já adiantamos que como disposto no art. 37, X, trata de omissão legislativa, ainda que proveniente do Executivo (item 2.2) entendemos que o raciocínio aplicável anteriormente também se mostra cabível neste caso.

65 STF. Plenário. ADO 25/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/11/2016 (Info 849).

ao Tribunal de Contas da União (TCU): a) fixar o valor total a ser transferido anualmente aos Estados membros e ao Distrito Federal, considerando os critérios dispostos no art. 91 do ADCT, a saber, as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, “a”, do texto constitucional; b) calcular o valor das quotas a que cada um fará jus, levando em conta os entendimentos entre os Estados membros e o Distrito Federal realizados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz). Determinou, ainda, que se comunique ao TCU, ao Ministério da Fazenda, para os fins do disposto no § 4º do art. 91 do ADCT, e ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para adoção dos procedimentos orçamentários necessários ao cumprimento da presente decisão, notadamente no que se refere à oportuna inclusão dos montantes definidos pelo TCU na proposta de lei orçamentária anual da União. Vencidos, no particular, os ministros Marco Aurélio, Teori Zavascki e Cármen Lúcia (Presidente), que não subscreviam as determinações dirigidas ao TCU.

## 2.5. CONTROLE DIFUSO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PELA VIA INCIDENTAL: MANDADO DE INJUNÇÃO E OUTROS MEIOS

O controle difuso tem origem nos Estados Unidos (célebre caso *Marbury v. Madison*), e faz parte do nosso ordenamento desde a Constituição de 1891.<sup>66</sup>

Quando falamos em controle difuso, devemos entender que qualquer juiz ou tribunal pode exercer o controle de constitucionalidade em um caso concreto, reconhecendo tal inconstitucionalidade e deixando de aplicar a lei reputada inconstitucional.<sup>67</sup>

Trata-se de processo de índole *subjetiva*, onde a questão constitucional será alegada por via *incidental*, ou seja, secundária, *prejudicial*, porém necessária para a resolução do mérito.<sup>68</sup> É também

<sup>66</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: JusPodivm, 2014, p. 254.

<sup>67</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 69.

<sup>68</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 72.

chamada de inconstitucionalidade por via de *defesa* ou *exceção*, posto que o réu normalmente alegava inconstitucionalidade da lei na qual se fundava a pretensão autoral. Todavia, a inconstitucionalidade pode ser suscitada tanto pelo autor, quanto pelo réu. Por exemplo, pode um autor intentar ação buscando o não pagamento de um tributo que pensa ser inconstitucional por violação do princípio da legalidade.<sup>69</sup>

Assim, tanto o juízo federal, trabalhista ou estadual, quanto um Tribunal de Justiça ou TRF, e até mesmo o STJ ou STF, na análise de um caso concreto, podem declarar a inconstitucionalidade quando verificada uma incompatibilidade entre a lei e a Constituição. Não podendo olvidar que, quando a questão for decidida por tribunal, em respeito à cláusula de reserva de plenário (art. 97)<sup>70</sup>, somente pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal pleno, ou órgão especial, se existir, poderá ser declarada a inconstitucionalidade.<sup>71</sup>

Em suma, para não restar dúvidas, tanto os Tribunais de Justiça quanto o STF podem desempenhar tanto o controle difuso, por via incidental, quanto o controle concentrado por via de ação direta. Há somente uma exceção, trata-se da ADPF, onde temos uma ação constitucional, envolvendo um caso concreto, de modo que a questão constitucional será incidental, todavia, por ser competência exclusiva do STF, temos controle incidental e concentrado.<sup>72</sup>

Por fim, a doutrina é uníssona no sentido de que o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI) é uma das medidas cabíveis para tutelar uma inconstitucionalidade por omissão em um caso concreto<sup>73</sup>. Sua regulamentação finalmente foi realizada através da Lei nº 13.300, de 2016.

Sendo meio de controle incidental de constitucionalidade, a competência para processar e julgar o mandado de injunção não é exclusiva do STF, porém também não é distribuída por todos os juízes, como é típico do controle incidental de constitucionalidade;

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 69/74.

<sup>70</sup> “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

<sup>71</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 69/74.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 158/178.

as competências originária e recursal para o mandado de injunção são definidas na CF/1988, no art. 102, I, *q* e II, *a*, em favor do STF<sup>74</sup>, no art. 105, I, *h*, para o STJ, e no art. 121, § 4º, V, para os Tribunais Regionais Eleitorais.

Como o mandado de injunção visa a proteger direitos subjetivos cujo exercício encontra-se obstado em razão da omissão regulamentar, os legitimados para propor a ação serão sempre os titulares das posições subjetivas prejudicadas pela omissão<sup>75</sup>, seja pessoa física ou jurídica, ou entidades de classe, associações ou sindicatos.

No tocante à legitimidade passiva, Luís Roberto Barroso<sup>76</sup> aponta três posições diversas: i) a primeira considera legitimados a autoridade ou órgão público omissor e, em litisconsórcio necessário, a parte privada ou pública que deverá suportar o ônus caso venha a ser realizada a regulamentação faltante; ii) a segunda posição considera legítima apenas a parte privada ou pública que deverá cumprir com as obrigações decorrentes da regulamentação omitida; iii) por fim, a terceira posição, que foi adotada pelo STF, no sentido de serem legitimados somente a autoridade ou órgão público omissor na regulamentação exigida constitucionalmente.

Os efeitos da decisão de MI são extremamente polêmicos e relevantes. Embora inicialmente adotasse a corrente *não concretista* (MI 587/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03/10/2001, DJ 31/10/2001), o STF, em recentes julgados<sup>77</sup> (clássico caso do direito de greve dos servidores públicos), superou tal posicionamento, a nosso sentir corretamente, conforme preceitua Luis Roberto Barroso<sup>78</sup>, dando ao Mandado de Injunção a sua verdadeira finalidade: julgar o caso concreto decidindo sobre o direito postulado e suprimindo a lacuna legal.

74 "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;"

75 STF – Pleno. MI 595-AgR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 23/04/1999); MI 107 – STF – Pleno, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU 02/08/1991.

76 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 161/163.

77 STF. MI 670-9/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Redator p/ Ac. Min. Gilmar Mendes, Dj 30/10/2008; STF. MI 708-0/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj 30/10/2008; STF. MI 712-8/PA, Rel. Min. Eros Grau, Dj 30/10/2008.

78 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 164.

Em que pesem os argumentos contrários<sup>79</sup>, este parece ser o objetivo do instituto, sob pena de apenas reproduzir os efeitos da ADO. O MI deve ser visto como um instrumento de tutela efetiva de direitos e não uma ordem ou recomendação para edição da norma, tendo, em regra, efeitos *inter partis*.

A Lei nº 13.300/2016 adotou a corrente concretista intermediária. Sobre o novo diploma legislativo valem algumas reflexões já realizadas em outra oportunidade<sup>80</sup>.

A primeira é a distinção entre omissão total e parcial, que já era difundida na doutrina e na jurisprudência (Cf. STF MI 107), mas ganha densidade normativa expressa com a previsão no art. 2º. O parágrafo único do mesmo dispositivo, na tentativa de definir a incidência da omissão parcial, aduz que ela ocorrerá quando “forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”. Da leitura, em um primeiro momento, temos a impressão de que a norma abrange tanto a inconstitucionalidade parcial propriamente dita quanto a inconstitucionalidade parcial relativa (que ocorre quando há violação da isonomia). Outra questão relevante parece ser a impossibilidade de perda do objeto do Mandado de Injunção no caso de apresentação de projeto de lei (STF, ADI 3.682-MT), eis que o parágrafo único do art. 11 somente faz menção à perda do objeto por edição de norma regulamentadora.

A segunda reflexão é sobre a ampla legitimidade dos impetrantes, seja no Mandado de Injunção individual (pessoas naturais ou jurídicas, art. 3º) ou coletivo (Ministério Público, partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação e Defensoria Pública, art. 12). A lei se insere claramente no microssistema de tutelas coletivas, o que acarretará consequências ainda imprevisíveis.

A terceira, e talvez a maior delas, é a adoção da corrente concretista intermediária, segundo a qual antes de a decisão produzir seus efeitos

---

79 Moreira Alves. STF, MI 107. Rel. Min. Moreira Alves, Dj 21/09/1990, p. 36/40.

80 Cf. MALUF, André Luiz. Reflexões sobre o projeto aprovado pelo Senado que regulamenta o Mandado de Injunção. *Carta Forense*, 22 jun. 2016. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reflexoes-sobre-o-projeto-aprovado-pelo-senado-que-regulamenta-o-mandado-de-injuncao/16677>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

o Tribunal deve conceder prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora faltante, na linha de alguns julgados do STF (Cf. MI 715). Isso pode ser extraído da leitura do art. 8º, parágrafo único, que permite a dispensa da concessão de prazo quando já tiver sido impetrado Mandado de Injunção anterior e a omissão não houver sido sanada. Em outras palavras, a regra geral é que a decisão concretista do Tribunal somente terá efeitos (art. 8º, II) após o fim do prazo razoável para edição da norma (art. 8º, I).

Em que pese tal posicionamento, *in thesi*, enfraquecer parcialmente a eficácia do próprio texto constitucional – pois estar-se-ia concedendo mais prazo para suprir a omissão –, parece ser razoável se pensarmos em uma lógica de conflitos institucionais, diálogos constitucionais e separação de Poderes, sobretudo em razão dos possíveis efeitos que uma sentença concretista total ou manipulativa (aditiva ou substitutiva) pode ter no mundo jurídico e fático. Basta pensar no caso do MI 943, que tratava do aviso prévio proporcional por tempo de serviço: ao apreciar o caso, o STF percebeu que a declaração de mora do Legislativo não atenderia à força normativa da Constituição, de modo que se inclinou a proferir decisão concretista, optando por adiar o julgamento do feito para refletir sobre como isso se daria; diante de tal atitude, o Congresso editou a Lei nº 12.506/2011 regulando a matéria.

Por fim, a última reflexão é sobre trazer disposição acerca dos efeitos subjetivos: a regra é que sejam *inter partes*, porém, admite-se efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão “quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração” (art. 9º, § 1º).

O professor Dirley da Cunha Júnior sustenta ainda que o controle de ações ou omissões do Poder Público pode ocorrer em qualquer demanda judicial, desde que exercido num processo *inter partis*<sup>81</sup>. Ele afirma que a fiscalização de inconstitucionalidade por ser suscitada pelo autor através de: i) qualquer ação, seja de natureza civil, penal, trabalhista, tributária, *mandado de segurança*, *habeas corpus*, *mandado*

81 CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 255.

*de injunção*, habeas data, ação popular, ação civil pública; ii) qualquer processo ou procedimento (conhecimento, execução e cautelar).<sup>82</sup>

Quanto aos efeitos, ele sustenta que se o controle incidental recair sobre omissão do Poder Público, a decisão de inconstitucionalidade terá o efeito de suprir tais omissões, dispondo sobre a situação fática ou jurídica abusivamente não disciplinada pelos órgãos estatais. Logo, como não há lei para ser anulada, caberá ao Poder Judiciário colmatar a lacuna, resolvendo o caso concreto, com efeitos *inter partis*.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 263.



## CAPÍTULO 3

# OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: EXISTEM POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO?

---

Vistos os argumentos que justificam a possibilidade/necessidade de efetivação da Constituição, bem como os principais pontos inerentes à inconstitucionalidade por omissão, passemos a analisar a grande problemática da presente obra.

Este capítulo e o seguinte serão destinados a analisar o art. 37, X, da Constituição de 1988. Vamos avaliar se há ou não uma inconstitucionalidade por omissão e quais suas consequências sociais e políticas. Ademais, tentaremos propor algumas saídas para a celeuma instaurada à luz da jurisdição constitucional vigente e dos diálogos constitucionais, tanto através do Poder Judiciário quanto do Legislativo.

### **3.1. REVISÃO GERAL ANUAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: EC 19/98**

A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, foi responsável por implementar a chamada *reforma administrativa do Estado brasileiro*, diante da necessária modernização da máquina administrativa. Dentre as inúmeras mudanças perpetradas, destacam-se: i) estabilidade dos

servidores públicos; ii) regime de remuneração dos agentes públicos; e iii) gestão gerencial da Administração Pública.<sup>1</sup>

Antes de adentrarmos propriamente na questão da revisão, vale registrar algumas colocações pertinentes sobre a diferença entre subsídio e remuneração.

*Remuneração* é o montante percebido pelo servidor público a título de vencimentos e de vantagens pecuniárias. A remuneração básica, por sua vez, consiste no núcleo remuneratório, que pode, ou não, ser acrescido por outras parcelas.<sup>2</sup>

O termo *subsídio* (que para José dos Santos Carvalho Filho é sinônimo de *remuneração básica*)<sup>3</sup> foi introduzido pela EC nº 19/98, substituindo, para determinadas categorias de agentes públicos<sup>4</sup>, os termos *remuneração* e *vencimentos*. Sendo aquele conceituado como “importância salarial retributória de natureza alimentar paga pelo Estado em retribuição de serviços prestados” (MORAES, 1999, *apud*, SILVA, 1999). A redação atual da Constituição, após a modificação introduzida pela emenda em comento, no art. 39, § 4º, prevê o subsídio como parcela única, à qual não pode ser acrescida vantagem pecuniária alguma, tais como gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória. O objetivo dessa modificação foi tornar mais transparente os salários recebidos pelos agentes públicos.

1 SILVA, Cristina Oliveira Peter da. *A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: Uma Análise Panorâmica*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_01/Reforma%20Administrativa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2014.

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 729/730.

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos *Manual de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 735.

4 Art. 37. [...] “XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.”

Aduz José dos Santos Carvalho Filho<sup>5</sup> que duas são as características do subsídio: i) deve observar o teto remuneratório; ii) deve ser estabelecido em parcela única (como visto, vedado o acréscimo de gratificações, abonos, prêmios etc.). Todavia, esclarece que o art. 39, § 4<sup>o</sup><sup>6</sup>, da Constituição deve ser interpretado de forma conjunta ao seu § 3<sup>o</sup><sup>7</sup>, já que se aplicam aos subsídios vários direitos concedidos aos trabalhadores da iniciativa privada: adicional de férias, décimo terceiro salário, horas extras, adicional noturno etc. De modo que não se pode falar que em toda e qualquer situação não haverá acréscimo pecuniário à *parcela única*.

Feita essa digressão, devemos retornar ao art. 37, X, da Constituição.

A principal função do dispositivo em comento é corrigir as perdas salariais em razão da corrosão gerada pela inflação. Em outras palavras, busca recompor a remuneração e restabelecer o poder aquisitivo do servidor.<sup>8</sup>

Sabemos que a inflação decorre da política econômica posta em prática pelas autoridades governamentais. Para verificar tal inflação, necessário se valer da regra de indexação, que é o instrumento utilizado na economia pelo qual se aplica certo índice sobre os valores monetários defasados pela inflação, com o objetivo de ajustá-los aos valores reais. Assim, quando a política econômica altera o poder aquisitivo da moeda, cabe a essas autoridades assegurar medidas para recuperar esse decréscimo.<sup>9</sup>

Em suma, a regra de indexação tem o objetivo de minimizar os efeitos da perda de poder aquisitivo gerados pelo processo inflacionário. Neste sentido, para instituir a indexação, a Constituição

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 730.

6 Art. 37. [...] “§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.”

7 Art. 39 (...) “§ 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.”

8 Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 738.

9 CLARK, Giovanni; CASTRO, Maria Cecília de Almeida. Revisão Geral e Anual da Remuneração e dos Subsídios dos Servidores Públicos: Instrumento de Correção das Perdas Inflacionárias no Brasil. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/155/155>>. Acesso em: 02 abr. 2014, p. 268/274.

traz dispositivos que tratam de revisão geral e revisão específica: aquela retrata um reajustamento genérico, calcado fundamentalmente na perda de poder aquisitivo do servidor em decorrência do processo inflacionário e esta atinge apenas determinados cargos e carreiras, considerando-se a remuneração paga às respectivas funções no mercado de trabalho.<sup>10</sup>

O art. 37, X, é a norma constitucional mais relevante quando se fala em indexação.

A redação original do art. 37, inciso X, dispunha que: “a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data”.

Tal regra estabelecia a vinculação entre a remuneração dos servidores civis e militares, garantindo-lhes paridade nas revisões. Antes da Emenda nº 19, de 1998, o dispositivo tratava do reajustamento da remuneração dos servidores para conformar seu valor nominal ao valor real da moeda, em virtude das perdas do poder aquisitivo causadas pela inflação. Em outras palavras, ele cuidava da aplicação da regra da indexação à remuneração dos servidores.

A interpretação jurisprudencial da versão original do citado art. 37, inciso X, dada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup> era no sentido de que o dispositivo não assegurava a revisão anual da remuneração dos servidores, nem fixava data-base para o reajuste, causando a óbvia ineficácia da Constituição:

Até a nova redação do art. 37, X, da Constituição – resultante da EC 19/98 – posterior, assim, à MP 1.053/95 – o entendimento do Tribunal se sedimentara no sentido de que, em sua versão original, a Constituição nem assegurava revisão anual da remuneração dos servidores públicos, nem, via de consequência, lhes fixara data-base para o reajuste. É o que basta para confirmar que a eles – servidores públicos – que, então, no ponto, não se poderiam entender compreendidos na alusão geral aos “trabalhadores” –, não beneficiava o diploma legal invocado

---

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 736.

<sup>11</sup> RE 412.275, AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dj 8/10/2004.

O art. 37, X<sup>12</sup>, veio a ser alterado com redação dada pela EC/19/98<sup>13</sup>. Afirma o dispositivo que a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Em primeiro lugar, ressalta José dos Santos Carvalho Filho que o art. 37, X, contém uma impropriedade técnica quando diferencia remuneração e subsídio, eis que subsídio é uma das espécies de remuneração. Assim, sugere que deva ser lido da seguinte forma: “A remuneração básica dos servidores públicos de que trata o § 4º do art. 39 somente poderá ser fixada ou alterada por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”. Conforme sugere o renomado autor, usaremos o termo *remuneração básica* para tratar do art. 37, X, ao invés de distinguir subsídio e remuneração.<sup>14</sup>

Pela nova redação, podemos extrair dois comandos: i) a fixação ou alteração da *remuneração básica* dos servidores públicos depende de lei específica, observada a iniciativa privativa dos entes da Federação em cada caso; ii) é assegurada a aos servidores a revisão geral e anual da *remuneração básica*, sempre na mesma data e sem distinção de índices.<sup>15</sup>

O segundo comando é inovador, pois garante tanto a recomposição salarial em razão das perdas inflacionárias de forma *geral*, como instaura o princípio da *anualidade*, assegurando ainda a *isonomia dos índices* revisionais.<sup>16</sup>

---

12 Art. 37 (...) “X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;”

13 O dispositivo novo não se aplica mais aos servidores militares, tampouco aos empregados públicos regidos pela CLT. Todavia, alcança todos os entes da Federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dependendo de iniciativa privativa em cada caso.

14 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ibidem*, p. 735.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ibidem*, p. 735.

16 Carvalho Filho, José dos Santos. *Ibidem*, p. 735.

Alexandre de Moraes<sup>17</sup> sustenta que a nova redação trouxe grande inovação, eis que expressamente trouxe aos servidores públicos o princípio da periodicidade, ou seja, garantiu anualmente ao funcionalismo público, no mínimo, uma revisão geral. Logo aduz que há obrigatoriedade do envio de pelo menos um projeto de lei anual tratando da reposição do poder aquisitivo, obrigação que deriva do próprio texto constitucional. Ademais, afirma que a administração pode conceder reajuste em periodicidade inferior a um ano, todavia, não se admite a superação do prazo de doze meses.

No mesmo sentido, Dirley da Cunha Jr.<sup>18</sup> aduz que a redação mencionada assegura a revisão geral anual (ano a ano a contar de junho de 1999), sempre na mesma data e sem distinção de índice, refletindo exatamente o princípio da periodicidade, como medida necessária para preservar seu poder aquisitivo.

Em *Comentários à Constituição do Brasil*, de Gilmar Mendes, Lenio Streck, Canotilho e Ingo Sarlet, Luciano Ferraz aduz que a EC nº 19/98 trouxe dois comandos ao art. 37, X: fixação e alteração de remuneração e subsídio, e revisão geral anual.<sup>19</sup>

O primeiro comando do dispositivo determina que a fixação ou alteração da remuneração e do subsídio depende de lei específica (de cada entidade da Federação), observada a iniciativa privativa (do processo legislativo) em cada caso. Assim, possuem legitimidade para iniciar o processo legislativo pertinente à primeira parte do inc. X do art. 37, nos respectivos âmbitos, o chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, *a*, CR), a Câmara dos Deputados (art. 51, IV, CR), o Senado Federal (art. 52, XIII, CR), o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça (art. 96, II, *b*, CR), o Ministério Público (art. 127, § 2º, CR), e o Tribunal de Contas da União e seus congêneres (art. 73 e art. 96, CR).<sup>20</sup>

17 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 371.

18 CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 770.

19 FERRAZ, Luciano. In: CANOTILHO, J. J.; GOMES MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Léo Ferreira Leoney (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. IDP. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.816-1.819.

20 FERRAZ, Luciano. In: CANOTILHO, J. J.; GOMES MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Léo Ferreira Leoney (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. IDP. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.819-1.820.

O segundo comando do dispositivo trata da revisão geral anual das remunerações (e subsídios) sempre na mesma data e sem distinção de índices: o constituinte reformador instituiu regra para assegurar o direito à revisão, que atinge cada ente federativo, garantindo aos agentes públicos, a cada período de um ano (contado a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98), reposição das perdas inflacionárias respectivas, mediante percentual único.<sup>21</sup>

A ausência de regulamentação da revisão geral, no entender do comentarista, enseja a possibilidade de acionamento do Estado (União, Estados, DF e Municípios, conforme o caso), com base no art. 37, § 6º, da CR pela omissão legislativa (FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por Omissão Legislativa – Caso do art. 37, X da Constituição da República. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 208-225), mas o Supremo Tribunal Federal tem precedentes em sentido contrário (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-Agr 554.810/PR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 07/12/2007). A revisão deve abarcar tanto as remunerações quanto os subsídios, e não é vedado deduzir dos valores inflacionários apurados, a concessão de aumentos diferenciados (albergados pela primeira parte do dispositivo – art. 37, X, CR) verificável no mesmo período, porquanto “sem embargo da divergência conceitual entre as duas espécies de acréscimo salarial, inexistente óbice de ordem constitucional para que a lei ordinária disponha, com antecedência, que os reajustes individualizados no exercício anterior sejam deduzidos da próxima correção ordinária” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.726, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29/08/2003).<sup>22</sup>

Concordamos com o comentarista no sentido da possibilidade de indenização, ainda mais em âmbito federal onde já existe regulamentação.

No âmbito federal, para regulamentar a revisão geral e anual em comento, foi criada a Lei nº 10.331, de 2001, que também dispôs

---

21 FERRAZ, Luciano. In: CANOTILHO, J. J.; GOMES MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Léo Ferreira Leoney (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. IDP. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.820.

22 FERRAZ, Luciano. In: CANOTILHO, J. J.; GOMES MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Léo Ferreira Leoney (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. IDP. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.820.

sobre a revisão geral anual para o ano de 2002 (*Art. 5ª Para o exercício de 2002, o índice de revisão geral das remunerações e subsídios dos servidores públicos federais será de 3,5%*).

Segundo o art. 1º<sup>23</sup> da referida lei, a revisão da *remuneração básica* será feita anualmente, no mês de janeiro, sem distinção de índices, extensivos aos proventos de inatividade e às pensões.

Todavia, ressalta José dos Santos de Carvalho Filho<sup>24</sup> com base no art. 2º da Lei nº 10.331/2001, que algumas condições devem ser observadas: i) definição de índice em lei específica; ii) previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias; iii) previsão de despesas e indicação das fontes de custeio; iv) disponibilidade financeira sem interferência nos compromissos assumidos em áreas prioritárias de interesse econômico e social; v) respeito aos limites com despesas de pessoal registrados na legislação pertinente<sup>25</sup>; vi) adequação do índice à evolução nominal e real das remunerações no mercado de trabalho. No tocante aos Estados, Municípios e Distrito Federal, como visto, cada ente deve editar sua própria lei, já que o mandamento constitucional é extensivo aos outros entes da Federação.

A Lei nº 10.697/2003 (concedeu 1% de reajuste), referente ao ano de 2003, é um exemplo claro de como deveria ocorrer o processo legislativo, relativo à revisão geral anual com mesmo índice: anualmente, mediante ação do Executivo. Todavia, isso não ocorre desde 2003, conforme se verá no próximo item.

### **3.2. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO E O ENTENDIMENTO DO STF**

Consoante o que foi exposto, podemos inferir que o art. 37, X, da Constituição traz um verdadeiro dever ao chefe do Poder Executivo de desencadear o processo legislativo de lei que estipule revisão geral anual, na mesma data, sem distinção de índices, para os servidores da União.

---

23 "Art. 1º As remunerações e os subsídios dos servidores públicos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, serão revistos, na forma do inciso X do art. 37 da Constituição, no mês de janeiro, sem distinção de índices, extensivos aos proventos da inatividade e às pensões."

24 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 736.

25 Art. 169 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Foi dito no item 2.1 que, conforme doutrina do professor Dirley da Cunha Jr., são pressupostos da inconstitucionalidade por omissão: i) violação da Constituição decorrente do não cumprimento de norma certa e determinada; ii) que se trate de norma de eficácia limitada;<sup>26</sup> iii) ausência de medidas necessárias para tornar exequível a norma da Constituição em debate; e iv) tempo razoável.<sup>27</sup>

Vejamos se o art. 37, X, se enquadra nesses pressupostos.

No tocante à *violação da Constituição decorrente do não cumprimento de norma certa e determinada*, resta configurada a omissão do Presidente da República em deflagrar o processo legislativo, anualmente, referente ao art. 37, X, regulamentado pela Lei nº 10.331/2001.

Conforme visto, Lenio Streck aduz que essa inércia/omissão significa não fazer aquilo a que estava constitucionalmente obrigado.<sup>28</sup> Alexandre de Moraes fala que a inconstitucionalidade por omissão consiste na conduta negativa do Poder Público diante de uma conduta positiva determinada pela Constituição.<sup>29</sup> Dirley da Cunha Jr.<sup>30</sup> afirma que há omissão inconstitucional quando existe dever constitucional de ação do Poder Público e este queda-se inerte.<sup>31</sup>

Verifica-se que a Lei nº 10.697/2003, referente ao ano de 2003, foi a última lei promulgada nos moldes do art. 37, X<sup>32</sup> (e, ainda, mesmo nesses anos, os percentuais pagos foram insuficientes para a recomposição das perdas inflacionárias (14,74% no ano de 2002 e 10,38% no ano de 2003, conforme o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – INPC, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE).<sup>33</sup>

<sup>26</sup> Na tradicional classificação de José Afonso da Silva, já abordada, item 1.1, que, a nosso sentir, encontra-se superada, basta pensar que algumas normas de eficácia plena precisam de normatividade e atuação do Poder Público para serem eficazes (direitos sociais), CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 316.

<sup>27</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 318.

<sup>28</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 891.

<sup>29</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 798.

<sup>30</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 311.

<sup>31</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 318.

<sup>32</sup> Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>> Acesso em: 21 mai. 2014.

<sup>33</sup> O professor Dirley fala em revisão ficta, já que quando a revisão é feita abaixo da inflação não atinge seu objetivo. CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 770.

Conforme aprofundado no item 2.1, patente a existência de um *non facere diante de um dever constitucional de agir*, o mesmo, a nosso sentir, pode ser imputado ao Poder Executivo, eis que o escopo do art. 37, X, é a produção legislativa (item 2.2).

Quanto à *norma constitucional de eficácia limitada*, segundo a referida classificação de Luis Roberto Barroso (ver item 1.1), em regra, a omissão ocorrerá em relação a uma *norma de organização* ou em relação a uma *norma definidora de direitos*.

Tendo em vista que o comando presente no art. 37, X, se traduz em um *direito* que necessita de lei anual para ser efetivado, concluimos que a ausência de propositura legislativa impede a plena eficácia constitucional. Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho<sup>34</sup> afirma que:

Registre-se ainda que a revisão remuneratória constitui direito dos servidores e dever inarredável por parte dos governos de todas as entidades da federação. A ausência de lei disciplinadora da revisão, estampa inconstitucionalidade por omissão (...).

O terceiro requisito é a *ausência de medidas necessárias para tornar exequível a norma da Constituição em debate*. Este requisito, conforme visto, é de fácil caracterização estando intimamente ligado ao primeiro. No caso em comento, além de não estar sendo enviada anualmente, não há nem possibilidade de medida paliativa pelo chefe do Executivo. No caso do art. 37, X, nenhum projeto foi enviado ao Congresso desde 2003<sup>35</sup>, demonstrando óbvio desinteresse em cumprir a Constituição.

Por fim, o último pressuposto para configurar a omissão inconstitucional do art. 37, X, da Constituição, refere-se ao *tempo razoável*. Ora, no caso do art. 37, X, não se trata nem de tempo razoável, já que a Carta Maga delimita o tempo: anualmente. Conforme visto, para Alexandre de Moraes<sup>36</sup> a nova redação trouxe grande inovação, eis que expressamente trouxe aos servidores públicos o princípio da periodicidade, ou seja, garantiu anualmente ao funcionalismo público,

<sup>34</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 737.

<sup>35</sup> Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>> Acesso em: 21 mai. 2014.

<sup>36</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 371.

no mínimo, uma revisão geral. Logo aduz que há obrigatoriedade do envio de pelo menos um projeto de lei anual tratando da reposição do poder aquisitivo, obrigação que deriva do próprio texto constitucional.

No mesmo sentido, Dirley da Cunha Jr.<sup>37</sup> e Luciano Ferraz<sup>38</sup> aduzem que a redação mencionada assegura a revisão geral anual (ano a ano a contar de junho de 1999), sempre na mesma data e sem distinção de índice, refletindo exatamente o princípio da periodicidade, como medida necessária para preservar seu poder aquisitivo.

Luis Roberto Barroso ressalta que, no caso do art. 37, X, da Constituição da República, a mora do Poder Executivo se caracteriza pelo decurso do prazo de 12 meses, já que se trata de revisão geral anual, sem o devido encaminhamento ao Congresso para elaboração da lei.<sup>39</sup>

Destarte, o Executivo deve agir anualmente, ou seja, decorrido mais de um ano para sua atuação, quedando-se inerte, constituída está a sua mora. Não há qualquer sinal de que o Executivo pretenda cumprir o ditame citado. Ressaltamos desde já que entendemos possível o estabelecimento de prazo para atuação do Poder omisso, com mais prioridade ainda podemos ressaltar tal argumento quando a própria Constituição determina o prazo (ADO-24. Rel. Min. Dias Toffoli, decisão em 2013, que será futuramente abordada).

Ante o exposto, cumpre analisar alguns julgados do STF sobre o tema da omissão inconstitucional do art. 37, X, em que o Supremo ratificou a existência de omissão, seja em âmbito federal ou estadual.

Foi proposta a ADI 2.061-DF<sup>40</sup> pelo Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista – PDT, contra omissão do Presidente da República da época, em razão de não enviar proposta de revisão geral anual prevista no art. 37, X. O acórdão foi ementado da seguinte forma, reconhecendo a mora do Presidente da República:

---

37 CUNHA JR. Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 770.

38 FERRAZ, Luciano. In: CANOTILHO, J. J.; GOMES MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Léo Ferreira Leoney (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. IDP. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.820.

39 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 303.

40 STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 25/04/2001, DJ 29/06/2001.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REDAÇÃO DA EC Nº 19, DE 4 DE JUNHO DE 1998). Norma constitucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, § 1º, II, *a*, da CF. Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho/1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC nº 19/98. Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, *in fine*, que prevê a fixação de prazo para o mister. Procedência parcial da acção.

No julgamento da referida ADI por omissão, 25/04/2001, o STF, portanto, reconheceu a mora do Poder Executivo, todavia, deixou de aplicar qualquer prazo.

Em outros julgamentos referentes à omissão de Governadores (ADI 2.481-RS; ADI 2.486-RJ; ADI 2.490-PE; ADI 2.492-SP; ADI 2.525-DF) o Supremo também se bastou a declarar a mora dos Governadores dos Estados, sem estabelecer prazo para desencadear o processo de elaboração de lei de revisão geral anual (STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19/12/2001, Dj. 22/03/2002).

No julgamento da ADI 2.481-7-RS o Ministro Ilmar Galvão aduz que: “A revisão geral anual de servidores decorre de imperativo constitucional”; mas também nessa oportunidade o STF apenas declarou a omissão e mora do Executivo Estadual sem determinar nenhuma consequência.

Quanto ao pleito indenizatório, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a atribuição privativa do Poder Executivo para o encaminhamento do projeto de lei destinado à definição do índice de revisão geral anual da remuneração e dos subsídios, previsto no art. 37, X, *in fine*, da CR/1988, o que impede ao “Poder Judiciário deferir pedido de indenização no tocante à revisão geral anual de servidores, por ser atribuição privativa do Poder Executivo” (RE 548.967-AgrR,

Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1<sup>a</sup> Turma, DJE de 8/2/2008). No mesmo sentido: RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/2007, 2<sup>a</sup> Turma, DJE de 1<sup>o</sup>/2/2008; RE 561.361-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1<sup>a</sup> Turma, DJE de 8/2/2008; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6/11/2007, 1<sup>a</sup> Turma, DJE de 15/2/2008.

Desta forma, verifica-se que, com os posicionamentos mencionados, seja em ADO ou em processo *subjetivo*, cria-se uma insuperável hipótese de reconhecida inconstitucionalidade por omissão, seja no caso da concessão de revisão geral anual, ou de indenização por danos materiais.

Buscando reverter esse quadro, tramita no STF o Recurso Extraordinário (RE) 565.089, que discute a indenização por falta de revisão anual em vencimentos. O recurso foi apresentado por servidores públicos do Estado de São Paulo. Relator do caso, o Ministro Marco Aurélio votou, em 2011, pelo provimento do RE. Acompanhou seu voto a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Luiz Fux, e divergiram os Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Webber e Gilmar Mendes. O julgamento está suspenso por pedido de vista do Ministro Dias Toffoli e será aprofundado no item 3.6.

Também encontra-se sobrestado o RE 843.112 (tema de Repercussão Geral nº 624), Relator Ministro Luiz Fux, acerca da possibilidade de revisão geral anual de servidores do Município do Leme (SP). O TJ-SP reconheceu a mora do Poder Público e concedeu a injunção para determinar que o Prefeito do Município de Leme envie, no prazo máximo de 30 dias, projeto de lei que vise a dar cumprimento e efetivar o direito constitucional mencionado.

### **3.3. DECISÕES QUE BUSCARAM EFETIVAR O ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO**

Alguns julgados devem ser mencionados a fim de tentar encontrar uma solução para a celeuma presente no art. 37, X, da Constituição.

Em recente decisão<sup>41</sup>, o renomado professor de Direito Constitucional Dirley da Cunha Jr., exmo. juiz federal, proferiu sentença em ação

---

<sup>41</sup> Justiça Federal, 5<sup>a</sup> Vara Federal de Salvador, Ação Ordinária (0012230-15.2014.4.01.3300), Exmo. Juiz Federal Titular Dirley da Cunha Jr., 22 de maio de 2014.

ordinária cujo pedido versava sobre a revisão geral anual do art. 37, X, julgando procedentes os pedidos autorais e determinando:

Isto posto, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS formulados pela parte autora para condenar a União Federal a: A) proceder aos reajustes gerais anuais nos proventos do acionante, na forma instituída pelo Quadro I, anexo VIII da Lei nº 12.775/2002 para os cargos de Delegado e Perito Criminal da Polícia Federal; B) implantar, em folha de pagamento, os valores acima referidos; C) pagar as diferenças vencidas, referentes aos valores remuneratórios efetivamente pagos pelo ente demandado e aqueles que deveriam ser pagos ao autor caso tivessem sido obedecidos os percentuais de reajuste previstos no Quadro I, anexo VIII da Lei nº 12.775/2002, obedecidas as respectivas data-base, acrescidas da correção monetária e juros de mora previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Em sua fundamentação, o magistrado sustentou que por se tratar da declaração de um direito da parte, não seria cabível ADO tampouco MI. Ademais, afirmou que a conduta da União solapa a isonomia, ressaltando que há clara violação do art. 37, X, da Constituição da República, posto que se trata de direito subjetivo. Por fim, aduziu que tal pronunciamento *“não fere o disposto na Súmula nº 339 do STF, visto que não se está aumentando vencimentos do servidor com base no princípio da isonomia, mas, sim, reparando omissão injustificada”*.

Outra decisão relevante é a Ação Ordinária 2003.85.00.005249-2, proposta por Arnaldo Laércio de Jesus e outros (servidores da Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado de Sergipe), em face da União Federal, onde se alega omissão inconstitucional do art. 37, X, pleiteando-se o reajuste devido, bem como indenização por perdas e danos. A sentença é de lavra do Juiz Federal Edmilson da Silva Pimenta, em 18 de outubro de 2005, da 3ª Vara Federal de Aracajú.

Em sua decisão, o magistrado negou o pedido de reajuste, todavia, concedeu a indenização sob o argumento de que o STF, na ADI 2.061-DF supramencionada, reconheceu, por unanimidade, a inconstitucionalidade por omissão do Presidente da República, bem como sua mora face à ausência de deflagração do processo legislativo.

Discorreu ainda sobre a situação de violação de direitos sofridos pelos servidores em razão da omissão. Vejamos:

Posto isso, julgo procedente, em parte, a pretensão delineada na peça póstica, para condenar a União Federal a pagar aos autores, a título de indenização por danos materiais, a diferença entre a remuneração percebida, inclusive 13º salário e adicional de férias, no período de 6 de junho de 1999 a dezembro de 2001, e a que deveria ter sido recebida se fossem aplicados os índices fixados para o reajuste dos benefícios previdenciários, referentes aos anos de 1999 a 2001, cujos percentuais estão definidos na fundamentação deste *decisum*, acrescida de juros de mora de 6% ao ano e atualização monetária nos índices fixados pelo Governo Federal para o pagamento dos seus créditos, valores que deverão ser apurados em processo de liquidação.

A União interpôs recurso de Apelação contra a referida decisão, sendo julgado procedente pelo TRF – 5ª Região, sob os argumentos de que a questão já foi decidida pelo STF na ADI 2.061-DF, e que não há no ordenamento jurídico nenhuma norma que determine que o Presidente da República deva tomar iniciativa de lei para concretizar a revisão geral anual. Veja a ementa do acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. REVISÃO ANUAL DOS RENDIMENTOS. ART. 37, INCISO X, DA CF/88. MORA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. QUESTÃO JÁ DECIDIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADIN 2.061/DF. NECESSÁRIA OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. – A reposição dos efeitos da inflação nos rendimentos dos servidores públicos federais depende de iniciativa de lei do Presidente da República, sob pena de afronta ao art. 37, X, da Carta Magna. – Em nosso ordenamento jurídico não há nenhum comando que determine ao Presidente da República tomar iniciativa de lei para a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos federais. Decisão do STF no julgamento da ADIN 2061/DF. – Prevalência do Incidente de Uniformização de Jurisprudência na AC-312363-AL, j. por maioria, em 29/03/2006. – Apelação e remessa oficial providas.

O caso está no STF, em sede de Recurso Extraordinário (RE 776.187), Rel. Min Ricardo Lewandowski, aguardando julgamento.

Também o Tribunal de Justiça de Roraima julgou procedente pedido de um servidor, concedendo a revisão geral anual de 5% referente ao ano de 2003, com base na Lei nº 339/2002, que estabeleceu as diretrizes para elaboração do orçamento de 2003, autorizando revisão geral anual dos servidores com base em índice da lei orçamentária de 2002 (Lei nº 331/2002). O tema tem repercussão geral conhecida e será julgado no RE 905.357 pelo STF.

Outra decisão de suma importância, já mencionada, foi prolatada pelo primeiro autor desta obra, Juiz Federal William Douglas, da 4ª Vara Federal de Niterói. No caso, tratava-se de ação interposta por policial federal contra a omissão inconstitucional do art. 37, X, da Constituição. O servidor requereu, tanto liminarmente, quanto no pedido final, que fosse realizado o reajuste previsto na Constituição em virtude da mora do Poder Executivo há anos sem iniciar o processo legislativo para garantir o reajuste geral anual.

O dispositivo da decisão, em sede liminar, ficou da seguinte forma:

Isto posto, diante da repercussão social que o caso possui, por ser questão de segurança pública, bem como a situação degradante em que se encontra a Polícia Federal e tendo em vista que o posicionamento ora defendido encontra respaldo na doutrina e jurisprudência pátria e também alienígena, possuindo, inclusive, campo fértil para sua efetivação na leitura dos casos julgados pelo STF, DEFIRO O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, nos termos do art. 273, I, c/c, art. 461, § 3º, ambos do CPC, e o disposto na Súmula nº 729 do STF, para que a ré, UNIÃO FEDERAL, proceda à revisão do subsídio mensal do autor, com base no índice de 21,47%, equivalente ao INPC de março de 2010 a outubro de 2013, criando a respectiva rubrica, sem prejuízo da cobrança pelo autor dos atrasados em ação própria. Oficie-se ao Órgão Pagador para que cumpra a liminar.

Em sua decisão, o magistrado criticou os gastos realizados pelo governo com megaeventos em detrimento da realização de políticas públicas essenciais. Ademais, citou inúmeros problemas que tal omissão inconstitucional está gerando na polícia federal, como greves, conflitos internos, salientando, inclusive a situação de precariedade da instituição em razão da ausência de recuperação patrimonial.

A União interpôs agravo de instrumento contra a decisão liminar, sendo deferido pela Exma. Desembargadora Vera Lúcia Lima, da 8ª Turma Especializada do TRF-2, em consonância com o entendimento predominante, nos seguintes termos:

Assim, diante dos elementos inerentes ao caso em apreço, por ora, e sem prejuízo de exame mais detido da matéria quando do julgamento do recurso pelo colegiado, *ad cautelam*, DEFIRO O PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO, até ulterior apreciação do agravo pela colenda Oitava Turma Especializada deste Tribunal, suspendendo-se a eficácia da decisão agravada (...).

Em que pese às alegações sustentadas, conforme visto no item 3.2, verifica-se que, com o posicionamento mencionado, cria-se uma insuperável hipótese de reconhecida inconstitucionalidade por omissão, violadora de direito expresso, sem qualquer espécie de ferramenta para solução.

Em sede estadual também podemos encontrar julgados relevantes concedendo indenização:

Atualmente as experiências têm exigido um grande repensar sobre o ordenamento, a sua formação, estrutura e hierarquia. A Constituição Federal de 1988, concebida com base em novos valores sociais, foi editada como a carta “cidadã”, justamente por prestigiar os direitos do cidadão que são algo mais extensos ou mais abrangentes do que os direitos individuais. A “socialidade” de que nos fala o prof. Reali Júnior é a tônica da nova ordem. A questão dos efeitos das normas constitucionais, que é a questão central do presente feito, veio cercada de novos estudos que, paulatinamente, têm reconhecido uma expansão do campo eficaz das normas constitucionais, vencendo antigas resistências e conquistando novos espaços. Um dos mais notáveis constitucionalistas modernos, o prof. J. J. Gomes Canotilho, em seu “Direito Constitucional, reconhece efeitos impositivos até mesmo para as normas programáticas, por ele tratadas como “normas-tarefa”. Destaca o mestre que essas normas “deixaram de ser *simples programas, exortações morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros*, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Acrescenta que “às normas programáticas é reconhecido

hoje um valor jurídico constitucional idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição” possuindo uma “eficácia vinculativa.”<sup>42</sup>

Assim, conclui o Acórdão que:

Portanto, os servidores possuem um direito certo, e não apenas uma expectativa de direito, e a inércia do Governo Estadual em dar iniciativa à LEI específica, prevendo o índice correccional, bem como a época do reajuste anual obrigatório, tipifica descumprimento de obrigação constitucional, conferindo aos servidores, na forma do pedido, o direito a uma indenização reparatória.

Em outro julgado, consignou o TJ-SP<sup>43</sup> que:

A inércia do Estado de São Paulo no cumprimento da norma constitucional já foi reconhecida pelo Colendo STF (ADIN nº 2.492-2) e a mora legislativa comunicada ao Governador do Estado, o que é bastante para caracterização da culpa por omissão que faz surgir a obrigação de indenizar. Ademais, a lei de responsabilidade fiscal não pode ser invocada como justificativa para descumprimento desse dever. Não se trata aqui, por óbvio, de substituir a inatividade do órgão legislativo omissor, assumindo o Judiciário a prerrogativa de expedir provimentos normativos com alcance para todo o funcionalismo, pois tal postura caracterizaria flagrante violação ao princípio constitucional da separação dos poderes. Trata-se, isso sim, de reconhecer em relação aos autores a omissão do Estado como fundamento da culpa e da própria obrigação de indenizar.

Em outro caso o TJ-SP ainda reconheceu a mora do Poder Público e concedeu a injunção para determinar que o Prefeito do Município de Leme envie, no prazo máximo de 30 dias, projeto de lei que vise a dar cumprimento e efetivar o direito constitucional mencionado. O feito encontra-se sobrestado no RE 843.112 (tema de Repercussão Geral nº 624), Relator Ministro Luiz Fux, acerca da possibilidade de revisão geral anual de servidores do Município do Leme (SP).

---

<sup>42</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. 12ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 370.069-5/7-00. Rel. Des. Venício Salles. Maioria. J. 20/08/2008. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2008.

<sup>43</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. 9ª Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 590.199-5/4-00. Rel. Des. Décio de Moura Notarangeli. J. 08/11/2006. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2008.

Por fim, em decisão extremamente inovadora e audaciosa, o TJ-PB em sede de Mandado de Injunção (nº 999.2010.000097-8/001), impetrado pela União Geral dos Trabalhadores do Estado da Paraíba (UGT-PB) e o Sindicato dos Servidores do Instituto de Previdência do Estado da Paraíba (SINSIPEP), votou pela aplicação do Índice de Preço do Consumidor Amplo (IPCA), no prazo de 90 dias, como forma de garantir aos impetrantes a efetivação deste direito, previsto no art. 37, X, da Constituição Federal. A ordem foi parcialmente concedida, por unanimidade, e teve a relatoria do juiz convocado Carlos Martins Beltrão Filho, sendo relatora para acórdão a magistrada Maria das Graças Morais Guedes.

Afirmou que esta alteração se tratava de reestruturação remuneratória das respectivas carreiras, e não de concessão de reajuste geral anual, cuja iniciativa de lei é exclusiva do governador do Estado.

De acordo com o voto, o relator disse que o direito à revisão geral anual depende da edição de lei ordinária que o efetive. “Entretanto, no Estado da Paraíba, a norma integrativa jamais foi editada, muito embora o dispositivo constitucional já possua 12 anos de existência”, declarou. Disse, também, que o próprio STF reviu este posicionamento quanto aos efeitos do julgamento proferível em mandado de injunção, passando a conceder concreta efetividade a direitos constitucionais obstados por injustificada omissão legislativa. “O STF adotou a ‘teoria concretista’, para encampar o entendimento de que cabe ao tribunal, quando do reconhecimento da omissão legislativa, criar norma temporária válida até que a norma legal seja editada, possibilitando, desse modo, o exercício do direito e liberdades constitucionais”.

Mediante citações de jurisprudência do Supremo, o magistrado-relator afastou qualquer possibilidade de obrigar o chefe do Executivo a apresentar o projeto de lei que verse sobre este assunto, ou fixar prazo para tal. Todavia, ressaltou a possibilidade de, no referido julgamento, elaborar uma norma concreta para efetivar o direito constitucional reclamado, tendo em vista que esta revisão tem por objetivo salvaguardar a remuneração dos servidores do efeito corrosivo da inflação.

No caso de este índice se revelar elevado ou inadequado ao orçamento do Estado, foi concedido prazo razoável para que o governador, mediante sua iniciativa legislativa, indique o índice cabível para dar efetividade ao direito constitucional reclamado. Considerando o interesse público no julgamento da demanda, o relator estendeu os efeitos do julgado em prol de todos os servidores públicos do Estado da Paraíba.

Foi interposto Recurso Extraordinário, e o feito está sobrestado aguardando julgamento.

Verificamos que tanto a solução através da concessão da revisão geral anual em folha de pagamento quanto a indenização são juridicamente possíveis.

### **3.4. CONSEQUÊNCIAS DA OMISSÃO**

#### **3.4.1. Violação de direito garantido constitucionalmente e enfraquecimento da força normativa da Constituição**

Conforme visto no item 3.2, o comando previsto no art. 37, X, da Constituição é um *direito* de qualquer servidor público. Com a alteração perpetrada pela EC nº 19/98, a obrigatoriedade de revisar anualmente os vencimentos dos servidores ganhou hierarquia constitucional, uma vez que expressamente assegurou ao servidor público o “princípio da periodicidade”, ou seja, garantiu anualmente ao funcionalismo público, no mínimo, uma revisão geral, sem distinção de índices.

Não há dúvida de que o art. 37, X, constitui direito à revisão geral anual para os servidores. Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho<sup>44</sup>:

Registre-se ainda que a revisão remuneratória constitui direito dos servidores e dever inarredável por parte dos governos de todas as entidades da federação. A ausência de lei disciplinadora da revisão, estampa inconstitucionalidade por omissão (...).

Dirley da Cunha Jr., discorrendo sobre o princípio da *força normativa*, afirma que a partir do momento em que a Constituição dispõe de tal *força* cumpre ao intérprete garantir sua eficácia.<sup>45</sup>

---

44 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 737.

45 CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 186.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, se a Constituição resguarda determinado direito e há uma patente omissão do Executivo ou do Legislativo em efetivá-lo, surge a chamada *inconstitucionalidade por inércia dos poderes políticos*.<sup>46</sup> A declaração de inconstitucionalidade por omissão tem o objetivo de evitar que o legislador e o Executivo descumpram a Constituição com uma atuação negativa. Logo, tem o condão de compelir o Executivo e instar o Legislativo a fazer aquilo que está presente na Constituição. Não se mostra mais possível sustentar a possibilidade de inefetividade constitucional sob o argumento formal de iniciativa privativa de enviar a lei pelo Presidente.

Conforme dito em uma das epígrafes dessa obra:

Não poderia ser de outra forma. Sem interpretação voltada à afirmação das garantias constitucionais e à realização concreta dos direitos fundamentais, não há Estado Democrático de Direito verdadeiro. Na síntese formulada pelo mestre Paulo Bonavides, “*a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes*”. Significa dizer: as instituições não existem, na quadra atual, por si sós, não se bastam. São instrumentos a serviço dos direitos e garantias fundamentais. Destinam-se a assegurar esses direitos aos indivíduos e à coletividade. Se não alcançam esse fim, se permanecem inertes, omissas, então não merecem o rótulo de instituição republicana e democrática.

Precisamos buscar meios de evoluir. Diante de todo o exposto sobre *doutrina da efetividade, diálogos constitucionais, força normativa da Constituição e separação dos Poderes*, não há como garantir a eficácia da Constituição mantendo o *status quo*.

### **3.4.2. Custo social da omissão e os reflexos na economia nacional**

A primeira consequência social da ausência de revisão geral anual, obviamente, se traduz na perda do poder aquisitivo. Conforme ressalta o parecer do ex-Procurador-Geral da República Roberto Gurgel, no bojo do Mandado de Injunção nº 4.068:

---

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 891.

A norma garantidora da revisão geral anual constitui, nitidamente, uma das facetas da pretendida valorização da função pública para o atendimento de interesses públicos primários em nível de excelência consentâneo com o ideal constitucional. Assim, a revisão prescrita no inciso X do art. 37 da Constituição Federal foi concebida como a necessária correção da expressão nominal da remuneração, com vistas à recomposição do poder aquisitivo da moeda em face das perdas inflacionárias, devendo ocorrer de forma geral, destinada indiscriminadamente a todas as carreiras de servidores, e com periodicidade anual.

Essa perda de poder aquisitivo se reflete na segunda consequência social da ausência de revisão geral: o enfraquecimento da economia.

É notório que o aumento de poder aquisitivo da população faz com que a economia seja fomentada, gerando circulação de moeda e dinamização dos setores consumeristas. Este inclusive foi o fator determinante para que o Brasil não fosse atingido fortemente pela crise econômica internacional no ano de 2008: o mercado interno nacional potencializado pelo forte poder de compra, sobretudo da classe média, possibilitou que o país se saísse bem em um momento onde a economia global encontrava-se em sua maior crise na história.

A política econômica de valorização do poder aquisitivo, portanto, não deve ser vista como um gasto desmedido, mas sim como um fomento na economia, sobretudo em tempos de crise.

### **3.4.3. Greve no funcionalismo**

Outra grave consequência são as greves no funcionalismo, e o sucateamento de algumas carreiras estratégicas como a magistratura e a polícia.

A magistratura federal, por exemplo, é vítima dessa violação inconstitucional de forma clara. A principal agressão a toda a magistratura brasileira é a violação da garantia da irredutibilidade do subsídio, haja vista que não está ocorrendo, há anos, a revisão geral anual dos subsídios, expressamente determinada pelo inc. X do art. 37 da Constituição Federal. Podemos ver que inúmeras pessoas que

prestam concurso para a magistratura estão desistindo de seguir a carreira em razão de melhores oportunidades financeiras.<sup>47</sup>

Entre janeiro de 2006 (fixação do subsídio pela Lei nº 11.143/2005) e agosto de 2011, o índice de inflação oficial (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA) acumulou 31,1376%. Descontada a reposição parcial determinada pelas Leis nº 12.041/2009 e nº 12.042/2009 (5% + 3,88% = 9,07%), as perdas inflacionárias acumuladas no período chegam a 22,0676%, o que representa a subtração de quase um quarto do poder de compra dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público em cinco anos.<sup>48</sup>

Os juízes do Trabalho amargam perdas inflacionárias que ultrapassam 22%, considerando-se a reposição parcial obtida em 2009 (9%). Esse estado de coisas viola a Constituição Federal, que estabelece o *dever* de revisar anualmente os subsídios da magistratura, como se lê textualmente na parte final do art. 37, X, da Constituição. Podemos afirmar que essa garantia estende-se a todos os servidores públicos. Mas, no caso da magistratura nacional, a corrosão da capacidade de compra da moeda representa, em modo oblíquo, uma violação à garantia da irredutibilidade de subsídios (art. 95, III, da CRFB) e as prerrogativas da magistratura, que asseguram a autonomia das decisões e a independência dos juízes.

Com relação à Polícia Federal, a situação é tão grave quanto. A corporação vem sofrendo com problemas estruturais alarmantes.

Marcos Leôncio Sousa Ribeiro<sup>49</sup>, presidente da Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF) e membro do Conselho Nacional de Segurança Pública, relata o descaso com a instituição.

Cite-se, por exemplo:

Para concluir as investigações que culminaram com a prisão do bicheiro Carlinhos Cachoeira, os policiais federais se desdoblaram em jornadas de trabalho que chegavam a 15 horas diárias, de segunda a segunda. Por falta de pessoal,

47 RODRIGUES, José Renato. *A magistratura federal deixou de ser tão atrativa*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-04/jose-rodrigues-magistratura-federal-deixou-tao-atrativa>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

48 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-21/manifesto-magistratura-ministerio-publico-entregue-peluso>>. Acesso em: 21 mai. 2014.

49 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/49440-sucateamento-da-policia-federal.shtml>>. Acesso em: 03 mai. 2014.

o mesmo policial que trabalhava no monitoramento telefônico também tinha que ir a campo fazer diligências. Houve policial que teve seu filho nascendo durante a operação e não pode se ausentar um dia sequer. Esse é um retrato da Polícia Federal que o Brasil desconhece e que o governo finge não ver.

Esse retrato é agravado por condutas governamentais preocupantes, como, por exemplo, a determinação de que todas as diárias sejam submetidas à autorização prévia.<sup>50</sup> O pagamento das diárias viabiliza o deslocamento da PF para realizar operações, não se mostrando razoável, por uma questão de segurança pública e celeridade, exigir autorização prévia para tanto.

A Polícia Federal encontra-se em situação de abandono:

Temos salários inferiores ao das polícias legislativas do Senado e Câmara e das polícias civis de vários Estados. Nossa gratificação de chefia é dez vezes menor do que a Polícia Civil do Distrito Federal. Temos menos gratificações e chefias do que a Funai. Além disso, falta uma estrutura administrativa adequada, não há reposição salarial da inflação e há a demora na implantação de benefícios para os policiais lotados nas fronteiras. Com tudo isso e com a iniciativa legislativa de esvaziamento da aposentadoria policial, a PF rumo para um quadro de descontentamento generalizado. As consequências são imprevisíveis, mas de antemão a criminalidade agradece.<sup>51</sup>

A situação é tão grave que existem conflitos internos entre agentes e delegados da polícia federal<sup>52</sup>. A precariedade da corporação e a diferença salarial prejudica o trabalho e fomenta as disputas, causando efeitos drásticos à segurança e até mesmo ao trabalho do Ministério Público Federal, que depende da PF para realizar investigações. Acresça-se que os delegados tiveram reajuste e os agentes não, agravando ainda mais o confronto entre ambos os grupos.

Vale ressaltar que o Governo Federal recentemente concedeu aumento à Polícia Federal através da MP nº 650/2014.<sup>53</sup> Todavia,

---

<sup>50</sup> Disponível em: <<http://www.fenapef.org.br/fenapef/noticia/index/40313>>. Acesso em: 03 mai. 2014.

<sup>51</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/49440-sucateamento-da-policia-federal.shtml>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

<sup>52</sup> Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/crise-entre-delegados-agentes-afeta-trabalho-da-pf-11476902>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

<sup>53</sup> Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/governo-concede-aumento-de-158-policia-federal-para-evitar-greve-na-copa-12699141>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

tal fato não altera a situação de inconstitucionalidade, eis que aumento difere de revisão, e que a finalidade foi pontual: garantir a segurança pública em evento futebolístico realizado no país, não havendo a revisão geral da PF tampouco dos demais servidores públicos.

### 3.5. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O ART. 37, X, NO STF: A NECESSIDADE DE UMA EVOLUÇÃO

Segundo Marcelo Novelino, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) tem por finalidade precípua a defesa da ordem constitucional objetiva, de modo a assegurar a supremacia e a força normativa da Constituição no tocante às normas constitucionais cuja efetividade dependa de alguma medida a ser tomada pelos Poderes Públicos.<sup>54</sup>

Como visto, julgada procedente uma ADO, o entendimento do STF<sup>55</sup> se traduz na seguinte linha: i) limita-se a reconhecer, com eficácia *erga omnes*, a mora do Poder competente, e em determinados casos,<sup>56</sup> indicar prazo para que seja sanada a lacuna; ii) na hipótese de omissão praticada por órgão administrativo, determina que o mesmo supra a lacuna em 30 dias.<sup>57</sup>

Vimos que a natureza da decisão de ADO tem caráter *declaratório*, eis que declara a existência de omissão inconstitucional.<sup>58</sup> Ademais, vê-se a questão *mandamental* no tocante à ciência ao Poder omissor para que este adote “as providências necessárias” a que se refere o § 2º do art. 103 da CF/1988.<sup>59</sup>

Também foi ventilado que a decisão tem um cunho muito mais político do que propriamente jurídico, já que não há efeitos práticos para solucionar a omissão, o que não se mostra eficiente quando temos um carta claramente dirigente, analítica e compromissória.<sup>60</sup>

54 NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 337.

55 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 797.

56 ADI 3.682/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj. 06/09/2007, entre outros.

57 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 293.

58 *Ibidem*, p. 293.

59 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 798.

60 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 277.

Ainda conforme visto, o instituto da ADO, de origem portuguesa, não se mostra eficiente, posto que não há qualquer sanção.

Diante da situação de ineficácia da ADO, Luis Roberto Barroso<sup>61</sup> afirma que:

Naturalmente, não se deve acreditar na juridicização plena da política, sendo certo que um espaço relevante relacionado aos meios e modos de realização da vontade constitucional deve ser reservado processo majoritário, conduzido pelos agentes públicos eleitos. Mas nos extremos, quando a inefetividade se instala, frustrando a supremacia da Constituição, cabe ao Judiciário suprir o déficit de legitimidade democrática da atuação do Legislativo.

Precisamos evoluir. A ADO precisa se adequar ao modelo brasileiro. Devemos buscar meios para garantir que deixe de ser um instituto inócuo. Assim, no mínimo, entendemos que o STF deve conceder prazo para o Poder omissor, como visto em julgados adrede mencionados e como sustentaremos a seguir.

No paradigmático julgamento da ADI por omissão (2.061-DF) envolvendo o art. 37, X, o STF declarou a mora do Poder Executivo em deflagrar o projeto de lei de revisão geral anual da *remuneração básica* dos servidores públicos. Todavia não estabeleceu qualquer prazo (ainda que a Constituição fale no princípio da anualidade), de modo que estamos diante de uma inconstitucionalidade por omissão insanável pela jurisprudência atual do STF.

Simplemente, os servidores públicos necessitam contar com a discricionariedade do Chefe do Executivo Federal enquanto a Constituição é solapada pela sua omissão.

Nesta linha, achamos relevante que o STF determine prazo para atuação do Executivo, conforme a própria Constituição diz: princípio da anualidade. Ou seja, deveria o Presidente, após declarada a inconstitucionalidade por omissão do art. 37, X, dar início ao processo legislativo na primeira oportunidade que tiver, de acordo, obviamente, com as datas orçamentárias.

---

61 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 278.

Neste mesmo sentido, defende Dirley da Cunha Jr.<sup>62</sup> segundo o qual, além da ciência do Poder omissor, mister que se estipule prazo razoável para o suprimento da omissão.

O STF já entendeu em alguns julgados em sede de controle concentrado a possibilidade de cominação de prazo:

Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável [...].<sup>63</sup>

Também, recentemente, em ação proposta pelo Conselho Federal da OAB<sup>64</sup>, em decisão liminar<sup>65</sup> do Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal (STF), estabeleceu-se o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional edite a Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos.

A edição da Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos está prevista no art. 27 da Emenda Constitucional nº 19/1998, que estabeleceu exatamente o prazo de 120 dias para sua elaboração. No entanto, conforme afirma a OAB, passados 15 anos da edição da emenda constitucional, a norma ainda não foi aprovada pelo Congresso. A matéria está em discussão na Câmara dos Deputados por meio do Projeto de Lei (PL) nº 6.953/2002 (substitutivo do PL nº 674/1999), que aguarda análise na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Casa. Afirmou o ministro que:

A omissão legislativa, no presente caso, está a inviabilizar o que a Constituição da República determina: a edição de lei de defesa do usuário de serviços públicos. A não edição da disciplina legal, dentro do prazo estabelecido constitucionalmente, ou mesmo de um prazo razoável, consubstancia autêntica violação da ordem constitucional

62 CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 329/330.

63 STF. ADI 3.682/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes, Dj. 06/09/2007

64 ADO-24. Rel. Min. Dias Toffoli.

65 Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO\\_24MC.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO_24MC.pdf)>. Acesso em: 31 mar. 2014.

Vale ressaltar que a liminar foi concedida em parte, pois a OAB solicitou, enquanto a norma não fosse editada, a aplicação subsidiária do Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/90) para suprimir o vácuo legislativo. Todavia tal pedido foi negado pelo ministro que o deixou para análise mais aprofundada por parte do Tribunal.

Mais recentemente ainda, como visto, o Supremo definitivamente evoluiu sua jurisprudência para conferir efeitos concretos à ADO.

A decisão foi tomada no julgamento da ADO-25<sup>66</sup>, no qual o Supremo fixou prazo de 12 meses para que o Congresso legislasse sobre o tema. Em caso de *inertia*, a Corte determinou que o Tribunal de Contas da União deveria estabelecer os valores a serem transferidos pela União aos Estados membros a título de compensação pelo ICMS, em razão do disposto no art. 91 do ADCT.

A evolução foi importante e confirma a hipótese sustentada na primeira edição desta obra, publicada em 2014, segundo a qual a Ação Direta de Inconstitucionalidade precisava ser aprimorada para adquirir efetividade, deixando de ser um instrumento meramente político.

Não há razão, portanto, para não aplicar o mesmo raciocínio ao caso vertente.

Também buscando resolver a omissão do art. 37, X, tramita na Câmara dos Deputados a PEC nº 185/2012<sup>67</sup>, que tem como autor o Deputado Junji Abe – PSD/SP.

A Proposta já passou pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (CCJ) e acrescenta parágrafos ao art. 37 da Constituição Federal para estabelecer data certa para a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos e dá outras providências.

A justificativa da PEC é exatamente evitar que haja a omissão inconstitucional absoluta do Presidente em enviar projeto de lei ao Congresso. Assim, acrescenta os parágrafos 13, 14 e 15 ao art. 37 da Constituição: i) ratifica que a revisão geral anual de que trata o inciso X do art. 37 será feita em 1º de Janeiro de cada ano; ii) se o Chefe do Poder Executivo não enviar ao Congresso Nacional, até primeiro de julho de

---

<sup>66</sup> STF. Plenário. ADO 25/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/11/2016 (Info 849).

<sup>67</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=547008>>. Acesso em: 31 abr. 2014.

cada ano, o projeto de lei prevendo a revisão geral anual de que trata o inciso X para o ano seguinte, qualquer membro do Congresso Nacional poderá fazê-lo; iii) aplica-se à apreciação do projeto de lei prevendo a revisão geral anual de que trata o inciso X o disposto no § 2º do art. 57.

Em outras palavras, caso o Presidente não envie o projeto de lei constante no art. 37, X, qualquer membro do Congresso o fará. Isso mostra que caminhamos exatamente para um diálogo entre as instituições, no sentido de que os três Poderes devem agir e se complementar no caso de omissão, de modo a extrair a máxima efetividade da Constituição, posto serem harmônicos entre si.

Nesta linha, Lenio Streck afirma que, em um Estado Democrático de Direito, se a Constituição resguarda determinado direito e há uma patente omissão do Executivo ou do Legislativo em efetivá-lo, surge a chamada *inconstitucionalidade por inércia dos poderes políticos*.<sup>68</sup>

Destarte, declarada pelo STF (mantendo-se inerte após ser dada ciência ao Executivo para agir), à luz da *doutrina da efetividade constitucional*<sup>69</sup>, e se valendo de um diálogo constitucional<sup>70</sup> junto ao Poder representativo por excelência (Legislativo), entendemos que o Congresso Nacional poderia suprir a omissão do Presidente nos termos estabelecidos pela PEC nº 185/2012, a fim de evitar que perdesse a eterna inconstitucionalidade por omissão do art. 37, X.

Ademais, vimos que Gilmar Mendes e também Celso de Mello, no MI 3.222<sup>71</sup> já mencionado (item 2.2), admitem, de certa forma, tal possibilidade, já que quando a iniciativa de lei é do Presidente da República e ele se abstém de enviar projeto de lei ao Congresso para que este exerça sua função típica, estamos diante de omissão da função legislativa que é imputável ao chefe do Executivo.<sup>72</sup>

68 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 891.

69 V. item 1.1.

70 V. item 1.2.

71 STF. Mandado de Injunção nº 3.222. Rel. Min. Celso de Mello. Dj. 02/06/2011.

72 Gilmar Mendes citando decisão do STF (ADI 2.061/2001) entende que no caso do art. 37, X, trata-se de omissão inconstitucional de providência legislativa, eis que o processo depende de deflagração do Chefe do Poder Executivo (como será aprofundado em capítulo posterior). Sendo assim, podemos afirmar que, muito embora a omissão recaia sobre o Presidente, trata-se de omissão de natureza legislativa, pois sua inércia influencia diretamente no processo legislativo. Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1841.

Corroborando tal argumento, não se deve olvidar que a Lei nº 10.697/2003, anteriormente Projeto de Lei nº 1.083/2003, que concedeu 1% de reajuste, referente ao ano de 2003, só teve iniciativa do Presidente após este ser provocado pela Câmara dos Deputados,<sup>73</sup> conforme pleito assinado eletronicamente pelos Srs. Guido Mantega e Antonio Palocci Filho.

Tal proposição busca viabilizar um direito constitucionalmente previsto, com omissão declarada pelo STF reiteradas vezes,<sup>74</sup> em patente mora<sup>75</sup>, sem nenhuma perspectiva de avanço em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Em artigo<sup>76</sup> escrito para a obra comemorativa dos 25 anos da Constituição Federal de 1988, organizada pelo Supremo Tribunal Federal, o Min. Marco Aurélio Mello afirma com prioridade a relevância da concretização dos direitos fundamentais pelo STF:

Os direitos fundamentais são a parte mais importante do projeto constitucional de 1988, envolvidos os valores da liberdade, igualdade e dignidade, cuja concretização é a principal missão do Supremo Tribunal Federal. A interpretação constitucional tem se mostrado especialmente necessária para o sucesso dos propósitos basilares da Carta da República.

E continua, ressaltando que se as instituições e os instrumentos não conseguem garantir os direitos previstos na Constituição, se permanecem inertes, omissos, então não merecem o rótulo de instituição republicana e democrática:

Sem interpretação voltada à afirmação das garantias constitucionais e à realização concreta dos direitos fundamentais, não há Estado Democrático de Direito verdadeiro. Na síntese formulada pelo mestre Paulo Bonavides, *“a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação*

---

<sup>73</sup> Em Interministerial nº 146/2003-MP-MF Brasília, 21 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=116897>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

<sup>74</sup> (RE 548.967-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1ª Turma, DJE de 8/2/2008). No mesmo sentido: RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/2007, 2ª Turma, DJE de 1/2/2008; RE 561.361-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1ª Turma, DJE de 8/2/2008; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6/11/2007, 1ª Turma, DJE de 15/2/2008.

<sup>75</sup> Vale ressaltar novamente que a última lei anual de revisão geral foi feita em 2003, conforme visto.

<sup>76</sup> *25 Anos de Interpretação Constitucional – uma história de concretização dos direitos fundamentais*.

*dos poderes*. Significa dizer: as instituições não existem, na quadra atual, por si sós, não se bastam. São instrumentos a serviço dos direitos e garantias fundamentais. Destinam-se a assegurar esses direitos aos indivíduos e à coletividade. Se não alcançam esse fim, se permanecem inertes, omissas, então não merecem o rótulo de instituição republicana e democrática.

Esse tipo de avanço é possível de ser efetuado à luz dos recentes julgados do STF para dar eficácia à Constituição: ADI 4.277 e ADPF 132 (reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo); MS 26.602/DF, MS 26.603/DF e MS 26.604/DF, referentes à fidelidade partidária e vacância de mandato (Informativo 482, STF); demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388); ADPF 54 (aborto de fetos anencéfalos), dentre outros.

Cabe aqui ressaltar que o paradigmático caso envolvendo direito de greve dos servidores públicos, que representou verdadeira guinada jurisprudencial, foi proferido em tempo relativamente curto.

Inicialmente, adotando-se uma posição não concretista<sup>77</sup>, que não efetivava a Constituição, o STF apenas declarava a omissão inconstitucional e a mora legislativa referente para elaboração de norma regulamentadora envolvendo o direito de greve dos servidores públicos:

MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS. ART. 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Configurada a mora do Congresso Nacional na regulamentação do direito sob enfoque, impõe-se o parcial deferimento do writ para que tal situação seja comunicada ao referido órgão.**

A evolução em curto espaço de tempo é notória. O STF abandonou a posição não concretista e adotou a posição concretista revolucionando a matéria e toda a sua jurisprudência, de modo a efetivar o comando constitucional (Mandados de Injunção n<sup>os</sup> 708/DF, 670/ES e 712/PA).

Hodiernamente, com a adoção da corrente concretista intermediária na Lei do Mandado de Injunção, inclusive com possibilidade de efeitos *erga omnes*, não há mais óbice que impeça o Supremo de atuar de

<sup>77</sup> STF, MI 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 15/05/2002, DJ 02/08/2002.

forma criativa para garantir a efetividade de direitos constitucionais. Obviamente, a Corte deverá agir com parcimônia, respeitando suas capacidades institucionais.

Sob essa perspectiva de defesa da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, mister trazer a ementa de um acórdão do Min. Celso de Mello sobre a questão:

(...) A DEFESA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA REPRESENTA O ENCARGO MAIS RELEVANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. – O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional.<sup>78</sup>

Vimos que o STF tem ganhado espaço no cenário político nacional exatamente por essa postura da efetivação constitucional: ADI 4.277 e ADPF 132 (reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo); MS 26.602/DF, MS 26.603/DF e MS 26.604/DF, referente à fidelidade partidária e vacância de mandato (Informativo 482, STF); demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388); ADPF 54 (aborto de fetos anencéfalos), dentre outros.<sup>79</sup> Portanto, verificando a jurisprudência do STF, podemos afirmar que a possibilidade de concessão de revisão geral anual determinando que o art. 37, X, fosse cumprido não seria tão revolucionária, tampouco violaria a separação dos Poderes, pois trata-se de direito expresso. Vale lembrar que o

---

<sup>78</sup> STF ADI-MC 2.010/DF, Rel. Min. Celso De Mello, Dj 12/04/2002.

<sup>79</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 38 e 50/52.

STF tem se utilizado de *sentenças aditivas*<sup>80</sup>, que possuem uma carga política muito mais forte do que determinar que o Poder Executivo faça o que é obrigado pela Constituição.<sup>81</sup>

Ora, se o STF já atuou prolatando *sentenças aditivas* não há que se falar em violação do art. 2<sup>º</sup> quando se determina que o Congresso legisle (ou seja, que exerça sua função típica), valendo-se da *doutrina da efetividade das normas constitucionais e dos diálogos constitucionais*.

Caso relevantíssimo decidido pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 18/07/2012 refere-se à prestação assistencial para os requerentes de asilo. Na oportunidade a Corte determinou que fosse feito o reajuste pelo legislador em mais de 30% em virtude da defasagem ao longo dos anos, com o respectivo pagamento do benefício previsto na legislação social vigente, que era corroído pelo aumento de preços de 1993. Neste sentido foi a decisão do Tribunal:

O legislador é obrigado a tomar, imediatamente, novas providências acerca da Lei de requerentes de asilo com o objetivo de assegurar uma existência digna. Devido à importância dos benefícios que garantem a vida dos destinatários, o Tribunal Constitucional Federal ordenou um regime transitório que será aplicado até que as novas providências entrem em vigor (tradução livre).<sup>82</sup>

Em outro caso (BVerfGE 40, 121 e ss.) o Tribunal não só obrigou a administração a pagar um direito prestacional, mas assinalou prazo para o legislador colmatar a lacuna, o que, posteriormente feito,

---

<sup>80</sup> A chamada sentença manipulativa de efeitos aditivos (denominação do Direito italiano) é uma das técnicas mais relevantes para solucionar a questão da omissão inconstitucional. Tem origem diante da omissão do Parlamento italiano em conformar a antiga ordem infraconstitucional fascista com a Constituição de 1947, haja vista a permanência desta legislação pré-constitucional mesmo depois da entrada em vigor da nova Constituição. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/default.do>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

<sup>81</sup> Sem qualquer pretensão de esgotar o tema ou adentrar com profundidade no estudo de casos, posto que não constitui o objetivo do presente trabalho, depreende-se de uma simples análise jurisprudencial que, sob o manto da interpretação conforme à Constituição e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o STF já vem realizando *sentenças aditivas*, ainda que sem utilizar tal denominação, conforme alguns precedentes: STF: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29/05/2008 (pesquisa com células-tronco embrionárias); STF: MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007 (greve no serviço público). O clássico caso envolvendo a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, elucida de forma clara a questão de como o STF, na ausência de norma regulamentadora, tem se utilizado de *sentenças aditivas* para dar eficácia à Constituição.

<sup>82</sup> Disponível em: <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2012/bvg12-056.html;jsessionid=7065A49C424DB744B3BBF8DB2BEF92EF.2\\_cid361](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2012/bvg12-056.html;jsessionid=7065A49C424DB744B3BBF8DB2BEF92EF.2_cid361)> Acesso em: 21 de janeiro de 2016.

ensejou novo pronunciamento da Corte no sentido de dar novo prazo ao legislador.<sup>83</sup>

Vale ressaltar que a Alemanha não dispõe de instrumento específico voltado ao combate às omissões, exigindo, portanto, que o Supremo promova definitivamente uma virada na eficácia da ADO, como fez na ADO 25 dando concretude e eficácia à Constituição.

Perdurando a inércia dos Poderes, consoante afirma Dirley da Cunha Jr.,<sup>84</sup> findo o prazo sem qualquer medida tomada, cumpre ao Poder Judiciário dispor normativamente sobre a matéria. Trata-se de efeito de solução para o problema de ineficácia constitucional: a ADO (art. 103, § 2º) deve ser interpretada de forma sistemática e extensiva com o objetivo de garantir a eficácia da Constituição.<sup>85</sup>

Foi a decisão com efeitos concretos tomada na ADO 25 já analisada.

O Poder Judiciário estaria satisfazendo o princípio da supremacia e eficácia da Constituição, sem violar a competência do Legislativo: o Judiciário não obrigaria o legislador a atuar, por conseguinte, este não perderia sua autonomia. A sua margem de conformidade poderia ser exercida a qualquer tempo; a atuação da Corte é suplente e precária, assim como ocorre na Corte Constitucional do Equador.<sup>86</sup>

Ademais, a criação normativa não é tão invasiva quanto a declaração de inconstitucionalidade: na primeira o Judiciário suplanta espaço deixado pelo legislador omissivo que não atuou na sua obrigação constitucional; na segunda o Judiciário invalida norma elaborada pelo Legislativo e sancionada pelo Executivo.

Dirley afirma ainda que o STF poderia determinar a tranca da pauta do Congresso na própria decisão, caso decorrido o prazo sem que o Congresso legisle, em analogia ao rito das medidas provisórias.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> STRECK, Lenio. Op. Cit. p. 188.

<sup>84</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 329/330.

<sup>85</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática*. 4ª Ed, JusPodivm, 2010, p. 223.

<sup>86</sup> Cf. CHAVES, André Luiz Maluf; MEOTT, M. Omissões Legislativas na Corte Equatoriana: um horizonte para o Brasil. Resumo Expandido apresentado no I Seminário de Jurisdição Constitucional e Justiça Dialógica na América Latina. UFF Niterói, jun. 2015. Disponível em: <<http://uff.academia.edu/AndréMalufChaves>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

<sup>87</sup> CUNHA JR., Dirley da. *Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 251-252.

Inegavelmente é necessária uma evolução da concepção concretista da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: a ineficácia da ADO gera consequentemente a própria ineficácia da Constituição. Neste sentido é o entendimento de José Afonso da Silva:

[...] a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.<sup>88</sup>

A mais moderna jurisprudência dos Tribunais Constitucionais europeus admite uma atuação criativa nos casos de omissão; máxime no Brasil onde a Constituição é muito mais analítica, programática e dispomos de instrumentos legislativos (ADO, MI e ADPF) para combater a celeuma de omissão. Alemanha, Itália, Espanha e Portugal desenvolveram técnicas criativas (sentenças manipulativas) exatamente em virtude da ausência de ferramentas próprias e eficazes.

Em resumo, à luz dos fundamentos expostos, é necessário avançar na jurisprudência do STF, o que já vem ocorrendo com o estabelecimento de prazo, para que a ADO deixe de ser um instrumento inócuo de combate à celeuma da omissão inconstitucional violadora de direitos.

Neste sentido, propomos que, diante de uma ADO reconhecendo uma inconstitucionalidade do chefe do Poder Executivo, o STF dê prazo para que ele deflagre o processo legislativo. Quedando-se inerte, entendemos que o Congresso Nacional poderia suprir essa omissão. E por fim, perdurando a inércia, concordando com Dirley da Cunha Jr., entendemos que o STF poderia determinar o início do processo legislativo do art. 37, X, eis que a omissão já foi declarada inúmeras vezes. Todavia, ainda que haja discordância desse posicionamento, deve ser determinado prazo ao Executivo para que o servidor público lesado, no caso de permanência da inércia estatal, intente ação ordinária pleiteando indenização, nos termos da jurisprudência atual do Supremo, conforme será fundamentado no próximo item.

<sup>88</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47-49.

### **3.6. A POSSIBILIDADE DE EFICÁCIA DO ART. 37, X, ATRAVÉS DA INDENIZAÇÃO: O JULGAMENTO DO RE 565.089-SP, RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO**

Ante todo o exposto acerca da *doutrina da efetividade das normas constitucionais, força normativa da Constituição, separação dos poderes* e necessidade de concretização de direitos previstos, vamos nos abster de fazer maiores comentários (ver capítulo 1).

Buscando dar eficácia ao art. 37, X, propondo uma ação ordinária qualquer servidor público lesado poderia fazer três pedidos para tentar resolver a questão: i) pedido de revisão geral anual diretamente de acordo com aplicação de algum índice; ii) pedido de indenização por danos materiais; e iii) pedido de indenização por danos morais.

Analisaremos, primeiro, a possibilidade de concessão de indenização por danos materiais e morais.

Segundo entendimento do STF (ver item 3.2)<sup>89</sup>, três requisitos devem ser atendidos para que a responsabilidade civil do Estado pela omissão seja configurada, podendo o lesado se valer das vias ordinárias para reparação: i) declaração de uma omissão inconstitucional pela Corte; ii) estabelecimento de prazo para preenchimento da lacuna; iii) transcurso do prazo sem que haja a regulamentação ou criação de lei.

Seguindo essa linha, o Supremo entende que só haveria responsabilidade civil do Estado por omissão em relação ao art. 37, X, se já tivesse estabelecido prazo para que o Poder omisso saísse da inércia, o que, conforme visto, não ocorreu, gerando uma inconstitucionalidade eterna e impossibilitando reparação civil por danos causados.

Sedimentando a jurisprudência do STF e sugerindo uma reflexão sobre o tema, o Min. Gilmar Mendes<sup>90</sup> no RE 424.584/MG aduziu que a Corte possuiria entendimento consolidado no sentido de não caber indenização, especialmente pelo fato de não ter sido estabelecido prazo para o chefe do Poder Executivo encaminhar o projeto de lei sobre a revisão. Contudo, salientou haver necessidade de se refletir se o reconhecimento da mora legislativa tornar-se-ia ineficaz para efeito

<sup>89</sup> Veja-se por exemplo o MI 283-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20/03/1991. Dj. 14/11/1991.

<sup>90</sup> STF, RE 424584/MG, Rel. orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 17/11/2009.

da responsabilidade civil na hipótese de não ter sido fixado prazo para o seu suprimento. Assim, de acordo com a complexidade da matéria, a demora no envio do projeto de lei deveria ser submetida ao crivo da razoabilidade.

Ora, conforme visto, a última lei de revisão geral anual dos servidores públicos federais se deu em 2003. Não se mostra razoável manter essa situação de inconstitucionalidade por omissão por mais de 10 anos.

No referido Recurso Extraordinário, o Min. Carlos Velloso, embora vencido, sustentou que na hipótese de pedido de indenização por danos materiais não estamos diante de aumento<sup>91</sup>, vedado pela Súmula nº 339 do STF, mas sim do dever de indenização por conta de um dano patrimonial sofrido em razão da omissão. Aduz que seria uma questão de responsabilidade civil, onde há violação de uma obrigação anterior que gera a obrigação de indenizar.

Buscando reverter esse quadro, tramita no STF o Recurso Extraordinário (RE) nº 565.089, que discute a possibilidade de indenização por falta de revisão anual em vencimentos. O recurso foi apresentado por servidores públicos do Estado de São Paulo. Relator do caso, o Ministro Marco Aurélio votou, em 2011, pelo provimento do RE. Acompanharam seu voto a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Luiz Fux. Divergiram os Ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Webber e Gilmar Mendes. O julgamento está suspenso por pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.

### **3.6.1. Os votos dos Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Luís Roberto Barroso**

Em seu voto, o Min. Marco Aurélio discorreu sobre a efetividade das normas constitucionais e como o Supremo deve atuar para que a Constituição seja efetivada, combatendo a chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

Falou ainda sobre a necessidade de equilíbrio entre a remuneração e os serviços prestados, ratificando que o funcionalismo público

---

<sup>91</sup> No mesmo sentido sustentou o professor e exmo, juiz federal Dirley da Cunha Jr. na decisão de sua lavra já comentada: revisão geral anual difere de aumento.

é deixado de lado. Veja-se, por exemplo, a inexistência até hoje de lei regulamentando o exercício do direito de greve dos servidores públicos:

Ressalvado o prejuízo indireto, político-eleitoral, verdadeiro prejudicado com a paralisação da máquina administrativa é o administrado. Daí a importância da garantia constitucional. Essa se revela na leitura teleológica que faço do art. 37, inciso X, da Constituição, do qual extraio o direito à manutenção dos patamares remuneratórios.

Continuando, o ministro faz a necessária distinção entre aumento e reajuste. Afirma que o caso não trata de fixação ou aumento de remuneração. Versa-se o reajuste voltado a afastar os efeitos da inflação. Objetiva-se a necessária manutenção do poder aquisitivo da remuneração dos servidores. E ressalta o entendimento do STF que veda a concessão de aumento e possibilita a correção monetária:

Consoante a jurisprudência tradicional do Supremo, mostra-se inviável o aumento remuneratório de servidor público por decisão judicial, porquanto o Poder Judiciário não possui função legislativa – Verbete nº 339 da Súmula: “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. A visão é correta. Não há espaço para a concessão de aumento pela via judicial, mas os recorrentes não buscam isso. Buscam a indenização pelo descumprimento de um dever jurídico, consistente no inadimplemento de majoração remuneratória para resguardo da equação entre remuneração e trabalho. O Supremo já assentou que “a correção monetária não se constitui em um *plus*, não é uma penalidade, mas mera reposição do valor real da moeda corroída pela inflação” – Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 404, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa. (...) Porque, como já dito, correção monetária não é acréscimo, não é ganho, é mera reposição com o escopo de preservar o valor.

O ministro também fala sobre a doutrina consequencialista e o impacto financeiro do preceito constitucional, ressaltando que as contas públicas não justificam a inobservância do preceito:

Cabe aos poderes constituídos agir com responsabilidade, e não simplesmente jogar para o Supremo o ônus de impedir que as promessas políticas inconsequentes tornem-se realidades

desastrosas. O Supremo não é o Ministério da Fazenda ou o Banco Central do Brasil. Não compete ao Tribunal fazer contas quando está em jogo o Direito, mais ainda quando se trata do Direito Constitucional.

Por fim, quanto à responsabilidade civil do Estado, ressalta que trata-se de ato omissivo estatal que gera danos patrimoniais, assim, haverá o dever de indenizar quando ficar concretamente demonstrado que, existindo a obrigação legal de agir e a possibilidade de evitar a lesão, ocorreu o fato danoso.

Concluiu seu voto da seguinte forma:

Provejo o extraordinário para julgar procedente o pleito formulado, impondo ao Estado de São Paulo a obrigação de indenizar os autores em razão do descompasso entre os reajustes porventura implementados e a inflação dos períodos. Considerem para tanto o índice oficial referente à inflação de cada um dos períodos, presente o mês de janeiro de todo ano, e as parcelas satisfeitas, que, segundo o pedido, diz respeito aos vencimentos, férias e 13º salários. Observem a incidência de juros moratórios bem como da correção monetária, contados os primeiros a partir da data da citação – art. 397, parágrafo único, do Código Civil. (...)

Conforme salientado, a Min.<sup>a</sup> Carmen Lúcia acompanhou o voto do relator, Min. Marco Aurélio, afirmando que a questão posta no presente recurso extraordinário não é nova no STF, já que em 2001, no julgamento da ADI 2.492, Rel. Min. Ilmar Galvão, o plenário decidiu que o Governador do Estado de São Paulo estava em mora no seu dever de desencadear o processo de elaboração da lei estadual da remuneração da revisão geral anual dos servidores estatais prevista no dispositivo.

A mora foi apenas declarada e dada ciência da decisão ao Governador para que tomasse as providências necessárias.

Citou outro precedente (RE 424.584/MG) onde o Min. Carlos Velloso sustentou a possibilidade de responsabilidade civil do Estado por omissão inconstitucional, afirmando que há um dano real aos servidores.

A ministra relembrou a questão histórica dos índices inflacionários que geram prejuízo para os brasileiros, e diferenciou revisão e reajuste. A revisão busca corrigir o valor monetário de acordo com a inflação, enquanto o reajuste importa em alterar o valor de acordo com o custo de vida correspondente. A revisão não importa em aumento, mas manutenção do valor monetário, de modo que tem característica geral, na mesma data, com mesmo índice.

Logo, segundo a Ministra Cármen Lúcia, reconhecida a mora e havendo danos por ausência de lei específica, há patente possibilidade jurídica de indenização pela omissão estatal ilícita já reconhecida pelo STF.

Por fim, fala que a responsabilidade civil do Estado por omissão tem cunho reparador e não sancionador, de acordo com os ditames da justiça, sobretudo quando estão previstos de maneira expressa no texto constitucional.

Vejamos o final da decisão da ministra:

O reconhecimento do dano é medida que se impõe e a obrigação de ressarcir fixando-se os parâmetros, como feito no voto do Min. Marco Aurélio, dá exatamente a densidade que me parece própria ao comando constitucional. Quanto ao reconhecimento da mora legislativa ofender o direito à revisão geral anual e a viabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário do direito à indenização decorrente desse inadimplemento, portanto, que é o objeto específico do pedido, eu voto acompanhando integralmente o ministro relator.

Ao revés, o Min. Luis Roberto Barroso abriu divergência.

Sustentou, primeiramente, que o STF deve atuar no caso de omissão de outros Poderes, como fez no caso dos precatórios, de modo que o Tribunal pode criar regimes de transição, sobretudo nos casos em que a omissão tenha o efeito de paralisar a eficácia de direitos fundamentais como seria naquela matéria. Ou seja, o STF pode sancionar a inércia do Estado em questão de matéria legislativa.

Todavia, entendeu que o comando previsto no art. 37, X, não é um dever específico de que a remuneração dos servidores seja objeto de aumentos anuais. Primeiramente, afirma que o termo “revisão” não significa modificação, de modo que o dispositivo exige uma avaliação anual, que poderá resultar, ou não, em concessão de aumento. Em segundo lugar,

o art. 37, X, deve ser interpretado em conjunto com outros dispositivos da lógica da indexação do art. 7º, IV, e do art. 37, XIII.

Em terceiro lugar, diz que merece temperamento a ideia de que a adoção de um índice inferior à inflação geraria degradação do direito de propriedade e teme que a indexação aumente a intensidade da inflação, em razão da indexação irrestrita já praticada na história do país.

Aduz que os reajustes devem ser condicionados às circunstâncias econômicas de cada momento, ou seja, em determinados anos podem não ser concedidos e em outros podem ser elevados para compensar os anos anteriores.

Ou seja, as pretensões normativas encontram limites na realidade, havendo impossibilidade de o Judiciário avaliar o contexto econômico e graduar o reajuste adequado.

Todavia, acha que o art. 37, X, impõe ao chefe do Executivo o dever de se pronunciar anualmente, de forma fundamentada, sobre a conveniência e possibilidade, ou não, de concessão de reajuste geral anual para o funcionalismo. Afirma que não é direito subjetivo, mas caso fosse poderia ser tutelado pelo Judiciário.

Em que pesem os argumentos do ministro, podemos realizar alguns questionamentos.

Em primeiro lugar é preciso estabelecer a distinção entre revisão, reajuste e aumento. Na revisão o valor do subsídio é colocado na perspectiva daquele que detém o poder de iniciativa da lei a que alude o dispositivo em foco para, em seguida, promover um eventual reajuste, o que implica na elevação nominal do valor depois de aplicado determinado índice de atualização monetária no período de um ano.

Se o reajuste ficar aquém da inflação do período, apenas se corrigiu, em parte, a perda da capacidade de compra e de quitar dívidas do valor do subsídio. Haverá, no entanto, aumento, se a lei que revisar o subsídio reajustar o seu valor em índice que se posicione acima da inflação verificada no período anual.

Assim, a revisão pode gerar um reajuste (abaixo da inflação) ou um aumento (reajuste acima da inflação) do subsídio, sendo, no último caso, um ganho real e, nos demais, apenas parte da recomposição do poder de compra do subsídio.

O Ministro Barroso sustenta, claramente, a possibilidade de o Judiciário atuar no caso de omissão de outros Poderes, sobretudo quando se tratar de direito previsto na Constituição. Todavia, como visto, entende que o art. 37, X, não constitui direito, mas sim uma faculdade conferida ao chefe do Poder Executivo de atuar ou não, de acordo com a macroeconomia.

Em sua excelente obra o Ministro Luis Roberto Barroso ressalta que, nos caso do art. 37, X, da Constituição da República, a mora do Poder Executivo se caracteriza pelo decurso do prazo de 12 meses, já que se trata de revisão geral anual, sem o devido encaminhamento ao Congresso para elaboração da lei.<sup>92</sup>

É entendimento majoritário na doutrina<sup>93</sup> que o art. 37, X, constitui verdadeiro direito dos servidores públicos (item 3.2).

Ademais, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de declarar a mora do Executivo em efetivar o art. 37, X, de modo que não se trata de faculdade, mas sim de obrigação determinada pela Constituição (ADI 2.481-RS; ADI 2.486-RJ; ADI 2.490-PE; ADI 2.492-SP e ADI 2.525-DF); (RE 548.967-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1<sup>a</sup> Turma, DJE de 8/2/2008). No mesmo sentido: RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/2007, 2<sup>a</sup> Turma, DJE de 1<sup>o</sup>/2/2008; RE 561.361-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1<sup>a</sup> Turma, DJE de 8/2/2008; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6/11/07, 1<sup>a</sup> Turma, DJE de 15/2/2008.

O Ministro Barroso afirma ainda que, de acordo com a situação econômica, o chefe do Poder Executivo poderia deixar de realizar o reajuste em determinado ano, para realizar em outro ano compensando a omissão.

É notório que os chefes dos Executivos das unidades da Federação se omitem constantemente. Basta ver as mencionadas ações que tramitaram e que tramitam no STF.

Como exemplo, no caso do Executivo Federal, verifica-se que a Lei nº 10.697/2003, referente ao ano de 2003, foi a última lei

<sup>92</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 303.

<sup>93</sup> Alexandre de Moraes (2014); José dos Santos Carvalho Filho (2012); Dirley da Cunha Jr. (2014).

promulgada nos moldes do art. 37, X<sup>94</sup> (e ainda, mesmo nesses anos, os percentuais pagos foram insuficientes para a recomposição das perdas inflacionárias).

Vale lembrar que a Lei nº 10.697/2003, anteriormente Projeto de Lei nº 1.083/2003, que concedeu 1% de reajuste, referente ao ano de 2003, só teve iniciativa do Presidente após este ser provocado pela Câmara dos Deputados,<sup>95</sup> conforme pleito assinado eletronicamente pelos Srs. Guido Mantega e Antonio Palocci Filho.

Quanto ao argumento do Ministro Barroso que teme pela indexação irrestrita, na mesma sessão, o Ministro Dias Toffoli sustentou que os contratos de concessão pública são feitos com previsão de revisão geral anual, bem como todos os índices gerais de preços, inclusive os públicos, tarifas de energia elétrica têm revisão geral anual, de modo que indaga: “essa questão que retroalimenta a ideia inflacionária seria somente contra o servidor e não contra o capital?”

O Ministro Gilmar Mendes acentuou a questão da diferença de poder econômico entre a União, os Estados e os Municípios ressaltando a questão da concentração nas mãos da União, citando que o STF tem decidido sobre questões orçamentárias como *royalties*, Fundo de Participação dos Estados, isenção do IPI etc.

O Ministro Luiz Fux sugeriu uma possível modulação dos efeitos da decisão e afirmou que: “não podemos fechar as portas porque a letra da Constituição é clara”. Afirmou ainda que vários produtos são indexados no mercado às custas da revisão dos salários dos servidores.

O Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a Constituição é o documento mais relevante para os servidores públicos, de modo que os seus subsídios são irredutíveis, não se podendo criar um obstáculo intransponível ao comando constitucional. Aduz:

Não podemos imaginar que o art. 37, X, não tenha o mínimo de eficácia. Nós temos que dar eficácia. Não se trata de aplicação da Súmula nº 339 do STF. O que nós estamos aqui é restaurando

<sup>94</sup> Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

<sup>95</sup> Em Interministerial nº 146/2003-MP-MF Brasília, 21 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=116897>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

um direito, ou melhor, estamos reconhecendo que houve um dano, uma omissão sistemática do Poder Executivo. (...) Estamos aqui cumprindo nossa função constitucional sem nenhuma invasão nos demais Poderes.

O Ministro Marco Aurélio reiterou que o preceito constitucional do art. 37, X, prevê de forma muito clara um comando para assegurar a revisão geral anual na mesma data sem revisão de índices, não havendo que se falar em aumento. Indagou: há ou não uma omissão do Estado que gera dano para os servidores, e conseqüentemente o direito de indenizar?

Cumpra, por fim, mencionar o voto do Exmo. Ministro Luis Roberto Barroso<sup>96</sup> no julgamento da questão de ordem suscitada na ADI nº 4.357 /DF e ADI nº 4.425 /DF, Rel. Min. Luiz Fux, 19/3/2014, que trata da modulação dos efeitos, no tempo, do quanto decidido no julgamento conjunto das referidas ações diretas de inconstitucionalidade em que declarados parcialmente inconstitucionais dispositivos da EC nº 62/2009, que instituíra regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em seu voto-vista, acompanhou, em linhas gerais, o voto proferido pelo Ministro Luiz Fux, relator. Todavia, em acréscimo, apresentou proposição de quatro medidas de transição para viabilizar o pagamento dos precatórios, a saber: 1) utilização compulsória, a partir de 1º/1/2015, de 70% dos recursos da conta dos depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios; 2) subsistência limitada da possibilidade de acordo direto, observada a ordem de preferência dos credores e a redução máxima de 25% dos seus créditos, devidamente atualizados; 3) possibilidade de compensação de precatórios vencidos com dívida ativa já inscrita; e 4) elevação, em 1%, da vinculação de receitas correntes líquidas destinadas a precatórios em 0,5% em 2015 e 0,5% em 2016, para os entes que não tivessem condições de dividir o saldo devedor por cinco e pagar 1/5 por ano.

Nessa última hipótese, se houvesse a demonstração de que a entidade federativa não conseguiria majorar a vinculação sem comprometer

---

<sup>96</sup> Informativo 739 do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

outras obrigações constitucionais, poderia deixar de aumentá-la, no entanto, vedar-se-ia a realização de publicidade institucional.

Em analogia ao pensamento mencionado pelo Ministro Dias Toffoli: por que existem nítidas possibilidades de medidas orçamentárias para o pagamento de precatórios, inclusive com vedação da publicidade institucional dos entes, e não há no caso dos servidores?

As soluções propostas pelo Min. Barroso neste caso são extremamente válidas, louváveis e contribuem sobremaneira para a democracia, todavia, seria uma incoerência aceitar sua viabilidade no caso dos precatórios e negar sua aplicação à revisão geral dos servidores.

### **3.6.2. O voto do Min. Teori Zavascki e a possibilidade de utilização do IPCA**

O Ministro Teori Zavascki, em seu voto, afirma que a redação original do dispositivo não fixava data e que, com a reforma perpetrada, passa a existir uma periodicidade de um ano para que isso ocorra. Ademais, ratifica que é dever da Administração Pública enviar o projeto de lei para efetivar a revisão geral anual. Quanto à indenização, o ministro aduz que esta seria uma forma de contornar a omissão legislativa que gera dano. Afirma que, independentemente de existir ou não dano, este não poderia ser concedido, eis que a Constituição não traz o índice a ser utilizado para valorá-lo. Portanto, em virtude da ausência de lei afirmando o índice da revisão, sustenta que, se o STF determinasse o índice a ser utilizado para o pagamento de indenização, estaria agindo como legislador positivo.

Analisando o voto do Ministro Teori Zavascki, o principal ponto que impediria a concessão da indenização concerne à escolha do índice pelo STF. Como visto, ele admite que há um dever para a Administração Pública de realizar a revisão geral anual em periodicidade de um ano, ratificando que há uma omissão. Logo, pode-se concluir que, diferentemente do Ministro Roberto Barroso, o Ministro Teori entende que a revisão geral anual é um direito do servidor. Contudo, afirma que, independentemente de haver dano, o que impediria a concessão de indenização pela omissão seria a ausência de índice a ser utilizado.

Dois pontos devem ser levantados: i) presença do instituto da responsabilidade civil; ii) escolha de índice pelo STF.

No dia 03 de dezembro de 2014, o STF iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário 580.252 – Mato Grosso do Sul – em que se discute a possibilidade de indenização por omissão do Estado ao manter presos em condições degradantes.

O Ministro Teori Zavascki (Relator) sustentou em seu voto que:

*Considerando que, no caso, a configuração do dano é matéria incontroversa, não há como acolher os argumentos que invocam, para negar o dever estatal de indenizar, o ‘princípio da reserva do possível’, nessa dimensão reducionista de significar a insuficiência de recursos financeiros.*

Faz sentido considerar tal princípio em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações, nomeadamente os de natureza social, dependem da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas. Em tais casos, pode-se afirmar que o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias, em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições.

*Mas não é disso que aqui se cuida. Aqui, a matéria jurídica se situa no âmbito da responsabilidade civil do Estado de responder pelos danos causados por ação ou omissão de seus agentes, nos termos previstos no art. 37, § 6º, da Constituição. Conforme antes afirmado, trata-se de preceito normativo autoaplicável, não sujeito à intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexó causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado.*

A obrigação de ressarcir danos, que é imposta pelas leis civis a qualquer pessoa que os cause (Código Civil, arts. 186 e 927), é também do Estado, que, mais que decorrer de norma civil (Código Civil, art. 43), tem previsão em superior norma constitucional

*específica, o art. 37, § 6º, dispositivo autoaplicável, não sujeito à intermediação legislativa ou administrativa para assegurar o correspondente direito subjetivo.*

Consoante exposto, no caso da indenização por ausência de revisão, o Ministro Teori afirma que a concessão da indenização não deveria ocorrer em virtude da impossibilidade de cálculo pela ausência de índice legal. Todavia, no caso dos presos aduz que a responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, CF), por danos decorrentes de ação ou omissão é norma autoaplicável, independentemente de providência legislativa ou administrativa. Não há contradição entre ambos os casos que sustente uma posição contrária no primeiro e favorável no segundo.

Ademais, o Supremo já teve oportunidade de julgar caso envolvendo extensão do direito à revisão geral anual e escolheu o índice. Como informado, trata-se do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 22.307-DF,<sup>97</sup> que foi ementado da seguinte forma:

RECURSO ORDINÁRIO. PRAZO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O silêncio da legislação sobre o prazo referente ao recurso ordinário contra decisões denegatórias de segurança, ou a estas equivalentes, como é o caso da que tenha implicado a extinção do processo sem julgamento do mérito – mandado de segurança nº 21.112-1/PR (AGRG), relatado pelo Ministro Celso de Mello, perante o Plenário, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 29 de junho de 1990, à página 6.220 – é conducente à aplicação analógica do art. 33 da Lei nº 8.038/90. A oportunidade do citado recurso submete-se à dilação de quinze dias. REVISÃO DE VENCIMENTOS – ISONOMIA. ‘A revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data’ – inciso X – sendo irredutíveis, sob o ângulo não simplesmente da forma (valor nominal), mas real (poder aquisitivo) os vencimentos dos servidores públicos civis e militares – inciso XV, ambos do art. 37 da Constituição Federal.

Em decisão em sede de embargos de declaração o Supremo reconheceu a necessidade de se estender o “reposicionamento”

<sup>97</sup> STF, RMS 22.307-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/02/1997, DJe 13/06/1997.

(definição ementada), afirmando que a Lei nº 8.626/93 (em seus anexos I a IV) continha elementos concretos que permitiam calcular o percentual efetivamente devido a cada servidor:

ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. REAJUSTE DE VENCIMENTOS DE 28,86%, DECORRENTE DA LEI Nº 8.627/93. DECISÃO DEFERITÓRIA QUE TERIA SIDO OMISSA QUANTO AOS AUMENTOS DE VENCIMENTOS DIFERENCIADOS COM QUE O REFERIDO DIPLOMA LEGAL CONTEMPLA DIVERSAS CATEGORIAS FUNCIONAIS NELE ESPECIFICADAS. Diploma legal que, de efeito, beneficiou não apenas os servidores militares, por meio da ‘adequação dos postos e graduações’, mas também nada menos que vinte categorias de servidores civis, contemplados com ‘reposicionamentos’ (arts. 1º e 3º), entre as quais aquelas a que pertence a maioria dos impetrantes. Circunstância que não se poderia deixar de ter em conta, para fim da indispensável compensação, *sendo certo que a Lei nº 8.627/93 contém elementos concretos que permitem calcular o percentual efetivamente devido a cada servidor*. Embargos acolhidos para o fim explicitado.

A decisão do Supremo estendeu o benefício antes concedido apenas aos servidores militares, de modo a resguardar, em nome da isonomia, o direito dos servidores públicos civis. Neste sentido, afirma Gilmar Mendes, mencionando Carlos Blanco de Moraes:

A crescente relevância, entre nós, da técnica decisória aditiva, foi exposta com proficiência por Carlos Blanco de Moraes: Sensivelmente desde 2004 parece também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos. [...]

*Poderá, igualmente, ter sido o caso no RMS-22.307 (mandado de segurança) que teria englobado os servidores civis num regime de aumentos legalmente concedido a militares.*

No mesmo sentido, aduz Luís Roberto Barroso (2012, p. 59/60), ao citar o julgamento do AgRg em AI 211.422-PI<sup>98</sup>, enaltecendo que

---

<sup>98</sup> STF, AgRg em AI 211.422-PI, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14/08/1998. “Neste caso, em sede de controle concreto via recurso em mandado de segurança (RMS 22.307-DF), o Plenário reconheceu a inconstitucionalidade por omissão parcial e estendeu aos servidores públicos civis reajuste que havia sido dado apenas aos militares em violação do art. 37, X.”

o próprio Supremo Tribunal Federal abriu uma exceção em sua jurisprudência, envolvendo o art. 37, X, em sua redação original, antes da EC nº 19/98, estendendo aos servidores públicos civis, o reajuste que havia sido dado apenas aos militares:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEIS Nºs 8.622/93 E 8.627/93: REAJUSTE DE 28,86%. *EXTENSÃO AOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS.*

1. *O Plenário desta Corte, por ocasião do julgamento do RMS nº 22.307-DF, reconhecendo a existência de omissão legislativa, estendeu aos servidores públicos civis o reajuste de 28,86% previsto nas Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93, segundo a exegese dada ao inciso X do art. 37 da Constituição Federal*

2. Em sede de embargos, integralizando o acórdão, o Tribunal esclareceu que não houve singela extensão aos servidores civis de valores de soldos de militares, mas sim a de reajuste concedido aos militares e a determinadas carreiras do funcionalismo civil. Recurso extraordinário não conhecido.

A hipótese trata de uma sentença aditiva de prestação<sup>99</sup>. A decisão aditiva está comprovada, sendo reconhecida tanto pela Corte, de forma tácita ao mencionar a omissão legislativa e a extensão, quanto pela doutrina abalizada<sup>100</sup>. No caso, trata-se de omissão legislativa parcial relativa, já que viola a isonomia. A redação original do art. 37, inc. X, dispunha que: “a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data”. Tal regra estabelecia a vinculação entre a remuneração dos servidores civis e militares, garantindo-lhes paridade nas revisões.

<sup>99</sup> Em determinados casos, quando a Corte prolata uma sentença aditiva, pode ocorrer uma particularidade, isto é, a adição de conteúdo gera uma prestação a cargo dos Poderes Públicos. Tal tipo de decisão está ligada ao postulado de *Welfare State*, e normalmente ocorre no caso de extensão de benefícios a uma determinada categoria inicialmente não contemplada. Em todo caso, há inevitável reflexo de ordem financeira. A Corte, de fato, tendo em vista a questão dos direitos sociais, do princípio da igualdade e da inafastabilidade do controle jurisdicional, prolata sentenças que geram custos ao Governo, sobretudo em matéria de emprego público, previdência social e assistência pública. Tais pronúncias são uma resposta ao comportamento omissivo do Parlamento, com o objetivo de evitar a violação da Constituição. V. CHAVES, André Luiz Maluf. Monografia, *Sentenças aditivas, Corte Costituzionale e STF: um Estudo Comparado entre Brasil e Itália*, UFF, 2015.

<sup>100</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

A questão que se impõe é a dos gastos, o que, como visto, geraria uma tensão entre os Poderes. Segundo a jurisprudência da *Corte Costituzionale* italiana (sentença nº 28, de 2009), estar-se-ia, portanto, diante de uma sentença aditiva de prestação. Nesta linha, o Supremo ao julgar a questão aplicou critérios legais (presentes nas Leis nºs 8.622/93 e 8.627/93), de modo que a decisão se mostra correta do ponto de vista da técnica aditiva.

Logo, mais legitimidade ainda teria o Supremo diante da nova redação, que, como visto e ratificado pelo Ministro Teori Zavascki, trata-se de um direito anual dos servidores passível de violação por omissão da Administração. Ademais, se a Corte já atuou no sentido de conceder diretamente a revisão geral, imperioso que também conceda a indenização, por força do art. 37, § 6º.

Consoante exporemos no Capítulo 3, item 3.7, mostra-se relevante a adoção do Índice de Preço do Consumidor Amplo (IPCA), por ser índice oficial do Governo Federal para medição das metas inflacionárias, inclusive pelo Banco Central, já que reflete a elevação dos preços de produtos que possuem impacto direto na remuneração dos servidores públicos.

Tal índice foi utilizado diversas vezes para a finalidade que aqui se busca. Como exemplo, citamos a decisão proferida pelo TJ-PB, no Mandado de Injunção nº 999.2010.000097-8/001 comentado, bem como o entendimento do Juiz Federal William Douglas, em sua decisão, e da Alerj (Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro), no Projeto de Lei nº 442/2007, acerca da revisão geral anual dos servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

Como visto, o IPCA deve ser utilizado, uma vez que o STF já se manifestou neste sentido: RMS 22.307-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/02/1997, DJe 13/06/1997 e AgRg em AI 211.422-PI, Rel. Min. Maurício Corrêa, Lei nº 12.770/2012, que dispõe sobre o subsídio do Procurador-Geral da República e sobre sua revisão geral anual<sup>101</sup>. Também o STF, no caso dos pagamentos dos precatórios, Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 4.357 e 4.425, declarou que o IPCA

<sup>101</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1123485&filename=PL+6230/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1123485&filename=PL+6230/2013)>. Acesso em: 30 abr. 2014.

deveria ser utilizado como índice de correção monetária, conforme disposto na LDO. Mais uma vez, há precedentes favoráveis do STF.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2016, no capítulo dos débitos judiciais, estabelece o IPCA-E como índice a ser utilizado no caso dos precatórios (art. 26), de modo que se mostra perfeitamente aplicável a analogia.

Em recente julgado de 04/08/2015, na Arguição de Inconstitucionalidade da expressão “equivalente à TRD”, contida no *caput* do art. 39 da Lei nº 8.177/91, que o aplica como índice de correção aos débitos trabalhistas, o TST declarou inconstitucional a utilização da TR como índice de correção monetária e estabeleceu a utilização do IPCA-E, mesmo sem qualquer legislação sobre o tema. Para tanto, utilizou entendimento do próprio Supremo que definiu que o IPCA-E reflete a inflação e a manutenção do valor da moeda, recompondo, assim, o patrimônio lesado<sup>102</sup>.

### **3.6.3. O voto do Min. Luiz Fux e as considerações do Min. Luís Roberto Barroso**

O Ministro Luís Roberto Barroso, após o voto do Ministro Teori supramencionado, inicia um debate. Ele ratifica o que já havia exposto em seu voto, no sentido de que o art. 37, X, não constitui direito para os servidores, mas sim, trata-se de uma faculdade conferida ao Poder Executivo, devendo se manifestar anualmente sobre a impossibilidade de revisão geral anual, ou o envio, de fato, da lei para o Congresso.

Afirma que a questão consequencialista leva em conta os resultados, sempre em respeito a direitos fundamentais, de modo que, o consequencialismo que subverte direito material não seria admitido. Contudo, no caso, não se trataria de direito. Finalmente, sustenta que há um conflito interno no inc. X, já que o dispositivo determina o envio de lei, porém, traz o verbo “assegurar”, finalizando no sentido de que o Direito não está subordinado à Economia, mas tampouco alheio a ela.

No tocante aos argumentos do Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que o dispositivo possuiria um conflito interno e de que

---

<sup>102</sup> Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/creditos-trabalhistas-corrigidos-inflacao?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/creditos-trabalhistas-corrigidos-inflacao?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)>. Acesso em: 05 ago. 2015.

não se trataria de direito, mas sim de faculdade do Executivo, *data venia*, vimos que a mora do Executivo é recorrente.

A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de declarar a mora do Executivo em efetivar o art. 37, X, de modo que não se trata de faculdade, mas sim de obrigação determinada pela Constituição (ADI 2.481-RS; ADI 2.486-RJ; ADI 2.490-PE; ADI 2.492-SP e ADI 2.525-DF); (RE 548.967-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1ª Turma, DJe 08/02/2008). No mesmo sentido: RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/2007, 2ª Turma, DJe 1º/02/2008; RE 561.361-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1ª Turma, DJE 08/02/2008; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/11/2007, 1ª Turma, DJe 15/02/2008.

A leitura do dispositivo deixa claro que não há qualquer obrigação do chefe do Poder Executivo em prestar informações expondo os motivos da não execução da revisão geral anual. Trata-se, em verdade, de outra obrigação, qual seja, a de realizar, de fato, o envio de lei ao Congresso, concedendo a revisão. A nosso sentir, a proposta do ministro constitui-se em sentença aditiva com o objetivo de salvar, ou amenizar, a mora recorrente e a omissão inconstitucional do Poder Executivo em “assegurar” a revisão geral anual.

A densidade normativa do comando presente no texto constitucional é alta tanto do art. 37, X, quanto do § 6º, como veremos no item 3.6.5.

Ao revés, o Ministro Luiz Fux acompanhou os votos do Relator e da Ministra Cármen Lúcia julgando procedente o pedido. Em sua fundamentação, ele afirmou que o STF não pode agir de forma consequencialista, sob pena de violar o texto da Constituição. O ministro entende que o comando expresso no art. 37, X, independe de atuação legislativa, sendo uma garantia fundamental do servidor, um direito subjetivo. Trata-se de norma definidora de direito e não de norma programática.

Ressalta a força normativa da Constituição e sua posição hierárquica no ordenamento. Ele menciona o caso dos precatórios para demonstrar tal conduta consequencialista, afirmando que o direito dos servidores não gerará a crise econômica que se imagina. Ratifica que há um estado de

inconstitucionalidade por omissão, e que “o sentimento constitucional deve se dar de dentro para fora e não de fora para dentro”.

Por fim, sustenta que o comando tem normatividade suficiente para ser efetivado, de modo que, caso haja interesse em retirar tal garantia dos servidores, dever-se-ia fazer uma emenda constitucional.

Sobre tal ponto, restou demonstrado que os dispositivos possuem alta densidade normativa e que uma atuação consequencialista demonstra um ativismo ilegítimo que viola a Constituição (v. item 3.6.5).

#### **3.6.4. O voto do Min. Gilmar Mendes e a ausência de falência do sistema financeiro: pagamento por precatórios, previsão na LDO e LO e questões econômicas**

Antes de iniciar o presente tópico, mister ressaltar que a Ministra Rosa Webber foi breve em sua exposição. Em síntese, acompanhou os Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki na divergência aberta e fundamentou sua decisão seguindo o entendimento de ambos.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, manteve seu enfoque na parte econômica. Afirmou que, pelo fato de a questão envolver direito financeiro, seria necessária previsão orçamentária para sua realização. Aduziu que, se o Supremo decidisse no sentido de conceder a indenização, tanto os servidores públicos quanto os empregados privados fariam jus a tal reajuste. Assim como o Ministro Teori, ressaltou que inexistente índice previsto e defendeu que a questão afetaria todos os âmbitos da Federação, em 5 (cinco) anos retroativos. O Ministro Gilmar confirmou que o problema dos salários existe, mas que um avanço depende da conjuntura econômica nacional e internacional.

Durante o debate, o Ministro afirmou que a questão dos precatórios gera controvérsias até hoje em uma “situação de inconstitucionalidade intrincada” e que teme pela “abertura de uma caixa de Pandora em todos os níveis da Federação”.

Com relação aos argumentos apresentados pelo Ministro Gilmar Mendes, concordamos com o voto do Ministro Luiz Fux, no sentido de que a concessão de indenização não será o “caos” que se imagina.

Em primeiro lugar, como se trata de indenização, ou seja, condenação da União por omissão, o pagamento será feito por meio de precatórios

ou RPV, tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal com a escolha do IPCA. É notória a mora do Estado, em todos os níveis da Federação em honrar seus débitos. O Ministro Luiz Fux, neste sentido, destaca na sessão que “os Estados mantêm seus débitos oriundos dos precatórios sem qualquer sanção”.

Embora o Ministro Gilmar Mendes tivesse dito que não havia previsão orçamentária no ano de 2015, o art. 95 da LDO afirmava que ficava autorizada, nos termos da Lei nº 10.331, de 18 de dezembro de 2001, a revisão geral das remunerações, subsídios, proventos e pensões dos membros de Poder e dos servidores ativos e inativos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, das autarquias e fundações públicas federais, cujo percentual será definido em lei específica. A Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2016 (art. 101) possui redação idêntica à LDO de 2015 nesse sentido.

Vejamos a permissividade da Lei Orçamentária de 2015:

---

Art. 4º Fica autorizada a abertura de créditos suplementares, restritos aos valores constantes desta Lei, excluídas as alterações decorrentes de créditos adicionais, desde que as alterações promovidas na programação orçamentária sejam compatíveis com a obtenção da meta de resultado primário estabelecida para o exercício de 2015 e sejam observados o disposto no parágrafo único do art. 8º da LRF e os limites e as condições estabelecidos neste artigo, vedado o cancelamento de valores incluídos ou acrescidos em decorrência da aprovação de emendas individuais, para o atendimento de despesas:

[...]

VI – de pessoal e encargos sociais, inclusive as decorrentes da revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos federais e dos militares das Forças Armadas prevista no art. 37, inciso X, da Constituição, mediante a utilização de recursos oriundos de:

- a) anulação de dotações consignadas a esse grupo de natureza de despesa;
- b) Reserva de Contingência – Recursos para o atendimento do art. 169, § 1º, inciso II, da Constituição Federal;

- c) superávit financeiro apurado no balanço patrimonial do exercício de 2014; e
  - d) excesso de arrecadação de receitas do Tesouro Nacional;
- 

Também a Lei orçamentária de 2016:

---

Art. 4º Fica autorizada a abertura de créditos suplementares, restritos aos valores constantes desta Lei, excluídas as alterações decorrentes de créditos adicionais abertos ou reabertos, desde que as alterações promovidas na programação orçamentária sejam compatíveis com a obtenção da meta de superávit primário estabelecida para o exercício de 2016 e sejam observados o disposto no parágrafo único do art. 8º da LRF e os limites e as condições estabelecidos neste artigo, vedado o cancelamento de valores incluídos ou acrescidos em decorrência da aprovação de emendas individuais e coletivas, para o atendimento de despesas:

[...]

VI – de pessoal e encargos sociais, inclusive as decorrentes da revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos federais e dos militares das Forças Armadas prevista no art. 37, inciso X, da Constituição, mediante a utilização de recursos oriundos de:

- a) anulação de dotações consignadas a esse grupo de natureza de despesa;
  - b) Reserva de Contingência – Recursos para o atendimento do art. 169, § 1º, inciso II, da Constituição Federal e para o pagamento do abono permanência;
  - c) superávit financeiro apurado no balanço patrimonial do exercício de 2015; e
  - d) excesso de arrecadação de receitas do Tesouro Nacional;
- 

Entende-se, portanto, que não há dúvida sobre tal ponto.

Com relação ao prejuízo aos Estados e Municípios, pondera-se que não haverá direito à indenização se o respectivo chefe do Poder Executivo realizar a devida revisão. O direito só decorre da omissão comprovada, e será pago através de precatório ou RPV, o que demonstra que não haverá o suposto caos temido.

Ademais, poder-se ia cogitar da modulação dos efeitos da decisão do STF, criando verdadeiro diálogo com o Executivo para que procedesse à revisão geral anual.

Há que se relembrar que a revisão geral anual, além de constituir benefício de natureza compensatória em virtude das perdas inflacionárias, possui também caráter alimentício. Patente, portanto, a obrigação estatal em indenizar o servidor lesado.

Argumentos de ordem econômica podem ainda ser levantados.

É notório que o aumento de poder aquisitivo da população faz com que a economia seja fomentada, gerando circulação de moeda e dinamização dos setores consumeristas. Este inclusive foi o fator determinante para que o Brasil não fosse atingido fortemente pela crise econômica internacional no ano de 2008. A política econômica de valorização do poder aquisitivo, portanto, não deve ser vista como um gasto desmedido, mas sim como um fomento na economia, sobretudo em tempos de crise.

A AGU argumenta no feito que os custos aos cofres públicos seriam da ordem de 10 bilhões de reais, menos da metade do valor estipulado para o reajuste do Judiciário em voga que foi objeto de votação no Congresso (25 bilhões de reais). Esse valor poderia ser obtido através de diversas formas no futuro, já que o gasto, como visto, não será imediato, dependendo de procedência de ações judiciais nesse sentido, além da recorrente demora no pagamento de precatórios, que chega a levar décadas.

Outrossim, mister ressaltar que a PEC nº 433, de 2009, que tem como justificativa a omissão legislativa, vincula os salários de diversas carreiras do serviço público federal de primeiro escalão (como AGU, Procuradores da Fazenda e outros) às remunerações de ministros do Supremo Tribunal Federal, criando gastos no valor de 8,1 bilhões de reais ao Tesouro. A previsão é de que, a partir de 2017, os gastos anuais com essas categorias sejam da ordem de dois bilhões ao ano, exatamente o mesmo custo anual para que seja efetivada a revisão geral dos servidores da União através de indenização.

Segundo as informações do Tesouro<sup>103</sup>, com base na PEC nº 443, a remuneração atual dos advogados públicos saltaria de R\$ 19.913

---

<sup>103</sup> Disponível em: <[http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2015/08/05/internas\\_economia,493364/isonomia-de-salario-de-servidores-custara-r-8-1-bi-ao-governo.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2015/08/05/internas_economia,493364/isonomia-de-salario-de-servidores-custara-r-8-1-bi-ao-governo.shtml)>. Acesso em: 05 ago. 2015.

para R\$ 30.471, com impacto anual de R\$ 852,8 milhões nos cofres públicos, distribuídos entre 2.451 procuradores da Fazenda, 604 defensores públicos federais e 3.147 advogados-gerais da União.

A conta aumenta quando são incluídos 31.033 auditores da Receita Federal e 6.689 auditores do Trabalho, cujos atuais salários de R\$ 21.403, seriam acrescidos de mais R\$ 9.067. Ao fim de um ano, os contribuintes bancariam mais R\$ 4,4 bilhões a essas categorias. Já os analistas do Banco Central, com ganho de R\$ 17.330, teriam reajuste médio de R\$ 13.410,25, que, multiplicado por 9.576 servidores, custaria R\$ 1,7 bilhão por ano. Os 5.976 fiscais federais agropecuários, por sua vez, entregariam fatura extra ao Tesouro Nacional de R\$ 1,2 bilhão, com os rendimentos mensais de R\$ 15.029, sendo acrescidos de um adicional de R\$ 15.442.

Não sustentamos, contudo, posicionamento contrário à PEC nº 433, já que a atividade desempenhada por tais categorias é essencial à função do Estado. Ao revés, buscamos coerência e isonomia nas decisões institucionais, mormente pela necessidade de valorização de todas as categorias.

### **3.6.5. A alta densidade normativa do art. 37, X, e seu § 6º, e a existência de ativismo judicial ilegítimo no caso de não aplicação**

A densidade normativa de um dispositivo é determinada de acordo com *standards* de significação e de detalhamento. A ausência de divergência quanto ao seu significado ou à determinação do seu conceito, de modo que seja clara a sua finalidade e a intenção do legislador, é um indício forte de que a norma possui uma alta densidade normativa. Somado a isso, a possibilidade de se compreender o detalhamento dos parâmetros estabelecidos pela vontade da norma, sendo de fácil constatação o comando dela extraído, confirma a alta densidade normativa de um dispositivo.

Por exemplo, o princípio fundamental de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) possui baixa densidade normativa, em razão da escassez de significação, o que se constata pela quantidade de divergência acerca de seu conceito preciso, havendo uma infinidade de julgados, artigos e obras sobre o instituto. Por outro lado, a ausência

de detalhamento, embora presente a significação, é encontrada na definição de pequena propriedade rural que deve ser definida por lei (art. 5º, XXVI).

No caso do art. 37, X, da Constituição, sob o aspecto da densidade normativa, o comando constitucional tem altíssima densidade, pois é claro no sentido de que há uma obrigação para o chefe do Poder Executivo, cuja violação importa em configuração de uma omissão inconstitucional.

A técnica legislativa adotada não deixa dúvidas acerca do direito dos servidores públicos, sendo nítida a sua significação, posto estar assegurada “*revisão geral anual*”. Além disso, é clara quanto à existência de uma obrigação de fazer determinada e específica reservada ao chefe do Poder Executivo. Na mesma linha, o detalhamento é preciso, já que estipula a criação de uma lei que contenha a revisão geral com destinação certa aos servidores públicos, devendo ser anual e com obrigação direta e específica destinada ao chefe do Executivo de cada ente da Federação.

Neste sentido, manifestou-se o Ministro Ricardo Lewandoski, na sessão plenária de 03 de abril de 2014, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 565.089-SP:

*Não podemos imaginar que o art. 37, X não tenha o mínimo de eficácia. Nós temos que dar eficácia. Não se trata de aplicação da Súmula 339 do STF. O que nós estamos aqui é restaurando um direito, ou melhor, estamos reconhecendo que houve um dano, uma omissão sistemática do Poder Executivo.*

No mesmo sentido, o art. 37, § 6º<sup>104</sup> da Constituição, que trata da responsabilidade civil do Estado, não faz qualquer restrição sobre atos omissivos<sup>105</sup>, sendo a jurisprudência firme no sentido de que a omissão legislativa é passível de indenização pela aplicação do art. 37, § 6º, inclusive por danos morais envolvendo direito à saúde (omissão do Executivo), e ainda em sede de mandado de injunção, no caso de

<sup>104</sup> Art. 37. [...] § 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.

<sup>105</sup> SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. *A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito do Estado.

mora legislativa<sup>106</sup>. Havendo fato, dano e nexa causal, nasce a obrigação de indenizar.

Configurada a alta densidade normativa dos dispositivos, podemos sustentar que a sua não aplicação configura hipótese de ativismo judicial.

Sob uma perspectiva multidimensional de ativismo judicial e sem uma conotação aprioristicamente ilegítima ou pejorativa, Carlos Alexandre de Azevedo Campos entende que ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e Cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas Constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias<sup>107</sup>.

Ao revés, autorrestrição é a prática decisória que consiste na retração do poder judicial em favor de outros poderes políticos, seja por deferência (respeito à democracia e aos outros Poderes e à capacidade epistêmica), seja por prudência (preservação da Corte evitando ataques institucionais e efeitos sistêmicos negativos)<sup>108</sup>.

Dentre as inúmeras dimensões de ativismo, destacamos a abordagem de Keenan Kmiec, segundo o qual o ativismo judicial é formado por cinco significados centrais: invalidação de ações dos demais Poderes que são constitucionalmente defensáveis; falha em aderir aos precedentes; “legislação” judicial; afastamento de metodologias interpretativas aceitas; julgamentos orientados por seus resultados.

Também merecem menção as abordagens do ativismo judicial de Bradley Canon: majoritarismo; estabilidade interpretativa; fidelidade interpretativa; distinção entre processo substantivo e democrático;

<sup>106</sup> MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 20/03/1991, DJ 14/11/1991; MI 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 22/11/1992, DJ 26/06/1992; MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 02/08/1991, DJ 27/03/1992.

<sup>107</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

<sup>108</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

especificidade de política; disponibilidade para substituição de decisões políticas por outros agentes; William Marshal: contramajoritarismo; não originalista; precedentes; expansão jurisdicional; criatividade judicial; correicional; partidário; Ernest Young: julgar retrospectivamente atos de outros Poderes; afastar-se do sentido literal ou histórico da Constituição; afastar-se do precedente; emitir *holdings* maximalistas; exercer amplos poderes remediais; decidir casos de acordo com preferências partidárias<sup>109</sup>.

Analisando as abordagens dos autores, verificamos que a unanimidade entende que a maior ou a menor deferência aos outros Poderes e o desrespeito aos precedentes (sobretudo em um sistema de *common law*) constituem indicadores de ativismo judicial. Para Canon, Marshall, Young e Kmiec, a falta de fidelidade ao sentido literal e a criação judicial de direito constituem hipótese de ativismo judicial. Finalmente, Kmiec sustenta que os julgamentos orientados por seus resultados, ou o que chamamos de consequencialismo, é um indicador forte de ativismo judicial<sup>110</sup>.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos traz dez dimensões do ativismo judicial, guardando pertinência com as abordagens supramencionadas.

A primeira é a interpretação expansiva ou ampliativa da Constituição. A apreciação de princípios muitas vezes vagos ou implícitos para regular condutas concretas sem intermediação do legislador ordinário é uma dimensão do ativismo. Por exemplo, a Corte Warren nos Estados Unidos. Os juízes ativistas não se sentem presos ao sentido literal da Constituição, ao contrário, há maior conforto para juízos políticos, sob o argumento de manter a Constituição compatível com as circunstâncias sociais. Juízes ativistas tornam-se arquitetos sociais através dessa interpretação criativa<sup>111</sup>.

A segunda é a criação legislativa, sendo aquela dimensão do ativismo que trata da criação de direito por juízes. O juiz ativista

<sup>109</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

<sup>110</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

<sup>111</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

preenche lacunas, omissões e corrige leis, inovando, adicionando significados ou alterando-os conforme à Constituição. A atividade judicial é, assim, complementar, corretiva, substitutiva da atividade legislativa. Técnicas de decisão como a interpretação conforme à Constituição e as sentenças manipulativas<sup>112</sup> trazem à tona o dogma de legislador negativo<sup>113</sup>.

A terceira é a deferência a outros Poderes. Essa dimensão foca na falta de deferência das Cortes e juízes a outras instituições políticas. Ocorre o afastamento de decisões de outros Poderes com a substituição pelo Judiciário. A crítica que se faz é que muitas vezes o Judiciário toma uma decisão sem ter ciência da realidade do Legislativo e do Executivo, emitindo ordens impraticáveis, como, por exemplo, o controle judicial da economia na Era *Lockner*<sup>114</sup>.

A quarta é a afirmação de direitos. O avanço das Cortes envolve, sobretudo, os direitos fundamentais, os quais abordam argumentos de elevado valor moral. Neste ponto, podemos citar a já mencionada Corte Warren e os casos de união homoafetiva e aborto de fetos anencéfalos julgados pelo STF<sup>115</sup>.

A quinta dimensão aborda o ativismo e as políticas públicas. Essa dimensão representa o Judiciário realizando políticas públicas ou revendo-as no lugar do Poder Público<sup>116</sup>.

A sexta dimensão é a do ativismo como expansão da jurisdição e dos poderes de decidir. A expansão do papel institucional do Judiciário é causada pela judicialização que desloca-o, sobretudo o STF, para uma posição de protagonista, máxime pela resolução de *hard cases* envolvendo desacordos morais complexos. Junte-se a isto, o amplo rol

---

<sup>112</sup> MALUF CHAVES, André Luiz; PEREIRA, T. R. Sentenças aditivas no direito italiano e a sua viabilidade na jurisdição constitucional brasileira. Observatório de Jurisdição Constitucional. Ano 7, Volume v. 2, 2014.

<sup>113</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

<sup>114</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

<sup>115</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

<sup>116</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

de legitimados para propositura de ações diretas e o controle misto de constitucionalidade<sup>117</sup>.

A sétima dimensão é a da superação de precedentes, quando a flexibilidade interpretativa sobrepõe a estabilidade da jurisprudência<sup>118</sup>.

A oitava é o maximalismo das decisões. Juízes ativistas fazem fundamentações densas e amplas<sup>119</sup>, que acabam gerando efeitos indesejados e propiciando ações em demasia sobre temas que, inicialmente, não foram ventilados. Por outro lado, podem também gerar efeitos positivos, como no caso *Board Education v. Brown*, julgado pela Corte *Warren*, que repercutiu em outros casos de discriminação racial<sup>120</sup>.

A nona é o ativismo judicial ligado ao partidarismo. Decisões fundadas na ideologia partidária de juízes são uma dimensão claramente ilegítima. A Corte *Rehnquist*, que decidiu *Bush v. Gore* foi prova disso. Ao revés, o STF mostrou-se avesso a tal ativismo quando do julgamento da AP 470<sup>121</sup>.

A última dimensão ativismo é a soberania/supremacia judicial. É a forma mais extrema de ativismo, segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Nesta, não há diálogo, uma vez que a Corte toma decisões expansivas que excluem os outros atores políticos do processo de significação da Constituição. Em outros termos, a Corte dita a palavra final ou o último sentido na Constituição. O caso da ADI 2.797, sobre foro por prerrogativa de função, expressa bem isso. A jurisprudência da Corte do Canadá, por outro lado, possibilita e fomenta um diálogo institucional<sup>122</sup>.

117 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

118 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

119 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

120 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

121 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

122 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

Sob tal ótica, no julgamento do (RE) 565.089-SP, caso o Supremo deixe de reconhecer o direito à indenização, estará agindo de forma ativista e ilegítima.

O RE 565.089-SP discute a existência de dever de indenizar por ausência da revisão geral. Não se busca que o Poder Judiciário proceda à revisão. O que se busca é o reconhecimento de que há um dano patrimonial causado por uma omissão inconstitucional do Estado. O instituto é o da responsabilidade civil. Logo, há o dever de indenizar quando ficar concretamente demonstrado que, existindo a obrigação legal de agir e a possibilidade de evitar a lesão, ocorreu o fato danoso por uma omissão. Tais elementos, repita-se, já restaram comprovados por vasta jurisprudência do STF.

Caso o Supremo negue o direito à indenização, estaria deixando de aplicar disposição literal do art. 37, § 6º, e do art. 37, X, ambos da Constituição, recaindo, portanto, em ativismo ilegítimo. À luz do conceito multidimensional do ativismo judicial e da autocontenção, uma decisão que se afasta do sentido literal do texto configura hipótese de interpretação extensiva para além do texto. Estar-se-ia, portanto, deixando de aplicar a Constituição diante de um comando de alta densidade normativa. Uma atuação autocontida (*selfrestraint*), neste caso, simboliza exatamente uma postura de deferência em sua dimensão estrutural à vontade do legislador constituinte derivado, reforçando-se, portanto, o respeito pela democracia.

Ademais, o argumento de que o Supremo deve agir de forma consequencialista, ou seja, orientar seu julgamento de acordo com os resultados, demonstra uma dimensão ilegítima do ativismo e prejudica sobremaneira a eficácia constitucional. Isto porque cria-se uma subordinação do texto constitucional aos desmandos da economia, sendo que a lógica deveria operar exatamente em sentido contrário. Não se trata de atuação ativista em políticas públicas, já que não se cria nenhuma política, competência que precipuamente cabe ao Executivo. Cuida-se de indenização por danos materiais decorrentes de reconhecida omissão inconstitucional.

Em suma, entendimento contrário ao aqui exposto prejudicaria, *data venia*, a eficácia constitucional, não se demonstrando deferência

às escolhas do legislador e consubstanciando ativismo judicial ilegítimo.

### 3.6.6. A experiência do modelo português

Como visto, já encontramos diversos julgados concedendo a indenização ou determinando, diretamente, a revisão geral anual (ver item 3.3).

Mas não é só. Seguindo tal entendimento, existem outros argumentos que devem ser mencionados para respaldar a possibilidade de concessão de indenização no caso do art. 37, X, da Constituição Federal, por omissão estatal, sobretudo na doutrina e jurisprudência portuguesa, consoante trabalho de Luiz Henrique Boselli<sup>123</sup>.

No inciso X do art. 37 o legislador fez uso do verbo “assegurar”, de modo que fica claro o direito ao reajuste anual, que não se trata de aumento de vencimentos, mas de uma reposição da corrosão inflacionária. Ademais, no mesmo artigo no texto constitucional está assegurada a irredutibilidade de vencimentos (art. 37, inciso XV).<sup>124</sup>

Ora, devemos indagar: não haveria um dano àquele que adentrou ao serviço público na expectativa de uma remuneração determinada? Não haveria um dano pela lapidação do poder aquisitivo de tal remuneração? O Estado não estaria se beneficiando dessa omissão? Não estaria ele também se beneficiando da ausência de sanção para sua inércia?<sup>125</sup>

As respostas obviamente são todas positivas. Se ao cidadão/servidor foi garantido determinado direito em face do Estado e este, ao se omitir em fornecer os meios para fazer cumprir esse direito, lhe causa um dano, deve ser condenado a indenizar.<sup>126</sup>

Em Portugal, segundo o entendimento de inúmeros juristas<sup>127</sup>, o art. 22 da Constituição de 1976, ao afirmar que o Estado tem responsabilidade civil pelas ações e omissões praticadas no

<sup>123</sup> BOSELLI DE, Luiz Henrique. *A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito do Estado. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde.../SOUZALHB\\_TESE.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde.../SOUZALHB_TESE.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>125</sup> *Idem*.

<sup>126</sup> *Idem*.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 159.

exercício de suas funções das quais resulte violação de direitos e garantia ou prejuízo a terceiros, consagrou a responsabilidade civil do Estado por atos de quaisquer de suas funções, incluindo a omissão legislativa.

Canotilho e Vital Moreira afirmam<sup>128</sup> que não há fundamento para não se aplicar a responsabilidade civil do Estado tanto em relação à ação quanto à omissão normativas ilícitas. Assim, no caso de prejuízo causado pelo não exercício de uma obrigação normativa pelo Estado, este fica responsável pelo dever de indenizar.<sup>129</sup>

Ante o exposto, e diante do art. 22<sup>a</sup> da Constituição de Portugal,<sup>130</sup> tal raciocínio é completamente aplicável à jurisdição constitucional brasileira, eis que o art. 37, § 6<sup>a</sup><sup>131</sup>, da Constituição, que trata da responsabilidade civil do Estado, não faz qualquer restrição sobre atos omissivos.<sup>132</sup>

A Lei n<sup>o</sup> 67/2007 de 31 de dezembro, de Portugal, traz o regime de responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de função administrativa, jurisdicional e legislativa, trazendo capítulo específico sobre a responsabilidade do Estado com relação a atos danosos resultantes de omissão de providências legislativas necessárias para o exercício de direitos constitucionais.<sup>133</sup> Vejamos:

---

Art. 15 [...] 3 – O Estado e as regiões autónomas são também civilmente responsáveis pelos danos anormais que, para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais.

---

<sup>128</sup> *Idem*.

<sup>129</sup> *Idem*.

<sup>130</sup> “Artigo 22<sup>o</sup> Responsabilidade das entidades públicas. O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.”

<sup>131</sup> Art. 37. (...) “§ 6<sup>o</sup> 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.”

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 160.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 162.

Contudo, tal obrigação de indenizar somente pode ser conferida pelo juiz de primeiro grau, em uma ação ordinária, por exemplo, após manifestação do Tribunal Constitucional sobre essa omissão. Ou seja, o juízo de constitucionalidade ficou a cargo da Corte constitucional<sup>134</sup>:

---

Art. 15 [...] 5 – A constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional.

---

Podemos concluir que foi adotada uma corrente subsidiária, no sentido de que primeiro é necessária manifestação do Tribunal Constitucional, ao contrário da corrente autônoma que permite a declaração de inconstitucionalidade no próprio caso concreto de reparação civil pelo juiz de primeiro grau.<sup>135</sup> Vale ressaltar que não se exige que a Corte conceda prazo para o órgão suprir a omissão, basta declarar a inconstitucionalidade para configurar o direito à reparação indenizatória.

Entendemos possível a utilização da corrente autônoma na jurisdição constitucional brasileira, posto que aqui o controle difuso de constitucionalidade tem uma amplitude maior do que em Portugal<sup>136</sup>, veja-se por exemplo a existência do Mandado de Injunção, de modo que tal caminho seria o ideal para uma completa efetividade constitucional.

Todavia, segundo pensamento mais parcimonioso, também poderíamos adotar a corrente subsidiária, bastando apenas que o STF declarasse a omissão inconstitucional sem necessidade de concessão de prazo. Embora não fosse o ideal, já seria uma medida considerável na busca por dar efetividade à Constituição.<sup>137</sup>

---

134 *Idem*.

135 *Ibidem*, p. 160/161.

136 O professor Dirley da Cunha Júnior, como visto (capítulo 2), sustenta que o controle de ações ou omissões do Poder Público (leia-se Poderes ou órgãos) pode ocorrer em qualquer demanda judicial, desde que exercido num processo *inter partís*. Ele afirma que a fiscalização de inconstitucionalidade por de ser suscitada pelo autor através de: i) qualquer ação seja de natureza civil, penal, trabalhista, tributária, *mandado de segurança*, *habeas corpus*, *mandado de injunção*, *habeas data* ação popular, ação civil pública; ii) qualquer processo ou procedimento (conhecimento, execução e cautelar).

137 SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. *Ibidem*, p. 166.

Destarte, o Direito português resolveu de forma eficaz todas as dúvidas existentes acerca do dever de reparar do Estado quando este causar danos aos cidadãos pela inércia em tomar as providências legislativas necessárias a tornar exequíveis normas constitucionais.<sup>138</sup> Tal entendimento pode e deve ser seguido pelos nossos Tribunais (possibilidade de indenização após declarada omissão inconstitucional pelo STF sem necessidade de prazo) e a Lei nº 67/2007 pode ser utilizada pelo nosso Congresso *de lege ferenda*.

Quanto ao pleito referente aos danos morais, é certo que em razão da sua carga valorativa e subjetiva, este não deve ser menoscabado, pelo contrário, deve ser levado em consideração diante do caso concreto sempre se pautando pela razoabilidade e proporcionalidade, bem como pela extensão do dano.

É evidente que a compensação do dano moral não é um pagamento pela dor, mas como ensina Maria Celina Bodin de Moraes, uma forma de possibilitar à vítima *“desfrutar alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando (rectius, abrandando) os efeitos que o dano causara em seu espírito”*.<sup>139</sup> Dessa forma, a tentativa de se buscar tornar a realidade mais suave justifica a fixação da indenização por danos morais, até mesmo em valores mais elevados.

Após analisar uma série de decisões do STJ, Helena Elias afirma:

A partir do julgamento do REsp 135.202/SP, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, a jurisprudência do STJ tem adotado, com variações pouco significativas, o entendimento segundo o qual, na indenização por danos morais, é *“recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso”*.<sup>140</sup>

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>139</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 147.

<sup>140</sup> PINTO, Helena Elias. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 132/133.

Assim, ante o exposto, e segundo a doutrina de Sérgio Cavalieri<sup>141</sup>, verifica-se que o dano moral tem duplo caráter: reparador e pedagógico-punitivo: não se pode arbitrar valor ínfimo a ponto de afastar o aspecto pedagógico-punitivo que o dano moral ostenta, e ao mesmo tempo, não se pode determinar valor que gere enriquecimento sem causa do demandante.

Na hipótese do art. 37, X, não concordamos com o entendimento que prevalece atualmente nos Tribunais, no sentido de que este não pode ser concedido, em razão da sua alta subjetividade (Rcl nº 4.724 MC/ES. Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Carmen Lúcia. STF. Dj de 30/10/2006). O dano moral, à luz da ordem constitucional vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade (art. 1º, III, art. 5º, V e X).

Neste sentido, entendemos que o prejuízo econômico gerado pela omissão do art. 37, X, é capaz de violar de forma incidental a dignidade dos servidores. Sabemos que estes passam por árduas provas de concurso, estudam durante anos para ingressar no funcionalismo público buscando estabilidade e contraprestação financeira justa pelo serviço público desempenhado.

Logo, em razão da omissão inconstitucional, ficam obviamente desamparados, deixando de ter uma qualidade de vida melhor, e em algumas situações podem ser amplamente prejudicados em razão da ausência desse valor patrimonial para emergências da vida. Basta ver as consequências sociais da omissão em comento (item 3.4.2)

Em que pese os argumentos contrários, respeitamos, mas ousamos discordar. E ainda que não se entenda devido o dano moral, subsistiria a obrigação da indenização por danos patrimoniais.

### **3.7. POSSIBILIDADE DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE EM REAJUSTAR A REMUNERAÇÃO BÁSICA: ÍNDICE DE REAJUSTE E FINANÇAS**

A possibilidade de ajuizamento de ação ordinária com o pedido de obrigação consistente em reajuste da *remuneração básica*, também se

---

141 CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88/106.

relaciona com os pontos já ultrapassados referentes à *separação dos poderes, eficácia normativa da Constituição e doutrina da efetividade das normas constitucionais* (ver capítulo 1).

Inicialmente, ressaltamos que o Ministro Luís Roberto Barroso aduz que no caso de omissão absoluta de providência exigida constitucionalmente, é possível que o Judiciário atue para reconhecer a autoaplicabilidade da norma e executá-la diretamente.<sup>142</sup> Destaca o exemplo do art. 8º, § 3º, do ADCT da Constituição de 1988. O dispositivo em comento prevê reparação de natureza econômica para cidadãos afetados por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, na forma da lei de iniciativa do Congresso Nacional, que deveria entrar em vigor no prazo de 12 meses a contar da promulgação da Constituição. Decorridos os 12 meses sem lei, o STF reconheceu a mora do Legislativo em editar a referida norma e fixou o prazo de 60 dias para ultimação do processo legislativo, facultando ao impetrante o exercício de ação ordinária para o recebimento de indenização (STF, RDA, 185:204, 1991, MI 283-5, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).<sup>143</sup>

Ainda há, contudo, duas questões que devem ser dirimidas para concretizar o art. 37, X: trata-se da questão financeira (também será abordada no capítulo seguinte) e da escolha do índice a ser utilizado. (parcialmente abordada quando da análise do voto do Min. Gilmar Mendes no RE 565.089-SP).

Quanto ao índice, se mostra relevante a adoção do Índice de Preço do Consumidor Amplo (IPCA), por ser índice oficial do Governo Federal para medição das metas inflacionárias, inclusive pelo Banco Central, já que reflete a elevação dos preços de produtos que possuem impacto direto na remuneração dos servidores públicos.

Tal índice foi utilizado diversas vezes para a finalidade que aqui se busca. (como visto anteriormente quando da análise do voto do Min. Teori Zavascki no RE 565.089-SP).

---

142 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 57/58.

143 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 57.

Pelo TJ-PB no Mandado de Injunção nº 999.2010.000097-8/001 adrede comentado, bem como no entendimento do Juiz Federal William Douglas na sua decisão<sup>144</sup>.

Também foi utilizado o IPCA na Lei nº 12.770/2012 que dispõe sobre o subsídio do Procurador-Geral da República e sobre sua revisão geral anual<sup>145</sup> e pela ALERJ (Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro) no Projeto de Lei nº 442/2007, acerca da revisão geral anual dos servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.<sup>146</sup>

A Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2016, no Capítulo dos débitos judiciais, estabelece o IPCA-E como índice a ser utilizado no caso dos precatórios (art. 26), de modo que se mostra perfeitamente aplicável a analogia. Não foi outra a atitude do TST no caso mencionado quando da análise do voto do Min. Teori no RE 565.089-SP (item 3.6.2).

Logo, entendemos que o IPCA é o índice que deve ser utilizado, por melhor refletir os valores monetários defasados pela inflação, com o objetivo de ajustá-los aos valores reais.

Passemos à questão financeira e a quais regras devem ser obedecidas, no âmbito econômico e financeiro, para que o art. 37, X, venha a ser efetivado. De antemão, adiantamos que no capítulo 4 serão abordadas a questão da indexação e outras essencialmente relevantes para a efetivação do art. 37, X.

Como visto, o art. 37, X, da Constituição estabelece que *“a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”*. Além disso outros dispositivos devem ser observados.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seus arts. 18 a 23, disciplina e conceitua o que venha a ser despesa com pessoal, fixa os limites

---

144 Vale ressaltar que na fundamentação da decisão o juiz cita seu entendimento no sentido de que o IPCA seria o mais adequado, embora tenha proferido decisão se valendo do INPC, nos termos do pedido autoral.

145 Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1123485&filename=PL+6230/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1123485&filename=PL+6230/2013)>. Acesso em: 30 abr. 2014.

146 Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro0711.nsf/23e0bb57e4891f1e83256d6b006954ef/1f9459d4da1d53ff832572dd0073992d?OpenDocument>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

por Poder e órgãos, e as formas de controle da despesa com o funcionalismo. No caso da União, o art. 19, I, para fins do disposto no art. 169 da Constituição, fala que a despesa total com pessoal, não poderá exceder os percentuais da receita líquida da União em 50%.<sup>147</sup>

O art. 2º da referida Lei nº 10.331/2001, estabelece as condições a serem observadas para a revisão geral anual, que são: autorização na Lei de Diretrizes Orçamentárias; definição do índice em lei específica; previsão do montante da respectiva despesa e correspondentes fontes de custeio na lei orçamentária anual; comprovação da disponibilidade financeira que configure capacidade de pagamento pelo governo, preservados os compromissos relativos a investimentos e despesas continuadas nas áreas prioritárias de interesse econômico e social; compatibilidade com a evolução nominal e real das remunerações no mercado de trabalho; e atendimento aos limites para despesa com pessoal de que tratam o art. 169 da Constituição e a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.<sup>148</sup>

Em seguida é a Lei de Diretrizes Orçamentárias enviada anualmente ao Congresso até 15 de abril, com os parâmetros para as despesas gerais dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), incluindo os dispêndios com servidores públicos ativos, aposentados e pensionistas.<sup>149</sup>

Além disso, a Lei Orçamentária deve também ser enviada anualmente ao Congresso até 31 de agosto, com a alocação de receitas e despesas da União, com destaque para a despesa com pessoal, cujo detalhamento, com a citação dos projetos em tramitação, consta no anexo V da referida lei.<sup>150</sup>

---

147 QUEIROZ, Antônio Augusto de. *Lei orçamentária depende de normas acessórias*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-22/autorizacao-ldo-2013-necessita-lei-reajuste-servidores>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

148 QUEIROZ, Antônio Augusto de. *Lei orçamentária depende de normas acessórias*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-22/autorizacao-ldo-2013-necessita-lei-reajuste-servidores>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

149 QUEIROZ, Antônio Augusto de. *Lei orçamentária depende de normas acessórias*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-22/autorizacao-ldo-2013-necessita-lei-reajuste-servidores>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

150 QUEIROZ, Antônio Augusto de. *Lei orçamentária depende de normas acessórias*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-22/autorizacao-ldo-2013-necessita-lei-reajuste-servidores>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

Por último, deve ser enviado ao Congresso até 31 de agosto do ano anterior, o projeto de lei com especificação da carreira ou grupo de servidores que terão alguma vantagem salarial, como reajuste e reestruturação de carreira.<sup>151</sup>

ALDO para 2016, em consonância com o comando constitucional, com a Lei de Responsabilidade Fiscal e com a lei que define os parâmetros para a revisão geral, autoriza a revisão geral das remunerações em seu art. 101<sup>152</sup>, e permite, em seu art. 99,<sup>153</sup> a realização de despesas com pessoal relativas ao aumento da remuneração, vantagens, benefícios, até o montante dito no anexo da Lei Orçamentária de 2016 (Anexo V).

A concretização da revisão, como já mencionado, não é efetivada já que o chefe do Poder Executivo federal não realiza desde 2003 o envio de projeto de lei específico com índice de revisão.

Contudo, dispõe a Lei Orçamentária Anual vigente, em seu art. 4º, VI, sobre a autorização para abertura de créditos suplementares:

---

VI – de pessoal e encargos sociais, inclusive as decorrentes da revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos federais e dos militares das Forças Armadas prevista no art. 37, inciso X, da Constituição, mediante a utilização de recursos oriundos da anulação de dotações consignadas:

- a) a esse grupo de natureza de despesa;
  - b) à Reserva de Contingência/Recursos para o Atendimento do art. 169, § 1º, inciso II, da Constituição; e
  - c) superávit financeiro apurado no balanço patrimonial do exercício de 2013.
- 

<sup>151</sup> QUEIROZ, Antônio Augusto de. *Lei orçamentária depende de normas acessórias*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-22/autorizacao-ldo-2013-necessita-lei-reajuste-servidores>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

<sup>152</sup> “Art. 101. Fica autorizada, nos termos da Lei nº 10.331, de 18 de dezembro de 2001, a revisão geral das remunerações, subsídios, proventos e pensões dos membros de Poder e dos servidores ativos e inativos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, das autarquias e fundações públicas federais, cujo percentual será definido em lei específica.”

<sup>153</sup> “Art. 99. Para atendimento ao disposto no inciso II do § 1º do art. 169 da Constituição Federal, observado o inciso I do mesmo parágrafo, ficam autorizadas as despesas com pessoal relativas à concessão de quaisquer vantagens, aumentos de remuneração, criação de cargos, empregos e funções, alterações de estrutura de carreiras, bem como admissões ou contratações a qualquer título, de civis ou militares, até o montante das quantidades e dos limites orçamentários constantes de anexo específico da Lei Orçamentária de 2016, cujos valores deverão constar da programação orçamentária e ser compatíveis com os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal.”

Registre-se que importante questão diz respeito à compatibilidade da revisão geral e anual em apreço com as normas de responsabilidade fiscal. Quanto a isso, entende-se, nesta obra, que os gastos com a remuneração e os subsídios dos servidores podem extrapolar os limites do art. 19 da Lei Complementar nº 101, de 2000, estabelecidos em cumprimento ao *caput* do art. 169 da Constituição de 1988, quando procedida a revisão geral anual, pois este é um direito constitucional dos servidores, e não mera concessão feita ao arbítrio da Administração Pública. Entretanto, se isso ocorrer, a Administração Pública deverá implementar medidas para redução da despesa, conformando-a àqueles limites do art. 19 da Lei Complementar nº 101, de 2000, necessariamente obedecendo à ordem prevista no parágrafo 3º do art. 169 da Constituição de 1988, qual seja, redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança.<sup>154</sup>

Por fim, observe-se que de acordo com o § 6º do art. 17 da LRF, em se tratando de reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inc. X do art. 37 da Constituição, o ato proposto não precisa ser instruído com a estimativa do impacto orçamentário financeiro, no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes, prevista no inc. I do art. 16, e nem é necessário demonstrar a origem dos recursos para seu custeio (conforme também dito na justificativa da última lei de revisão geral anual feita em 2003)<sup>155</sup>.

Logo, há possibilidade de inclusão na despesa atual como crédito suplementar. Todavia, com uma visão mais parcimoniosa, não há impedimento para que a despesa seja incluída no orçamento do ano seguinte, como fez o TJ-PB, no julgamento do Mandado de Injunção nº 999.2010.000097-8/001, já mencionado.

Neste sentido, ressalte-se que, como visto, o professor Luis Roberto Barroso<sup>156</sup> sustenta a dificuldade em concretizar tal omissão por questões de separação dos Poderes, orçamento e reserva do possível, nos termos

---

<sup>154</sup> CLARK, Giovanni; CASTRO, Maria Cecília de Almeida. Revisão Geral e Anual da Remuneração e dos Subsídios dos Servidores Públicos: Instrumento de Correção das Perdas Inflacionárias no Brasil. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/155/155>>. Acesso em: 02 abr. 2014, p. 438.

<sup>155</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=135234&filename=PL+1083/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=135234&filename=PL+1083/2003)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

<sup>156</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 59.

da Súmula nº 339 do STF. Todavia, enaltece que o próprio Supremo Tribunal Federal abriu uma exceção em sua própria jurisprudência, envolvendo, exatamente, o art. 37, X, em sua redação original, antes da EC nº 19/98, estendendo aos servidores públicos civis, o reajuste que havia sido dado apenas aos militares.<sup>157</sup> Ademais, sustenta que, em casos como estes, poderia ser determinado que a categoria fosse contemplada a partir do exercício financeiro seguinte.<sup>158</sup>

Vale ainda ressaltar o caso julgado recentemente envolvendo a Varig que terá despesa estimada em 3 bilhões.<sup>159</sup>

Por maioria, o STF negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 571.969, por meio do qual a União e o Ministério Público Federal buscavam reverter decisão que garantiu à Viação Aérea Rio-Grandense (Varig) o direito à indenização em razão do congelamento de tarifas ocorrido durante o Plano Cruzado, entre outubro de 1985 e janeiro de 1992. A maioria dos ministros seguiu o voto da relatora, Ministra Cármen Lúcia, no sentido de que o dano causado à empresa pelo congelamento ficou comprovado nas instâncias ordinárias.

O Ministro Luís Roberto Barroso acompanhou a posição da relatora para concluir que há responsabilidade civil do Estado no caso do congelamento das tarifas da Varig. “O caráter geral das políticas econômicas não autoriza a União a descumprir cláusulas de contrato de concessão, em especial quando é a Constituição que exige a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro”, afirmou o ministro. A Ministra Rosa Weber corroborou os argumentos apresentados pelo Ministro Barroso para seguir o voto da relatora.

Em resumo, condenou-se a União a pagar indenização com base na exigência constitucional do equilíbrio econômico e financeiro.

<sup>157</sup> STF, AgRg em AI 211.422-PI, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 14 agosto de 1998. “Neste caso, em sede de controle concreto via recurso em mandado de segurança (RMS 22.307-DF), o Plenário reconheceu a inconstitucionalidade por omissão parcial e estendeu aos servidores públicos civis reajuste que havia sido dado apenas aos militares em violação do art. 37, X.” BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 59/60.

<sup>158</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 60.

<sup>159</sup> Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia-geral,stf-condena-uniao-a-indenizar-varig-por-congelamento-de-passagens,179487,0.htm>>. Acesso em 10 mai. 2014.

Não custa relembrar, por fim, o voto já mencionado do Exmo. Ministro Luis Roberto Barroso<sup>160</sup> no julgamento da questão de ordem suscitada na ADI 4.357/DF e na ADI 4.425/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 19/3/2014, onde na última hipótese proposta, se houvesse a demonstração de que a entidade federativa não conseguiria majorar a vinculação sem comprometer outras obrigações constitucionais, poderia deixar de aumentá-la, no entanto, vedar-se-ia a realização de publicidade institucional.

Em analogia ao pensamento mencionado pelo Ministro Dias Toffoli: por que existem nítidas possibilidades de medidas orçamentárias para o pagamento de precatórios, inclusive com vedação da publicidade institucional dos entes, e não há no caso dos servidores?

As soluções propostas pelo Ministro Barroso neste caso são extremamente válidas, louváveis e contribuem sobremaneira para a democracia, todavia, seria uma incoerência aceitar sua viabilidade no caso dos precatórios e negar sua aplicação à revisão geral dos servidores. Já possuímos casos de concessão da revisão geral anual diretamente pelo Judiciário (item 3.3), não havendo óbice para tanto.

Destarte, torna-se perfeitamente viável a efetivação do art. 37, X, da Constituição pelo Poder Judiciário.

---

<sup>160</sup> Informativo 739 do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2014.



## CAPÍTULO 4

# INDEXAÇÃO, SENTENÇAS ADITIVAS E O ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO

---

Recentemente, o Juiz Federal William Douglas exarou decisão<sup>1</sup> que, pelos seus fundamentos, implicam em reflexão sobre o estado atual da inaplicação do comando constitucional da revisão anual dos subsídios, em situação de flagrante inconstitucionalidade por omissão.

Neste breve ensaio se fará um esboço de algumas decisões do STF no que concerne ao preenchimento de lacunas legislativas e o papel do tribunal no afastamento de tais obstáculos, violadores do direito fundamental da propriedade na sua feição objetiva e positiva.

Coincidentemente, em recente julgamento deste ano de 2014 publicado nas notícias do Supremo Tribunal Federal, foi publicada a seguinte informação:

O julgamento que vai decidir se servidores públicos têm direito a indenização por falta de revisão anual em seus vencimentos foi suspenso por pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, do Supremo Tribunal Federal. Com repercussão geral reconhecida, o caso foi retomado nesta quinta-feira (3/4) pelo Plenário da corte.

A Ministra Cármen Lúcia apresentou seu voto-vista acompanhando o entendimento do relator, Ministro Marco Aurélio, que reconheceu o direito dos servidores paulistas à indenização. O Ministro Luis Roberto Barroso divergiu dessa posição.

Os autores do recurso afirmam que não buscam obter, na Justiça, qualquer espécie de reajuste ou aumento nos vencimentos, mas apenas indenização pelas perdas inflacionárias sofridas nos últimos anos, por

---

<sup>1</sup> A decisão na íntegra se encontra na nota prévia desta obra.

conta da omissão do Estado de São Paulo que, desrespeitando o disposto no art. 37, inciso X, da Constituição Federal, não concedeu a revisão geral anual para os servidores públicos estaduais.

No RE, os autores defendem que o STF já reconheceu, na ADI 2.492, a mora legislativa do governo paulista sobre o tema desde 1999 – ou 12 meses após a edição da Emenda Constitucional (EC) 19/1998, que deu a redação atual ao mencionado inciso –, o que seria bastante para caracterizar a omissão, fazendo surgir daí a obrigação de indenizar.

No início do julgamento, em junho de 2011, o ministro Marco Aurélio reconheceu o direito dos servidores à indenização. Para ele, a revisão não é ganho, nem lucro, nem vantagem, mas um componente essencial do contrato do servidor com a Administração Pública. Além disso, seria uma forma de resguardar os vencimentos dos efeitos da inflação. Concluindo pelo provimento do recurso, o ministro lembrou que a revisão geral anual está assegurada na Constituição, no art. 37, inciso X.

Na sessão desta quinta-feira (3/4), a Ministra Cármen Lúcia se manifestou no mesmo sentido do relator. Para ela, a omissão quanto à edição de leis para garantir revisão geral anual aos servidores paulistas configura frontal desrespeito à Constituição, causando danos aos servidores paulistas, o que permite invocar a responsabilidade do ente estatal.

“Reconhecida a mora do governo de São Paulo e evidenciado o dano aos servidores daquele estado, que, por falta da lei prevista pelo art. 37, inciso X, da CF, viram-se privados da reposição do valor da moeda, não cabe dúvida quanto à possibilidade jurídica do pedido veiculado nesse RE”, frisou a ministra. Por se tratar de omissão ilícita, já reconhecida desde o julgamento da ADI 2.492, o ressarcimento tem natureza reparatória, concluiu Cármen Lúcia ao acompanhar o relator pelo provimento do recurso, lembrando que o estado chegou a editar leis, mas meramente simbólicas, que não chegaram a implementar, de fato, o direito dos servidores à revisão geral anual.

### Divergência

A divergência na votação foi aberta pelo Ministro Luís Roberto Barroso, para quem o dispositivo constante do art. 37, inciso X, da Constituição não deve ser visto como um dever específico de que a remuneração seja objeto de aumentos anuais, menos ainda em percentual que corresponda à inflação apurada no período.

Segundo Barroso, revisão não significa modificação. Assim, para o ministro, o estado seria obrigado a avaliar anualmente a remuneração geral dos servidores, o que não significa necessariamente a concessão de aumento. O chefe do Executivo tem o dever de se pronunciar anualmente e, de forma fundamentada, dispor sobre a conveniência e possibilidade, ou não, de concessão de reajuste geral anual para o funcionalismo.

Ao votar pelo desprovimento do recurso, e contra o que ele chamou de uma forma de indexação permanente, o ministro revelou o temor do retorno a uma situação de indexação ampla, geral e irrestrita, como já aconteceu no Brasil em passado recente.

*Com informações da Assessoria de Imprensa do STF.”*

A questão da omissão legislativa no que concerne à revisão anual da remuneração dos servidores públicos é tema de relevância nacional e atinge todos os níveis de governo da Federação e envolve quantias significativas de recursos públicos, daí por que se fará um esforço de síntese de demonstração das decisões já proferidas pelo STF que permitem o preenchimento de lacunas legislativas, bem como as possíveis soluções que podem ser adotadas para o difícil tema da revisão geral dos subsídios de agentes públicos.

Inicialmente, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal tem adotado algumas técnicas de decisão visando à sanação de omissões legislativas, das quais faremos um breve e conciso inventário.

No MI 712, da Relatoria do Ministro Eros Grau sobre o direito de greve, destacou-se a necessidade de dar efetividade ao art. 37, VII, da CF/1988 até que sobreviesse a lei regulamentadora do direito de greve, ressaltando-se que incumbe ao Judiciário produzir norma suficiente para tornar viável o exercício do direito ali previsto.

Estaria, assim, o Judiciário vinculado ao poder-dever de formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico, com o destaque de que no mandado de injunção o STF não define norma de decisão, mas enuncia texto normativo que faltava para tornar viável o direito de greve dos servidores, removendo o obstáculo da omissão legislativa.

Sobre norma de decisão, ver Eros Grau, *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Mallheiros,

p. 92-93, e Elival da Silva Ramos. *Ativismo Judicial*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105-106.

Prossegue o aresto destacando que texto e norma não se identificam. O que na verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é atividade que se presta para transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas.

No referido acórdão o Min. Gilmar Mendes afirma que em casos de omissão legislativa a inação do Judiciário já configuraria quase que uma espécie de “omissão judicial”, obtemperando que não se pode considerar que um direito constitucionalmente previsto fique submetido a juízo de oportunidade e conveniência do Legislativo.

Considera que no caso de decisões modificativas não está em causa o exercício de função criativa do Judiciário, mas de extração de um *quid juris* já presente – de modo cogente e vinculativo para o próprio legislador – no ordenamento.

Assim, o STF não atuaria como legislador positivo, já que não possui a liberdade de opção para definir o espaço legal que é atribuído ao legislador.

Assim, a norma não explicitamente formulada no texto, está já presente e de modo vinculante, no próprio sistema.

Aqui o aresto assinala dois critérios para fundamentar tal entendimento, a saber: o da vontade hipotética do legislador e o da solução constitucionalmente obrigatória. Na primeira, o tribunal completa um regime já escolhido pelo legislador e de um modo que, em nenhuma hipótese, se afastaria, não havendo, no caso, substituição da vontade do legislador. Na segunda – critério da solução constitucionalmente obrigatória –, a decisão do tribunal apenas incorpora no ordenamento o que já era previsto, de modo vinculativo, pelo constituinte.

Em casos que tais, o legislador não tem discricionariedade quanto à edição ou não da lei disciplinadora. Este poderá adotar um modelo mais ou menos rígido ou restritivo, mas não poderá deixar de reconhecer o direito previamente reconhecido na Constituição.

Ocorre aqui uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não o direito, podendo, tão somente, dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, isto porque uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos.

O Supremo tribunal Federal, na ADI 2.240, da relatoria do Min. Eros Grau consagrou a categoria interpretativa da “reserva do impossível”, com base na força normativa dos fatos, posto que na vida do Estado, as relações reais precedem as normas em função delas produzidas.

Pontuou-se que em caso de omissão do legislador, esta opera no sentido de se transferir parcela da função constituinte ao Poder Legislativo – o que é inadmissível – eis que inviabiliza o que a Constituição autoriza.

O voto destaca a presença de uma “reserva do impossível”, no sentido de não ser possível a desconsideração da realidade de um fato, ou de sua anulação, fingindo por ficção que a situação não existe.

Na ADI 3.510, da relatoria do Ministro Ayres Britto, o Supremo Tribunal Federal trouxe importante ensinamento sobre o princípio da proporcionalidade no tocante à proibição de proteção deficiente em sede de direitos fundamentais, os quais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa), mas também a garantir os direitos fundamentais contra a agressão propiciada por terceiros.

Prossegue afirmando que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, mas também proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela.

Nessa toada, estabelece a seguinte classificação do dever de proteção: a) dever de proibição – dever de proibir uma determinada conduta; b) dever de segurança – impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; c) dever de evitar riscos – autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Destaca que haveria um direito objetivo à observância do dever de proteção, isto é, um direito fundamental à proteção, posto que a inobservância a tal direito corresponde a uma lesão do direito fundamental.

Assim, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada.

O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Na ADI 1.351-1, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o STF estendeu a eficácia de regra transitória e, portanto, temporária de molde a evitar um indesejado vácuo legislativo.

Destacou o julgamento que o STF deve encontrar uma solução que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma regra e do sistema dela decorrente, preserve as normas de transição que regem a questão, pelo menos até que o legislador elabore novas regras para disciplinar a matéria (sobre o tema do apelo ao legislador, veja-se ainda Gilmar Mendes. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 242).

Conclui o Supremo Tribunal Federal que no caso de apelo ao legislador há a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

Deste breve esboço, podemos destacar as seguintes posições do STF:

- a) não é vedado ao Poder Judiciário o preenchimento de lacuna legislativa em nosso ordenamento constitucional;
- b) em razão dos critérios da vontade hipotética do legislador e da solução constitucionalmente obrigatória, o Judiciário tem o poder-dever de preencher lacunas legais;
- c) pela categoria da reserva do impossível o Judiciário não pode desconhecer de realidades subjacentes ao ordenamento jurídico;
- d) nosso ordenamento está submetido ao postulado da proporcionalidade na vertente da proibição de proteção deficiente em matéria de direitos fundamentais;
- e) com base na segurança jurídica, o STF pode protrair a eficácia de lei temporária ou promover regime de transição até que o legislador promova a disciplina da matéria vítima de lacuna inconstitucional;

Destacadas as técnicas de colmatação existentes à disposição de nossa corte constitucional, oferecemos alguns aportes argumentativos sobre a questão dos subsídios e a exegese do art. 37, X, da Constituição da República.

Como se sabe, o inciso X do art. 37 da CR/1988 diz em seu texto que o subsídio sofrerá uma revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices, sendo que poderão ser alterados por meio de lei específica de iniciativa privativa do Poder que encaminha o projeto de lei.

Em primeiro lugar é preciso estabelecer a distinção entre revisão, reajuste e aumento. Na revisão o valor subsídio é colocado na perspectiva daquele que detém o poder de iniciativa da lei a que alude o dispositivo em foco para, em seguida, promover um eventual reajuste, o que implica na elevação nominal do valor depois de aplicado determinado índice de atualização monetária no período de um ano.

Se o reajuste ficar aquém da inflação do período, apenas se corrigiu, em parte, a perda da capacidade de compra e de quitar dívidas do valor do subsídio. Haverá, no entanto, aumento, se a lei que revisar

o subsídio reajustar o seu valor em índice que se posicione acima da inflação verificada no período anual.

Assim, a revisão pode gerar um reajuste (abaixo da inflação) ou um aumento (reajuste acima da inflação) do subsídio, sendo, no último caso, um ganho real e nos demais apenas parte da recomposição do poder de compra do subsídio.

Não há, portanto, como confundir os institutos e neste sentido é a lição da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha em sua obra "*Princípios Constitucionais dos servidores públicos*". São Paulo: Saraiva, 1999, p. 323, *verbis*:

A revisão distingue-se do reajuste porque, enquanto aquela implica examinar de novo o quantum da remuneração para adaptá-lo ao valor da moeda, esse importa em alterar o valor para ajustá-lo as condições ou ao custo de vida que se entende guardar correspondência com o ganho do agente público. Revê-se a remuneração para fazer a leitura financeira do seu valor intrínseco, enquanto se reajusta para modificar o vencimento, subsídio ou outra espécie remuneratória ao valor extrínseco correspondente ao padrão devido pelo exercício do cargo, função ou emprego. Pela revisão se corrige o valor monetário que corresponde ao valor remuneratório adotado, enquanto que pelo reajuste se modifica o valor considerado devido pela modificação do próprio padrão quantificado. Como a revisão não importa em aumento mas em manutenção do valor monetário correspondente ao quantum devido, fixou-se a sua característica de generalidade, quer dizer, atingido todo o universo de servidores públicos.

A divergência aberta se construiu com os seguintes argumentos:

- a) o inciso X do art. 37 não contém dever específico;
- b) que não obstante isso, este dever genérico não é anual;
- c) que este dever genérico que não é anual, não implica em nenhum aumento;
- d) que não há nenhuma obrigatoriedade de que eventual aumento corresponda à inflação do período;
- e) que revisão não é modificação;

- f) que o chefe do Executivo tem o dever de se pronunciar anualmente e de forma fundamentada, sobre a conveniência e possibilidade de concessão de reajuste;
- g) que a revisão geral seria uma indexação permanente;
- f) que tal indexação permanente dos subsídios levaria a uma indexação ampla, geral e irrestrita.

A resposta a que nos proporemos seguirá o mesmo sistema de alíneas, com os seguintes argumentos contrapostos:

- a) a mera interpretação literal ou gramatical já poderia dar conta da inteligência do que venha a ser “assegurada a revisão” como indicadora de um dever específico de rever, de colocar novamente em perspectiva o valor do subsídio, tanto assim é que o verbo “assegurar” está no imperativo, revelando indisfarçadamente em poder/dever de revisão – não há aqui faculdade ou inexistência de dever; ademais, um dever genérico ou específico revela, de qualquer modo, a obrigação de agir;
- b) mais uma vez a mera interpretação literal ou gramatical dá conta de visualizar a regra da revisão geral; o texto fala “anual” – como se pode discordar disso?
- c) realmente, neste item o Ministro Barroso já admite que a revisão é talvez anual mas, não implica em nenhum aumento. Como já se explicou, a revisão pode gerar um acréscimo do valor no subsídio abaixo da inflação do período – e não haverá aumento – ou sofrerá um incremento no valor nominal com atualização acima da inflação anual – então teremos aumento;
- d) neste caso é verdade que nada impede que eventual aumento seja superior ao índice de inflação verificado no período, com ganho real de remuneração, a exemplo do que acontece com inúmeras categorias, como é público e notório;
- e) a revisão realmente não é modificação, mas a não revisão é modificação que afeta o direito fundamental de propriedade do servidor, pois o subsídio perde seu poder de compra em razão da não recomposição quando do período anual de revisão, e a ausência de revisão gera modificação para pior em maltrato à garantia fundamental constitucional;

- f) aqui o Ministro Barroso vislumbrou um dever específico de o chefe do Executivo, anualmente, se pronunciar, motivadamente (presume-se que sejam motivos de fato e de direito) sobre a inconveniência e impossibilidade de realizar qualquer reajuste que não fira a garantia do direito fundamental de propriedade e a proporcionalidade pela proibição de proteção deficiente;
- g) a revisão geral não é uma indexação permanente porque o subsídio não é moeda de conta, não pode servir de índice de atualização monetária, ao contrário, é a fixação do índice de atualização monetária pelo governo e em consequência de sua política monetária que serve de parâmetro para a revisão e eventual reajuste ou aumento. O aumento não é a causa da inflação, mas seu efeito;
- h) já se esclareceu que os subsídios não se constituem em índice/moeda de conta e, portanto, é efeito e não causa da indexação. A ameaça retórica de que a revisão anual geraria uma indexação ampla, geral e irrestrita, não leva em conta que quem fixa a indexação é o governo, na pessoa de seu representante maior que é o Presidente da República, de forma que caso houvesse uma indexação irrestrita, o único responsável seria o Presidente, e não o agente público.

Resta, ainda, darmos uma resposta em abono da brilhante decisão do Juiz William Douglas, no sentido de avançar no implemento da sua linha de raciocínio e que pode, assim Deus queira, iluminar o entendimento do Supremo Tribunal Federal em questão de tamanha importância.

Já se viu que o Supremo Tribunal Federal construiu algumas técnicas de sentença, chamadas de aditivas, as quais podem completar a legislação faltante, como no caso onde se encontram presentes não só a vontade hipotética do legislador e a solução constitucionalmente obrigatória, permitindo que o tribunal, ao verificar a ausência de revisão e a necessidade de reajuste, revelando inação inconstitucional, possa completá-la seja por adição, seja por extensão de eficácia de legislação pertinente – soluções que encontram regras próprias no campo do Direito Financeiro.

Em primeiro plano, cumpre esclarecer, por exemplo, que a Lei nº 12.919/2013, fixou os subsídios dos ministros do Supremo Tribunal Federal com reajustes de 5% ao ano para os anos de 2012/2015, sendo certo que há muitos anos não há qualquer reajuste, muito menos aumento, e, para o ano de 2014 a meta da inflação de 6,5% já estará ultrapassada, revelando o descompromisso com a irredutibilidade dos subsídios bem como a condução da política monetária.

Conforme já se destacou, com a superveniência do ano de 2016, sem que haja nenhum reajuste ou aumento, se poderá expandir a eficácia da Lei nº 12.919/2013, instaurando um regime transitório que estabeleça a necessária segurança jurídica até que o Legislativo aprove nova revisão dos subsídios. Tal solução já foi sufragada pelo STF e pode ser aplicada com proveito na revisão de subsídios.

Por outro lado, pode-se cogitar da ausência de previsão orçamentária a teor do art. 169 da CF/1988, o qual exige prévia dotação orçamentária e autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias, que também não se constituem em obstáculo para a concessão do reajuste ou aumento por meio de sentença aditiva pelas razões que se seguem.

Disciplinando o art. 166 da CF/1988 – que em seu parágrafo 8º soluciona o problema da ausência de dotação orçamentária no projeto de lei orçamentária anual por meio de créditos especiais e suplementares, com prévia autorização legislativa – tem-se a Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2014, Lei nº 12.919/2013, que em seus arts. 48 e 53, traz as seguintes regras:

---

Art. 48. O Poder Executivo poderá, mediante decreto, transpor, remanejar, transferir ou utilizar, total ou parcialmente, as dotações orçamentárias aprovadas na Lei Orçamentária de 2014 e em créditos adicionais, em decorrência da extinção, transformação, transferência, incorporação ou desmembramento de órgãos e entidades, bem como de alterações de suas competências ou atribuições, mantida a estrutura programática, expressa por categoria de programação, conforme definida no § 1º do art. 5º, inclusive os títulos, descritores, metas e objetivos, assim como o respectivo detalhamento por esfera orçamentária, grupos de

natureza de despesa, fontes de recursos, modalidades de aplicação e identificadores de uso e de resultado primário.

Parágrafo único. A transposição, a transferência ou o remanejamento não poderá resultar em alteração dos valores das programações aprovadas na Lei Orçamentária de 2014 ou em créditos adicionais, podendo haver, excepcionalmente, adequação da classificação funcional e do Programa de Gestão, Manutenção e Serviço ao Estado ao novo órgão.

Art. 53. Se o Projeto de Lei Orçamentária de 2014 não for sancionado pelo Presidente da República até 31 de dezembro de 2013, a programação dele constante poderá ser executada para o atendimento de:

I – despesas com obrigações constitucionais ou legais da União relacionadas no Anexo III, inclusive daquelas a que se refere o anexo específico previsto no art. 80 desta Lei;

(...)

XI – outras despesas correntes de caráter inadiável, até o limite de um doze avos do valor previsto para cada órgão no Projeto de Lei Orçamentária de 2014, multiplicado pelo número de meses decorridos até a sanção da respectiva Lei.

(...)

§ 2º Considerar-se-á antecipação de crédito à conta da Lei Orçamentária de 2014 a utilização dos recursos autorizada neste artigo.

---

Como se vê, talvez nem seja, de fato, o caso de mover o Supremo Tribunal Federal para a concessão de reajuste posto que a LDO prevê, na ausência de aprovação da LOA, o cumprimento em duodécimos dos eventuais reajustes previstos e, no caso de não haver reajuste, pode-se, ou expandir a eficácia da lei que os concedia, ou determinar o remanejamento de verbas tais como perdão de dívidas de países estrangeiros corruptos e ditatoriais, compra de usinas superfaturadas, isenção de IPI de automóveis, utilização dos bilhões de reais malversados pela Desvinculação de Receitas da União (DRU), a venda do palácio da embaixada brasileira em Roma na *Piazza Navona* onde nem há visita pública, entre outras medidas

elementares de boa gestão, economicidade e eficiência que podem, com vantagem, viabilizar os recursos necessários para a garantia do direito fundamental de propriedade dos servidores e a aplicação do postulado da proporcionalidade pela proibição de proteção deficiente.

Como se verifica deste breve e despretensioso esboço, não faltam postulados, princípios, regras e normas para garantir aos agentes públicos que percebem subsídios, reajuste em sua remuneração que afaste a violação do direito fundamental de propriedade, visto em seu aspecto positivo pela perspectiva da proporcionalidade, na vertente da proibição de proteção deficiente.

Sintetizando, o inciso X do art. 37 da CF/1988 não é o vilão das boas contas públicas, ao contrário, ele é o maior estímulo para que o administrador da política monetária mantenha a inflação em níveis baixos, controlando de forma responsável a moeda e seu poder de compra.

Não pensar assim, usando a retórica do argumento *ad terrorem* de que o aumento de subsídios e do salário-mínimo quebrariam a administração é tirar o peso de governar das costas do administrador e colocar, de forma inconstitucional, na conta do servidor público e do trabalhador, deixando-se que os desmandos financeiros da nação redundem em mais prejuízos para o servidor e o trabalhador cidadão-contribuinte-eleitor.

Espera-se que a sentença prolatada pelo Juiz William Douglas abra uma fresta de luz e permita Deus que seja ouvida com atenção pelos componentes de nossa mais alta Corte.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS: A EFICÁCIA POSSÍVEL E NECESSÁRIA

---

A Constituição da República completou 25 anos em outubro de 2013. Todavia, em que pese os grandes avanços que tivemos em sede de efetivação de direitos, grande parte das regras e princípios nela previstos continuam sem eficácia. Essa conhecida “síndrome de ineficácia” das normas constitucionais solapa o próprio art. 1º da Constituição, que prevê a dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República.<sup>1</sup>

A celeuma da omissão inconstitucional é um tema que vem ensejando amplos debates no Direito Constitucional brasileiro, desafiando a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores.<sup>2</sup>

Neste sentido, é criticável uma postura de interpretação alicerçada no paradigma que enfraquece a democracia e institutos jurídicos importantes como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Inevitavelmente, através de tal concepção, criamos um paradoxo: a Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) é objeto de uma prática jurídica que reiteradamente (so)nega a aplicação de tais direitos, mormente no plano dos direitos prestacionais e dos direitos de liberdade.<sup>3</sup>

Sendo assim, buscamos insemear na presente obra a relevância de se encarar o tema de forma tão séria quanto o estudo da inconstitucionalidade

---

1 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 39.

2 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 54.

3 STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 37-48.

por ação, de modo que a inconstitucionalidade por omissão venha a ser entendida como fenômeno jurídico próprio.<sup>4</sup>

No Capítulo 1 verificamos que a consolidação do constitucionalismo no Brasil foi essencial para que a Constituição fosse vista como uma norma que tem *força normativa* e por isso deve ser efetivada.<sup>5</sup>

Ademais, buscamos demonstrar que o apego a teorias ultrapassadas como a separação estática dos Poderes e o não reconhecimento do papel das Cortes Constitucionais como atores que funcionam como condição de possibilidade do Estado Democrático, através da jurisdição constitucional, ensejam um enfraquecimento da própria democracia. Neste sentido, a teoria dos diálogos constitucionais mostra-se essencial para garantir a eficácia da Constituição e o necessário aprimoramento institucional.

No Capítulo 2 abordamos a questão da omissão inconstitucional. Em breve síntese buscou-se assentar algumas premissas para a identificação de uma omissão inconstitucional tanto genérica quanto relativa ao Poder Executivo.

Conforme afirma o professor Dirley da Cunha Jr. são pressupostos da inconstitucionalidade por omissão: i) violação da Constituição decorrente do não cumprimento de norma certa e determinada; ii) que se trate de norma de eficácia limitada;<sup>6</sup> iii) ausência de medidas necessárias para tornar exequível a norma da Constituição em debate; e iv) tempo razoável.<sup>7</sup>

Os Capítulos 3 e 4 são os mais relevantes, pois tratam do tema central da obra, que é a possibilidade de efetivação do art. 37, X.

Primeiramente analisamos o percurso histórico do instituto e o entendimento do STF antes e depois da EC nº 19/98 que trouxe a redação atual do dispositivo referente à revisão geral anual. Vimos que

4 BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 54-55.

5 BARROSO, Luis Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 187-234.

6 Na tradicional classificação de José Afonso da Silva, já abordada, Item 1.1, que, a nosso sentir, encontra-se superada, basta pensar que algumas normas de eficácia plena precisam de normatividade e atuação do Poder Público para serem eficazes (direitos sociais). CUNHA JR., Dirley da *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 316.

7 CUNHA JR., Dirley da *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 318.

no tocante ao art. 37, X, há o preenchimento de todos os pressupostos para configuração de sua inconstitucionalidade por omissão.

Todavia, em que pese tal omissão já ter sido declarada pelo STF em inúmeros julgados<sup>8</sup>, sua atual posição,<sup>9</sup> seja em sede de processo *objetivo* ou *subjetivo*, gera uma verdadeira omissão inconstitucional insuperável. Isso ocorre porque não se estabeleceu prazo para que o Executivo cumpra o determinado pela Constituição, tampouco permitiu que fosse concedida indenização aos servidores públicos lesados, ou a revisão geral de fato.

Propomos então algumas mudanças para efetivar o art. 37, X, seja através de ADO ou de processo *subjetivo*.

Em primeiro lugar é preciso estabelecer a distinção entre revisão, reajuste e aumento. Na revisão o valor “subsídio” é colocado na perspectiva daquele que detém o poder de iniciativa da lei a que alude o dispositivo em foco para, em seguida, promover um eventual reajuste, o que implica na elevação nominal do valor depois de aplicado determinado índice de atualização monetária no período de um ano.

Se o reajuste ficar aquém da inflação do período, apenas se corrigiu, em parte, a perda da capacidade de compra e de quitar dívidas do valor do subsídio. Haverá, no entanto, aumento, se a lei que revisar o subsídio reajustar o seu valor em índice que se posicione acima da inflação verificada no período anual.

Assim, a revisão pode gerar um reajuste (abaixo da inflação) ou um aumento (reajuste acima da inflação) do subsídio, sendo, no último caso, um ganho real e, nos demais, apenas parte da recomposição do poder de compra do subsídio.

Inicialmente, parece-nos relevante que o STF determine prazo para atuação do Executivo, conforme a própria Constituição

---

<sup>8</sup> ADI 2.061-DF, STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 25/04/2001, DJ 29/06/2001; ADI 2.481-RS; ADI 2.486-RJ; 2.490-PE; 2.492-SP; 2.525-DF, STF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19/12/2001, DJ 22/03/2002; RE 548.967-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1<sup>a</sup> Turma, DJe 08/02/2008; RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/2007, 2<sup>a</sup> Turma, DJe 1<sup>o</sup>/02/2008; RE 561.361-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1<sup>a</sup> Turma, DJe 08/02/2008; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/11/2007, 1<sup>a</sup> Turma, DJe 15/02/2008.

<sup>9</sup> Buscando reverter esse quadro, tramita no STF o Recurso Extraordinário (RE) 565.089, que discute a indenização por falta de revisão anual em vencimentos.

estabelece: princípio da anualidade.<sup>10</sup> Ou seja, deveria o Presidente, após declarada a inconstitucionalidade por omissão do art. 37, X, dar início ao processo legislativo na primeira oportunidade que tiver, de acordo, obviamente, com as datas orçamentárias.

O STF já entendeu em alguns julgados em sede de controle concentrado a possibilidade de cominação de prazo<sup>11</sup>, sob pena de ajuizamento de ação ordinária para o recebimento de indenização, no caso de perdurar a mora (STF, RDA, 185:204, 1991, MI 283-5, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).<sup>12</sup>

Recentemente, em ação proposta pelo Conselho Federal da OAB<sup>13</sup>, em decisão liminar<sup>14</sup> do Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal (STF), estabeleceu-se o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional edite a Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos.

Mais recentemente ainda o Supremo Tribunal Federal avançou sua jurisprudência e conferiu efeitos concretos à decisão de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão caso a mora do Legislativo perdurasse.

A decisão foi tomada no julgamento da ADO-25<sup>15</sup>, no qual o Supremo fixou prazo de 12 meses para que o Congresso legislasse sobre o tema. Em caso de perdurar a *inertia*, a Corte determinou que o Tribunal de Contas da União deveria estabelecer os valores a serem transferidos pela União aos Estados membros a título de compensação pelo ICMS, em razão do disposto no art. 91 do ADCT.

Ademais, hodiernamente, com a adoção da corrente concretista intermediária na Lei do Mandado de Injunção, inclusive com

---

<sup>10</sup> No mesmo sentido, Dirley da Cunha Jr. aduz que a redação mencionada assegura a revisão geral anual (ano a ano a contar de junho de 1999), sempre na mesma data e sem distinção de índice, refletindo exatamente o princípio da periodicidade, como medida necessária para preservar seu poder aquisitivo. CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 770. Conforme visto, para Alexandre de Moraes a nova redação trouxe grande inovação, eis que expressamente trouxe aos servidores públicos o princípio da periodicidade, ou seja, garantiu anualmente ao funcionalismo público, no mínimo, uma revisão geral. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 371.

<sup>11</sup> STF. ADI 3.682/MT. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 06/09/2007; ADO 24, Rel. Min. Dias Toffoli.

<sup>12</sup> BARROSO, Luis Roberto *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* op. cit., p. 57.

<sup>13</sup> ADO 24. Rel. Min. Dias Toffoli.

<sup>14</sup> Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO\\_24MC.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO_24MC.pdf)>. Acesso em: 31 mar. 2014.

<sup>15</sup> STF. Plenário. ADO 25/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 30/11/2016 (Info 849)

possibilidade de efeitos *erga omnes*, não há mais óbice que impeça o Supremo de atuar de forma criativa para garantir a efetividade de direitos constitucionais. Obviamente, a Corte deverá agir com parcimônia, respeitando suas capacidades institucionais.

A cominação de prazo tem extrema relevância institucional. José dos Santos Carvalho Filho ressalta, à luz da teoria dos diálogos constitucionais, o caso do MI nº 943<sup>16</sup> que tratava do aviso prévio proporcional por tempo de serviço. Aduz o renomado autor que o caso é um perfeito exemplo de diálogo institucional no Brasil, posto que, ao apreciar o caso, o STF percebeu que a declaração de mora do Legislativo não atenderia à força normativa da Constituição, de modo que se inclinou a proferir decisão concretista, optando por adiar o julgamento do feito para refletir sobre como isso se daria. Diante de tal atitude, o Congresso editou a Lei nº 12.506/2011 regulando a matéria. Posteriormente, ao julgar o caso, o STF aplicou os critérios estabelecidos pelo Legislativo.

Também, buscando resolver a omissão do art. 37, X, tramita na Câmara dos Deputados a PEC 185/2012<sup>17</sup>, que tem como autor o Deputado Junji Abe – PSD/SP.

A Proposta já passou pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara (CCJ) e acrescenta parágrafos ao art. 37 da Constituição Federal para estabelecer data certa para a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos e dá outras providências.

A justificativa da PEC é exatamente evitar que haja a omissão inconstitucional absoluta do Presidente em enviar projeto de lei ao Congresso. Assim, acrescenta os parágrafos 13, 14 e 15 ao art. 37 da Constituição: i) ratifica que a revisão geral anual de que trata o inciso X do art. 37 será feita em 1º de janeiro de cada ano; ii) se o chefe do Poder Executivo não enviar ao Congresso Nacional, até primeiro de julho de cada ano, o projeto de lei prevendo a revisão geral anual de que trata o inciso X para o ano seguinte, qualquer membro do Congresso Nacional poderá fazê-lo; iii) Aplica-se à apreciação do

---

<sup>16</sup> STF. MI 943, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/02/2013, DJe 02/05/2013.

<sup>17</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=547008>>. Acesso em: 24 mai. 2014.

projeto de lei prevendo a revisão geral anual de que trata o inciso X o disposto no § 2º do art. 57.

Em outras palavras, caso o Presidente não envie o projeto de lei constante no art. 37, X, qualquer membro do Congresso o fará. Isso mostra que caminhamos exatamente para um diálogo entre as instituições, no sentido de que os três Poderes devem agir e se complementar no caso de omissão, de modo a extrair a máxima efetividade da Constituição, posto serem harmônicos entre si.

Nesta linha, Lenio Streck afirma que, em um Estado Democrático de Direito, se a Constituição resguarda determinado direito e há uma patente omissão do Executivo ou do Legislativo em efetivá-lo, surge a chamada *inconstitucionalidade por inércia dos Poderes políticos*.<sup>18</sup>

Destarte, declarada pelo STF (mantendo-se inerte após ser dada ciência ao Executivo para agir), à luz da *doutrina da efetividade constitucional*<sup>19</sup>, e se valendo de um diálogo constitucional<sup>20</sup> junto ao Poder representativo por excelência (Legislativo), entendemos que o Congresso Nacional poderia suprir a omissão do Presidente nos termos estabelecidos pela PEC nº 185/2012, a fim de evitar que perdue a eterna inconstitucionalidade por omissão do art. 37, X.

Ademais, vimos que Gilmar Mendes e também Celso de Mello, no MI 3.222<sup>21</sup> já mencionado (item 2.2), admitem, de certa forma, tal possibilidade, já que quando a iniciativa de lei é do Presidente da República e ele se abstém de enviar projeto de lei ao Congresso para que este exerça sua função típica, estamos diante de omissão da função legislativa que é imputável ao chefe do Executivo.<sup>22</sup>

Corroborando tal argumento, não se deve olvidar que a Lei nº 10.697/2003, anteriormente Projeto de Lei nº 1.083/2003, que

18 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: RT, 2013, p. 891.

19 Ver item 1.1

20 Ver item 1.2

21 STF. Mandado de Injunção nº 3.222. Rel. Min. Celso de Mello. Dj. 02/06/2011.

22 Gilmar Mendes citando decisão do STF (ADI 2.061/2001) entende que no caso do art. 37, X, trata-se de omissão inconstitucional de providência legislativa, eis que o processo depende de deflagração do Chefe do Poder Executivo (como será aprofundado em capítulo posterior). Sendo assim, podemos afirmar que, muito embora a omissão recaia sobre o Presidente, trata-se de omissão de natureza legislativa, pois sua inércia influencia diretamente no processo legislativo. Gilmar Ferreira Mendes; Paulo Gustavo Gonet Branco. Versão Digital. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1841.

concedeu 1% de revisão, referente ao ano de 2003, só teve iniciativa do Presidente após este ser provocado pela Câmara dos Deputados,<sup>23</sup> conforme pleito assinado eletronicamente pelos Srs. Guido Mantega e Antonio Palocci Filho. Tal proposição busca viabilizar um direito constitucionalmente previsto, com omissão declarada pelo STF reiteradas vezes,<sup>24</sup> em patente mora<sup>25</sup>, sem nenhuma perspectiva de avanço em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Vale ressaltar caso relevantíssimo decidido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 18/07/2012, referente à prestação assistencial para os requerentes de asilo. Na oportunidade a Corte determinou que fosse feito o reajuste pelo legislador em mais de 30% em virtude da defasagem ao longo dos anos, com o respectivo pagamento do benefício previsto na legislação social vigente, que era corroído pelo aumento de preços de 1993. Neste sentido foi a decisão do Tribunal:

O legislador é obrigado a tomar, imediatamente, novas providências acerca da Lei de requerentes de asilo com o objetivo de assegurar uma existência digna. Devido à importância dos benefícios que garantem a vida dos destinatários, o Tribunal Constitucional Federal ordenou um regime transitório que será aplicado até que as novas providências entrem em vigor (tradução livre).<sup>26</sup>

Em outro caso (BVerfGE 40, 121 e ss.) o Tribunal não só obrigou a administração a pagar um direito prestacional, mas assinalou prazo para o legislador colmatar a lacuna, o que, posteriormente feito, ensejou novo pronunciamento da Corte no sentido de dar novo prazo ao legislador.<sup>27</sup>

A Alemanha não dispõe de instrumento específico voltado ao combate às omissões, de modo que é obrigatório que o Supremo

<sup>23</sup> EM Interministerial nº 146/2003-MP-MF. Brasília, 21 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=116897>>. Acesso em: 06 abr. 2014.

<sup>24</sup> (RE 548.967-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1ª Turma, DJe 08/02/2008). No mesmo sentido: RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/2007, 2ª Turma, DJe 1º/02/2008; RE 561.361-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1ª Turma, DJe 08/02/2008; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/11/2007, 1ª Turma, DJe 15/02/2008.

<sup>25</sup> Vale ressaltar novamente que a última lei anual de revisão geral foi feita em 2003, conforme visto.

<sup>26</sup> Disponível em: <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2012/bvg12-056.html;jsessionid=7065A49C424DB744B3BBF8DB2BEF92EF.2\\_cid361](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2012/bvg12-056.html;jsessionid=7065A49C424DB744B3BBF8DB2BEF92EF.2_cid361)>. Acesso em: 21 jan. 2016.

<sup>27</sup> STRECK, Lenio. Op. cit., p. 188.

promova definitivamente uma virada na eficácia da ADO, como fez no julgamento da ADO 25 já analisada.

A Corte adotou a corrente já sustentada nesta obra desde sua primeira edição em 2014, o que mostra um avanço na efetividade da Constituição.

Inegavelmente, era necessária essa evolução da concepção concretista da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão: a ineficácia da ADO gera conseqüentemente a própria ineficácia da Constituição. Neste sentido é o entendimento de José Afonso da Silva:

[...] a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.<sup>28</sup>

A mais moderna jurisprudência dos Tribunais Constitucionais europeus admite uma atuação criativa nos casos de omissão; máxime no Brasil onde a Constituição é muito mais analítica, programática e dispomos de instrumentos legislativos (ADO, MI e ADPF) para combater a celeuma de omissão. Alemanha, Itália, Espanha e Portugal desenvolveram técnicas criativas (sentenças manipulativas) exatamente em virtude da ausência de ferramentas próprias e eficazes.

Neste sentido, propomos que, diante de uma ADO reconhecendo uma inconstitucionalidade do chefe do Poder Executivo, deve o STF dar prazo para que ele deflagre o processo legislativo. Quedando-se inerte, entendemos que o Congresso Nacional poderia suprir essa omissão, nos termos da PEC nº 185/2012. E por fim, perdurando a inércia, concordando com Dirley da Cunha Jr. e Luís Roberto Barroso<sup>29</sup>, entendemos que o STF poderia garantir a eficácia da revisão geral anual através da determinação da revisão com inclusão no orçamento do ano seguinte.

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47-49.

<sup>29</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 60.

Todavia, ainda que haja discordância desse posicionamento, deve ser determinado prazo ao Executivo, para que o servidor público lesado, no caso de permanência da inércia estatal, intente ação ordinária pleiteando indenização, nos termos da jurisprudência atual do Supremo.

Sustentamos ainda, no Capítulo 3, a possibilidade de efetivação do art. 37, X, através da procedência do pedido de indenização por danos materiais e morais e também da determinação da revisão geral diretamente.

Em relação à questão dos danos materiais, tramita no STF o Recurso Extraordinário (RE) 565.089-SP, que discute a possibilidade de indenização por falta de revisão anual em vencimentos.

Segundo entendimento do STF (ver item 3.2)<sup>30</sup>, três requisitos devem ser atendidos para que a responsabilidade civil do Estado pela omissão seja configurada, podendo o lesado se valer das vias ordinárias para reparação: i) declaração de uma omissão inconstitucional pela Corte; ii) estabelecimento de prazo para preenchimento da lacuna; iii) transcurso do prazo sem que haja a regulamentação ou criação de lei.

Seguindo essa linha, o Supremo entende que só haveria responsabilidade civil do Estado por omissão em relação ao art. 37, X, se já tivesse estabelecido prazo para que o Poder omisso saísse da inércia, o que, conforme visto, não ocorreu, gerando uma inconstitucionalidade eterna e impossibilitando reparação civil por danos causados.

Ocorre que, como vimos de forma aprofundada (item 3.6 e seus subitens) no caso do art. 37, X, da Constituição, o comando tem altíssima densidade normativa, pois é claro no sentido de que há uma obrigação para o chefe do Poder Executivo, cuja violação importa em configuração de uma omissão inconstitucional.

A técnica legislativa adotada não deixa dúvidas acerca do direito dos servidores públicos, sendo nítida a sua significação, posto estar assegurada “*revisão geral anual*”. Além disso, é clara quanto à existência de uma obrigação de fazer determinada e específica reservada ao

---

<sup>30</sup> Veja-se, por exemplo, o MI 283-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20/03/1991, DJ 14/11/1991.

chefe do Poder Executivo. Na mesma linha, o detalhamento é preciso, já que estipula a criação de uma lei que contenha a revisão geral com destinação certa aos servidores públicos, devendo ser anual e com obrigação direta e específica destinada ao chefe do Executivo de cada ente da Federação.

Neste sentido, manifestou-se o Min. Ricardo Lewandowski, na sessão plenária de 03 de abril de 2014, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 565.089-SP:

*Não podemos imaginar que o art. 37, X, não tenha o mínimo de eficácia. Nós temos que dar eficácia. Não se trata de aplicação da Súmula 339 do STF. O que nós estamos aqui é restaurando um direito, ou melhor, estamos reconhecendo que houve um dano, uma omissão sistemática do Poder Executivo.*

No mesmo sentido, o art. 37, § 6º<sup>31</sup> da Constituição, que trata da responsabilidade civil do Estado, não faz qualquer restrição sobre atos omissivos<sup>32</sup>, sendo a jurisprudência firme no sentido de que a omissão legislativa é passível de indenização pela aplicação do art. 37, § 6º, inclusive por danos morais envolvendo direito à saúde (omissão do Executivo), e ainda em sede de mandado de injunção, no caso de mora legislativa<sup>33</sup>. Havendo fato, dano e nexos causal, nasce a obrigação de indenizar.

O RE 565.089-SP discute a existência de dever de indenizar por ausência da revisão geral. Não se busca que o Poder Judiciário proceda à revisão. O que se busca é o reconhecimento de que há um dano patrimonial causado por uma omissão inconstitucional do Estado. O instituto é o da responsabilidade civil. Logo, há o dever de indenizar quando ficar concretamente demonstrado que, existindo a obrigação legal de agir e a possibilidade de evitar a lesão, ocorreu o fato danoso

<sup>31</sup> Art. 37. [...] “§ 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”.

<sup>32</sup> SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. *A Correlação da efetividade das Normas Constitucionais com o Suprimento das Omissões Normativas*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito do Estado.

<sup>33</sup> MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 20/03/1991, DJ 14/11/1991; MI 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 22/11/1992, DJ 26/06/1992; MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 02/08/1991, DJ 27/03/1992.

por uma omissão. Tais elementos, repita-se, já restaram comprovados por vasta jurisprudência do STF, e até mesmo nos votos contrários dos ministros não há dúvida de que há um dever de atuar.

Caso o Supremo negue o direito à indenização, estaria deixando de aplicar disposição literal do art. 37, § 6º, e do art. 37, X, ambos da Constituição, recaindo, portanto, em ativismo ilegítimo. À luz do conceito multidimensional do ativismo judicial e da autocontenção, uma decisão que se afasta do sentido literal do texto configura hipótese de interpretação extensiva para além do texto. Estar-se-ia, portanto, deixando de aplicar a Constituição diante de um comando de alta densidade normativa. Uma atuação autocontida (*selfrestraint*), neste caso, simboliza exatamente uma postura de deferência em sua dimensão estrutural à vontade do legislador constituinte derivado, reforçando-se, portanto, o respeito pela democracia.

Ademais, o argumento de que o Supremo deve agir de forma consequencialista, ou seja, orientar seu julgamento de acordo com os resultados, demonstra uma dimensão ilegítima do ativismo e prejudica sobremaneira a eficácia constitucional. Isto porque cria-se uma subordinação do texto constitucional aos desmandos da economia, sendo que a lógica deveria operar exatamente em sentido contrário. Não se trata de atuação ativista em políticas públicas, já que não se cria nenhuma política, competência que precipuamente cabe ao Executivo: cuida-se de indenização por danos materiais decorrentes de reconhecida omissão inconstitucional.

Em suma, entendimento contrário ao aqui exposto prejudicaria a eficácia constitucional, não demonstrando deferência às escolhas do legislador e consubstanciando ativismo judicial ilegítimo.

Também analisamos os votos dos Ministros no julgamento do referido recurso extraordinário.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio discorreu sobre a efetividade das normas constitucionais e sobre como o Supremo deve atuar para que a Constituição seja efetivada, combatendo a chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.

Falou ainda sobre a necessidade de equilíbrio entre a remuneração e os serviços prestados, ratificando que o funcionalismo público

é deixado de lado. Veja-se, por exemplo, a inexistência até hoje de lei regulamentando o exercício do direito de greve dos servidores públicos:

Ressalvado o prejuízo indireto, político-eleitoral, o verdadeiro prejudicado com a paralisação da máquina administrativa é o administrado. Daí a importância da garantia constitucional. Essa se revela na leitura teleológica que faço do art. 37, inciso X, da Constituição, do qual extraio o direito à manutenção dos patamares remuneratórios.

Continuando, o ministro faz a necessária distinção entre aumento e reajuste. Afirma que o caso não trata de fixação ou aumento de remuneração. O reajuste é voltado a afastar os efeitos da inflação. Objetiva-se a necessária manutenção do poder aquisitivo da remuneração dos servidores. E ressalta o entendimento do STF que veda a concessão de aumento e possibilita a correção monetária:

Consoante a jurisprudência tradicional do Supremo, mostra-se inviável o aumento remuneratório de servidor público por decisão judicial, porquanto o Poder Judiciário não possui função legislativa – Verbete nº 339 da Súmula: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”. A visão é correta. Não há espaço para a concessão de aumento pela via judicial, mas os recorrentes não buscam isso. Buscam a indenização pelo descumprimento de um dever jurídico, consistente no inadimplemento de majoração remuneratória para resguardo da equação entre remuneração e trabalho. O Supremo já assentou que “a correção monetária não se constitui em um *plus*, não é uma penalidade, mas mera reposição do valor real da moeda corroída pela inflação” – Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 404, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa. [...] Porque, como já dito, correção monetária não é acréscimo, não é ganho, é mera reposição com o escopo de preservar o valor.

O ministro também fala sobre a doutrina consequencialista e o impacto financeiro do preceito constitucional, ressaltando que as contas públicas não justificam a inobservância do preceito:

Cabe aos Poderes constituídos agir com responsabilidade, e não simplesmente jogar para o Supremo o ônus de impedir que as promessas políticas inconsequentes tornem-se realidades desastrosas. O Supremo não é o Ministério da Fazenda ou o Banco Central do Brasil. Não compete ao Tribunal fazer contas quando está em jogo o Direito, mais ainda quando se trata do Direito Constitucional.

Por fim, quanto à responsabilidade civil do Estado, ressalta que trata-se de ato omissivo estatal que gera danos patrimoniais, assim, haverá o dever de indenizar quando ficar concretamente demonstrado que, existindo a obrigação legal de agir e a possibilidade de evitar a lesão, ocorreu o fato danoso.

Concluiu seu voto da seguinte forma:

Provejo o extraordinário para julgar procedente o pleito formulado, impondo ao Estado de São Paulo a obrigação de indenizar os autores em razão do descompasso entre os reajustes porventura implementados e a inflação dos períodos. Considerem para tanto o índice oficial referente à inflação de cada um dos períodos, presente o mês de janeiro de todo ano, e as parcelas satisfeitas, que, segundo o pedido, diz respeito aos vencimentos, férias e 13<sup>o</sup> salários.

Conforme salientado, a Ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, afirmando que a questão posta no presente recurso extraordinário não é nova no STF, já que em 2001, no julgamento da ADI 2.492, Rel. Min. Ilmar Galvão, o plenário decidiu que o Governador do Estado de São Paulo estava em mora no seu dever de desencadear o processo de elaboração da lei estadual da remuneração da revisão geral anual dos servidores estatais prevista no dispositivo. Vale ressaltar os inúmeros julgados que já mencionamos em que o STF reconheceu a omissão inconstitucional do art. 37, X.

Por fim, fala que a responsabilidade civil do Estado por omissão tem cunho reparador e não sancionador, de acordo com os ditames da justiça, sobretudo quando estão previstos de maneira expressa no texto constitucional:

O reconhecimento do dano é medida que se impõe e a obrigação de ressarcir fixando-se os parâmetros, como feito no voto do Min.

Marco Aurélio, dá exatamente a densidade que me parece própria ao comando constitucional. Quanto ao reconhecimento da mora legislativa ofender o direito à revisão geral anual e a viabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário do direito à indenização decorrente desse inadimplemento, portanto, que é o objeto específico do pedido, eu voto acompanhando integralmente o ministro relator.

Ao revés, o Ministro Luís Roberto Barroso abriu divergência.

Sustentou, primeiramente, que o STF deve atuar no caso de omissão de outros Poderes, como fez no caso dos precatórios, de modo que o Tribunal pode criar regimes de transição, sobretudo nos casos em que a omissão tenha o efeito de paralisar a eficácia de direitos fundamentais como seria naquela matéria. Ou seja, o STF pode sancionar a inércia do Estado em questão de matéria legislativa.

Todavia, entendeu que o comando previsto no art. 37, X, não é um dever específico de que a remuneração dos servidores seja objeto de aumentos anuais. Primeiramente, afirma que o termo “revisão” não significa modificação, de modo que o dispositivo exige uma avaliação anual, que poderá resultar, ou não, em concessão de aumento. Em segundo lugar, o art. 37, X, deve ser interpretado em conjunto com outros dispositivos da lógica da indexação do art. 7º, IV, e do art. 37, XIII.

Em terceiro lugar, diz que merece temperamento a ideia de que a adoção de um índice inferior à inflação geraria degradação do direito de propriedade e teme que a indexação aumente a intensidade da inflação, em razão da indexação irrestrita já praticada na história do país.

Aduz que os reajustes devem ser condicionados às circunstâncias econômicas de cada momento, ou seja, em determinados anos podem não ser concedidos e em outros podem ser elevados para compensar os anos anteriores.

Ou seja, as pretensões normativas encontram limites na realidade, havendo impossibilidade de o Judiciário avaliar o contexto econômico e graduar o reajuste adequado.

Todavia, acha que o art. 37, X, impõe ao chefe do Executivo o dever de se pronunciar anualmente, de forma fundamentada, sobre a conveniência e possibilidade, ou não, de concessão de reajuste geral anual

para o funcionalismo. Afirma que não é direito subjetivo, mas caso fosse poderia ser tutelado pelo Judiciário.

Em que pesem os argumentos do ministro, podemos realizar alguns questionamentos.

Inicialmente, ressaltamos que o Ministro Luís Roberto Barroso aduz que no caso de omissão absoluta de providência exigida constitucionalmente, é possível que o Judiciário atue para reconhecer a autoaplicabilidade da norma e executá-la diretamente.<sup>34</sup> Destaca o exemplo do art. 8<sup>a</sup>, § 3<sup>a</sup>, do ADCT da Constituição de 1988. O dispositivo em comento prevê reparação de natureza econômica para cidadãos afetados por atos discricionários do Ministério da Aeronáutica, na forma da lei de iniciativa do Congresso Nacional, que deveria entrar em vigor no prazo de 12 meses a contar da promulgação da Constituição. Decorridos os 12 meses sem lei, o STF reconheceu a mora do Legislativo em editar a referida norma e fixou o prazo de 60 dias para ultimação do processo legislativo, facultando ao impetrante o exercício de ação ordinária para o recebimento de indenização (STF, RDA, 185:204, 1991, MI 283-5, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).<sup>35</sup>

O Ministro Barroso sustenta, claramente, a possibilidade de o Judiciário atuar no caso de omissão de outros Poderes, sobretudo quando se tratar de direito previsto na Constituição. Todavia, como visto, entende que o art. 37, X, não constitui direito, mas sim uma faculdade conferida ao chefe do Poder Executivo de atuar ou não, de acordo com a macroeconomia.

Em sua excelente obra o ministro ressalta que, nos caso do art. 37, X, da Constituição da República, a mora do Poder Executivo se caracteriza pelo decurso do prazo de 12 meses, já que se trata de revisão geral anual, sem o devido encaminhamento ao Congresso para elaboração da lei.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 57-58.

<sup>35</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito...* Op. cit., p. 57.

<sup>36</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 303.

É entendimento majoritário na doutrina sobre o tema<sup>37</sup> que o art. 37, X, constitui verdadeiro direito dos servidores públicos (item 3.2).

Ademais, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de declarar a mora do Executivo em efetivar o art. 37, X, de modo que não se trata de faculdade, mas sim de obrigação determinada pela Constituição (ADI 2.481-RS; ADI 2.486-RJ; ADI 2.490-PE; ADI 2.492-SP e ADI 2.525-DF); (RE 548.967-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1<sup>a</sup> Turma, DJe 08/02/2008). No mesmo sentido: RE 529.489-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 27/11/2007, 2<sup>a</sup> Turma, DJe 1<sup>o</sup>/02/2008; RE 561.361-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, j. 20/11/2007, 1<sup>a</sup> Turma, DJe 08/02/2008; RE 547.020-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/11/2007, 1<sup>a</sup> Turma, DJe15/02/2008.

O Ministro Barroso afirma ainda que, de acordo com a situação econômica, o chefe do Poder Executivo poderia deixar de realizar o reajuste em determinado ano, para realizar em outro ano compensando a omissão. Contudo, é notório que os chefes dos Executivos das Unidades da Federação se omitem constantemente. Basta ver as mencionadas ações que tramitaram e que tramitam no STF.

O Ministro Teori Zavascki, em seu voto, admite que há um dever para a Administração Pública de realizar a revisão geral anual em periodicidade de um ano, ratificando que há uma omissão. Logo, pode-se concluir que, diferentemente do Ministro Roberto Barroso, o Ministro Teori entende que a revisão geral anual é um direito do servidor. Contudo, afirma que, independentemente de haver dano, o que impediria a concessão de indenização pela omissão seria a ausência de índice a ser utilizado.

Dois pontos devem ser levantados: i) presença do instituto da responsabilidade civil; ii) escolha de índice pelo STF.

No dia 03 de dezembro de 2014, o STF iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário 580.252 – Mato Grosso do Sul – onde se discute a possibilidade de indenização por omissão do Estado ao manter presos em condições degradantes.

<sup>37</sup> Alexandre de Moraes (2014); José dos Santos Carvalho Filho (2012); Dirley da Cunha Jr. (2014), além dos votos já mencionados de diversos ministros em várias ações ajuizadas sobre o tema.

Consoante exposto (item. 3.6.2), no caso da indenização por ausência de revisão, o Ministro Teori afirma que a concessão da indenização não deveria ocorrer em virtude da impossibilidade de cálculo pela ausência de índice legal. Todavia, no caso dos presos aduz que a responsabilidade civil do Estado (art. 37, § 6º, CF), por danos decorrentes de ação ou omissão é norma autoaplicável, independentemente de providência legislativa ou administrativa. Não há contradição entre ambos os casos que sustente uma posição contrária no primeiro e favorável no segundo.

Ademais, o Supremo já teve oportunidade de julgar caso envolvendo extensão do direito à revisão geral anual e escolheu o índice. Como informado, trata-se do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 22.307-DF.<sup>38</sup>

Em decisão em sede de embargos de declaração o Supremo reconheceu a necessidade de se estender o “reposicionamento” (definição ementada), afirmando que a Lei nº 8.626/93 (em seus anexos I a IV) continha elementos concretos que permitiam calcular o percentual efetivamente devido a cada servidor:

ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. REAJUSTE DE VENCIMENTOS DE 28,86%, DECORRENTE DA LEI Nº 8.627/93. DECISÃO DEFERITÓRIA QUE TERIA SIDO OMISSA QUANTO AOS AUMENTOS DE VENCIMENTOS DIFERENCIADOS COM QUE O REFERIDO DIPLOMA LEGAL CONTEMPLA DIVERSAS CATEGORIAS FUNCIONAIS NELE ESPECIFICADAS. Diploma legal que, de efeito, beneficiou não apenas os servidores militares, por meio da “adequação dos postos e graduações”, mas também nada menos que vinte categorias de servidores civis, contemplados com “reposicionamentos” (arts. 1º e 3º), entre as quais aquelas a que pertence a maioria dos impetrantes. Circunstância que não se poderia deixar de ter em conta, para fim da indispensável compensação, *sendo certo que a Lei nº 8.627/93 contém elementos concretos que permitem calcular o percentual efetivamente devido a cada servidor*. Embargos acolhidos para o fim explicitado.

---

<sup>38</sup> STF, RMS 22307-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/02/1997, DJe 13/06/1997.

A decisão do Supremo estendeu o benefício antes concedido apenas aos servidores militares, de modo a resguardar, em nome da isonomia, o direito dos servidores públicos civis.

No mesmo sentido, aduz Luís Roberto Barroso (2012, p. 59-60), ao citar o julgamento do AgRg em AI 211.422-PI<sup>39</sup>, enaltecendo que o próprio Supremo Tribunal Federal abriu uma exceção em sua jurisprudência, envolvendo o art. 37, X, em sua redação original, antes da EC nº 19/98, estendendo aos servidores públicos civis, o reajuste que havia sido dado apenas aos militares.

Consoante exposto no Capítulo 3, item 3.7, mostra-se relevante a adoção do Índice de Preço do Consumidor Amplo (IPCA), por ser índice oficial do Governo Federal para medição das metas inflacionárias, inclusive pelo Banco Central, já que reflete a elevação dos preços de produtos que possuem impacto direto na remuneração dos servidores públicos.

Tal índice foi utilizado diversas vezes para a finalidade que aqui se busca, estando previsto na LDO de 2016 (art. 26). Como exemplo, citamos a decisão proferida pelo TJ-PB, no Mandado de Injunção nº 999.2010.000097-8/001 comentado, bem como o entendimento do Juiz Federal William Douglas, em sua decisão e da Alerj (Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro), no Projeto de Lei nº 442/2007, acerca da revisão geral anual dos servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

Como visto, o IPCA deve ser utilizado, uma vez que o STF já se manifestou neste sentido: RMS 22307-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19/02/1997, DJe 13/06/1997 e AgRg em AI 211.422-PI, Rel. Min. Maurício Corrêa, Lei nº 12.770/2012, que dispõe sobre o subsídio do Procurador-Geral da República e sobre sua revisão geral anual<sup>40</sup>. Também o STF, no caso dos pagamentos dos precatórios, Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 4.357 e 4.425, declarou que o IPCA

---

<sup>39</sup> STF, AgRg em AI 211.422-PI, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14/08/1998. “Neste caso, em sede de controle concreto via recurso em mandado de segurança (RMS 22.307-DF), o Plenário reconheceu a inconstitucionalidade por omissão parcial e estendeu aos servidores públicos civis reajuste que havia sido dado apenas aos militares em violação do art. 37, X.”

<sup>40</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1123485&filename=PL+6230/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1123485&filename=PL+6230/2013)>. Acesso em: 30 abr. 2014.

deveria ser utilizado como índice de correção monetária, conforme disposto na LDO. Mais uma vez, há precedentes favoráveis do STF.

Em recente julgado de 04/08/2015, na Arguição de Inconstitucionalidade da expressão “equivalente à TRD”, contida no *caput* do art. 39 da Lei nº 8.177/91, que o aplica como índice de correção aos débitos trabalhistas, o TST declarou inconstitucional a utilização da TR como índice de correção monetária e estabeleceu a utilização do IPCA-E, mesmo sem qualquer legislação sobre o tema. Para tanto, utilizou entendimento do próprio Supremo que definiu que o IPCA-E reflete a inflação e a manutenção do valor da moeda, recompondo, assim, o patrimônio lesado<sup>41</sup>.

O Ministro Luiz Fux acompanhou os votos do Relator e da Ministra Cármen Lúcia julgando procedente o pedido. Em sua fundamentação, ele afirmou que o STF não pode agir de forma consequencialista, sob pena de violar o texto da Constituição. O ministro entende que o comando expresso no art. 37, X, independe de atuação legislativa, sendo uma garantia fundamental do servidor, um direito subjetivo. Trata-se de norma definidora de direito e não norma programática.

Ressalta a força normativa da Constituição e sua posição hierárquica no ordenamento. Ele menciona o caso dos precatórios para demonstrar tal conduta consequencialista, afirmando que o direito dos servidores não gerará a crise econômica que se imagina. Ratifica que há um estado de inconstitucionalidade por omissão, e que “o sentimento constitucional deve se dar de dentro para fora e não de fora para dentro”.

Por fim, sustenta que o comando tem normatividade suficiente para ser efetivado, de modo que, caso haja interesse em retirar tal garantia dos servidores, dever-se-ia fazer uma emenda constitucional.

Sobre tal ponto, restou demonstrado que os dispositivos possuem alta densidade normativa e que uma atuação consequencialista demonstra um ativismo ilegítimo que viola a Constituição (v. item 3.6.5).

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, manteve seu enfoque na parte econômica. Afirmou que, pelo fato de a questão envolver

---

<sup>41</sup> Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/creditos-trabalhistas-corrigidos-inflacao?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_medium=facebook](http://www.conjur.com.br/2015-ago-04/creditos-trabalhistas-corrigidos-inflacao?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook)>. Acesso em: 05 ago. 2015.

direito financeiro, seria necessária previsão orçamentária para sua realização. Aduziu que, se o Supremo decidisse no sentido de conceder a indenização, tanto os servidores públicos quanto os empregados privados fariam jus a tal reajuste. Assim como o Ministro Teori, ressaltou que inexistente índice previsto e defendeu que a questão afetaria todos os âmbitos da Federação, em 5 (cinco) anos retroativos. O Ministro Gilmar confirmou que o problema dos salários existe, mas que um avanço depende da conjuntura econômica nacional e internacional.

Em primeiro lugar, mister ressaltar que a disposição do art. 37, X, é circunscrita aos seus destinatários. Ademais, como se trata de indenização, ou seja, condenação da União por omissão, o pagamento será feito por meio de precatórios ou RPV, tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal com a escolha do IPCA. É notória a mora do Estado, em todos os níveis da Federação em honrar seus débitos. O Min. Luiz Fux, neste sentido, destaca na sessão que “os Estados mantêm seus débitos oriundos dos precatórios sem qualquer sanção”.

Embora o Ministro Gilmar Mendes tivesse dito que não havia previsão orçamentária, no ano de 2015, o art. 95 da LDO afirmava que ficava autorizada, nos termos da Lei nº 10.331, de 18 de dezembro de 2001, a revisão geral das remunerações, subsídios, proventos e pensões dos membros de Poder e dos servidores ativos e inativos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, das autarquias e fundações públicas federais, cujo percentual será definido em lei específica. A Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2016 (art. 101) possui redação idêntica à LDO de 2015 nesse sentido.

Com relação ao prejuízo aos Estados e Municípios, pondera-se que não haverá direito à indenização se o respectivo Chefe do Poder Executivo realizar a devida revisão. O direito só decorre da omissão comprovada, e será pago através de precatório ou RPV, o que demonstra que não haverá o suposto caos temido.

Ademais, poder-se ia cogitar da modulação dos efeitos da decisão do STF, criando verdadeiro diálogo com o Executivo para que procedesse à revisão geral anual.

Há que se lembrar que a revisão geral anual, além de constituir benefício de natureza compensatória em virtude das perdas inflacionárias, possui também caráter alimentício. Patente, portanto, a obrigação estatal em indenizar o servidor lesado.

Argumentos de ordem econômica podem ainda ser levantados.

É notório que o aumento de poder aquisitivo da população faz com que a economia seja fomentada, gerando circulação de moeda e dinamização dos setores consumeristas. Este inclusive foi o fator determinante para que o Brasil não fosse atingido fortemente pela crise econômica internacional no ano de 2008. A política econômica de valorização do poder aquisitivo, portanto, não deve ser vista como um gasto desmedido, mas sim como um fomento na economia, sobretudo em tempos de crise.

Por fim, mister ressaltar o sucesso do modelo português em resolver a celeuma da omissão inconstitucional no caso de ausência de providências estatais necessárias para a exequibilidade de normas constitucionais.

Em Portugal, segundo o entendimento de inúmeros juristas<sup>42</sup>, o art. 22 da Constituição de 1976, ao afirmar que o Estado tem responsabilidade civil pelas ações e omissões praticadas no exercício de suas funções das quais resulte violação de direitos e garantia ou prejuízo a terceiros, consagrou a responsabilidade civil do Estado por atos de quaisquer de suas funções, incluindo a omissão legislativa.

Canotilho e Vital Moreira afirmam<sup>43</sup> que não há fundamento para não se aplicar a responsabilidade civil do Estado tanto em relação à ação quanto à omissão normativas ilícitas. Assim, no caso de prejuízo causado pelo não exercício de uma obrigação normativa pelo Estado, este fica responsável pelo dever de indenizar.<sup>44</sup>

Ante o exposto, e diante do art. 22<sup>o</sup> da Constituição de Portugal,<sup>45</sup> tal raciocínio é completamente aplicável à jurisdição constitucional

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> “Artigo 22<sup>o</sup> Responsabilidade das entidades públicas. O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.”

brasileira, eis que o art. 37<sup>46</sup>, § 6º, da Constituição, que trata da responsabilidade civil do Estado, não faz qualquer restrição sobre atos omissivos.<sup>47</sup>

A Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, de Portugal, traz o regime de responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de função administrativa, jurisdicional e legislativa, trazendo capítulo específico sobre a responsabilidade do Estado com relação a atos danosos resultantes de omissão de providências legislativas necessárias para o exercício de direitos constitucionais.<sup>48</sup> Vejamos:

---

Art. 15 [...]

3 – O Estado e as regiões autónomas são também civilmente responsáveis pelos danos anormais que, para os direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, resultem da omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais.

---

Contudo, tal obrigação de indenizar somente pode ser conferida pelo juiz de primeiro grau, em uma ação ordinária, por exemplo, após manifestação do Tribunal Constitucional sobre essa omissão. Ou seja, o juízo de constitucionalidade ficou a cargo da Corte Constitucional<sup>49</sup>:

---

Art. 15 [...]

5 – A constituição em responsabilidade fundada na omissão de providências legislativas necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo Tribunal Constitucional.

---

Podemos concluir que foi adotada uma corrente subsidiária, no sentido de que primeiro é necessária manifestação do Tribunal Constitucional, ao contrário da corrente autônoma que permite a declaração de inconstitucionalidade no próprio caso concreto de

---

46 Art. 37. [...] “§ 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.”

47 *Ibidem*, p. 160.

48 *Ibidem*, p. 162.

49 *Idem*.

reparação civil pelo juiz de primeiro grau.<sup>50</sup> Vale ressaltar que não se exige que a Corte conceda prazo para o órgão suprir a omissão, basta declarar a inconstitucionalidade para configurar o direito à reparação indenizatória.

Entendemos possível a utilização da corrente autônoma na jurisdição constitucional brasileira, posto que aqui o controle difuso de constitucionalidade tem uma amplitude maior do que em Portugal<sup>51</sup>, veja-se por exemplo a existência do Mandado de Injunção, de modo que tal caminho seria o ideal para uma completa efetividade constitucional.

Todavia, segundo pensamento mais parcimonioso, também poderíamos adotar a corrente subsidiária, bastando apenas que o STF declarasse a omissão inconstitucional sem necessidade de concessão de prazo. Embora não fosse o ideal, já seria uma medida considerável na busca por dar efetividade à Constituição.<sup>52</sup>

Destarte, o Direito português resolveu de forma eficaz todas as dúvidas existentes acerca do dever de reparar do Estado quando este causar danos aos cidadãos pela inércia em tomar as providências legislativas necessárias a tornar exequíveis normas constitucionais.<sup>53</sup> Tal entendimento pode e deve ser seguido pelos nossos Tribunais (possibilidade de indenização após declarada omissão inconstitucional pelo STF sem necessidade de prazo) e a Lei nº 67/2007 pode ser utilizada pelo nosso Congresso *de lege ferenda* (ANEXO II).

No item 3.7 e no Capítulo 4 demonstramos que possuímos elementos normativos orçamentários capazes de efetivar o comando constitucional diretamente, havendo previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2016 (art. 101) e na Lei Orçamentária Anual para

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 160/161.

<sup>51</sup> O professor Dirley da Cunha Júnior, como visto (Capítulo 2), sustenta que o controle de ações ou omissões do Poder Público (leia-se Poderes ou órgãos) pode ocorrer em qualquer demanda judicial, desde que exercido num processo *inter partis*. Ele afirma que a fiscalização de inconstitucionalidade pode ser suscitada pelo autor através de: i) qualquer ação seja de natureza civil, penal, trabalhista, tributária, *mandado de segurança*, *habeas corpus*, *mandado de injunção*, *habeas data*, ação popular, ação civil pública; ii) qualquer processo ou procedimento (conhecimento, execução e cautelar).

<sup>52</sup> SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. *Ibidem*, p. 166.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 163.

a realização da revisão geral anual, inclusive através da abertura de créditos suplementares (art. 4º, VI).

Não custa lembrar, por fim, o voto já mencionado do Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso<sup>54</sup> no julgamento da questão de ordem suscitada na ADI 4.357/DF e na ADI 4.425/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 19/3/2014, em que na última hipótese proposta, se houvesse a demonstração de que a entidade federativa não conseguiria majorar a vinculação sem comprometer outras obrigações constitucionais, poderia deixar de aumentá-la. No entanto, vedar-se-ia a realização de publicidade institucional.

Em analogia ao pensamento mencionado pelo Ministro Dias Toffoli: por que existem nítidas possibilidades de medidas orçamentárias para o pagamento de precatórios, inclusive com vedação da publicidade institucional dos entes, e não há no caso dos servidores?

As soluções propostas pelo Ministro Barroso neste caso são extremamente válidas, louváveis e contribuem sobremaneira para a democracia, todavia, seria uma incoerência aceitar sua viabilidade no caso dos precatórios e negar sua aplicação à revisão geral dos servidores. Já possuímos casos de concessão da revisão geral anual diretamente pelo Judiciário (item 3.3), não havendo óbice para tanto. Destarte, torna-se perfeitamente viável a efetivação do art. 37, X, da Constituição pelo Poder Judiciário.

Do escorço feito, não faltam postulados, princípios, regras e normas para garantir aos agentes públicos que percebem subsídios, reajuste em sua remuneração que afaste a violação do direito fundamental de propriedade, visto em seu aspecto positivo pela perspectiva da proporcionalidade, na vertente da proibição de proteção deficiente.

Sintetizando, o inc. X do art. 37 da CF/88 não é o vilão das boas contas públicas, ao contrário, ele é o maior estímulo para que o administrador da política monetária mantenha a inflação em níveis baixos, controlando de forma responsável a moeda e seu poder de compra. Ademais, verificamos que o aumento no poder aquisitivo é

---

<sup>54</sup> Informativo nº 739 do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

fundamental para manter a economia ativa e forte contra possíveis crises.

Não pensar assim, usando a retórica do argumento *ad terrorem* de que o aumento de subsídios e do salário-mínimo quebrariam a Administração é tirar o peso de governar das costas do administrador e colocar, de forma inconstitucional, na conta do servidor público e do trabalhador, deixando-se que os desmandos financeiros da nação redundem em mais prejuízos para o servidor e o trabalhador cidadão-contribuinte-eleitor. Nesta linha, trazemos trecho de Recurso Especial<sup>55</sup> julgado pelo STJ, Relator Ministro Humberto Martins:

Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador [...].

O Estado, através de suas instituições, deve agir em prol do povo que o legitima; a inércia ou omissão de um Poder para efetivar direitos pode e deve ser suprida pelo Judiciário. Tal raciocínio decorre da própria teoria constitucional, eis que os ministros do STF, embora não sejam diretamente escolhidos, compõem a Corte que guarda a Constituição, sendo escolhidos pelo Executivo e sabatinados pelo Senado, ou seja, passando pelo crivo daqueles que foram eleitos pelo povo. A sua legitimidade decorre da Constituição e do próprio princípio democrático. Neste sentido, aduz Alexandre de Moraes<sup>56</sup>:

A justiça constitucional, porém, não carece de legitimidade, pois a Constituição Federal consagrou a ideia de complementaridade entre democracia e Estado de Direito, pois enquanto a democracia se consubstancia no governo da maioria, baseado na soberania popular, o estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do poder estatal, não só para proteção da maioria,

---

<sup>55</sup> STJ, REsp 1.185.474 / SC, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 29/04/2010.

<sup>56</sup> MORAES, Alexandre de. *Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

mas também, e basicamente, dos direitos da minoria; sendo absolutamente necessária a compatibilização do *parlamento* (que representa o princípio democrático da maioria) com a *justiça constitucional* (que representa a garantia do estado de direito e a defesa dos direitos fundamentais e dos direitos da minoria).

Isto posto, ante os argumentos mencionados quanto à efetivação do art. 37, X, e os marcos teóricos expostos, não há óbice a que o Judiciário efetue a revisão geral anual, pois é o comando expresso da Constituição e porque o STF já adotou uma postura de efetividade em outros casos. Outrossim, como vimos, a questão orçamentária tem soluções como remanejamento de verbas, inclusão como crédito suplementar ou pagamento a partir do ano seguinte.

A solução através da indenização também é extremamente válida e juridicamente possível. Isto se impõe em razão dos precedentes do STF possibilitando a indenização e também em virtude do modelo português<sup>57</sup> que já resolveu a questão, tanto em âmbito legislativo quanto jurisdicional.

Como afirmou<sup>58</sup> o Ministro Luís Roberto Barroso, em alguns casos o Supremo deve atuar com o objetivo de fazer “andar a história”. Destarte, somente com uma mudança na jurisprudência, especialmente do STF, será possível efetivar o comando presente no art. 37, X, da Constituição, caso contrário, permanecemos sem nenhuma forma de superar essa omissão inconstitucional eterna que viola direito expresso de todos os servidores públicos.

---

<sup>57</sup> Conforme os estudos mencionados, é notório que o Direito português conseguiu resolver de forma eficaz todas as grandes celeumas existentes acerca do dever de reparar do Estado quando este causar danos aos cidadãos pela inércia em tomar as providências legislativas necessárias a tornar exequíveis normas constitucionais. Tal entendimento pode e deve ser seguido pelos nossos Tribunais e pelo Legislativo: i) possibilidade de indenização após declarada omissão inconstitucional pelo STF sem necessidade de prazo, ou como para uma corrente mais moderada; ii) a Lei nº 67/2007 pode ser utilizada pelo nosso Congresso *de lege ferenda*; e iii) deve ser promulgada a PEC nº 185/2012 (anexo). Não há dúvidas de que a solução encontrada pelo Direito português poderia também ser utilizada em nosso ordenamento e seguida pelos Tribunais, ante a total ineficácia constitucional que se impõe.

<sup>58</sup> Trecho presente em uma das epígrafes desta obra. Também no artigo “A razão sem voto”, mencionado na bibliografia em que o ministro defende uma atuação do STF como vanguarda iluminista.

## REFERÊNCIAS

---

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *A nova separação dos poderes*. Trad. Isabelle Maria C. Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *O novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Texto mimeografado, UERJ, 2015.

\_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page\\_id=39](http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=39)>. Acesso em: 09 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. v. 2, nº 21 (2012). Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 27 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. v. 1, nº 3 (2006). Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/3916>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRUST, Leo. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. *Rev. Direito GV [online]*. 2009, v. 5, nº 2, p. 507-526. Disponível em: <[http://direitogv.fgv.br/sites/default/files/14\\_2.pdf](http://direitogv.fgv.br/sites/default/files/14_2.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. *La Sentencia Constitucional en Brasil*. Universidad Salamanca. Facultad Derecho. Tesis Doctoral. 2011. Disponível em: <[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/83205/1/DDPG\\_BrustL\\_Lasentencia.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/83205/1/DDPG_BrustL_Lasentencia.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

CANOTILHO, J. J.; GOMES MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Léo Ferreira Leoney (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. IDP. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, Ebook, 2014.

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*, II, Padova, 1984.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CLARK, Giovani; CASTRO, Maria Cecília de Almeida. Revisão Geral e Anual da Remuneração e dos Subsídios dos Servidores Públicos: Instrumento de Correção das Perdas Inflacionárias no Brasil. *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi*. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/155/155>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

\_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade – Teoria e Prática*. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DONATO, Flora di. *La nascita dello stato costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali*. Disponível em: <[http://www.unipegaso.it/materiali/LMG-01/annoI/FilDir\\_DiDonato/Lezione\\_XI.pdf](http://www.unipegaso.it/materiali/LMG-01/annoI/FilDir_DiDonato/Lezione_XI.pdf)> Acesso em: 02 abr. 2014

ELIAS, Helena. *O dano moral na jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. Entre o Guardião de Promessas e o Superego da Sociedade: Limites e Possibilidades da Jurisdição Constitucional no Brasil. In: *Judicialização da Política e Democracia* (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1ª ed. Brasília: IDP, 2014.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Independência da magistratura argentina corre risco*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-02/segunda-leitura-independencia-magistratura-argentina-corre-risco>>. Acesso em: 07 jun. 2013.

INTROCASO, Luiz Garibaldi. *Elementos de Diálogo Institucional entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal*. In: *Judicialização da Política e Democracia* (Obra coletiva). Julia Maurmann Ximenes (Org.). 1ª ed. Brasília: IDP, 2014.

ISRAEL, Lucas Nogueira. *O Paradigma do Legislador Negativo e as Decisões Manipulativas com Efeitos Aditivos*. Revista da PGBC – v. 5 – nº 2 – dez. 2011. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122011/revista\\_pgbc\\_vol5\\_num2.pdf](http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122011/revista_pgbc_vol5_num2.pdf)>. Acesso em 29 nov. 2013.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MALUF, André Luiz. Reflexões sobre o projeto aprovado pelo Senado que regulamenta o Mandado de Injunção. *Carta Forense*, 22 jun. 2016. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reflexoes-sobre-o-projeto-aprovado-pelo-senado-que-regulamenta-o-mandado-de-injuncao/16677>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei do Mandado de Injunção abre portas para sentenças aditivas. *Conjur*, 25 jul. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/andre-maluf-lei-mandado-injuncao-abre-portas-sentencas-aditivas>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *PEC 33/11: Conflito institucional e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24953/pec-n-33-11-conflito-institucional-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. *A Necessidade de Prevalência da Doutrina dos Diálogos Constitucionais na Interpretação Final da Constituição Feita pela Suprema Corte*. Artigo apresentado no Congresso XXV Anos da Constituição Cidadã. UFF, outubro 2013.

\_\_\_\_\_; SACRAMENTO, Julia. T. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: um estudo acerca da capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal na interpretação final da Constituição à luz do precedente do foro por prerrogativa de função*. Artigo apresentado no II Seminário Internacional de Teoria das Instituições: Cortes Constitucionais e Realidade Política. UFRJ, nov. 2013.

MARINELA, Fernanda. *Servidores Públicos*. Niterói: Impetus, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*. Versão Digital. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito constitucional*, v. 1 Versão Digital/Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento (Coords). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Marco Aurélio. *25 Anos de Interpretação Constitucional – uma história de concretização dos direitos fundamentais*. Artigo escrito para a obra comemorativa dos 25 anos da Constituição Federal de 1988, organizada pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/fausto-macedo/25-anos-de-interpretacao-constitucional-uma-historia-de-concretizacao-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 1º abr. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. *Escolha de ministros do STF precisa de mais participação de todos os poderes*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/justica-comentada-escolha-stf-envolver-poderes>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. *A PEC 33/2011 cria uma guerrilha institucional inútil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-26/justica-comentada-pec-332011-cria-guerrilha-institucional-inutil>>. Acesso em: 22 mai. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria da constituição, democracia e igualdade*. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129\(3\).pdf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129(3).pdf)>. Acesso em: 21 mai. 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Novas tendências na jurisprudência do STF e a juristocracia*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-12/diario-classe-novas-tendencias-jurisprudencia-stf-juristocracia>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

PAIVA, Paulo Frederico. *Decisões com perfil aditivo não contrariam Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-01/decisoes-perfil-aditivo-nao-sao-contrarias-constituicao>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

PRICLADNITZKY, Cinara Bueno Santos. *Do foro privilegiado: os limites da competência especial racione personae*. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10135](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10135)>. Acesso em: 17 mar. 2013.

QUEIROZ, Antônio Augusto de. *Lei orçamentária depende de normas acessórias*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-22/autorizacao-ldo-2013-necessita-lei-reajuste-servidores>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

RODRIGUES, José Renato. *A magistratura federal deixou de ser tão atrativa*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-04/jose-rodrigues-magistratura-federal-deixou-tao-atrativa>>. Acesso em: 03 abr. 2014.

ROMBOLI, Roberto. *El Control de Constitucionalidad de las leyes in Italia*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Ubiquidade-Constitucional.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/08/daniel-sarmento-o-neoconstitucionalismo-no-brasil1.doc>>. Acesso em: 10 set. 2013.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Cristina Oliveira Peter da. *A Reforma Administrativa e a Emenda nº 19/98: Uma Análise Panorâmica*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_01/Reforma%20Administrativa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm)>. Acesso em: 02 abr. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Emenda e o Supremo*. Disponível em: <<http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/a-emenda-e-o-supremo-por-virgilio-afonso-da-silva>>. Acesso em: 27 jun. 2013.

SOUZA, Luciana Moessa. *A Omissão Inconstitucional Inviabilizadora de Direitos Fundamentais: Limites e Possibilidades para o Controle Judicial*. CONPEDI. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane\\_moessa\\_de\\_souza3.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza3.pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2014.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. *As sentenças aditivas na jurisdição constitucional*. Disponível em: <[http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77)>. Acesso em: 29 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. *A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito do Estado. Disponível em: <[www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde.../SOUZALHB\\_TESE.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde.../SOUZALHB_TESE.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. RT. 2013.

\_\_\_\_\_. *O Supremo, o contramajoritarismo e o pomo de ouro*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>>. Acesso em: 25 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Eis porque abandonei o neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 07 jun. 2014.

STURLESE, Laura. *Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/626/113.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. e SILVA, Alexandre Garrido da. Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/>>. Acesso em: 28 out. 2013.

VIERA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito GV*. v. 8, Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Experimentalismo Judicial*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/experimentalismo-judicial>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

VALE, André Rufino do. *Corte Argentina Declara Inconstitucional Reforma Judicial*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/corte-argentina-declara-inconstitucional-reforma-judicial>>. Acesso em: 30 jun. 2013.



# ANEXO I

---

Proposta de Emenda Constitucional nº 185 de 2012, que acrescenta parágrafos ao art. 37 da Constituição Federal para estabelecer data certa para a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos e dá outras providências.

## PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 185, DE 2012<sup>1</sup>

Acrescenta parágrafos ao art. 37 da Constituição Federal para estabelecer data certa para a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos e dá outras providências.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

---

Art. 1º O art. 37 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“§ 13. A revisão geral anual de que trata o inciso X será efetuada em primeiro de janeiro de cada ano.”

“§ 14. Se o Chefe do Poder Executivo não enviar ao Congresso Nacional, até primeiro de julho de cada ano, o projeto de lei prevendo a revisão geral anual de que trata o inciso X para o ano seguinte, qualquer membro do Congresso Nacional poderá fazê-lo.”

---

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=547008>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

“§ 15. Aplica-se à apreciação do projeto de lei prevendo a revisão geral anual de que trata o inciso X o disposto no § 2º do art. 57.”

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

---

## ANEXO II

---

Proposta de Emenda Constitucional (com base na Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, de Portugal), que acrescenta o § 6º-A, incisos I, II, III e IV, ao art. 37 da Constituição Federal discorrendo sobre a Responsabilidade civil por danos decorrentes da omissão no exercício da função constitucional

### PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO \_\_\_\_, DE 2015

Acrescenta § 6º-A, incisos I, II, III e IV, ao art. 37 da Constituição Federal discorrendo sobre a Responsabilidade civil por danos decorrentes da omissão no exercício da função constitucional

---

Art. 1º O art. 37 da Constituição da República de 1988 passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo com seus respectivos incisos:

“§ 6º-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, são civilmente responsáveis, de forma objetiva, pelos danos patrimoniais e morais resultantes da omissão de providências necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais que preveem direitos aos cidadãos.

I – A constituição em responsabilidade civil fundada na omissão de providências necessárias para tornar exequíveis normas constitucionais depende da prévia verificação de inconstitucionalidade por omissão pelo

Supremo Tribunal Federal, seja em sede de Mandado de Injunção ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

II - O tempo razoável configurador da omissão deve ser estabelecido de acordo com o que a Constituição determina. Inexistindo previsão legal ou constitucional, deve ser adotada a razoabilidade, levando-se em conta o enfraquecimento da eficácia normativa da Constituição e os danos causados pela não exequibilidade da norma questionada.

III - Declarada a inconstitucionalidade a que se refere o inciso I, sendo publicado o acórdão, surge a obrigação de indenizar. Contudo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, conceder prazo, nos termos do inciso anterior, para que as providências necessárias sejam tomadas, sem prejuízo da indenização após o decurso do prazo sem a criação legislativa cabível ou execução do ato.

IV - A existência e a extensão da responsabilidade por danos morais prevista no *caput* deste artigo será determinada atendendo às circunstâncias concretas de cada caso atentando-se para a razoabilidade e ao fato de terem sido adotadas ou omitidas diligências susceptíveis de evitar a situação de ilicitude, sem prejuízo da indenização por danos patrimoniais.”

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

---

## ANEXO III

---

### SUPREMO DEVE CORRIGIR EM 14,23% A REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES FEDERAIS

Além de regular os aumentos remuneratórios de servidores, que se direcionam a reengenharias ou revalorizações de carreiras específicas, o inciso X, do art. 37, da Constituição Federal determina que, anualmente, todos devem, ao menos, receber uma recomposição equivalente à corrosão inflacionária para manter o valor real de seus salários. A primeira hipótese é chamada de reajuste, que fica condicionada à discricionariedade do governo. Já a segunda é denominada revisão geral anual, impositiva e que deve ser fixada em idênticos índices para todos os servidores.

É conhecido o fato de que o funcionalismo público federal, de longa data, sequer tem a recomposição inflacionária anual, diminuindo-se periodicamente os valores salariais batalhados com muita dificuldade. Como raro exemplo, em 2003, foram editadas duas leis afetando a remuneração de servidores públicos federais, abrangendo civis e militares dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de autarquias e fundações públicas federais. Por meio da Lei nº 10.697/2003, foi concedido o percentual de 1% a título de revisão geral da remuneração. No mesmo dia, foi criada a Vantagem Pecuniária Individual (VPI), de R\$ 59,87, pela Lei nº 10.698/2003, concedida indistintamente a todo o funcionalismo federal.

Ao instituir essa VPI em valor certo a todos servidores, a Lei nº 10.698/2003 mascarou uma revisão geral, burlando a regra da igualdade de índices. É que, com a concessão de R\$ 59,87 a todos esses

servidores, os que ganhavam menos tiveram um impacto remuneratório maior, violando a identidade de tratamento exigida constitucionalmente (Constituição Federal, art. 37, inciso X). A conversão desse valor sobre a proporção da menor remuneração do funcionalismo resultava no percentual de 14,23%, que deveria ser o índice efetivamente aplicado para todas as remunerações dos servidores federais.

Levada a discussão ao Poder Judiciário, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pioneiramente, decidiu em favor dos servidores que não tiveram as suas remunerações revistas no percentual de 14,23%. Em seguida, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o mesmo entendimento, o que levou, por exemplo, o Superior Tribunal Militar, o Conselho Nacional do Ministério Público da União, o Ministério Público da União, o Conselho da Justiça Federal e o Tribunal Superior do Trabalho a, administrativamente, concederem essa revisão a seus servidores.

Já o Supremo Tribunal Federal tem apresentado uma posição peculiar. Antes, quando a maioria dessas demandas não lograva êxito nas instâncias inferiores, a corte suprema não julgava a matéria, pois entendia não ser da sua competência. Agora, diante dessas concessões judiciais e administrativas, a 2ª Turma do STF passou a suspender tais pagamentos, invocando, preponderantemente, a sua Súmula Vinculante 37, que desencoraja decisões judiciais que aumentem remuneração de servidores ao fundamento da isonomia.

Todavia, esse cenário está longe de ser o definitivo, não só porque não há pronunciamentos do Plenário ou da 1ª Turma do STF, mas, principalmente, porque a corte ainda não se debruçou sobre a Súmula Vinculante 51, na qual se entendeu inconstitucional a diferença de índices de revisão dados em 1993 ao funcionalismo federal em situação juridicamente idêntica ao caso vertente (sendo favorável, portanto, à concessão da correção em 14,23% da remuneração dos servidores federais).

Por coerência, no embate entre as súmulas vinculantes 37 e 51, o STF certamente decidirá em favor da última. Isso porque o enunciado da Súmula Vinculante 37 busca impedir equiparações remuneratórias com fundamento em isonomia ampla e genérica, sem maiores critérios

(vedação que foi, inclusive, reforçada pela reforma constitucional de 1998). Ao passo que a revisão geral não se reduz à mera alegação de isonomia, pois a Constituição Federal define um aspecto identitário com três requisitos específicos (anualidade, generalidade e índices idênticos), afinal a desvalorização da moeda é a mesma para todos os servidores.

Nota-se, portanto, que a isonomia ampla vedada na Súmula Vinculante 37 (baseada na Constituição Federal, art. 39, parágrafo 1º) é diversa do cuidado com a identidade específica autorizada pela Súmula Vinculante 51 (baseada na Constituição Federal, art. 37, inciso X).

E a possibilidade jurídica da recomposição inflacionária em 14,23% combina com a realidade econômica, pois o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) mensurado no mês de janeiro de 2003, em relação aos 12 meses antecedentes, indica o percentual de 16,3294% de inflação. Quando comparado ao índice mensurado ao final de junho de 2003, constata-se o percentual de 19,6355%. Acaso tome-se como parâmetro a inflação anual acumulada no ano de 2002, constata-se o percentual de 14,74%.

Assim, não há como sustentar que o índice de 14,23% seria um aumento de remuneração para esses servidores, pois sequer cobre a variação inflacionária que, pela Constituição Federal, deveria o poder público anualmente recompor. Se há rombo nas contas, seguramente é na dos servidores, desde 2003.

17 de julho de 2016,

Publicado na Revista Consultor Jurídico.

Por Carlos Mário Velloso

Ministro do Supremo Tribunal Federal

## ANEXO IV

---

### O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DEVER CONSTITUCIONAL DE ASSEGURAR A REVISÃO GERAL ANUAL

William Douglas e André Luiz Maluf\*

O inciso X do artigo 37 da Constituição Federal determina que, anualmente, todos os servidores devem, ao menos, receber uma recomposição equivalente à corrosão inflacionária para manter o valor real de seus salários: essa é a posição do Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Mário Velloso.

Em artigo publicado na *Conjur* em 17 de julho de 2016 (disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-17/carlos-mario-veloso-stf-corriger-remuneracao-servidores>>), defende que “o funcionalismo público federal, de longa data, sequer tem a recomposição inflacionária anual, diminuindo-se periodicamente os valores salariais batalhados com muita dificuldade.”

Neste sentido, advoga pela alteração da jurisprudência do STF, tendo em vista o embate entre as Súmulas Vinculantes nos 37 e 51. Isso porque “o enunciado da Súmula Vinculante 37 busca impedir equiparações remuneratórias com fundamento em isonomia ampla e genérica, sem maiores critérios (vedação que foi, inclusive, reforçada pela reforma constitucional de 1998). Ao passo que a revisão geral não se reduz à mera alegação de isonomia, pois a Constituição

---

\* William Douglas é juiz federal/RJ e professor universitário; André Luiz Maluf é advogado e assessor jurídico/PGM de Teresópolis. Ambos são autores do livro *Omissão Inconstitucional e Revisão Geral Anual*, disponível para download gratuito em: <<http://williamdouglas.com.br/project-view/ebook-gratuito-omissao-inconstitucional/>>

Federal define um aspecto identitário com três requisitos específicos (anualidade, generalidade e índices idênticos), afinal a desvalorização da moeda é a mesma para todos os servidores. Nota-se, portanto, que a isonomia ampla vedada na Súmula Vinculante 37 (baseada na Constituição Federal, artigo 39, parágrafo 1º) é diversa do cuidado com a identidade específica autorizada pela Súmula Vinculante 51 (baseada na Constituição Federal, artigo 37, inciso X)”.

Complementando os argumentos expostos de forma percuciente no artigo supra, os autores deste texto, em obra coletiva publicada pela Editora Impetus, defendem a possibilidade de o Judiciário assegurar a revisão geral pelos seguintes fundamentos: i) não estamos diante de criação normativa ilegítima, trata-se de comando expresso da Constituição; ii) a doutrina da efetividade constitucional respalda a sua plena aplicabilidade; iii) o descumprimento de uma norma clara traduz um ativismo judicial ilegítimo; iv) a doutrina portuguesa que trata da omissão inconstitucional defende a possibilidade de indenização; v) diversas decisões jurisdicionais no país já permitiram a efetividade do art. 37, X; vi) não se trata da aplicação da Súmula Vinculante nº 37, eis que revisão diverge de reajuste; vii) a possibilidade de indenização em razão de uma omissão inconstitucional já é amplamente aceita pela jurisprudência do STF; viii) a revisão geral anual não significará uma crise nas finanças públicas, ao revés, o aumento do poder aquisitivo da população com o fomento do consumo interno foi um dos principais fatores econômicos que auxiliou o Brasil durante a crise em 2008.

Em suma, o articulista revela a sua sensibilidade acerca de tema tão caro ao Direito Constitucional.

Não podemos aceitar que os servidores passem a ser tratados com desprestígio, até porque ao aceitarem ingressar no serviço público, atendem a um convite feito pelo Estado, diante de um arcabouço legal. Quem aceita fazer concurso não pode ser visto como um vilão, mas, ao contrário, merece ser tratado com respeito, sendo pessoas que atendem a uma necessidade do Estado. Ao ingressarem, o mínimo que se espera é que o Estado aja com lealdade e cumpra o que está previsto para aqueles que ingressam nos quadros do funcionalismo.

Não cumprir a revisão geral anual é permitir o sucateamento do serviço público e até eventual vingança dos governantes contra uma ou outra classe, ou, pior, aceitar que algum político, por falta de compromisso com a CF, destrua a moral e a dignidade daqueles que prestam serviços à população. E se o Legislativo é eficaz para reajustar seus vencimentos anualmente, e acima da inflação, não é aceitável que ao cuidar dos servidores não tenha a hombridade de ao menos impedir a dilapidação dos vencimentos.

Existem muitos outros argumentos que poderíamos expender, mas por ora queremos apenas elogiar a posição do Ministro Velloso e, no mais, nos reportar ao livro que produzimos e disponibilizamos de forma gratuita para download.

Em tempos de crise, moral e política, com repercussão na economia e em todo o país, esperamos que a luz ilumine cada vez mais as mentes dos julgadores que reiteradamente se recusam a aplicar e efetivar o texto da Constituição da República.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso: o Supremo precisa fazer a história avançar.

## DEDICATÓRIAS

---

Eu não seria o juiz que sou sem a existência da equipe da 4ª Vara Federal de Niterói.

Embora eu tenha iniciado o processo de gestão, motivação e treinamento que criou o que somos, esta criação é coletiva. Igualmente, como acontece em toda **comunidade que aprende**, recebi tanto quando doei. Talvez tenha até recebido mais. Porém, ninguém recebeu mais do que aqueles que fazem jus a bons serviços públicos.

Por isso, dedico esta obra a três grupos de pessoas:

1. à equipe da 4ª Vara Federal de Niterói;
2. ao povo brasileiro;
3. aos servidores públicos.

E explico: boa parte das esperanças de um país mais justo e digno estão depositadas sobre os ombros dos servidores públicos. Talvez seja essa a razão do esforço meu e de meus coautores em trazer mais elementos para que os servidores públicos não sejam diminuídos em sua dignidade e capacidade de trabalhar em prol do povo brasileiro.

Então, a esses, dedico este livro.

**William Douglas**

Ao Desembargador Raphael Cirigliano Filho, meu dileto professor do primeiro ano da faculdade de Direito, que foi a primeira pessoa a me incentivar a ser professor.

**Eugênio Rosa de Araújo**

Para meus amados pais, Érica e Rogerio, que jamais desistiram de mim, mesmo contra todas as possibilidades. Vocês provaram que com carinho, amor e fé somos capazes de realizar milagres.

Dedico igualmente esta obra a meu tio, amigo e magistrado, Walmar Chaves, minha maior fonte de inspiração para trilhar os caminhos do Direito.

Por fim, para meu querido avô Waldemar Chaves, meu tio Augusto Maluf e minha amada bisavó Adélia Maluf. Obrigado por terem alegrado minha vida... A luz de vocês continua iluminando meus caminhos.

**André Luiz Maluf Chaves**

## AGRADECIMENTOS

---

Agradeço a dedicação e parceria de meus coautores e a atenção daqueles que gentilmente se dispuseram a ler e tecer os comentários à obra que estão nela inseridos.

Agradeço também à Editora Impetus, que tudo fez para que este livro viesse a lume a fim de cumprir o propósito de um livro: implementar melhorias para a vida.

**William Douglas**

Agradeço ao Procurador de Justiça Antonio Carlos da Silva Biscaia – meu mestre – o apoio intelectual e o decisivo apoio para o ingresso na carreira acadêmica –, muito obrigado.

**Eugênio Rosa de Araújo**

Agradeço aos meus familiares e amigos, cujo incentivo foi essencial para a realização desta obra; em especial aos colegas da Universidade Federal Fluminense que contribuíram para este trabalho.

Sabemos que para alcançar os objetivos que desejamos precisamos que alguém nos mostre o caminho... Portanto, agradeço imensamente

aos queridos professores Thiago Rodrigues, Marco Antonio, Ademar Borges, Emerson Moura e Jonatas Viana. Obrigado não só pelas lições, mas também pelos conselhos, pelo incentivo e pela amizade. Vocês foram/são essenciais para esta obra e para minha trajetória acadêmica.

Também aos amigos da 4ª Vara Federal de Niterói: Luciana Elmor, Jacqueline Alves, Cláudia Mesquita, Isaac Kairós, Tatiana Gurgel e todos os demais. Todos vocês fazem da Justiça Federal um modelo a ser seguido.

Finalmente, deixo meu agradecimento ao notável professor e magistrado William Douglas, que além de confiar no meu trabalho se mostra um grande amigo e excepcional profissional. Sua luta diária pela prevalência da Constituição contribui sobremaneira para o aprimoramento da nossa democracia.

Nada disso teria sido possível sem o apoio e o carinho de todos vocês.

Muito obrigado!

**André Luiz Maluf Chaves**





Rua Alexandre Moura, 51  
24210-200 – Gragoatá – Niterói – RJ  
Telefax: (21) 2621-7007

**[www.impetus.com.br](http://www.impetus.com.br)**

Esta obra foi impressa em papel offset 90 grs./m<sup>2</sup>.